



Urteil vom 17. April 2014

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian,
Richterin Marie-Chantal May Canellas,
Richterin Kathrin Dietrich,
Richter André Moser,
Gerichtsschreiber Ivo Hartmann.

Parteien

1. Roger **Schawinski**,
2. Daniel **Sigel**,
beide vertreten durch Stefan Bühler,
3. Stefan **Bühler**,
4. Matthias **Eppenberger**,
gemeinsam Radio Südost AG (in Gründung),
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Adrian Bachmann,
Bachmann Baumberger Rechtsanwälte,
Schulhausstrasse 14, Postfach, 8027 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

Südostschweiz Radio AG,
vertreten durch Christian Stärkle, Rechtskonsulent
Advokatur Stärkle, Postfach, 3423 Ersigen,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Erteilung einer Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil betreffend das UKW-Versorgungsgebiet Nr. 32.

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 mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 32 (Region Südostschweiz) bewarben sich bis zum Ablauf der Ausschreibungsfrist am 6. Dezember 2007 die Radio Südost AG (in Gründung) und die Südostschweiz Radio / TV AG, welche zur Südostschweiz Medien 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 Südostschweiz Radio / TV AG die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 32. Die Bewerbung der Radio Südost AG (in Gründung) wurde abgewiesen.

C.

Am 4. Dezember 2008 erhoben Roger Schawinski, Daniel Sigel und Stefan Bühler, gemeinsam Radio Südost AG (in Gründung) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung des UVEK vom 31. Oktober 2008. Sie beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung 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 Südost AG (in Gründung) geltend, das UVEK habe bezüglich der Südostschweiz Radio / TV 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.

Am 22. Januar 2009 änderte die Südostschweiz Radio / TV AG ihre Firma in Südostschweiz Radio AG (nachfolgend: S.O.-Radio AG).

E.

Mit Entscheid vom 3. Dezember 2009 (Verfahren A-7799/2008) 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.

F.

Mit Verfügung vom 6. März 2013 erteilte das UVEK die Konzession für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für das Versorgungsgebiet Nr. 32 der Südostschweiz Radio / TV AG (recte: S.O.-Radio AG). Die Bewerbung der Radio Südost AG (in Gründung) wurde wiederum abgewiesen. In seiner Verfügung hielt das UVEK fest, dass innerhalb des Marktes für Leser, im Printwerbemarkt sowie im Markt für Radiowerbung – abgesehen von einem Einzelfall – kein publizistischer Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Südostschweiz Medien AG ersichtlich sei und folglich keine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt erfolge. Entsprechend erfülle die S.O.-Radio AG die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG. Zudem erfülle die S.O.-Radio AG die Selektionskriterien insgesamt besser, weshalb ihr die betreffende Konzession zu erteilen sei.

G.

G.a Gegen die Verfügung des UVEK vom 6. März 2013 erheben Roger Schawinski, Daniel Sigel und Stefan Bühler, gemeinsam Radio Südost AG (in Gründung; nachfolgend: Beschwerdeführende), am 22. April 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragen unter anderem, die angefochtene Verfügung sei zusammen mit der gleichentags der S.O.-Radio AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erteilten Konzession aufzuheben und die Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil den Beschwerdeführenden zu erteilen. Eventuell sei die Konzessionsverfügung aufzuheben und die Sache zur Beweiserhebung und erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

G.b In der Beschwerdeergänzung vom 27. Mai 2013 halten die Beschwerdeführenden an ihren Rechtsbegehren fest. Im Wesentlichen rügen sie eine unzutreffende Auslegung der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG und machen geltend, dass die Erteilung der Konzession an die S.O.-Radio AG zufolge Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt durch die S.O.-Radio AG bzw. die Südostschweiz Medien AG zu Unrecht erfolgt sei.

H.

In der Vernehmlassung vom 27. Juni 2013 schliesst das UVEK (nachfolgend: Vorinstanz) auf Abweisung der Beschwerde.

I.

Mit Beschwerdeantwort vom 14. August 2013 beantragt die Beschwerdegegnerin, es sei "auf die Beschwerde aufgrund des Rechtsmittelmissbrauchs nicht einzutreten"; eventuell sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 16. September 2013 heisst das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdegegnerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung teilweise gut.

K.

Am 16. Oktober 2013 reichen die Beschwerdeführenden ihre Replik ein und beantragen, dass der Nichteintretensantrag der Beschwerdegegnerin abzuweisen sei.

L.

Die Beschwerdegegnerin reicht ihre Duplik am 3. Januar 2014 ein und hält an ihren Begehren fest.

M.

Mit Eingabe vom 2. Februar 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. Gemäss Art. 44 Abs. 3 RTVG könne ein Veranstalter beziehungsweise das Unternehmen, welchem er gehört, maximal 2 Fernseh-Konzessionen und 2 Radio-Konzessionen erwerben (sog. "2+2"-Regel). Da Roger Schawinski mit der Radio 1 AG bereits über eine Radiokonzession verfüge, sei für den Fall, dass er die Radiokonzession der Music First Network AG in Liquidation erhalten sollte, ein Erwerb der Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 32 nicht mehr zulässig.

N.

Mit Eingabe 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 Genehmi-

gung 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.

O.

Die Vorinstanz, die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin werden vom Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 5. 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.

P.

Gleichen Tags orientieren die Beschwerdeführenden über das Übertragungsgesuch vom 28. Januar 2014 und stellen eine Anpassung betreffend die künftigen Beteiligungsverhältnisse der Radio Südost AG (in Gründung) in Aussicht.

Q.

Am 18. Februar 2014 stellt die Beschwerdegegnerin den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht weiter einzutreten. Zur Begründung führt sie sinngemäss aus, dass Roger Schawinski – bei einer Übertragung der Radiokonzession der Music First Network AG in Liquidation auf die Radio 1 AG – kein schutzwürdiges Interesse am Erwerb der vorliegend strittigen Konzession aufweise, weil er in diesem Fall die "2+2"-Regel verletze.

R.

Gleichen Tags reicht auch das UVEK eine Stellungnahme ein und weist darauf hin, dass die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 6. Februar 2014 massgebliche Veränderungen bezüglich der Beteiligungsverhältnisse an der Radio Südost AG (in Gründung) geplant hätten und sich infolgedessen die Frage stelle, ob eine derartige Anpassung des Konzessionsgesuchs vom 6. Dezember 2007 zulässig sei.

S.

Ebenfalls mit Stellungnahme vom 18. Februar 2014 äussern sich die Beschwerdeführenden zum Konzessionserwerb der Radio 1 AG von der Music First Network AG in Liquidation. Sie geben den Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Radio Südost AG (in Gründung) bekannt, welcher

eine Liberierungspflicht von 25% des gesamten Aktienkapitals der Radio Südost AG (in Gründung) von Roger Schawinski übernehme. Die Beschwerdeführenden machen zudem geltend, der Gesellschafterwechsel und der damit einhergehende Parteiwechsel sei zulässig, da keine höchstpersönlichen Rechte oder Pflichten Verfahrensgegenstand bildeten.

T.

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.

U.

Mit Stellungnahme vom 13. März 2014 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Sie hält fest, 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.

V.

Gleichen Tags reichen die Beschwerdeführenden ihre Stellungnahme ein. Sie machen im Wesentlichen geltend, dass Änderungen am Konzessionsgesuchs ohne Weiteres zulässig seien. Zudem seien sowohl der Eintritt des neuen Gesellschafters in die Radio Südost AG (in Gründung) gesellschaftsrechtlich wie auch sein Beitritt zum Verfahren in verfahrensrechtlicher Hinsicht zulässig. Im weiteren habe der Beschwerdeführer Nr. 1 sowohl seine Rolle als auch seine Beteiligung betreffend die Radio Südost AG (in Gründung) auf ein mit der "2+2"-Regel konformes Mass reduziert, da er über die Gesellschaft weder eine rechtliche noch faktische Kontrolle ausübe. Entsprechend mangle es den Beschwerdeführenden – entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin – nicht an einem rechtlichen Interesse an der Beschwerdeführung. In prozessualer Hinsicht verlangen die Beschwerdeführenden schliesslich, von einer Verfahrenssistierung sei abzusehen.

W.

In der Stellungnahme vom 13. März 2014 hält die Beschwerdegegnerin an ihrem Nichteintretensantrag fest und verlangt darüber hinaus, es sei festzustellen, dass das Rechtsschutzinteresse nicht gegeben sei. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, das Verfahren sei nicht zu sistieren. Sie macht sinngemäss geltend, dass selbst durch die vorgenommene Reduktion der Beteiligung seitens Roger Schawinski die "2+2"-Regel verletzt werde und infolgedessen die Beschwerdeführenden kein Rechtsschutzinteresse mehr aufwiesen. Hinsichtlich des Eintritts des neuen Gesellschafters führt sie aus, dass ein Gesellschafterwechsel nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei und es stossend wäre, wenn eine Änderung seitens der Gesellschafter automatisch zu einem Parteiwechsel führen würde.

X.

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.

Y.

Auf die weitergehenden Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheiderelevant – 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 6. März 2013 stellt eine Verfügung im Sinn 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 eines neuen Gesellschafters, Matthias Eppenberger (Beschwerdeführender Nr. 4) in die Radio Südost AG (in Gründung) bekannt. Vorliegend ist an erster Stelle die Zulässigkeit des Eintritts eines neuen Gesellschafters 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 Universalzession auf den neu eintretenden Gesellschafter über.

2.2 Im Gesellschaftsvertrag vom 17. bzw. 18. Februar 2014 ist ausdrücklich festgehalten, dass Matthias Eppenberger mit Zustimmung aller Gesellschafter neu in die Gesellschaft eintritt (vgl. Ziff. 1.1 f. des Gesellschaftsvertrages). Damit kommt es im vorliegenden Fall zu einer Änderung des Personenbestandes der einfachen Gesellschaft Radio Südost AG (in Gründung) und die eintretende Person erhält ohne weiteres die Stellung eines Gesellschafters. Zugleich übernimmt sie sämtliche Rechte und Pflichten eines Gesellschafters. Da in einer einfachen 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 [nach-

folgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 6 N 11 und 13). Aus diesem Grund haben im vorliegenden Fall sämtliche Gesellschafter der Radio Südost AG (in Gründung) gemeinsam am Beschwerdeverfahren teilzunehmen, soweit Vermögenswerte, die Gegenstand des Gesamthandsverhältnisses bilden, im Streit liegen. Dies ist vorliegend geschehen, erklärt doch der neue Gesellschafter in der Stellungnahme vom 18. Februar 2014 seinen Beitritt zur notwendigen Streitgenossenschaft, mithin seinen Eintritt in das Beschwerdeverfahren (vgl. Stellungnahme S. 7, Rz. 9) und reicht eine entsprechende Vertretungsvollmacht für den gemeinsamen Rechtsvertreter ein. Zusammengefasst ist somit der Eintritt in die einfache Gesellschaft Radio Südost 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 des neuen Gesellschafters 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 der 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 MOSER/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*).

ren und Verwaltungsprozess, 2000, N 370; MARTIN BERTSCHI, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: Kommentar VRG], 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. 32 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 Stellungnahme vom 18. Februar 2014 die Ansicht, seitens der bisherigen Beschwerdeführenden Nr. 1-3 bestehe eine Anwartschaft auf eine Konzession, welche automatisch auf den neu eintretenden Gesellschafter übergehe. Deshalb sei nicht ersichtlich, weshalb der mit dem Eintritt des neuen Gesellschafters (Beschwerdeführender Nr. 4) in die einfache Gesellschaft einhergehende Parteiwechsel nicht zulässig sein sollte. Dieser sei sowohl gesellschaftsrechtlich wie verfahrensrechtlich ohne weiteres möglich. 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 führt in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 aus, dass es stossend wäre, wenn in Beschwerdeverfahren betreffend eine Veranstalterkonzession ein Gesellschafterwechsel seitens der Gesuchsteller automatisch zu einem Parteiwechsel führen würde.

3.2.3 Mit Stellungnahme vom gleichen Tag stellt die Vorinstanz fest, dass eine wesentliche Änderung des Konzessionsgesuchs vorgenommen worden sei und sich die Frage stelle, ob diese Modifikation sowie der damit verbundene Parteiwechsel zulässig seien.

3.2.4 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.

3.2.4.1 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).

3.2.4.2 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 Di-

partimento 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.

3.2.4.3 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.

3.2.4.4 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 Pflichten und Auflagen. Darüber hinaus hat die betreffende Person darzulegen, dass sie den Leistungsauftrag erfüllen kann, über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt 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 (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 der Konzession vom 6. März 2013 für ein UKW-Radio mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil, UKW-Versorgungsgebiet Nr. 32). In seinem Gesuch 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 ver-

hindern 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.

3.2.5 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 Parteiwechsels 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. 32 verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten von höchstpersönlicher Natur im Streit.

4.

4.1

Sodann ist im vorliegenden Fall noch ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen. Die Vorinstanz macht in ihren Stellungnahmen vom 18. Februar und 13. März 2014 geltend, dass mit dem Eintritt des neuen Gesellschafters in die einfache Gesellschaft und der Veränderung der künftigen Beteiligungsverhältnisse eine wesentliche Änderung des Konzessionsgesuchs einhergegangen sei. Es stelle sich folglich die Frage, ob diese Änderung im Beschwerdeverfahren zulässig sei.

Demgegenüber machen die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 13. März 2014 im Wesentlichen geltend, dass Änderungen am Konzessionsgesuchs ohne Weiteres zulässig seien. Einerseits sei der Verweis der Vorinstanz auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wo-

nach nachgereichte Dokument nur insofern berücksichtigt werden können, als sie nicht die eingereichte Bewerbung abändern, in Bezug auf die vorliegend vorgenommenen Gesuchsanpassungen nicht einschlägig. Andererseits sei aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes auf den aktuellen Sachverhalt abzustellen und mithin seien die erfolgten Modifikationen am Gesuch zu berücksichtigen. Ferner änderten die vorgenommenen Anpassungen nichts am Kern des Konzessionsgesuchs, da sämtliche bisherigen Gesellschafter weiterhin an der einfachen Gesellschaft beteiligt seien.

Die Beschwerdegegnerin äussert sich in den Stellungnahmen vom 18. Februar und 13. März 2014 nicht zu den vorgenommenen Anpassungen am Konzessionsgesuchs und zu deren Zulässigkeit, kritisiert jedoch, dass "nun plötzlich eine andere Partei die Beschwerde führt".

Wie es sich mit den vorgenommenen Gesuchsanpassungen im konkreten Fall verhält, ist im Folgenden zu untersuchen.

4.2 Die Beschwerdeführenden haben mit der Aufnahme des neuen Gesellschafters, Matthias Eppenberger, in die Radio Südost AG (in Gründung) Anpassungen am Gesellschaftsvertrag vorgenommen, welche sich in mehreren Punkten auf das Konzessionsgesuch vom 6. 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 17. bzw. 18. Februar 2014 vorgesehen, dass Roger Schawinski – welchem bis anhin das Recht und die Verpflichtung zur Zeichnung von 40% der Aktien der Radio Südost AG (in Gründung) oblag – seine Liberierungspflicht im Umfang von 25% des Aktienkapitals auf den neu eintretenden Gesellschafter Matthias Eppenberger überträgt (vgl. Ziff. 1.1 des Gesellschaftsvertrags). Damit soll nach den Ausführungen der Beschwerdeführenden das Ziel verfolgt werden, Roger Schawinskis Anteil an und seine Rolle bei der Radio Südost AG (in Gründung) auf ein Mass zu reduzieren, welches sämtliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit der "2+2"-Regel ausschliesse (Ziff. 0.5 des Gesellschaftsvertrags). Aufgrund der vorgenommenen Modifikationen und deren Zwecksetzung werden die Eigentums- und Mehrheitsverhältnisse der Radio Südost AG (in Gründung) grundlegend verändert, was eine wesentliche Anpassung des Gesuchs in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. c RTVG

(Kriterium zur Angabe der Eigentumsverhältnisse und Herkunft des Fremdkapitals) zur Folge hat.

4.2.2 Zweitens wurden auch Anpassungen in der Organisationsstruktur der Radio Südost AG (in Gründung) vorgenommen. Im Konzessionsgesuch vom 6. Dezember 2007 bzw. im angepassten Gesuch vom 17. Dezember 2007 war vorgesehen, dass sich der Verwaltungsrat aus Roger Schawinski, Stefan Bühler und Daniel Sigel zusammensetzen wird; wem die Funktion des Verwaltungsratspräsidenten zufallen sollte, wurde jedoch nicht festgelegt (vgl. Ziff. 2.2 Bst. d des Konzessionsgesuchs). Sodann wurde ausgeführt, dass erst nach der Konzessionserteilung bestimmt werde, wer die Funktion der Geschäftsleitung und der Programmleitung, welche in Personalunion ausgeübt werden soll, übernehmen werde (vgl. Ziff. 2.2 Bst. b und d des Konzessionsgesuchs). Hinsichtlich der Organisationsstruktur ist im Gesellschaftsvertrag vom 17. bzw. 18. Februar 2014 neu vorgesehen, dass Stefan Bühler zum Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer ernannt bzw. bestimmt wird und Roger Schawinski, Daniel Sigel und Matthias Eppenberger je als Verwaltungsratsmitglieder amtiert werden (vgl. Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages). Wie bereits oben erläutert, erfolgen diese Modifikationen unter anderem mit dem Ziel, die Rolle von Roger Schawinski in der Radio Südost AG (in Gründung) auf ein Mass zu reduzieren, welches im Einklang mit der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs.3 RTVG steht (vgl. Ziff. 0.5 des Gesellschaftsvertrages). Diesbezüglich führen die Beschwerdeführenden näher aus, dass mit diesem Vorgehen die Rolle von Roger Schawinski "von jener eines wichtigen (Minderheits-) Teilhabers auf ein Mass reduziert werde, das jegliche rechtliche oder faktische Kontrolle der Gesellschaft verunmöglicht" (Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 18. Februar 2014, Rz. 11 sowie Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 13. März 2014, Rz. 7). Diese Anpassungen in der Organisationsstruktur sind vorliegend insofern relevant, als an mehreren Stellen des Konzessionsgesuchs auf die Funktionen und das Wissen der drei Gesuchsteller verwiesen wird (Ziff. 1, 2.3 Bst. a und 5 Bst. b des Konzessionsgesuchs). Diesbezüglich folgt sodann aus dem Konzessionsgesuch, dass zwar sämtliche ursprünglichen Gesuchsteller im Medienwesen tätig sind und entsprechend grosse Erfahrungen vorzuweisen haben, jedoch ausschliesslich Roger Schawinski und Daniel Sigel Erfahrungen mit dem Betrieb einer Radiostation haben (Ziff. 1 und 2.3 Bst. a des Konzessionsgesuchs). Darüber hinaus halten die Beschwerdeführenden zur Person Roger Schawinski explizit fest, dass dieser schweizweit über ein einzigartiges Know-how bezüglich des operativen Betriebs eines Lokalradios verfüge

(vgl. Stellungnahme vom 18. Februar 2014, Rz. 8). Da sich Roger Schawinski jedoch teilweise aus der Radio Südost AG (in Gründung) zurückgezogen hat und lediglich noch über einen Sitz im Verwaltungsrat sowie eine Minderheitsbeteiligung im Umfang von 15% des Aktienkapitals verfügen wird, stellt sich die Frage, ob beim vorliegenden Projekt, welches unter anderem massgeblich auf seinem Wissen und seinen Fähigkeiten fusste, der Leistungsauftrag noch erfüllt werden kann. Die Beschwerdeführenden legen zwar dar, dass sich Roger Schawinski im Gesellschaftsvertrag vom 17. bzw. 18. Februar 2014 dazu verpflichtet habe, trotz reduzierter Beteiligung an der Gesellschaft, weiterhin diejenigen Leistungen für die Radio Südost AG (in Gründung) zu erbringen, wie diese im Konzessionsgesuch, namentlich in Bezug auf die Bereiche Ausbildung und Qualitätssicherung, festgehalten sind (vgl. Ziff. 4.2 des Gesellschaftsvertrages). 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 garantiert, durch die Aufgabe jeglicher faktischer sowie rechtlicher Kontrollmöglichkeiten jedoch nicht mehr über denselben Einfluss auf die Radio Südost AG (in Gründung) haben wird und folglich die Erfüllung des Leistungsauftrages nicht mehr im gleichen Umfange als gesichert erscheint, wie dies im Konzessionsgesuch vom 6. 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 Eingabefristen 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 er-

forderlichen 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 – entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführenden – 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 17. bzw. 18. Februar 2014, zu berücksichtigen sind, nicht jedoch, dass eigentliche Gesuchsanpassungen seitens der Bewerber nach Ablauf der Bewerbungsfrist noch zulässig wären. Die Einwände der Beschwerdeführenden, wonach echte Noven und Gesuchsanpassungen, die nicht auf ein im erstinstanzlichen Konzessionierungsverfahren bemängeltes Konzessionsgesuch zurückzuführen seien, berücksichtigt werden müssen,

gehen somit an der Sache vorbei. Insgesamt folgt daraus, dass im konkreten Fall die zusammen mit der Gesuchsübertragung vorgenommenen Anpassungen des Gesuchsinhalts im derzeitigen Verfahrensstadium unberücksichtigt bleiben müssen und einem Parteiwechsel ebenfalls entgegenstehen.

5.

5.1 Im weiteren berufen sich die Beschwerdeführenden darauf, dass auch seitens der Beschwerdegegnerin ein Gesellschafter- bzw. Parteiwechsel stattgefunden habe und deren Identität verändert worden sei, weil keine Gesellschaft mit der Firma "Südostschweiz Radio und TV AG" existiere. Soweit die Beschwerdeführenden daraus schliessen wollen, dass auch der von ihnen vorgenommenen Parteiwechsel zulässig sei, fällt was folgt in Betracht:

Es trifft zu, dass die ursprünglich in der Konzessionsverfügung vom 6. März 2013 und im vorliegenden Beschwerdeverfahren geführte Firma der Beschwerdegegnerin unzutreffend ist, da keine Gesellschaft mit der Bezeichnung "Südostschweiz Radio und TV AG" bzw. "Südostschweiz Radio / TV AG" mehr existiert. Die Beschwerdegegnerin wurde am 22. Januar 2009 in "Südostschweiz Radio AG" umfirmiert und unter dieser Firma bereits auch im Rubrum des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2009 (Verfahren A-7799/2008) aufgeführt. Zugleich erfolgte auch ein Adresswechsel. Die Anschrift der Beschwerdegegnerin lautet seither Kasernenstrasse 1, 7007 Chur.

Eine fehlerhafte Parteibezeichnung kann ohne weiteres berichtigt werden, wenn die Identität der Parteien von Anfang an eindeutig feststand und bloss deren Benennung falsch war (BGE 136 III 551 E. 3.4.1, 131 I 63 E. 2.2, 120 III 13 f. E. 1b; statt vieler: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4795/2011, A-4800/2011 und A-4818/2011 vom 3. Januar 2013 E. 2.3; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Praxiskommentar, Art. 6 N 48).

Die genannten Voraussetzungen sind im Falle einer Umfirmierung einer Gesellschaft ohne weiteres gegeben, weshalb die Parteibezeichnung im Rubrum von Amtes wegen in Südostschweiz Radio AG zu ändern und neu die Adresse Kasernenstrasse 1, 7007 Chur zu führen ist. Darüber hinaus stellt jedoch weder eine Firmenänderung noch die Berichtigung einer unzutreffenden Parteibezeichnung einen Parteiwechsel dar (vgl. BERTSCHI, Kommentar VRG, N 19 zu Vorbem. zu §§ 21-21a; MERKER, a.a.O., N 24 zu Vorbem. zu § 38).

5.2 Schliesslich machen die Beschwerdeführenden geltend, dass die Vorinstanz in einem frühen Verfahrensstadium bereits einmal Änderungen in der Gesellschaftsstruktur zugelassen habe. So sei dem BAKOM mit Schreiben vom 17. Dezember 2007 mitgeteilt worden, dass der ursprüngliche Gesuchsteller, Patrick Vogt, durch den heutigen Beschwerdeführer Nr. 2, Daniel Sigel, ersetzt werde, was in der Folge von der Vorinstanz ohne weiteres formlos akzeptiert worden sei.

Aus diesem Verweis auf einen im vorinstanzlichen Verfahren tolerierten Parteiwechsel können die Beschwerdeführenden in Bezug auf das vorliegende Beschwerdeverfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn das Bundesverwaltungsgericht ist nicht an eine allfällige Praxis des UVEK gebunden. Vielmehr legt es seinem Beschwerdeentscheid – wie oben dargelegt (vgl. E. 2-4) – seine eigene Rechtsauffassung zu Grunde.

6.

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.

7.

Im vorliegenden Fall ist der neue Gesellschafter in die Gründungsgesellschaft eingetreten und infolgedessen Mitglied der notwendigen Streitgenossenschaft geworden (vgl. vorne E. 2). Weil das Prozessrechtsverhältnis im Gegensatz zum vorliegenden Streitgegenstand der Veranstalterkonzession nicht höchstpersönlicher Natur ist, tritt der neue Gesellschafter, welcher mit der Aufnahme in die einfache Gesellschaft Bestandteil der notwendigen Streitgenossenschaft geworden ist, zufolge Universal-sukzession 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 vorliegende Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (vgl. 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). Mit der Feststellung der Gegenstandslosigkeit ist vorliegend auch nicht mehr über eine allfällige Verfahrenssistierung zu befinden und die entspre-

chenden Anträge der Verfahrensbeteiligten sind als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

8.

8.1 Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit 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 einen neuen Gesellschafter (Beschwerdeführer Nr. 4) in die Gründungsgesellschaft aufgenommen und damit die Zusammensetzung der notwendigen Streitgenossenschaft verändert haben, 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. 4'000.– festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'000.– verrechnet. Die Differenz von Fr. 3'000.– wird den Beschwerdeführenden zurückerstattet.

8.2 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). Zu berücksichtigen ist, dass bereits ein umfangreicher doppelter Schriftenwechsel in der Hauptsache vorausgegangen ist. Demnach erscheint im vorliegenden Fall eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen (Art. 7 ff. VGKE).

9.

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. 4'000.– werden den Beschwerdeführenden auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'000.– verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 3'000.– 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. 20'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

4.

Die Stellungnahme der Vorinstanz vom 13. März 2014 sowie das Schreiben vom 7. April 2014, die Stellungnahmen der Beschwerdegegnerin vom 2. Februar 2014 sowie 13. März 2014 und die Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 13. März 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-VG 32/1000288857; Einschreiben mit Beilagen)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Ivo Hartmann

Versand: