Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6569/2013

Urteil vom 23. April 2014

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiber Ivo Hartmann.

Parteien

1. Roger **Schawinski,**
2. Christoph **Bürge,**
3. Heinz **Lang,**
4. Bernd **Grohe,**
5. Daniel **Gutenberg,**

gemeinsam Radio AG (in Gründung),
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Adrian Bachmann,
Bachmann Baumberger Rechtsanwälte,
Schulhausstrasse 14, Postfach, 8027 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

Radio Argovia AG,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt,
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte, Grossmünsterplatz 8,
8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Bundeshaus Nord, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand	Erteilung einer Konzession mit Leistungsauftrag betreffend das UKW-Versorgungsgebiet Nr. 15.

Sachverhalt:

A.
Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) schrieb am 4. September 2007 41 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von lokal-regionalen UKW-Radioprogrammen in der Schweiz aus. Um die UKW-Radiokonzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15 (Aargau) bewarben sich bis zum Ablauf der Ausschreibungsfrist am 6. Dezember 2007 die Radio AG (in Gründung) und Radio Argovia AG, welche zur BT Holding AG gehört.

B.
Nach Durchführung des Konzessionierungsverfahrens erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) schliesslich mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 der Radio Argovia AG die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15. Die Bewerbung der Radio AG (in Gründung) wurde abgewiesen.

C.
Am 4. Dezember 2008 erhoben Roger Schawinski, Christoph Bürge und Heinz Lang, gemeinsam Radio AG (in Gründung), Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung des UVEK vom 31. Oktober 2008. Sie beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung bzw. der an die Radio Argovia AG erteilten Konzession und die Erteilung der Konzession an sie. Eventuell verlangten sie die Aufhebung der betreffenden Verfügung und die Rückweisung der Sache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz. Zur Begründung machte die Radio AG (in Gründung) geltend, das UVEK habe bezüglich der Radio Argovia AG die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40), wonach ein Bewerber die Angebots- und Meinungsvielfalt nicht gefährden dürfe, nicht geprüft und die Selektionskriterien gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG nicht korrekt angewandt.

D.
Mit Entscheid vom 7. Dezember 2009 (Verfahren A-7801/2008) hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, hob die Verfügung vom 31. Oktober 2008 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück. Das Bundesverwaltungsgericht wies das UVEK an, die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG eingehend abzuklären. Soweit weitergehend, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

E.

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2013 erteilte das UVEK die Konzession für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag für das Versorgungsgebiet Nr. 15 der Radio Argovia AG. Die Bewerbung der Radio AG (in Gründung) wurde wiederum abgewiesen. In seiner Verfügung hielt das UVEK fest, dass innerhalb des Marktes für Leser und Zuschauer sowie im Radiowerbemarkt kein publizistischer Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der BT Holding AG ersichtlich sei und folglich keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt erfolge. Entsprechend erfülle die Radio Argovia AG die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG. Im weiteren stellte es fest, dass die BT Holding AG weder rechtlich noch faktisch bestimmenden Einfluss auf die Radio 32 AG ausüben könne, an welcher sie indirekt über Minderheitsbeteiligungen beteiligt sei, und der Konzern mit der Radio 24 AG somit nur über ein konzessioniertes Radio verfüge. Entsprechend werde mit der Erteilung der UKW-Radiokonzession an die Radio Argovia AG die Bestimmung von Art. 44 Abs. 3 RTVG nicht verletzt, wonach ein Veranstalter bzw. ein Unternehmen maximal 2 Fernseh- und 2 Radiokonzessionen erwerben kann (sog. "2+2"-Regel).

F.

Gegen die Verfügung des UVEK vom 22. Oktober 2013 erheben Roger Schawinski, Christoph Bürge und Heinz Lang, gemeinsam Radio AG (in Gründung; nachfolgend: Beschwerdeführende), am 21. November 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragen, die angefochtene Verfügung sei zusammen mit der gleichentags der Radio Argovia AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erteilten Konzession aufzuheben und die Konzession den Beschwerdeführenden zu erteilen. Eventuell sei die Konzessionsverfügung des UVEK aufzuheben und die Sache zur Beweiserhebung und erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung machen sie eine unzutreffende Auslegung der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG geltend sowie eine Verletzung der "2+2"-Regel seitens der Beschwerdegegnerin bzw. der BT Holding AG.

G.

Mit Eingabe vom 27. Januar 2014 teilt die Beschwerdegegnerin mit, dass sich Roger Schawinski um die Konzession von Radio 105 der in Konkurs gefallenen Music First Network AG in Liquidation bewerbe. Da Roger Schawinski mit der Radio 1 AG bereits über eine Radiokonzession verfüge, stelle sich für den Fall, dass er die Radiokonzession der Music First

Network AG in Liquidation erhalten sollte, auch seitens der Beschwerdeführenden die Frage der Einhaltung der "2+2"-Regel.

H.
Am 30. Januar 2014 reicht das UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) seine Vernehmlassung ein und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

I.
Mit Stellungnahme vom 3. Februar 2014 teilt das BAKOM mit, dass Roger Schawinski am 28. Januar 2014 über den Erwerb der Radiokonzession von Radio 105 aus der Konkursmasse der Music First Network AG in Liquidation durch die Radio 1 AG informiert und ein Gesuch um Genehmigung der Übertragung beim UVEK eingereicht habe. Da die Genehmigung der Konzessionsübertragung durch das UVEK keine konstitutive Wirkung habe, verfüge Roger Schawinski bzw. die ihm gehörende Radio 1 AG über zwei Radiokonzessionen. Folglich stelle sich die Frage, ob die Beschwerdeführenden die "2+2"-Regel einhalten.

J.
Die Vorinstanz, die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin werden vom Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 4. Februar 2014 aufgefordert, sich zur rechtlichen Bedeutung des neuen Sachverhaltselements für das vorliegende Verfahren zu äussern und bezüglich des weiteren Verlaufs des Beschwerdeverfahrens entsprechend Antrag zu stellen.

K.
Am 18. Februar 2014 stellt die Beschwerdegegnerin den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventuell sei die Beschwerde abzuweisen. In verfahrensmässiger Hinsicht verlangt sie die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid betreffend den Übergang der Radiokonzession der Music First Network AG in Liquidation auf die Radio 1 AG. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, dass bei einem Verbleib von Roger Schawinski in der Gründungsgesellschaft die "2+2"-Regel verletzt werde. Sollte er hingegen vollständig oder teilweise aus der Gründungsgesellschaft ausscheiden, seien die Konzessionsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt. Zudem führe dies zu einem unzulässigen Parteiwechsel.

L.
Gleichentags reicht auch das UVEK eine weitere Stellungnahme ein.

M.
Mit Stellungnahme vom 18. Februar 2014 äussern sich ebenfalls die Beschwerdeführenden zum Konzessionserwerb von der Music First Network AG in Liquidation. Sie geben den Eintritt zweier neuer Gesellschafter in die Radio AG (in Gründung) bekannt, welche zusammen mit dem bisherigen Gesellschafter Christoph Bürge eine Liberierungspflicht von 60% des gesamten Aktienkapitals der Radio AG (in Gründung) von Roger Schawinski übernehmen. Ebenso soll neuerdings die Finanzierung mittels Darlehen nicht mehr mehrheitlich durch Roger Schawinski erfolgen. Aufgrund dieser Anpassungen komme es im Falle einer Konzessionserteilung an die Radio AG (in Gründung) nicht zu einer Verletzung der "2+2"-Regel. Die Beschwerdeführenden machen zudem geltend, der Gesellschafterwechsel und der damit einhergehende Parteiwechsel sei zulässig, da keine höchstpersönlichen Rechte oder Pflichten Verfahrensgegenstand bilden.

N.
Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2014 wurde das Beschwerdeverfahren vorläufig auf die Frage der Sistierung und die Zulässigkeit des erfolgten Parteiwechsels seitens der Beschwerdeführenden beschränkt und den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen.

O.
Mit Eingabe vom 13. März 2014 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und stellt zugleich den prozessualen Antrag, dass ein Zwischenentscheid über die Zulässigkeit der Abänderung des Konzessionsgesuchs zu erlassen sei. Sie macht geltend, dass gestützt auf die Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 18. Februar 2014 eine wesentliche Änderung der ursprünglich eingereichten Bewerbung vorliege. Da sofort über die Zulässigkeit dieser Gesuchsänderung und den damit verbundenen Parteiwechsel befunden werden könne, sei das Verfahren nicht bis zur Genehmigung der Konzessionsübertragung von Radio 105 zu sistieren.

P.
Am gleichen Tag nimmt auch die Beschwerdegegnerin Stellung und hält an ihren bisherigen Anträgen fest. Sie führt aus, dass angesichts der personellen Veränderungen seitens der Gründungsgesellschaft eine wesentliche Änderung des Konzessionsgesuchs vorliege, welche jedoch nicht mehr zulässig sei. Es könne weder ein neues Gesuch eingereicht noch

könne das bisherige angepasst oder übertragen werden. Die Beschwerdegegnerin hält daran fest, dass der durch den Beitritt zweier neuer Gesellschafter bedingte Parteiwechsel – mangels freier Übertragbarkeit des Konzessionsgesuchs – nicht zulässig sei.

Q.
Ebenso reichen die Beschwerdeführenden am 13. März 2014 ihre Stellungnahme ein. Sie machen im Wesentlichen geltend, dass die mit einer Konzession verbundenen Rechte und Pflichten nicht höchstpersönlicher Natur seien und frei übertragen werden können. Dies folge bereits aus Art. 48 RTVG, welcher im Fall einer rechtskräftig erteilten Konzession die Übertragung erlaube. Aus diesem Grund sei auch der Parteiwechsel zulässig, ohne dass es hierzu einer Zustimmung der Gegenpartei bedürfe.

R.
Am 7. April 2014 teilt die Vorinstanz mit, dass sie mit Verfügung vom 3. April 2014 die Übertragung der Konzession der Music First Network AG in Liquidation auf die Radio 1 AG genehmigt habe.

S.
Gleichentags geben die Beschwerdeführenden in einer Ergänzung zu ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 eine weitere Anpassung ihres Konzessionsgesuchs bekannt. So hätten die Beschwerdeführenden Nr. 1, 2, 4 und 5 ihre Darlehenszusage je um 150% erhöht bzw. von ursprünglich insgesamt Fr. 1'000'000.– auf Fr. 2'500'000.– angehoben.

T.
Auf die weitergehenden Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Der angefochtene Entscheid des UVEK

vom 22. Oktober 2013 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG und damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und eine Ausnahme bezüglich des Sachgebietes liegt nicht vor (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach sachlich zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts Anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.
Mit Stellungnahme vom 18. Februar 2014 gaben die Beschwerdeführenden den Eintritt zweier neuer Gesellschafter (Beschwerdeführende Nr. 4 und 5) in die Radio AG (in Gründung) bekannt. Vorliegend ist an erster Stelle die Zulässigkeit des Eintritts neuer Gesellschafter in die einfache Gesellschaft zu prüfen.

2.1 Die einfache Gesellschaft stellt eine personenbezogene Rechtsgemeinschaft dar, welche auf einem Vertrag zwischen ihren Mitgliedern beruht. Ohne die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter kann der Vertrag und infolgedessen auch das Gesellschaftsverhältnis nicht verändert werden. Aus diesem Grund ist auch eine Änderung im Personenstand, wie die Aufnahme eines neuen Mitglieds, nur mit Einwilligung aller Gesellschafter möglich (sog. Grundsatz der personellen Geschlossenheit; WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, in: Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abteilung, 8. Teilbd. 2006 [nachfolgend: Berner Kommentar], Art. 542 OR N 13 f. und 17). Tritt eine Person in eine Gesellschaft ein, übernimmt sie mit dem Erwerb der Mitgliedschaft uno actu und ipso iure alle Rechte und Pflichten eines Gesellschafters, ohne dass es dabei besonderer Übertragungshandlungen bezüglich der einzelnen Vermögenswerte bedarf (LUKAS HANDSCHIN/RETO VONZUN, in: Zürcher Kommentar, 4. Teil, Teilbd. V/4a, 4. Aufl. 2009 [nachfolgend: Zürcher Kommentar], Art. 542 OR N 20). Mit anderen Worten gehen sämtliche Rechte und Pflichten mittels Universalsukzession auf den neu eintretenden Gesellschafter über.

2.2 Im Gesellschaftsvertrag vom 15. bzw. 17. Februar 2014 ist ausdrücklich festgehalten, dass Daniel Gutenberg und Bernd Grohe mit Zustimmung aller Gesellschafter neu in die Gesellschaft eintreten (vgl. Ziff. 1.1 f. des Gesellschaftsvertrages). Damit kommt es im vorliegenden Fall zu einer Änderung des Personenbestandes der einfachen Gesellschaft Radio AG (in Gründung) und die beiden eintretenden Personen erhalten ohne weiteres die Stellung eines Gesellschafters. Zugleich übernehmen sie sämtliche Rechte und Pflichten eines Gesellschafters. Da in einer einfa-

chen Gesellschaft aufgrund ihrer Konzeption als Gesamthandverhältnis sämtliche Gesellschafter nur gemeinsam über deren Vermögenswerte verfügen können und der einfachen Gesellschaft selbst die Rechts- und die Parteifähigkeit fehlt, bilden sämtliche Gesellschafter in einem Prozess eine notwendige Streitgenossenschaft (FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 530 OR N 661; HANDSCHIN/VONZUN, Zürcher Kommentar, Art. 544 OR N 10 ff.; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 6 N 11 und 13). Aus diesem Grund haben im vorliegenden Fall sämtliche Gesellschafter der Radio AG (in Gründung) gemeinsam am Beschwerdeverfahren teilzunehmen, soweit Vermögenswerte, die Gegenstand des Gesamthandsverhältnisses bilden, im Streit liegen. Dies ist vorliegend geschehen, erklären doch die beiden neuen Gesellschafter in der Stellungnahme vom 18. Februar 2014 ihren Beitritt zur notwendigen Streitgenossenschaft, mithin ihren Eintritt in das Beschwerdeverfahren und reichen entsprechende Vertretungsvollmachten für ihren gemeinsamen Rechtsvertreter ein. Zusammengefasst ist somit der Eintritt in die einfache Gesellschaft Radio AG (in Gründung) ohne weiteres zulässig und seitens der Gesellschafter sind die Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt, um als notwendige Streitgenossen am Beschwerdeverfahren teilzunehmen.

3.
Mit dem Beitritt der beiden neuen Gesellschafter zur notwendigen Streitgenossenschaft, ist aber noch nichts zur Zulässigkeit des vorgenommenen Parteiwechsels gesagt. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

3.1 Die Frage der Zulässigkeit des Parteiwechsels seitens der Privaten ist in der Bundesverwaltungsrechtspflege nicht ausdrücklich geregelt. Grundsätzlich ist die prozessuale Frage des Parteiwechsels in Konkordanz zur materiellrechtlichen Rechtslage zu beantworten. Nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und herrschender Lehre ist ein Parteiwechsel dann zulässig, wenn Rechte und Pflichten frei übertragbar sind, die rechtsnachfolgende Partei ebenfalls ein Rechtsschutzinteresse hat und weder höchstpersönliche Rechte und Pflichten Verfahrensgegenstand bilden noch die Partei besondere persönliche Voraussetzungen erfüllen muss (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2583/2009 vom 7. November 2012 E. 2.2; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, Art. 6 N 49 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N 933; ANDRÉ MO-

SER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.6). Ein Parteiwechsel ist mit anderen Worten dann unzulässig, wenn verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten den Streitgegenstand bilden, die höchstpersönlicher Natur sind, d.h. wenn sie besonders eng mit den persönlichen Eigenschaften verbunden sind und infolgedessen kein Übergang schutzwürdiger Interessen stattfindet (ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, N 370; MARTIN BERTSCHI, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: VRG Kommentar], N 19 zu Vorbem. zu §§ 21-21a). Derartige Rechte und Pflichten nehmen nicht an der Universalsukzession teil (MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, 1998, N 25 zu Vorbem. zu § 38).

3.2 Im vorliegenden Fall bildet die Veranstalterkonzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15 den Streitgegenstand. Für die Frage der Zulässigkeit des Parteiwechsels ist vorab festzustellen, ob die mit der Konzession verbundenen Rechte und Pflichten frei übertragbar sind oder ob sie derart eng mit der Person des Konzessionärs verbunden sind, dass sie als höchstpersönlich qualifiziert werden müssen.

3.2.1 Die Beschwerdeführenden vertreten in der Eingabe vom 18. Februar 2014 die Ansicht, seitens der bisherigen Beschwerdeführenden Nr. 1-3 bestehe eine Anwartschaft auf eine Konzession, welche automatisch auf die beiden neu eintretenden Gesellschafter übergehe. Deshalb sei nicht ersichtlich, weshalb der mit dem Eintritt der beiden neuen Gesellschafter (Beschwerdeführende Nr. 4 und 5) in die einfache Gesellschaft einhergehende Parteiwechsel nicht zulässig sein sollte. Zudem würden keine höchstpersönlichen Rechte und Pflichten Verfahrensgegenstand bilden und es bestünden auch keine entgegenstehenden, überwiegenden Interessen seitens der Beschwerdegegnerin.

3.2.2 Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Eingabe vom 18. Februar 2014 dagegen, dass das Konzessionsgesuch nicht frei übertragbar sei. Denn bei einem Konzessionsgesuch komme der gesuchstellenden Person entscheidende Bedeutung zu. Konzessionen würden nicht nur erst auf Anstoss eines Bewerbers erteilt, sondern seien auch – wie dies aus Art. 44 RTVG folge – von bestimmten Eigenschaften des Gesuchstellers abhängig. Vorliegend sei das Konzessionsgesuch sogar besonders eng

mit der Person des Gesuchstellers verbunden, da es stark von Roger Schawinski abhänge. Aus diesem Grund sei es sogar höchstpersönlicher Natur. Hinzu komme, dass das Gesuch nach den Bestimmungen des RTVG nicht übertragbar sei, da die Konzessionsübertragungsbestimmung von Art. 48 RTVG nicht auf Gesuche anwendbar sei. Sollte die Konzession bzw. das Gesuch nicht als höchstpersönlich qualifiziert werden und die Übertragung unter Voraussetzung der Einwilligung der Gegenpartei zulässig sein, verweigere sie ihre Zustimmung. Zudem fehle den Beschwerdeführenden das Rechtschutzinteresse, weshalb der Parteiwechsel auch in dieser Hinsicht nicht zulässig sei.

3.2.3 Mit Eingabe vom 13. März 2014 machen die Beschwerdeführenden geltend, dass der Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 und 2 RTVG, wonach eine Konzession – vorbehältlich der Genehmigung durch das UVEK – auf einen Dritten übertragbar sei, der Auffassung der Beschwerdegegnerin entgegenstehe, welche von der höchstpersönlichen Natur der Veranstalterkonzession ausgehe. Denn wäre die Konzession höchstpersönlich oder von besonderen persönlichen Eigenschaften abhängig, könnte sie nicht übertragen werden oder das Gesetz würde die Übertragbarkeit explizit ausschliessen. Da im vorliegenden Fall zudem nicht eine Konzession als Ganzes an einen Dritten übertragen werde, sondern nur "die Übertragung eines Teils des Gesellschaftsanteils eines Konzessionärs" erfolge, müsse dies nach dem Grundsatz in maiore minus erst Recht zulässig sein. Insgesamt sei Art. 48 Abs. 1 und 2 RTVG nicht nur auf das Konzessionsrecht sondern im Konzessionierungsverfahren auch bezüglich der Anwartschaft auf eine Konzession anwendbar, weshalb die Übertragung eines Konzessionsgesuchs und infolgedessen auch ein Parteiwechsel zulässig sei. Entscheidend sei dabei nur, dass die übernehmende Partei die Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 44 RTVG erfülle, was vorliegend der Fall sei. Der Umstand, dass im Rahmen der Genehmigung der Konzessionsübertragung eine Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen erfolge, spreche sodann nicht gegen die freie Übertragbarkeit des Rechts und damit gegen die Zulässigkeit des Parteiwechsels. Ferner liege bezüglich der Voraussetzungen und der Zulässigkeit der Übertragung eines Konzessionsgesuchs eine echte Lücke im RTVG vor, welche durch eine analoge Anwendung von Art. 48 RTVG zu schliessen sei. Darüber hinaus sei vorliegend nicht massgebend, ob das Gesuch an sich übertragbar sei, sondern nur, ob das von der Behörde nach Durchführung des Gesuchsverfahrens erteilte Recht übertragbar sei. Zusammengefasst seien die Rechte und Pflichten nicht höchstpersönlicher Natur sondern frei übertragbar. Aus diesem Grund gehe die Anwartschaft auf die strittige Veran-

stalterkonzession automatisch auf die beiden neu eintretenden Gesellschafter über, ohne dass hierfür eine Zustimmung der Gegenpartei nötig sei.

3.2.4 Mit Stellungnahme vom gleichen Tag stellt die Vorinstanz fest, dass eine wesentliche Änderung des Konzessionsgesuchs vorgenommen worden sei und ersucht deshalb um Erlass eines Zwischenentscheids betreffend die Zulässigkeit der vorgenommenen Anpassungen und den damit verbundenen Parteiwechsel.

3.2.5 Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 aus, dass die Übertragung eines Konzessionsgesuchs unzulässig sei. Denn die Übertragung auf zwei neue Gesellschafter stelle eine wesentliche Änderung in personeller und finanzieller Hinsicht dar, welche nicht mehr erlaubt sei. Hinzu komme, dass das Gesuch ohnehin nicht frei übertragbar sei; da jedoch der Einbezug der neuen Gesellschafter zwingend die Übertragbarkeit des Konzessionsgesuchs voraussetze, sei der Parteiwechsel mangels Übertragbarkeit der Rechte und Pflichten nicht zulässig. Aus diesem Grund seien die Ausführungen der Beschwerdeführenden unzutreffend, wonach die neuen Gesellschafter automatisch mit dem Eintritt in die einfache Gesellschaft zu Prozessparteien werden.

3.2.6 Die Lehre unterscheidet grundsätzlich drei verschiedene Kategorien von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten. In die erste Kategorie fallen die höchstpersönlichen verwaltungsrechtlichen Rechte und Pflichten. Diese sind zufolge ihrer Rechtsnatur derart eng mit einer bestimmten Person verknüpft, dass sie nur von dieser ausgeübt werden können. Davon werden die beschränkt übertragbaren Rechte und Pflichten unterschieden, deren Übertragung zwar nicht gänzlich ausgeschlossen ist, bei denen jedoch die Übertragbarkeit – im Unterschied zur dritten Kategorie der frei übertragbaren Rechte und Pflichten – von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen, wie die Zustimmung einer Behörde, abhängig gemacht wird (zum Ganzen: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 830 ff.). Nachfolgend gilt es festzustellen, zu welcher Kategorie die Veranstalterkonzessionen des RTVG zu zählen sind.

3.2.6.1 Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssachverhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht durch Auslegung. Deren Ziel ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ist dieser nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut

den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematische Auslegung) zukommt (sog. "Methodenpluralismus"; vgl. BGE 137 III 217 E. 2.4.1; Urteil des Bundesgerichts 1C_156/2011 vom 15. Juli 2011 E. 3.5.1; vgl. statt vieler: Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-5218/2013 vom 10. Oktober 2013 E. 3.2). Es sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 217). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3, 131 II 710 E. 4.1; BVGE 2007/41 E. 4.2).

3.2.6.2 Im Rundfunkrecht besteht mit Art. 48 RTVG eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Übertragbarkeit von Konzessionen regelt. Der Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 RTVG sieht vor, dass die Übertragung der Konzession vor ihrem Vollzug dem Departement zu melden ist und von diesem genehmigt werden muss. Dabei prüft das Departement, ob die Konzessionsvoraussetzungen auch nach der Übertragung erfüllt sind (Art. 48 Abs. 2 RTVG). Der französische Wortlaut ("Tout transfert de la concession doit être préalablement annoncé au département et approuvé par celui-ci." sowie "Le département vérifie si les conditions d’octroi de la concession sont remplies après le transfert.") und die italienische Fassung ("Il trasferimento della concessione va notificato previamente al Dipartimento ed è subordinato all’approvazione di quest’ultimo." sowie "Il Dipartimento verifica se le condizioni della concessione sono adempiute anche dopo il trasferimento.") sind mit der deutschen Bestimmung deckungsgleich.

Aus dieser Bestimmung folgt, dass für die im RTVG geregelten Konzessionen die Übertragbarkeit weder absolut ausgeschlossen noch uneingeschränkt möglich ist. Dies spricht auf den ersten Blick dafür, dass die Konzessionen des RTVG nicht höchstpersönlicher Natur sind, sondern unter dem Vorbehalt der Genehmigung auf einen Dritten übertragen werden können und insofern in die Kategorie der beschränkt übertragbaren Rechte und Pflichten fallen. Bei näherer Betrachtung fällt jedoch auf, dass die Genehmigung die Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen umfasst. So macht Art. 48 Abs. 2 RTVG die Genehmigung und mit ihr die Übertragung der Konzession von der vorgängigen Kontrolle der entsprechenden

Voraussetzungen gemäss Art. 44 RTVG abhängig. Damit lässt sich die Frage, ob es sich bei der Konzession um höchstpersönliche oder beschränkt übertragbare Rechte und Pflichten handelt, nicht mit einer auf die Übertragungsbestimmung (Art. 48 RTVG) beschränkten Auslegung beantworten. Vielmehr ist der Wortlaut von Art. 44 RTVG in diese Beurteilung mit einzubeziehen.

Art. 44 Abs. 1 RTVG hält fest, dass die Konzession erteilt werden kann, wenn der Bewerber in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen (Bst. a), wenn er glaubhaft darlegt, dass er die erforderlichen Investitionen und den Betrieb finanzieren kann (Bst. b), der Konzessionsbehörde darlegt, wer über die wesentlichen Teile seines Kapitals verfügt und wer ihm im wesentlichen Umfang finanzielle Mittel zur Verfügung stellt (Bst. c). Sodann muss der Bewerber Gewähr bieten, dass er die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche, das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einhält (Bst. d). Zudem hat er darzulegen, dass er die redaktionelle Tätigkeit von den wirtschaftlichen Aktivitäten trennt (Bst. e), eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz oder eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz ist (Bst. f) sowie die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet (Bst. g). Schliesslich darf ein Veranstalter beziehungsweise das betreffende Unternehmen, welchem er gehört, maximal zwei Fernseh-Konzessionen und zwei Radio-Konzessionen erwerben (sog. "2+2"-Regel; Art. 44 Abs. 3 RTVG). Diese Auflistung an Voraussetzungen verdeutlicht, dass die Person des Konzessionärs von elementarer Bedeutung ist und im Zentrum der Beurteilung steht. Diese zentrale Stellung des Bewerbers und die Tatsache, dass ihm die Konzession gestützt auf sein Gesuch erteilt wird, welches seinerseits massgebend von seinen Eigenschaften geprägt wird sowie von seinem Konzept zur Erfüllung des Leistungsauftrages und weiterer Zusicherungen abhängt, verdeutlicht die enge Verbindung zwischen Gesuchsteller bzw. Konzessionär und Konzession. Dies deutet im Gegensatz zur eingangs gemachten Feststellung eines beschränkt übertragbaren Rechtes auf den höchstpersönlichen Charakter der Veranstalterkonzession hin. Da sich die Rechtsnatur der Konzession noch nicht eindeutig aus dem Wortlaut von Art. 48 i.V.m. Art. 44 RTVG erschliesst, sind die weiteren Auslegungsmethoden heranzuziehen.

3.2.6.3 Die Materialien halten fest, dass die Übertragung der Konzession gemäss Art. 48 RTVG auf einen anderen Programmveranstalter nach wie vor der Zustimmung der Kommission bedürfe (Botschaft des Bundesrates

zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002 [nachfolgend: Botschaft zum RTVG], BBl 2003 1569 1712, welche ursprünglich die Einsetzung der Kommunikationskommission als zentralen Regulator in beinahe sämtlichen Bereichen der Konzessionierung von Programmveranstaltern vorsah, was letztlich jedoch keinen Niederschlag im Gesetz fand). Damit lehnt sich die Bestimmung weitgehend an die frühere Regelung von Art. 13 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (aRTVG; AS 1992 601) an, welche die Übertragung der Konzession ebenfalls von der Genehmigung durch die Konzessionsbehörde abhängig machte. Aus den Materialien zu Art. 13 aRTVG folgt, dass ein Veranstalter zwar seine Konzession nicht veräussern dürfe, diese jedoch von der Konzessionsbehörde übertragen lassen könne. Diese Übertragung komme einer Aufhebung der alten und Erteilung einer neuen Konzession gleich (Botschaft des Bundesrates vom 28. September 1987 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen [nachfolgend: Botschaft zum aRTVG], BBl 1987 III 689 733). Diese Grundprinzipien der Konzessionsübertragung haben angesichts des vergleichbaren Wortlauts und der Bezugnahme der Botschaft zum RTVG auf die frühere Regelung des aRTVG mit dem Passus "nach wie vor" auch bezüglich Art. 48 RTVG immer noch ihre Gültigkeit. Entsprechend verbietet auch Art. 48 RTVG implizit die Veräusserung der Konzession durch den Konzessionär, indem diese Bestimmung die Übertragung der Konzession nur bei vorgängiger Meldung und unter Vorbehalt der Genehmigung des Departements vorsieht. Zwar verlangt das RTVG vor dem Vollzug der Übertragung keine vorgängige Genehmigung mehr, sondern nur noch eine Meldung an die Konzessionsbehörde. Diese Regelung wurde jedoch lediglich aus Praktikabilitätsgründen eingeführt, um bei einem in finanzielle Notlage geratenen Programmveranstalter eine rasche Übertragung der Konzession auf eine Drittperson zu ermöglichen (vgl. ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht, Handkommentar, 2008 [nachfolgend: RTVG-Kommentar], N 3 zu Art. 48). Nichtsdestotrotz ist der Übergang letztlich aber von der Genehmigung des Departementes abhängig. Hierzu hält die Botschaft explizit fest, dass die Konzessionsbehörde darüber zu befinden habe, ob auch der neue Veranstalter in der Lage sei, die mit der Konzession verknüpften Leistungen zu erbringen und ob er die übrigen Konzessionsvoraussetzungen erfülle (Botschaft zum RTVG, BBl 2003 1569 1712). Dies verdeutlicht, dass eine Übertragung denselben Mechanismen folgt wie nach altem Recht. Folglich kann nicht aus der vereinfachten, vorläufigen Übertragung, welche zunächst nur einer vorgängigen Meldung an die Konzessionsbehörde bedarf, geschlossen werden, die Konzession sei frei übertragbar. Vielmehr lassen die Materialien den Schluss

zu, dass mit der vorgesehenen Genehmigung, welche die Überprüfung sämtlicher geänderter Konzessionsvoraussetzungen in Bezug auf den Übernehmer umfasst, ebenfalls keine eigentliche Übertragung erfolgt, sondern diese faktisch mit einer Aufhebung der alten und Erteilung der neuen Konzession verbunden ist (vgl. auch WEBER, RTVG-Kommentar, N 5 zu Art. 48). Dies lässt ebenfalls auf eine enge Verknüpfung zwischen Konzession und Konzessionär schliessen.

3.2.6.4 Bevor auf den Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 48 RTVG eingegangen werden kann, ist kurz auf die allgemeinen Prinzipien zur Übertragbarkeit von Konzessionen einzugehen. So gilt in Bezug auf Konzessionen der Grundsatz, dass diese nicht frei übertragbar sein dürfen, da sich das Gemeinwesen die eigenhändige Auswahl allfälliger Konzessionäre vorbehalten und deren Zulassung prüfen können muss, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben stets sicherstellen zu können (vgl. DANIEL KUNZ, Konzessionen, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Bd. 21, 2012, S. 205 ff., N 72). Vom Prinzip der Unübertragbarkeit wird dann abgewichen, wenn eine Weiterführung der Tätigkeit durch einen Dritten denkbar und faktisch möglich ist (TOMAS POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, 1994, N 403). Mit Art. 48 RTVG besteht nun im Rundfunkrecht eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Übertragbarkeit von Konzessionen regelt. Dass die Übertragung dabei von der Genehmigung durch das UVEK abhängig gemacht wird, ist aufgrund der eingangs gemachten Ausführungen zu den allgemeinen Grundsätzen der Übertragbarkeit von Konzessionen naheliegend, wird doch mit der Genehmigung überprüft bzw. sichergestellt, dass auch der Übernehmer die Konzessionsvoraussetzungen einhält. Folglich verfolgt Art. 48 RTVG den Zweck, die Übertragung der Konzession unter dem Vorbehalt der Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen zu ermöglichen. Sowohl in der Ausgestaltung des Übertragungsvorgangs im Allgemeinen, als auch bei der im Rahmen des Genehmigungsverfahrens konkret durchzuführenden Überprüfung der Konzessionsvoraussetzungen, kommt zum Ausdruck, dass der Person des Übernehmers im Übertragungsprozess zentrale Bedeutung zukommt. So hängen zahlreiche Konzessionsvoraussetzungen entweder direkt von der Person des Bewerbers ab, wie beispielsweise die Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen, die Einhaltung der "2+2"-Regel, etc. oder müssen von ihm zumindest gewährleistet werden, wie die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften sowie sämtlicher mit der Konzession verbundener Rechte und Pflichten. Darüber hinaus hat die betreffende Person darzulegen, dass sie den Leistungsauftrag erfüllen kann, über die erforderlichen finanziellen Mittel ver-

fügt und die Angebots- und Meinungsvielfalt nicht gefährdet. Daraus folgt, dass die Erfüllung der Konzessionsvoraussetzungen nicht nur wesentlich von der Person des Bewerbers bzw. Übernehmers und von dessen Eigenschaften abhängt, sondern sein Gesuch, in welchem er die Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen darlegt, umgekehrt Bestandteil der Konzession bildet. In diesem legt ein Bewerber konkret in Bezug auf seine Person dar, inwiefern er die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung zu erfüllen gedenkt. Mit anderen Worten betrifft die Person des Bewerbers nicht nur einen formellen Aspekt des Konzessionsgesuchs bzw. – im Falle der Übertragung – des Übertragungsgesuchs, sondern dessen Eigenschaften bzw. seine im Konzessionsgesuch gemachten Ausführungen haben massgeblichen Einfluss auf den materiellen Gehalt der zu erteilenden Konzession. Dies hat zur Folge, dass eine einmal erteilte Konzession nur vom betreffenden Konzessionär ausgeübt werden kann, da sie von dessen Person abhängt und erst aufgrund dessen spezifischen Eigenschaften erteilt wird. Entsprechend stellt die Veranstalterkonzession kein frei übertragbares Recht dar, welches unabhängig bzw. losgelöst von der Person und den Eigenschaften des Übernehmers übertragen werden kann. Deshalb entspricht die Genehmigung gemäss Art. 48 Abs. 2 RTVG nicht einem rein formellen Kontrollerfordernis, um eine freie Übertragbarkeit der Konzession zu verhindern bzw. die Übertragung von der staatlichen Kontrolle abhängig zu machen, sondern faktisch handelt es sich dabei um die Erteilung einer neuen Konzession (vgl. Botschaft zum aRTVG, BBl 1987 III 733; WEBER, RTVG-Kommentar, N 5 zu Art. 48; POLEDNA, a.a.O., N 403). Demzufolge findet keine eigentliche Übertragung der Konzession vom bisherigen Konzessionär auf eine Drittperson statt, sondern diese wird nach Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen und vorbehältlich deren Erfüllung, zugunsten des Übernehmenden (neu) erteilt.

3.2.6.5 Zusammengefasst spricht im vorliegenden Fall nicht nur die Tatsache, dass die Übertragung der Veranstalterkonzession einer Genehmigung durch das UVEK bedarf, gegen die von den Beschwerdeführenden behauptete freie Übertragbarkeit der strittigen Konzession, sondern darüber hinaus sind auch die mit der Konzession zusammenhängenden Rechte und Pflichten derart eng mit der Person des Konzessionärs bzw. Gesuchstellers verbunden, dass eine freie Übertragbarkeit ausgeschlossen ist. Die Veranstalterkonzessionen gemäss RTVG sind folglich höchstpersönlicher Natur.

3.3 Da sich die Frage der Zulässigkeit des Parteiwechsel danach richtet, ob höchstpersönliche Rechte und Pflichten den Streitgegenstand bilden, mangelt es im vorliegenden Fall bereits an einer zentralen Voraussetzung für den vorgenommenen Parteiwechsel. Denn wie eben festgestellt wurde, liegen mit der Veranstalterkonzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15 verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten von höchstpersönlicher Natur im Streit.

4.

4.1 Sodann ist im vorliegenden Fall noch ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen. Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Eingabe vom 13. März 2014 geltend, mit dem Eintritt der neuen Gesellschafter in die einfache Gesellschaft sei eine wesentliche Änderung des Gesuchs einhergegangen. So würden nicht nur die Eigentumsverhältnisse an der Radio AG (in Gründung) verändert, sondern insgesamt auch die finanziellen Grundlagen des Konzessionsgesuchs angepasst. Darüber hinaus werde auch die Zusammensetzung im Verwaltungsrat sowie die einzelnen Funktionen innerhalb dieses Gremiums verändert. Eine derartige Anpassung des Gesuchs in personeller und finanzieller Hinsicht sei aber im derzeitigen Verfahrensstadium nicht mehr möglich; das Konzessionsgesuch sei unabänderlich.

Gleichentags hält die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme fest, dass mit den von den Beschwerdeführenden am 18. Februar 2014 mitgeteilten Anpassungen eine wesentliche Änderung des eingereichten Gesuchs vorliege. Es stelle sich die Frage, ob diese Änderung im Beschwerdeverfahren zulässig sei.

Demgegenüber bringen die Beschwerdeführenden in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 vor, dass das Konzessionsgesuch im Wesentlichen dasselbe bleibe, da die finanziellen und personellen Anpassungen unbedeutend seien. So seien einerseits sämtliche bisherigen Gesellschafter der einfachen Gesellschaft nach wie vor am Projekt beteiligt und andererseits werde die finanzielle Grundlage – trotz der auf Fr. 1'000'000.– reduzierten Darlehenszusage – durch den Beitritt neuer, solventer Gesellschafter und unter Berücksichtigung der verbleibenden Konzessionsdauer bis zum 31. Dezember 2019 – sogar verbessert. Darüber hinaus seien im Verlaufe des Verfahrens ohne weiteres auch Änderungen des Gesuch zulässig, wie dies beispielsweise vorliegend bezüglich der Übertragung von Gesellschaftsanteilen und infolgedessen mit der Übertragung des Konzessionsgesuchs geschehen sei. Denn Änderungen, welche auf

Sachverhalte zurückzuführen seien, die sich erst während des laufenden Beschwerdeverfahrens ereignet haben, dürften bzw. müssten als echte Noven im Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden.

Mit der nachträglichen Eingabe vom 7. April 2014 geben die Beschwerdeführenden eine weitere inhaltliche Anpassung des Gesuchs bekannt. Sie teilen insbesondere mit, dass sie die Darlehenszusagen um 150% auf neu insgesamt Fr. 2'500'000.– erhöht hätten. Eine solche Gesuchsanpassung sei gestützt auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sowie gemäss Ziff. 8 der öffentlichen Ausschreibung, Radio und Fernsehen, Erteilung von Konzessionen mit Leistungsauftrag vom 4. September 2007 (nachfolgend: öffentliche Ausschreibung) zulässig, wonach Gesuchsanpassungen zufolge Änderungen in den Beteiligungsverhältnissen, die sich in Anwendung der "2+2"-Regel ergeben, auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist erlaubt seien.

Wie es sich damit im konkreten Fall verhält, ist im Folgenden zu untersuchen.

4.2 Die Beschwerdeführenden haben mit der Aufnahme der beiden neuen Gesellschafter, Bernd Grohe und Daniel Gutenberg, in die Radio AG (in Gründung) Anpassungen am Gesellschaftsvertrag vorgenommen, welche sich in mehreren Punkten auf das Konzessionsgesuch vom 4. Dezember 2007 auswirken.

4.2.1 An erster Stelle hat diese Veränderung seitens der Gesellschafter zur Folge, dass damit die Bewerberschaft für die strittige Konzession bzw. die Identität der Gesuchsteller geändert wird. So ist im Gesellschaftsvertrag vom 15. bzw. 17. Februar 2014 vorgesehen, dass Roger Schawinski – welchem bis anhin das Recht und die Verpflichtung zur Zeichnung von 75% der Aktien der Radio AG (in Gründung) oblag – seine Liberierungspflicht im Umfang von 60% des Aktienkapitals wie folgt auf die anderen Gesellschafter überträgt: Die beiden neuen Gesellschafter, Bernd Grohe und Daniel Gutenberg, übernehmen von Roger Schawinski je das Recht bzw. die Pflicht zur Zeichnung von 24% der Aktien. Zudem übernimmt auch der bisherige Gesellschafter Christoph Bürge das Recht und die Pflicht zur Zeichnung von weiteren 12% der Aktien (vgl. Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags). Aufgrund dieser Anpassungen werden die Eigentums- und Mehrheitsverhältnisse der Radio AG (in Gründung) grundlegend verändert, was eine Anpassung des Gesuchs in Bezug auf die Konzessions-

voraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. c RTVG (Kriterium zur Angabe der Eigentumsverhältnisse und Herkunft des Fremdkapitals) zur Folge hat.

4.2.2 Darüber hinaus wurde auch die Finanzierung der Radio AG (in Gründung) modifiziert. So wurde die einzige im Konzessionsgesuch vom 4. Dezember 2007 vorgesehene Darlehenszusage von Roger Schawinski im Umfang von Fr. 2'500'000.– aufgehoben. Stattdessen verpflichteten sich die beiden neuen Gesellschafter, Bernd Grohe und Daniel Gutenberg, im Gesellschaftsvertrag vom 15. bzw. 17. Februar 2014 zunächst je zur Leistung eines Darlehens von Fr. 300'000.–. Ebenso sicherten Roger Schawinski und Christoph Bürge je ein Darlehen von Fr. 200'000.– zu (Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags). Insgesamt war damit eine Finanzierung mittels Darlehen im Umfang von Fr. 1'000'000.– vorgesehen. Diese bezüglich der Fremdfinanzierung erfolgten Gesuchsanpassungen veränderten die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. April 2014 bzw. mit entsprechenden unterzeichneten Darlehenszusagen vom 3. April 2014 ein weiteres Mal. Neu sehen die Beschwerdeführenden Nr. 1, 2, 4 und 5 vor, dass sie sich zu einer Erhöhung der bisherigen Darlehenszusage gemäss Gesellschaftsvertrag vom 15. bzw. 17. Februar 2014 um 150% verpflichten bzw. letztlich ein Darlehen von insgesamt Fr. 2'500'000.–, wie dies ursprünglich auch im Konzessionsgesuch vom 4. Dezember 2007 vorgesehen war, zusichern. Damit stellt sich zwar die Frage nicht mehr, wie die Beschwerdeführenden – angesichts des zunächst um 60% reduzierten Fremdkapitals – die erforderlichen Investitionen und den Betrieb zu finanzieren geplant hätten. Aus diesem Grund entfällt auch die Pflicht zur Erbringung eines Nachweises einer aufgrund der veränderten finanziellen Grundlagen gesicherten Finanzierung, welcher zwangsläufig mit einer Anpassung des Gesuchs hinsichtlich der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. b RTVG (Kriterium der Glaubhaftmachung einer ausreichenden Finanzierung) verbunden gewesen wäre. Nichtsdestotrotz haben die Beschwerdeführenden mit diesen Anpassungen sowohl die Zusammensetzung der Fremdkapitalgeber als auch den Umfang der einzelnen finanziellen Zusicherungen und damit ihr Gesuch betreffend die Konzessionsvoraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 Bst. c RTVG (Kriterium zur Angabe der Eigentumsverhältnisse und Herkunft des Fremdkapitals) wesentlich verändert.

4.2.3 Hinzu kommen im vorliegenden Fall Anpassungen in der Organisationsstruktur der Radio AG (in Gründung). Roger Schawinski wird neu nicht mehr als Präsident des Verwaltungsrates und als Geschäftsführer amten, sondern ausschliesslich als Verwaltungsrat. Neu wird Christoph

Bürge zusätzlich zu seiner bisherigen Funktion als Verwaltungsrat auch als Geschäftsführer tätig sein. Das Amt des Verwaltungsratspräsidenten wird der neue Gesellschafter Daniel Gutenberg übernehmen und Bernd Grohe wird ebenfalls die Funktion als Verwaltungsrat zukommen. Diese Anpassungen in der Organisationsstruktur sind vorliegend insofern relevant, als an mehreren Stellen des Konzessionsgesuchs auf die Funktion und das Wissen von Roger Schawinski verwiesen wird (vgl. Ziff. 1, 2.2 Bst. b sowie c, 2.4 Bst. a, 3.2 [1.1. sowie 1.2] und 5 Bst. a des Konzessionsgesuchs vom 4. Dezember 2007). Zieht sich dieser nun aus der operativen Funktion als Geschäftsführer sowie seinem Mandat als Verwaltungsratspräsident der Radio AG (in Gründung) zurück, stellt sich die Frage, ob damit der Leistungsauftrag noch erfüllt werden kann. Die Beschwerdeführenden legen zwar dar, dass sich Roger Schawinski im Gesellschaftsvertrag vom 15. bzw. 17. Februar 2014 dazu verpflichtet habe, trotz reduzierter Beteiligung an der Gesellschaft, weiterhin diejenigen Leistungen für die Radio AG (in Gründung) zu erbringen, wie diese im Konzessionsgesuchs, namentlich in Bezug auf die Bereiche Ausbildung und Qualitätssicherung, festgehalten sind (vgl. Ziff. 5.2 des Gesellschaftsvertrags). Es stellt sich vor diesem Hintergrund jedoch die Frage, ob die neu aufgenommene vertragliche Verpflichtung zur Erbringung der entsprechenden Leistungen im Vergleich zu den ursprünglichen Zusicherungen betreffend die Erfüllung des Leistungsauftrages als gleichwertig erscheint. Zumindest kann festgehalten werden, dass Roger Schawinski zwar dieselben Leistungen zusichert, durch die Abgabe seiner Leitungsfunktion jedoch nicht mehr über denselben bestimmenden Einfluss auf die Radio AG (in Gründung) haben wird und folglich die Erfüllung des Leistungsauftrages nicht mehr im gleichen Umfange als gesichert erscheint, wie dies gemäss Konzessionsgesuch vom 4. Dezember 2007 zugesichert wurde. Aus diesem Grund findet auch in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. a RTVG (Kriterium der Erfüllung des Leistungsauftrages) eine wesentliche Anpassung des Gesuchs statt.

4.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) nicht direkt geschlossen werden, dass nachträgliche Eingaben im Beschwerdeverfahren betreffend die Erteilung einer Veranstalterkonzession generell unzulässig sind. Es ist jedoch bei der Ausgestaltung des Konzessionierungsverfahrens sicherzustellen, dass für sämtliche Parteien die gleichen Bedingungen herrschen und für alle die gleichen Eingabefris-

ten gelten. Weder das RTVG noch die Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 784.401) legen den massgeblichen Zeitpunkt ausdrücklich fest, bis zu welchem Eingaben zulässig sind. Aus der Konzeption des Verfahrens als öffentliche Ausschreibung und aus der Verpflichtung der Bewerber, sämtliche für die Prüfung der Bewerbung erforderlichen Angaben zu machen, geht aber hervor, dass sich die Behörde auf die Angaben im Gesuch abzustützen hat. Konkret bedeutet dies, dass ein Nachreichen von Beweismitteln zum Verdeutlichen oder Beweisen von in der Bewerbung vorgebrachten Ausführungen im Beschwerdeverfahren zulässig erscheint, ein Ändern der Bewerbung in Punkten, welche im Konzessionierungsverfahren bemängelt wurden, dagegen ausgeschlossen ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 7.3.2). Diese Feststellung wurde vom Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Beurteilung der Qualifikationskriterien gemäss Art. 44 Abs. 1 RTVG in seiner bisherigen Rechtsprechung teilweise relativiert: Stellt sich im Beschwerdeverfahren aufgrund von neu eingebrachten Beweismitteln heraus, dass der Bewerber, welcher die Konzession zugeteilt erhalten hat, die Qualifikationskriterien nicht erfüllt, wäre es stossend, wenn die Beschwerdeinstanz den Entscheid der Vorinstanz nicht aufheben könnte. In Bezug auf die Beurteilung der Qualifikationskriterien ist somit im Beschwerdeverfahren der Sachverhalt massgebend, wie er sich zum Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids präsentiert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 6.5).

4.4 Im vorliegenden Fall steht fest, dass während des Beschwerdeverfahrens in mehreren Punkten eine wesentliche Anpassung des Konzessionsgesuchs erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist jedoch eine Anpassung des Gesuchs nach Ablauf der Bewerbungsfrist nicht mehr zulässig. Zwar sind vorliegend von den vorgenommenen Anpassungen ausschliesslich die Qualifikationskriterien betroffen, bezüglich welcher der Sachverhalt massgebend ist, wie er sich im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides präsentiert. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass ein Gesuch bezüglich der Qualifikationskriterien nach Belieben der Bewerber nach Ablauf der Bewerbungsfrist noch angepasst werden kann. Denn aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich lediglich, dass bezüglich der Qualifikationskriterien jeweils der aktuelle Sachverhalt massgebend ist und diesbezüglich neue Beweismittel, wie beispielsweise der Gesellschaftsvertrag vom 15. bzw. 17. Februar 2014, zu berücksichtigen sind, nicht jedoch, dass eigentliche Gesuchsanpassungen seitens der Bewerber nach

Ablauf der Bewerbungsfrist noch zulässig sind. An dieser das Rechtsmittelverfahren betreffenden Rechtsprechung vermag auch der Verweis der Beschwerdeführenden auf Ziff. 8 der öffentlichen Ausschreibung nichts zu ändern, welcher höchstens in Bezug auf nachträgliche Veränderungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse im erstinstanzlichen Verfahren Anwendung finden könnte. Daraus folgt, dass im konkreten Fall die zusammen mit der Gesuchsübertragung vorgenommene Anpassung des Gesuchsinhalts im derzeitigen Verfahrensstadium unberücksichtigt bleiben muss und einem Parteiwechsel ebenfalls entgegensteht.

5.
Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die mit einer Veranstalterkonzession verbundenen Rechte und Pflichten nicht übertragbar bzw. höchstpersönlicher Natur sind, weshalb der vorliegend vorgenommene Parteiwechsel unzulässig ist. Darüber hinaus scheitert ein Parteiwechsel auch daran, dass dieser eine Übertragung des Gesuchs erfordert, welche im vorliegenden Fall jedoch mit einer im derzeitigen Verfahrensstadium unzulässigen inhaltlichen Anpassung des Gesuchs verbunden ist.

6.
Im vorliegenden Fall sind die beiden neuen Gesellschafter in die Gründungsgesellschaft eingetreten und infolgedessen Bestandteil der notwenigen Streitgenossenschaft geworden (vgl. vorne E. 2). Weil das Prozessrechtsverhältnis im Gegensatz zum vorliegenden Streitgegenstand der Veranstalterkonzession nicht höchstpersönlicher Natur ist, treten die neuen Gesellschafter, welche mit der Aufnahme in die einfache Gesellschaft Bestandteil der notwendigen Streitgenossenschaft geworden sind, zufolge Universalsukzession in den Prozess ein (MERKER, a.a.O., N 25 zu Vorbem. zu § 38). Da ein Parteiwechsel jedoch unzulässig ist, weil unübertragbare, höchstpersönliche Rechte und Pflichten den Streitgegenstand bilden, ist das vorliegenden Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (BERTSCHI, Kommentar VRG, N 19 zu Vorbem. zu §§ 21-21a; HÄNER, a.a.O., N 370, MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.6, vgl.). Mit der Feststellung der Gegenstandslosigkeit erübrigt sich vorliegend auch die Behandlung des Sistierungsantrags der Beschwerdegegnerin vom 18. Februar 2014; dieser ist ebenfalls als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

7.

7.1 Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslo-

sigkeit verursacht hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im vorliegenden Fall nahmen die Beschwerdeführenden Nr. 1 bis 3 einen unzulässigen Parteiwechsel vor, indem sie zwei neue Gesellschafter in die Gründungsgesellschaft (Beschwerdeführende Nr. 4 und 5) aufnahmen und damit die Zusammensetzung der notwendigen Streitgenossenschaft veränderten, auf welche sich aber in der Folge die im Streit liegenden Rechte und Pflichten zufolge ihrer höchstpersönlichen Natur nicht übertragen lassen. Folglich haben sie mit ihrem Verhalten die Ursache für die Gegenstandslosigkeit gesetzt. Damit sind die Verfahrenskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen. Diese werden auf Fr. 2'500.– festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'000.– verrechnet. Die Differenz von Fr. 4'500.– wird den Beschwerdeführenden zurückerstattet.

7.2 In gegenstandslos gewordenen Verfahren prüft das Gericht, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Dabei findet Art. 5 VGKE sinngemäss Anwendung (Art. 15 VGKE). Vorliegend haben – wie erwähnt – die Beschwerdeführenden die Gegenstandslosigkeit verursacht. Es rechtfertigt sich deshalb der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen und diese den Beschwerdeführenden aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin hat keine detaillierte Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise aufgrund der Akten festzulegen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Im vorliegenden Fall erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen (Art. 7 ff. VGKE).

8.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG], SR 173.110). Es tritt somit mit Eröffnung in Rechtskraft.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden den Beschwerdeführenden auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von

Fr. 7'000.– verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 4'500.– wird den Beschwerdeführenden zurückerstattet. Hierzu haben sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Bankverbindung bekannt zu geben.

3.
Die Beschwerdeführenden werden verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

4.
Die Stellungnahme der Vorinstanz vom 13. März 2014 sowie das Schreiben vom 7. April 2014, die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 13. März 2014 (inkl. Kopie des Beilagenverzeichnisses) und die Stellungnahmen der Beschwerdeführenden vom 13. März 2014 (inkl. Kopie des Beilagenverzeichnisses) sowie vom 7. April 2014 (inkl. Kopie des Beilagenverzeichnisses) werden den Verfahrensbeteiligten je wechselseitig zur Kenntnisnahme zugestellt.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführenden (Einschreiben mit Beilagen)
– die Beschwerdegegnerin (Einschreiben mit Beilagen)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. Radio-VG15/1000288857; Einschreiben mit Beilagen)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Kathrin Dietrich	Ivo Hartmann

Versand: