

# **BVGer A-702/2024 vom 13. Oktober 2025**

Bundesverwaltungsgericht, 2025-10-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-702\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-702_2024)

FR: TAF A-702/2024 du 13 octobre 2025

IT: TAF A-702/2024 del 13 ottobre 2025

## **Regeste**

Zugang zu Fernmeldenetzen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

### **E. 1.2**

Eingangs ist von Amtes wegen zu prüfen, ob es sich um eine anfechtbare Verfügung handelt.

#### **E. 1.2.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass es sich um eine Teilverfügung handle, da über einen materiellrechtlichen Teil des Zugangsgesuchs abschliessend entschieden worden sei. Sollte in der angefochtenen Verfügung wider Erwarten eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 45 VwVG gesehen werden, mit der bloss eine materiellrechtliche Vorfrage beantwortet und das Zugangsverfahren noch nicht (auch nicht teilweise) abgeschlossen werde, wäre die vorliegende Beschwerde dennoch zulässig. Gleich beide der alternativen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 VwVG seien nämlich erfüllt.

#### **E. 1.2.2**

Die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin bestreiten die Prozessvoraussetzungen nicht.

#### **E. 1.2.3**

Während End- und Teilverfügungen ohne weitere Voraussetzungen anfechtbar sind (Art. 44 VwVG), ist bei selbständig eröffneten Zwischenverfügungen zu differenzieren. Stets zulässig ist eine Beschwerde gegen Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gegen andere Zwischenverfügungen ist eine Beschwerde dagegen nur zulässig, wenn sie entweder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können - wobei ein tatsächlicher Nachteil genügt (Urteil des BVGer A-5242/2018 vom 9. März 2020 E. 1.2.2) - oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Obschon Art. 45 und Art. 46 VwVG - abweichend von Art. 92 und Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110), wo von Vor- und

Zwischenentscheiden die Rede ist - den Begriff der Vorverfügung nicht erwähnen, ist davon auszugehen, dass der Begriff der Zwischenverfügung auch Vorverfügungen umfasst, mithin also Entscheide über materiell-rechtliche Vorfragen, die das Verfahren vor einer Behörde nicht im Sinn einer Endverfügung abschliessen (vgl. BGE 136 II 165 E. 1.1, BGE 135 II 30 E. 1.3.1 und BGE 134 II 137 E. 1.3.2; Urteil des BVGer A-2970/2010 vom 22. März 2012 E. 1.1; Felix Uhlmann/Simone Wälle-Bär, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Zürich 2023 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 45 Rz. 4 f.).

#### **E. 1.2.4**

Unter welchen Voraussetzungen die streitgegenständliche Verfügung angefochten werden kann, hängt damit davon ab, wie sie zu qualifizieren ist. Neben der Beurteilung der Frage, ob der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen zu gewähren ist, hat die Vorinstanz im Rahmen der Festlegung der Bedingungen der Mitbenutzung auch über eine allfällige Abgeltung zu befinden, falls eine Anlage von einer FDA finanziert wurde (vgl. Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 [BBl 2017 6559, S. 6645; nachfolgend: Botschaft FMG 2017]). Dispositivziffer 2 verpflichtet die Beschwerdeführerinnen, ein in den Grundzügen bestimmtes gesetzeskonformes Angebot für die gebäudeinternen Anlagen vom Hausanschlusskasten (Building Entry Point, BEP) bis zur optischen Telekommunikationssteckdose (Optical Telecommunication Outlet, OTO), legt indessen die konkreten Zugangsbedingungen nicht fest. Das Verfahren würde fortgesetzt, sofern sich die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerin nicht einigen.

#### **E. 1.2.5**

Das Bundesverwaltungsgericht ist diesbezüglich in zwei vergleichbaren Urteilen bezüglich der Bedingungen des Zugangs zu Mietleitungen gestützt auf Art. 11 FMG zum Schluss gekommen (vgl. E. 1.1.3), dass es sich um einen materiell-rechtlichen Grundsatzentscheid handelt, wenn die Beschwerdeführerinnen lediglich verpflichtet werden, ein in den Grundzügen bestimmtes gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen (Urteile des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 1.1.3 und A-2970/2010 vom 22. März 2012 E. 1.1.3).

#### **E. 1.2.6**

Ob es sich hierbei um eine Teilverfügung in der Hauptsache, die grundsätzlich gleich wie ein Endentscheid selbständig angefochten werden kann, oder um eine Zwischenverfügung über eine Grundsatzfrage handelt, kann letztlich offen bleiben. Der nicht wiedergutzumachende Nachteil nach Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG wäre aus nachfolgenden Gründen zu bejahen. Die Angebotspflicht würde sich bei einer allfälligen Weiterführung des Zugangsverfahrens präjudizierend auswirken (vgl. mutatis mutandis Urteile des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 1.1.3 und A-2970/2010 vom 22. März 2012 E. 1.1.3). Er würde weiter allfällige Vertragsverhandlungen zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin über die Bedingungen des Zugangs zum dark fibre der Beschwerdeführerinnen beeinflussen (d.h. zu den Gebäudeeinführungspunkten sowie die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlage), da nicht zu erwarten ist, dass die Beschwerdegegnerin ein Angebot akzeptieren würde, das weniger weit geht, als das von der Vorinstanz in den Grundzügen festgelegte. Dies gälte auch für allfällige Verhandlungen betreffend spätere Jahre. Die Angebotspflicht würde

damit faktisch den Verhandlungsspielraum der Beschwerdeführerinnen beschränken, zumal sie nur bereit sind, für das gesamte dark fibre ein Angebot zu machen (und nicht nur vom BEP zum OTO). Die aus dem Entscheid resultierenden Nachteile könnten mit der Anfechtung eines allfälligen Endentscheids im Zugangsverfahren betreffend die konkreten Bedingungen nicht mehr beseitigt werden. Entsprechend wäre ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG und ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerinnen, die Verfügung anzufechten, zu bejahen, falls es sich um eine Zwischenverfügung handelt. Eine Teilverfügung wäre nach dem Gesagten ohnehin ohne Weiteres selbständig anfechtbar.

#### **E. 1.2.7**

Die Vorinstanz gehört weiter zu den eidgenössischen Kommissionen nach Art. 33 Bst. f VGG und ist somit eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist zudem nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerinnen sind Adressatinnen des angefochtenen Entscheids und werden durch diesen beschwert. Sie sind damit zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.4**

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist damit einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition; gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (Art. 49 VwVG). Bei der Ermessensprüfung auferlegt es sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle. Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Sie und das mit der Instruktion des Verfahrens betraute BAKOM verfügen über ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt. Ihr steht entsprechend - wie anderen Behördenkommissionen auch - ein eigentliches "technisches" Ermessen zu. Im Rahmen dessen darf ihr bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Damit rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung des

Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht indes nicht davon, unter Beachtung dieser Zurückhaltung zu überprüfen, ob die Rechtsanwendung der Vorinstanz mit dem Bundesrecht vereinbar ist (vgl. Urteile des BVGer A-3788/2021 vom 19. Dezember 2022 E. 2 und A-1286/2019 vom 16. Juli 2021 E. 2 m.H.).

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (allenfalls auch nur teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von derjenigen der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (sog. Motivsubstitution; vgl. BGE 140 II 353 E. 3.1 m.H.).

### **E. 3**

Zunächst ist darauf einzugehen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin eingetreten ist.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass sie nicht passivlegitimiert seien, da sie keine FDA seien und somit der Zugangsverpflichtung von Art. 35b FMG nicht unterständen. Es liege somit keine Streitigkeit zwischen FDA vor. Entsprechend sei die Vorinstanz auch nicht für die Behandlung des Zugangsgesuchs zuständig. Ob sie der Zugangsverpflichtung von Art. 35b FMG unterständen, sei eine doppelrelevante Tatsache, da davon sowohl die Zuständigkeit der Vorinstanz als auch die Begründetheit des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Anspruchs abhängen. Im Gegensatz zu einem Zivilverfahren könne die Beurteilung einer doppelrelevanten Tatsache im Verwaltungsverfahren bereits im Rahmen des Eintretens erfolgen. Bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung - wie vorliegend der Zuständigkeit - wäre auf das Zugangsgesuch der Beschwerdegegnerin richtigerweise nicht einzutreten gewesen. Sei dennoch materiell entschieden worden, sei dies im Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen und der entsprechende Entscheid sei aufzuheben.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz verzichtet auf eine eingehende Auseinandersetzung hierzu und verweist auf ihre Ausführungen in der Sache. Die Beschwerdegegnerin lässt sich hierzu nicht vernehmen.

#### **E. 3.3**

Nach ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen bei der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung materiell entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.2 und BGE 132 V 93 E. 2; Urteil des BVGer A-3788/2021 vom 19. Dezember 2022 E. 3.2.1 m.H.; vgl. zum Ganzen Kölz/Häner/Bertschi/Bundi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2025, Rz. 695).

#### **E. 3.4**

Die Vorinstanz gelangte zusammengefasst zum Schluss, dass die Beschwerdeführerinnen zwar keine FDA im Sinne von Art. 35b FMG seien, aber dennoch unter Art. 35b fallen

würden, da eine Lücke vorliege. Ob vorliegend Art. 35b FMG Anwendung findet, ist daher bei der materiell-rechtlichen Prüfung zu entscheiden. Allerdings hängt davon auch die Eintretensfrage ab, da die ComCom nur für Streitigkeiten zwischen FDA zuständig ist (Art. 35b Abs. 5 FMG). Nicht darunter fallen somit Streitigkeiten zwischen FDA und Liegenschaftseigentümern (Art. 35b Abs. 5 e contrario FMG; vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6645). Es handelt sich demnach um eine doppelrelevante Tatsache. Über eine solche ist nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheids zu befinden. Dabei genügt es für die Anerkennung der Eintretensfrage, wenn die vorgebrachten Tatsachen, welche sowohl für die Zulässigkeit der Beschwerde als auch für deren materiell-rechtliche Begründetheit erheblich (doppelrelevant) sind, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorliegen (BGE 145 II 153 E. 1.4, BGE 141 II 14 E. 5.1 und BGE 137 II 313 E. 3.3.3; Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 1.3). Dies war der Fall, da nicht einzig die Frage zu beurteilen war, ob die Beschwerdeführerinnen FDA sind, sondern, ob sie aus anderen Gründen als Adressatinnen unter diese Bestimmung fallen, was von der Beschwerdegegnerin glaubhaft dargetan wurde.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin eingetreten.

### **E. 4**

Anbieterinnen, die eine Anlage finanziert haben, sind angemessen zu entschädigen.

### **E. 4.1**

Zusammengefasst rügen die Beschwerdeführerinnen, dass Art. 35b Abs. 2 FMG - auch in der Beurteilung der Vorinstanz - nach seinem unzweideutigen und klaren Wortlaut nur FDA verpflichte, nicht aber Anbieterinnen von dark fibre. Die weiteren Auslegungselemente würden im Übrigen keinerlei Hinweise darauf enthalten, dass der klare Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG nicht dem wahren Sinn der Norm entspreche. Vielmehr würden diese das Auslegungsergebnis, dass sie nicht der Zugangsverpflichtung unterstellt seien, stützen.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdegegnerin entgegnet hauptsächlich, dass das Auslegungsergebnis erst im Rahmen einer umfassenden Gesamtbetrachtung und nach Würdigung sämtlicher relevanten Auslegungselemente feststehen dürfe. Die Tragweite und der wahre vom Gesetzgeber intendierte Sinn des Kriteriums bzw. der Voraussetzung "Fernmeldediensteanbieterin" müsse deshalb für Art. 35b Abs. 2 FMG durch die weiteren massgeblichen Auslegungselemente geklärt werden. Dabei seien Auslegungsergebnisse, welche vom Wortlaut abweichen würden, zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe für die Annahme bestünden, dass der Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspreche.

### **E. 4.3**

Die Vorinstanz hält im Wesentlichen an der angefochtenen Verfügung fest.

### **E. 4.4**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (BGE 150 I 80 E. 3.1 und BGE 150 II 273 E. 4.4.1). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich

aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus). Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte, auf den Zweck der Norm, die ihr zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen abzustellen (BGE 147 II 25 E. 3.3, BGE 145 II 182 E. 5.1 und BGE 143 II 268 E. 4.3.1, jeweils m.H.). Eine Gesetzesinterpretation lege artis kann ergeben, dass ein (scheinbar) klarer Wortlaut zu weit gefasst und auf einen an sich davon erfassten Sachverhalt nicht anzuwenden ist (teleologische Reduktion, BGE 143 II 268 E. 4.3.1 m.H.).

#### **E. 4.5.1**

In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, dass in erster Linie vom Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen auszugehen sei. Gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG richte sich die Gewährungspflicht neben "Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer" explizit an "Anbieterinnen von Fernmeldediensten". Die französisch- und italienischsprachigen Fassungen dieser Norm würden im Wortlaut mit der deutschsprachigen übereinstimmen. Um die Frage zu beantworten, wer als FDA gelte, sei auf die vorhandene Legaldefinition des Begriffs "Fernmeldedienst" in Art. 3 FMG abzustellen ("fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte"). Gemäss Amgwerd/Schlauri gelte auch das Anbieten von Übertragungskapazität als fernmeldetechnische Übertragung.

#### **E. 4.5.2**

Hinsichtlich der grammatikalischen Auslegungsmethode pflichten die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz betreffend die Herleitung des Begriffs "FDA" bei. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass sie keine FDA im Sinne des FMG seien. Durch den Betrieb von Glasfasernetzen ermöglichten sie es anderen Unternehmen (wie z.B. der Beschwerdegegnerin), Informationen für Dritte (deren Kunden) fernmeldetechnisch auf ihren flächendeckenden FTTH-P2P-Glasfasernetzen (P2P = Point-to-Point = eine individuelle durchgängige Glasfaserverbindung zwischen der Zentrale und der Wohnung bzw. dem Geschäft) zu übertragen. Selbst würden sie keine Informationen auf ihren FTTH-P2P-Glasfasernetzen übertragen (d.h. senden oder empfangen), weder für sich selbst noch für Dritte. Nur ihre Kunden - FDA wie die Beschwerdegegnerin - würden Informationen für deren (End-)Kunden senden und empfangen. Entsprechend seien sie beim BAKOM zu Recht nicht als FDA gemeldet. Diese Liste belege das Verständnis des BAKOM, dass Anbieterinnen von dark fibre keine FDA gemäss FMG seien.

#### **E. 4.5.3**

Die Vorinstanz wiederholt in ihrer Vernehmlassung, dass auch das Anbieten von Übertragungskapazität als fernmeldetechnische Übertragung gelte. Die Beschwerdeführerinnen gälten (dennoch) nicht als FDA, da sie selber keine Informationen für Dritte fernmeldetechnisch übertragen würden. Es ergebe sich aus der Verfügung, weshalb von der grammatikalischen Auslegung abzuweichen sei bzw. weshalb die weiteren Auslegungselemente notwendig seien, um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers auszuschliessen.

#### **E. 4.5.4**

Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass der Begriff FDA selber bekanntlich nicht legaldefiniert sei. Der Fernmeldegesetzgeber nehme keine konsequente terminologische

Unterscheidung zwischen den Infrastruktur-Akteuren einerseits und den Dienste-Akteuren des Fernmeldemarktes andererseits vor. Vielmehr werde regelmässig undifferenziert der service- bzw. dienstelastige Begriff der FDA als Aufgreifkriterium verwendet. Das sei bisher hinnehmbar bzw. im Ergebnis folgenlos gewesen, da die Marktakteure bisher regelmässig sowohl auf (Netz-)Infrastrukturebene als auch im Bereich der Erbringung von Telekommunikationsdiensten gegenüber den Endkunden tätig gewesen seien. Ein eher neueres Phänomen sei, dass gewisse Marktakteure sich insbesondere im Zusammenhang mit dem (Aus-)Bau moderner glasfaserbasierter Telekommunikationsnetze als reine Infrastrukturbetreiber positionieren und ein Geschäftsmodell wählen würden, welches in Bezug auf die traditionelle Anknüpfung am klassischen Begriff der FDA Fragen aufwerfe. So knüpfe beispielsweise auch die im Bereich des Baus von Telekommunikationsnetzen zentrale fernmeldegesetzliche Spezialregelung von Art. 35 FMG am FDA-Kriterium an (sog. Leitungsbauprivileg), wobei es aber offenbar gängige Praxis sei, dass sich darauf auch Marktakteure berufen könnten, welche das BAKOM unter dem Begriff "FTTH-Betreiber" klassifiziere und einordne. Es sei insofern nicht hinnehmbar, wenn sich reine Infrastruktur-Netzbetreiber, welche anderen Marktakteuren im Sinne einer Vorleistung die Möglichkeit einräumen würden, gegenüber Endkunden Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen, zwar die entsprechenden Vorteile bzw. Rechte für sich in Anspruch nehmen könnten, sich aber gegen die Anwendung entsprechender Bestimmungen zur Wehr setzen würden, wenn damit Verpflichtungen verbunden seien. Auch im Zusammenhang mit dem am 1. Januar 2025 in Kraft tretenden Änderung des Informationssicherheitsgesetzes vom 18. Dezember 2020 (ISG; SR 128), mit welcher für Betreiber von kritischen Infrastrukturen eine Meldepflicht für Cyberangriffe eingeführt werde, werde beispielsweise inkonsequenterweise ebenfalls am Kriterium FDA angeknüpft, obwohl Betreiber der (kritischen) Infrastrukturen Adressaten der Meldepflicht seien und insofern die Netzinfrastruktur im Fokus stehe, welche es erst ermögliche, dass die entsprechenden Dienste darüber erbracht werden könnten.

#### **E. 4.5.5**

Die Beschwerdeführerinnen widersprechen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Wesentlichen dahingehend, dass sie als Anbieterinnen von passivem dark fibre-Layer 1 kein technisches (aktives) Gerät (wie z.B. Modem beim Endkunden) zur Verfügung stellen würden, insbesondere keine Übertragungssysteme, und sie übernähmen auch nicht die Überwachung und Steuerung der Kommunikation und der Dienstleistungen. Sie böten somit keine Übertragungskapazität an. Ein Fernmeldedienst liege sodann nur vor, wenn die Anbieterin selber auch für den Transport der Information verantwortlich sei. Gemäss Art. 3 Bst. b FMG werde für einen Fernmeldedienst vorausgesetzt, dass die fernmeldetechnische Übertragung Informationen für Dritte betreffe. Beides sei bei ihnen als Anbieterinnen von dark fibre nicht der Fall. Der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf die Änderung des Informationssicherheitsgesetzes (ISG) gehe fehl. Meldepflichtig seien ab 1. Januar 2025 nur registrierte FDA.

#### **E. 4.5.6**

Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik daran fest, dass die Beschwerdeführerinnen klarerweise nicht als FDA im Sinne von Art. 35b Abs. 2 FMG zu qualifizieren seien.

#### **E. 4.5.7**

Duplicando verlangt die Beschwerdegegnerin, Art. 35b FMG sei im Rahmen der geforderten Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente - insbesondere angesichts der teleologischen Auslegungsmethode - im Ergebnis so auszulegen, dass unter dem Begriff "Anbieterin von Fernmeldediensten" im Sinne von Art. 35b FMG auch sog. "FTTH-Betreiberinnen" bzw. reine Infrastrukturbetreiberinnen (Anbieterinnen von dark fibre bzw. Layer 1-Zugängen) fallen würden.

#### **E. 4.5.8**

Art. 35b FMG lautet wie folgt: "Art. 35b Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen 1 Jede Anbieterin von Fernmeldediensten hat das Recht auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und auf Mitbenutzung der für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen, soweit dies technisch vertretbar ist und keine anderen wichtigen Gründe für eine Verweigerung vorliegen. 2 Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer sowie Anbieterinnen von Fernmeldediensten haben die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu gewähren. 3 Die Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer stellen den Anbieterinnen auf Anfrage die erforderlichen Informationen zu den gebäudeinternen Anlagen zur Verfügung.

#### **E. 4.5.9**

Im vorliegenden Zusammenhang ist der Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG insofern klar, als gemäss dem in den drei Amtssprachen übereinstimmenden Wortlaut nur "Anbieterinnen von Fernmeldediensten" einerseits und "Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer" andererseits erfasst sind. Dass Anbieterinnen von dark fibre davon erfasst wären, geht dagegen nicht hervor. Art. 3 Bst. b FMG legt dabei fest, dass als "Fernmeldedienst" die "fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte" gilt. Die "fernmeldetechnische Übertragung" ist sodann in Art. 3 Bst. c FMG gesetzlich umschrieben als "elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk". "Informationen" sind gemäss der Legaldefinition in Art. 3 Bst. a FMG "für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art". In den drei Amtssprachen sind dabei keine Unterschiede ersichtlich (vgl. Urteil des BGer 2C\_544/2020 vom 29. April 2021 E. 4.1 zu Art. 3 Bst. b und c FMG). Nach einer Lehrmeinung gilt auch das Anbieten von Übertragungskapazität als fernmeldetechnische Übertragung (Matthias Amgwerd/Simon Schlauri, Telekommunikation, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 6.61). Gemäss dem Gesetzeswortlaut gilt folglich als FDA nur eine Anbieterin, welche Informationen für Dritte fernmeldetechnisch überträgt. Diese Definition trifft auf die Beschwerdeführerinnen nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nicht zu, da diese selbst auf ihren unbeleuchteten Glasfasernetzen keine Informationen für Dritte übertragen. Daran vermag auch der Einwand der Beschwerdegegnerin nichts zu ändern, dass die traditionelle Anknüpfung am Begriff FDA Fragen aufwerfe. Massgebend ist einzig die Definition nach dem FMG. Wie es sich mit dem ISG verhält, braucht deshalb nicht vertieft zu werden, zumal es erst später als Art. 35b FMG in Kraft getreten ist und damit nicht zur Auslegung der früher in Kraft getretenen Bestimmung beitragen kann.

#### **E. 4.5.10**

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Wortlaut klar und unmissverständlich, dass die Beschwerdeführerinnen nicht als FDA im Sinne von Art. 35b FMG zu verstehen sind.

## **E. 5**

Zu klären ist, ob triftige Gründe dafür bestehen, vom Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG abzuweichen. Mit anderen Worten ist danach zu fragen, ob dark fibre-Anbieterinnen mit den Eigenschaften der Beschwerdeführerinnen abweichend vom Gesetzeswortlaut als FDA im Sinne von Art. 35b Abs. 2 FMG zu qualifizieren sind.

### **E. 5.1.1**

In historischer Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geltend, dass der Vorentwurf (VE) des FMG eine Zugangsverpflichtung bzw. umgekehrt ein Mitbenutzungsrecht für sämtliche geeigneten passiven Infrastrukturen vorgesehen hätte. Auch unter dieses weitergehende Mitbenutzungsrecht wären unbeleuchtete Glasfaserkabel (dark fibre) aber nicht gefallen. Der Gesetzgeber habe bewusst darauf verzichtet, die Pflicht zur Duldung einer Mitbenutzung auch auf die Eigentümer von passiver Infrastruktur zu erstrecken (vgl. Minderheitsantrag Hardegger). A maiore ad minus könne dark fibre nicht unter die wesentlich enger gefasste Zugangsverpflichtung gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG fallen. Bestehe somit gegenüber Anbieterinnen von dark fibre kein Mitbenutzungsrecht gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG, sei es der Beschwerdegegnerin ohne weiteres möglich, eine zweite Steigzonenerschliessung gestützt auf Art. 35a FMG vorzunehmen.

### **E. 5.1.2**

Die Vorinstanz entgegnet, dass sich aus der historischen Auslegung das Nichtvorliegen eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers ergebe. Die Botschaft zur Revision des FMG spreche im Zusammenhang mit Art. 35b FMG konsequent von FDA. Ein Hinweis darauf, dass andere Adressaten in Frage kämen, fehle gänzlich. Genauso fehle aber auch ein Hinweis, dass der Gesetzgeber bewusst reine Infrastrukturanbieterinnen wie die Beschwerdeführerinnen von der Zugangsgewährung habe ausschliessen wollen. Der Gesetzgeber habe die Kategorie reiner Infrastrukturanbieterinnen gar nicht vor Augen gehabt. Die Beschwerdeführerinnen nähmen Bezug auf die Materialien zur Teilrevision des Fernmeldegesetzes und versuchten den Ausschluss passiver Infrastrukturanbieter in Art. 36a E-FMG auf das Fehlen ebendieser in Art. 35b FMG umzumünzen. Die Verwendung von a maiore ad minus scheitere schlichtweg an den unterschiedlichen Regelungsbereichen der bezeichneten Normen. Würden die Beschwerdeführerinnen unter Art. 35b Abs. 2 FMG subsumiert, so könne die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen zeit- und kostensparend mit einem einzelnen Marktteilnehmer und nicht mit unzähligen einzelnen Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern verhandelt werden. Weitere Steigzonenerschliessungen im Sinne von Art. 35a FMG würden überflüssig.

### **E. 5.1.3**

Die Beschwerdegegnerin widerspricht den Beschwerdeführerinnen dahingehend, dass es beim Erlass von Art. 35b FMG vielmehr darum gegangen sei, die sinnvolle und kostensparende Mitbenutzung bestehender Anlagen zu fördern, "unnötige Duplizierungen" zu vermeiden und aus Sicht der Liegenschaftseigentümerinnen und Liegenschaftseigentümer unerwünschte Mehrfachbelastungen auszuschliessen. Gleichzeitig sollte damit auch die "Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten (...) auch künftig sichergestellt [bleiben] und nicht durch Exklusivrechte auf Gebäudeinstallationen beeinträchtigt" werden. Aufgrund der schlechten Resonanz in der Vernehmlassung habe der

Bundesrat bereits frühzeitig von einer umfassenden Mitbenutzungspflicht an bestehenden passiven Infrastrukturen zu Lasten der Ver- und Entsorgungsunternehmen in den Bereichen Strom, Wasser, Gas, Abwasser, Fernwärme und Verkehr Abstand genommen. Obwohl die Thematik im Rahmen der parlamentarischen Beratungen auf Grund eines Minderheitsantrages im Nationalrat nochmals aufgenommen worden sei, sei letztendlich auf eine entsprechende Regelung verzichtet worden. Aus dem Minderheitsantrag Hardegger im Rahmen der nationalrätlichen Beratungen könne insbesondere nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber damit gleichzeitig bei der Einführung von Art. 35b FMG bewusst bzw. im Sinne eines qualifizierten Schweigens darauf verzichtet habe, die Pflicht zur Duldung einer Mitbenutzung auf die Eigentümer von passiven Infrastrukturen auszuweiten, denn es sei von gänzlich unterschiedlichen Ausgangslagen bzw.

Sachverhaltskonstellationen auszugehen. Es bestünden keine Hinweise, dass die Anwendung der neuen gesetzlichen Vorgaben im Vergleich zum Selbstregulierungsansatz mit dem Industriestandard gemäss FTTH-Roundtable bzw. BAKOM-Arbeitsgruppe enger zu verstehen sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Begriff FDA auch gemäss dem Willen des Gesetzgebers weit zu verstehen sei, d.h. im Sinne des Begriffes Netzbetreiber bzw. Fernmeldeunternehmen, wie dies auch dem Verständnis und der verwendeten Begrifflichkeit des Bundesverwaltungsgerichts entspreche.

#### **E. 5.1.4**

Die Beschwerdeführerinnen replizieren im Wesentlichen dahingehend, dass die vorberatende Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates (KVF-N) am 7. November 2017, vor Aufnahme der Beratung der einschlägigen FMG-Revision, umfangreiche Anhörungen mit verschiedenen Unternehmen und Organisationen durchgeführt habe. Zu diesen Unternehmen habe auch die Swiss Fibre Net AG gehört, ein Gemeinschaftsunternehmen lokaler und regionaler Energieversorger. Zum Netzverbund von Swiss Fibre Net habe zum damaligen Zeitpunkt auch die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen gehört. Auch der vorberatenden KVF-N sei somit bewusst gewesen, dass es reine Netzbauer wie die Beschwerdeführerinnen gebe.

#### **E. 5.1.5**

In ihren weiteren Eingaben halten die übrigen Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest.

#### **E. 5.1.6**

Was das historische Element betrifft, ist als erstes auf die Botschaft einzugehen. In der Botschaft FMG 2017 (BBl 2017 6559 ff.) wird im Zusammenhang mit Art. 35b FMG konsequent von FDA gesprochen, ohne dass ein Hinweis zu finden wäre, dass womöglich andere Adressaten in Frage kämen, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt. Festgehalten wird, dass sich Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer bei der FTTH-Erschliessung die Gebäudeinstallation oftmals durch FDA finanzieren liessen. Die FDA würden sich im Gegenzug ein langfristiges Zugangsrecht ausbedingen. Wenn nicht sichergestellt werden könne, dass auch andere FDA Zugriff auf Gebäudeinstallationen erhalten könnten, bestehe potenziell die Gefahr, dass der Wettbewerb und die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt würden. Um Wettbewerbsprobleme auf den letzten Metern zur Kundin oder zum Kunden zu vermeiden, sei bei Gebäudeinstallationen sicherzustellen, dass diese von allen FDA benutzt werden können. Damit sollten auch unnötige Duplizierungen vermieden werden (Botschaft FMG 2017, BBl

2017 6559, S. 6580). Konsumentinnen und Konsumenten sollten in der Lage sein, ihre Anschlussanbieterin ohne grössere Hürden zu wechseln oder ihre Dienste von verschiedenen Anschlussanbieterinnen zu beziehen. Dies setze voraus, dass FDA Zugang zum Gebäude und zur Mitbenutzung der Gebäudeinstallationen hätten. Die FDA könne ihr Netz auf eigene Kosten bis zum Zugangspunkt ausbauen. Damit sei der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt (BEP) gemeint, wobei sich dieser erste Konzentrationspunkt auch ausserhalb von Gebäuden befinden könne. Es werde primär eine einvernehmliche Einigung zwischen den zugangssuchenden FDA und den Liegenschaftseigentümerinnen und Liegenschaftseigentümern bzw. den FDA mit Nutzungsrechten angestrebt (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6643 f.).

#### **E. 5.1.7**

Als nächstes ist auf die parlamentarische Debatte einzugehen. Einer im Ständerat vorgeschlagenen Änderung von Art. 35b Abs. 4 E-FMG (AB 2018 S 835-837) wurde im Nationalrat nicht gefolgt (AB 2019 N 33), worauf der Ständerat dem Beschluss des Nationalrats zustimmte, Art. 35b Abs. 4 E-FMG gemäss dem Entwurf beizubehalten (AB 2019 S 67).

#### **E. 5.1.8**

Gemäss einem Minderheitsantrag von alt Nationalrat Hardegger hätte ein Anspruch auf die Mitbenutzung bestehender passiver Infrastruktur bestanden (Art. 36a E-FMG), einschliesslich Informationen (Art. 36b E-FMG) und der Zuständigkeit der ComCom (Art. 36c E-FMG). Diese Bestimmungen waren bereits im Vorentwurf des Bundesrates enthalten, wurden aber wegen verschiedener Rückmeldungen in der Vernehmlassung wieder gestrichen (vgl. VE-FMG vom 11. Dezember 2015; Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom September 2016, S. 16; Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6598). Wortwörtlich äusserte sich alt Nationalrat Hardegger wie folgt (AB 2018 N 1717): "Zum Antrag zu den Artikeln 36a bis 36c: Es ist doch ein volkswirtschaftlicher Unsinn, wenn bestehende passive Infrastrukturen, zum Beispiel Kanalisationen oder Schächte, nicht genutzt werden können, insbesondere wenn vielleicht sogar schon Leerrohre eingelegt wurden. Wir haben in Block 1 über die Investitionsbereitschaft diskutiert; dieser Antrag könnte einen Beitrag dazu leisten. Wenn die Investitionen günstiger werden, findet sich schneller ein Investor für den Netzausbau. Der Antrag wurde vom Bundesrat in die Vernehmlassung gegeben und wegen des Widerstands einiger kommunaler Werke wieder gestrichen. Aber wieso soll man günstige Möglichkeiten für den Infrastrukturausbau nicht nutzen dürfen? Neue Gräben in den Strassen aufzureissen ist immer der teuerste Teil des Ausbaus. Es ist unter unseren Strassen sehr viel Potenzial in Form von leeren Rohren und Schächten vorhanden, und gerade im ländlichen Raum würde das den Netzausbau beschleunigen."

#### **E. 5.1.9**

Der Vorinstanz sowie der Beschwerdegegnerin folgend ist festzuhalten, dass es beim Minderheitsantrag von alt Nationalrat Hardegger zu Art. 36a-c E-FMG nicht um dieselbe Thematik handelte. Anders als Art. 36a-c VE und E-FMG setzte sich Art. 35b FMG durch. Dieser unterscheidet sich zum einen bei den dadurch Verpflichteten, als auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

#### **E. 5.1.10**

Erstens verpflichtet Art. 35b Abs. 2 FMG sowohl FDA als auch Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer. Dagegen verpflichtet Art. 36a-c VE- und E-FMG, die Eigentümer bestehender passiver Infrastruktur. Sodann verpflichtet Art. 35a FMG, der den FDA alternativ das Recht verschafft, Steigzonenerschliessungen auf eigene Kosten vorzunehmen, einzig die Liegenschaftseigentümer. Mithin sind die Ansprüche gemäss Art. 35a und Art. 35b FMG nicht mit der (verworfenen) Nutzung von passiver Infrastruktur nach Art. 36a-c E-FMG bezüglich der Adressaten vergleichbar.

#### **E. 5.1.11**

Zweitens zeigt sich die inhaltlich unterschiedliche Stossrichtung auch in den Materialien. Mit Art. 36a-c VE-FMG wäre eine weitergehende Nutzung von sog. passiver Infrastruktur verbunden gewesen. Dazu hätten Anlagen wie Kabelkanalisationen, Verteilerkästen, Mobilfunkmasten und andere Antennenanlagen gehört (vgl. Art. 36a Abs. 1 VE-FMG). Gemäss dem Erläuterungsbericht zum Vorentwurf wären unbeschaltete Glasfaserkabel dagegen nicht in den Geltungsbereich dieses Nutzungsrechts gefallen (vgl. Erläuterungsbericht VE-FMG, S. 75). Zwar handelt es sich bei Art. 35b VE-FMG - wie der Erläuterungsbericht zum Vorentwurf zeigt - um eine *lex specialis* zu Art. 36a VE-FMG, die u.a. die Wahlfreiheit der Konsumenten zum Zweck hat (Erläuterungsbericht des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 11. Dezember 2015, Teilrevision des Fernmeldegesetzes [FMG], nachfolgend: Erläuterungsbericht VE-FMG, S. 74). Allerdings fehlt eine vergleichbare Einschränkung bzw. Erläuterung, wonach umgeschaltete Glasfaserkabel nicht umfasst wären, bei Art. 35b VE-FMG. Nichts Anderes ergibt sich schliesslich aus der parlamentarischen Debatte zum Minderheitsantrag von alt Nationalrat Hardegger. Gemäss einem Votum von alt Nationalrat Bernhard Guhl, der sich gegen den Minderheitsantrag aussprach, sollte nicht jedes Elektrizitätswerk der Schweiz, welches Leerrohre habe, vor die ComCom, vor den Kadi gezogen werden - nur deswegen, weil es weitsichtig geplant habe (AB 2018 N 1718). Alt Nationalrat Hugues Hiltbold teilte diese Ansicht, dass es in bestimmten Gemeinden nachteilig sein könnte, wenn Anträge auf Nutzung von Leerrohren der Stromversorger gestellt werden könnten (AB 2018 N 1719). Nationalrat Lorenzo Quadri lehnte diesen Minderheitsantrag ebenfalls ab, da die Planung und Realisierung der Infrastruktur Aufgabe der Städte und Gemeinden sei und sich die Wettbewerbskommission nicht auf dieser Ebene einmischen solle (AB 2018 N 1720). Das Votum von Kommissionssprecher und alt Nationalrat Fluri Kurt lautete dahingehend, dass die vernünftigen Stadtbehörden wie die Tiefbaubehörden oder auch die Werke natürlich mit den Telekommunikationsanbietern Kontakt aufnahmen, um nicht Doppelspurigkeiten oder Leerläufe bei den Grabungsarbeiten zu provozieren. Im Gegenteil könnte eine weitsichtige Planung der kommunalen Behörden und Werke durch dieses Mitbenützungsrecht unterlaufen werden, was wiederum volkswirtschaftlich eher schädlich wäre (AB 2018 N 1721). Ähnlich äusserte sich alt Nationalrat Manfred Bühler (AB 2018 N 1722). Ein befürwortendes Votum von Nationalrat Jürg Grossen betonte dagegen, dass es gerade in ländlichen Gebieten mit weiten Distanzen keinen Sinn mache, wenn mehrere Infrastrukturanbieter die Strasse aufreissen würden, um eigene Rohr- und Schachtanlagen zu bauen, wenn daneben noch genügend Kapazität vorhanden wäre (AB 2018 N 1718). Auch Nationalrat Michael Töngi äusserte sich dahingehend, es sei wichtig, dass man bestehende Kanalisationen für andere Anbieter öffne und andere Nutzungen ermögliche, sofern die Kapazitäten dies zulassen (AB 2018 N 1720). Ebenso unterstützte alt Nationalrat Thomas Ammann den Minderheitsantrag, wonach in den Städten ein guter

Infrastrukturwettbewerb bestehe, aber die Schwäche und der Bedarf an der Peripherie, also in ländlichen Gebieten, bestehe (AB 2018 N 1718). Schliesslich war auch alt Nationalrat Philipp Hadorn für den Minderheitsantrag, da die Mitbenutzung bestehender Infrastruktur dazu dienen solle, dass bei der Infrastruktur nicht Parallelsysteme aufgebaut werden müssten (AB 2018 N 1719).

#### **E. 5.1.12**

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes. Den zahlreichen Voten in der parlamentarischen Debatte zu Art. 36a-c E-FMG lässt sich entnehmen, dass dabei nur die Nutzung bestehender passiver Infrastruktur, namentlich in Bezug auf Grabungsarbeiten, Strassen und über weite Distanzen, Thema war und aus diesem Grund für die Frage des Zugangs vom BEP zum OTO (als *lex specialis*) nichts aus dieser Debatte abgeleitet werden kann. Explizite Erwähnung finden in der parlamentarischen Debatte zwar die Elektrizitätswerke bzw. Stadtbehörden und Tiefbaubehörden, etwa mit Bezug zu Grabungsarbeiten. Gemäss dem Erläuterungsbericht des UVEK zum Vorentwurf Art. 36a-c VE-FMG hätten diese Regelungen jedoch nicht auf unbeleuchtete Kabel Anwendung finden sollen (vgl. Erläuterungsbericht VE-FMG, S. 75). Dagegen ist der Umfang von Art. 35b VE-FMG unklar, da ein entsprechender analoger Hinweis, dass unbeleuchtete Glasfaserkabel nicht umfasst sind, im Erläuterungsbericht zum Vorentwurf fehlt.

#### **E. 5.1.13**

Diese Unklarheit, dass der Umfang von Art. 35b FMG nicht klar umrissen ist, untermauern auch zwei Stellungnahmen von Elektrizitätswerken in der Vernehmlassung. So antwortete das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich, dass auch unklar sei, welche Anlagen mit Art. 35b VE-FMG gemeint seien. Gemäss dem Erläuterungsbericht handle es sich bei Art. 35b VE-FMG um eine *lex specialis* von Art. 36a VE-FMG. Während die Mitbenutzung von Glasfaserkabeln von Art. 36a VE-FMG gemäss Erläuterungsbericht explizit ausgenommen sei, äussere sich der Erläuterungsbericht im Rahmen von Art. 35b VE-FMG zum Begriff Anlagen nicht. Dies sollte jedoch klargestellt werden, zumindest in den Materialien. Die Energie und Wasser Meilen AG ging wohl davon aus, dass sie Art. 35b VE-FMG unterstünde, da sie sich gegen den Eingriff in ihr Eigentum aussprach (Stellungnahmen weiterer Adressaten, verfügbar unter < <https://www.bakom.admin.ch/de/vernehmlassung-zur-revision-des-fmg-zusammenfassung-der-ergebnisse-und-stellungnahmen> >, zuletzt abgerufen am 26. September 2025). Diese (unterschiedlichen) Stellungnahmen von Infrastrukturanbietern unterstreichen, dass beim Anwendungsbereich nicht einfach von Art. 36a VE-FMG bzw. E-FMG auf Art. 35b FMG geschlossen werden kann, selbst wenn es sich gemäss um eine *lex specialis* handelt. Sodann können die Beschwerdeführerinnen aus dem Umstand, dass bereits im Rahmen der Anhörungen durch die KVF-N auch die Swiss Fibre Net beteiligt gewesen ist (vgl. Beschwerdebeilage 19), nichts zu ihren Gunsten ableiten, da einerseits damit noch nicht erstellt ist, dass dem Gesetzgeber nebst den Elektrizitätswerken (die ohnehin ein anderes Geschäftsmodell aufweisen) auch andere reine dark fibre-Anbieter (wie die Beschwerdeführerinnen) bekannt waren, zumal dark fibre-Anbieter in den Materialien von Art. 35b FMG nicht erwähnt werden und nach dem bereits Gesagten nicht einmal allen Vernehmlassungsadressaten der Umfang von Art. 35b FMG klar gewesen zu sein scheint. An dieser Stelle bleibt anzumerken, dass die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision der FDV am 27. März 2020 selbst mittelbar davon ausging, dass sie Art. 35b FMG unterstünde, aber diese Klarstellung im Verordnungstext vermisste. Sie beantragte konkret, dass die Artikel

78a-78c FDV nicht nur für FDA gelten sollten, sondern auch für andere Glasfaser-Infrastrukturanbieterinnen (Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sowie Stellungnahme der Beschwerdeführerin 1 vom 27. März 2020, verfügbar unter < <https://www.bakom.admin.ch/de/vernehmlassung-zur-revision-der-verordnungen-zum-fernmeldegesezt-stellungnahmen> >, zuletzt besucht am 29. September 2025). Art. 78b FDV stützt sich auf Art. 35b FMG. Diese Stellungnahme deutet zumindest darauf hin, dass keineswegs eindeutig ist, dass dem Gesetzgeber nebst den klassischen Infrastrukturanbieter (z.B. Elektrizitätswerke) reine dark fibre-Anbieter zum Zeitpunkt der FMG-Revision bekannt waren. Andernfalls wäre eine derartige Stellungnahme der Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der Revision der FDV im Jahr 2020 wohl kaum nötig gewesen.

#### **E. 5.1.14**

Als Zwischenfazit lässt sich im Rahmen der historischen Auslegung festhalten, dass der Gesetzgeber sich zwar im Rahmen der parlamentarischen Debatte zu passiver Infrastruktur bezüglich der weitgehenden Nutzung äusserte (Art. 36a-c E-FMG). Davon unterscheidet sich jedoch der vorliegend interessierende Anspruch auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und auf Mitnutzung von gebäudeinternen Anlagen nach Art. 35b FMG massgeblich hinsichtlich der Verpflichteten als auch inhaltlich. Somit lässt sich für dessen Auslegung nichts aus den verworfenen Art. 36a-c E-FMG ableiten. Zudem ist nicht erstellt, dass dem Gesetzgeber nebst den Elektrizitätswerken (die ohnehin ein anderes Geschäftsmodell aufweisen) auch andere reine dark fibre-Anbieter (wie die Beschwerdeführerinnen) bekannt waren, zumal dark fibre-Anbieter in den Materialien von Art. 35b FMG nicht erwähnt werden und nach dem bereits Gesagten nicht einmal allen Vernehmlassungsadressaten der Umfang von Art. 35b FMG klar gewesen zu sein scheint. Ob es sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen handelt, ist noch zu erörtern (vgl. E. 6 hiernach).

#### **E. 5.2.1**

Zur teleologischen Auslegung bringen die Beschwerdeführerinnen im Kern vor, eine Auslegung von Art. 35b Abs. 2 FMG nach Sinn und Zweck der Gesetzesnorm stütze das Ergebnis, dass nur FDA der Zugangsverpflichtung unterstehen. Die teleologische Auslegung bestätige also die grammatikalische Auslegung. Die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten sei dadurch gewährleistet, dass die Anbieterin von dark fibre ihr Glasfasernetz allen FDA diskriminierungsfrei gegen Entgelt von CO bis und mit OTO zur Verfügung stelle.

#### **E. 5.2.2**

Die Vorinstanz lässt sich dahingehend vernehmen, dass es die ratio legis von Art. 35b FMG sei, die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten zu verbessern, funktionierenden Wettbewerb zu stärken und unnötige Duplizierungen von Infrastruktur zu vermeiden. Die Beschwerdeführerinnen hingegen würden ihre Argumentation auf der Annahme aufbauen, eine FDA bzw. die Beschwerdegegnerin habe grundsätzlich ein kommerzielles Interesse an einer Monopolisierung des Netzes. Dies sei sowohl eine spekulative als auch verkürzte Betrachtungsweise des Marktes, welche den Interessen der Beschwerdeführerinnen diene. Zudem werde die einzelfallmässige Aushandlung von Bedingungen und Zugangspreisen, welche aus einer Unterstellung unter Art. 35b Abs. 2 FMG folge, und einer behaupteten unausweichlichen Monopolisierung entgegenstehe,

ausgeblendet. Sofern der Argumentation der Beschwerdeführerinnen gefolgt werde und diese vom Regelungsbereich von Art. 35b Abs. 2 FMG ausgenommen blieben, hätte dies eine Situation zur Folge, welche grössere Diskriminierungsrisiken schaffe, als Art. 35b FMG zu verhindern versuche.

### **E. 5.2.3**

Die Beschwerdegegnerin führt hauptsächlich aus, dass sich der Sinn und Zweck von Art. 35b FMG aus der Botschaft zur jüngsten Revision des FMG ergebe. Dieses Verständnis sei von der zuständigen Departementsvorsteherin im Rahmen der parlamentarischen Beratungen nochmals explizit bestätigt worden. Klarstellend sei dabei auch festgehalten worden, dass die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten nicht nur bei den Diensten, sondern auch auf der Infrastrukturebene beim Anschluss ansetze, was im Resultat wettbewerbsfördernd wirke und womit gleichzeitig auch der allgemeinen Ziel- und Zweckvorgabe des Bundesfernmelderechts im Sinne der Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten Rechnung getragen werde. Die Botschaft - und mit ihr Art. 35b Abs. 1 FMG - würden den Grundsatz festlegen, dass jede FDA Anspruch auf Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und auf Mitbenutzung der für die fernmeldetechnische Übertragung bestimmten gebäudeinternen Anlagen habe. Art. 35b Abs. 1 FMG wolle somit sicherstellen, dass FDA auf die in dieser Bestimmung erwähnten, bereits bestehenden Hausinstallationen zugreifen und ihre Dienste darüber anbieten dürfen. Bei einer entsprechenden (engen) Betrachtungsweise (der Beschwerdeführerinnen) hätte der Gesetzgeber konsequenterweise auch den Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern - welche in Art. 35b Abs. 2 FMG neben den FDA gleichzeitig als weitere potentielle, zur Mitbenutzung verpflichtete Adressaten erwähnt würden, keine entsprechende Duldungspflicht auferlegen dürfen, denn auch diese stellten den FDA nur Infrastruktur(vor)leistungen zur Verfügung. Im Vergleich zu einem vertikal integrierten Unternehmen möge die Interessenlage bei einem reinen Infrastruktur-Betreiber zwar durchaus differenziert sein, was auf das unterschiedliche Geschäftsmodelle zurückzuführen sei und letztendlich als Folge des Wettbewerbs in der Natur der Sache liege. Die Beschwerdeführerinnen würden im Bereich der hausinternen Verkabelung zumindest de facto ein Geschäftsgebaren und eine Haltung an den Tag legen, das bei einer monopolisierenden Stellung typisch sei und insbesondere ihre Kunden diskriminiere.

### **E. 5.2.4**

In ihren weiteren Eingaben halten die Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest.

### **E. 5.2.5**

Vorliegend handelt es sich um eine neuere Bestimmung, wodurch sich die teleologische Auslegung mit der historischen Auslegung verbindet und eine klare Abgrenzung nicht möglich ist. Immer muss aber der Zweck in der Norm selbst enthalten sein; unzulässig ist es, normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen (vgl. BVerfGE 2023 IV/1 E. 5.4.4 und 2009/14 E. 4.2.5, jeweils m.H. auf die Auslegung der BV). Der Vorinstanz ist dahingehend beizupflichten, dass es u.a. Ziel und Zweck des Gesetzes ist, die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten zu verbessern. Um Wettbewerbsprobleme auf den letzten Metern zur Kundin oder zum Kunden zu vermeiden, sei bei Gebäudeinstallationen sicherzustellen, dass diese von allen FDA benutzt werden können. Damit sollten auch unnötige Duplizierungen vermieden werden (Botschaft FMG 2017, BBI 2017 6559, S.

6580). Konsumentinnen und Konsumenten sollen in der Lage sein, ihre Anschlussanbieterin ohne grössere Hürden zu wechseln oder ihre Dienste von verschiedenen Anschlussanbieterinnen zu beziehen (Botschaft FMG 2017, BBI 2017 6559, S. 6643). Dies setzt voraus, dass FDA Zugang zum Gebäude und zur Mitbenutzung der Gebäudeinstallationen haben. Dieses gesetzgeberische Ziel mag auf einen ersten Blick dafürsprechen, dass auch dark fibre-Anbieter unter dem FMG als FDA zu betrachten sind. Allerdings werden dark fibre-Anbieter nicht als Verpflichtete genannt, sondern einzig FDA und Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer. Für ein Abweichen vom Wortlaut bestehen damit keine triftigen Gründe, weil der Zweck der Norm klar enthalten sein muss. Auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdegegnerin zur vorgebrachten Diskriminierung ist noch einzugehen (vgl. E. 5.4 hiernach).

### **E. 5.3.1**

Die Beschwerdeführinnen äussern sich zur systematischen Auslegung dahingehend, dass gemäss Art. 36 Abs. 2 FMG FDA (und nur diese) vom BAKOM auf Antrag aus Gründen des öffentlichen Interesses verpflichtet werden könnten, Dritten unter bestimmten Umständen die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen zu gestatten. Auch unter dieser Bestimmung seien also nur FDA der Mitbenutzungsverpflichtung im Einzelfall unterstellt. Die Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten sei einer der fünf namentlich genannten Hauptzwecke des FMG. Entsprechend sehe Art. 11a FMG vor, dass die Vorinstanz die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern würden, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen zu berücksichtigen habe. Wenn Anbieterinnen von dark fibre wie die Beschwerdeführerinnen verpflichtet würden, den Zugang zum letzten Teil der Glasfasernetze (von BEP bis OTO) gestützt auf Art. 35b Abs. 2 FMG zu einem regulierten Preis zu gewähren, wäre deren Geschäftsmodell grundsätzlich in Frage gestellt. Der kommerzielle Anreiz, ein vollständiges Glasfasernetz von CO bis und mit OTO zu erstellen, entfalle, wenn die Anbieterinnen von dark fibre davon ausgehen müssten, die Fasern nicht mehr auf der ganzen Länge kommerzialisieren zu können. Entsprechend wäre mit einem Ausscheiden der Anbieterinnen von dark fibre aus dem Markt zu rechnen. Im Rahmen einer systematischen Gesetzesauslegung sei schliesslich auch zu berücksichtigen, dass der Anschluss mehrerer FDA an einzelnen Gebäudeeinführungspunkten die Sicherheit, Verfügbarkeit, Qualität und Stabilität ihrer Glasfasernetze beeinträchtigen würde.

### **E. 5.3.2**

In ihrer Vernehmlassung stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass aufgrund der systematischen Einordnung von Art. 35b FMG nicht von einem bewussten Ausschluss der Beschwerdeführerinnen von dessen Anwendungsbereich ausgegangen werden könne. Nichtsdestotrotz sei festzuhalten, dass die Normen im Umfeld von Art. 35b FMG stets von FDA sprächen. Dies möge daher rühren, dass Fernmeldedienste in der Vergangenheit in erster Linie über eigene Netze der FDA angeboten wurden und reine Infrastrukturanbieterinnen wie die Beschwerdeführerinnen weiterhin ein relativ neues Phänomen auf dem Fernmeldemarkt darstellten. Das Recht auf Inanspruchnahme von öffentlichem Grund gemäss Art. 35 FMG spreche zwar nur von FDA. Daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass reine Infrastrukturanbieterinnen wie die Beschwerdeführerinnen sich nicht auf diese Bestimmung berufen können sollten. Die Unterstellung von reinen Infrastrukturanbieterinnen unter Art. 35b Abs. 2 FMG fördere den Wettbewerb. Dies gelte insbesondere, weil dadurch im Bereich der Hausinstallationen und

der Gebäudeeinführungspunkte neue Monopolsituationen verhindert werden könnten.

### **E. 5.3.3**

Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass im Lichte einer systematischen Einordnung der Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG neben den FDA auf gleicher Stufe auch die Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer als potenziell duldungspflichtige, der Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen unterliegende Rechtssubjekte bzw. Adressaten erwähnt würden. Da die Beschwerdeführerinnen lediglich derivative, auf obligationenrechtlicher Basis übertragene Rechtspositionen innehätten, bestünde der Zugangs- und Mitbenutzungsanspruch formal ebenfalls gegenüber dem jeweiligen (Grund)Eigentümer, wobei die operative Umsetzung der Vorgaben von Art. 35b FMG aber in Anbetracht der vertraglich an die Beschwerdeführerinnen abgetretenen Rechtspositionen sinnvollerweise direkt von den Beschwerdeführerinnen in ihrer Funktion als "opérateur d'immeuble" wahrzunehmen wäre. Jedenfalls mache auch unter diesen Überlegungen ein Auslegungsergebnis, wonach zwar Liegenschaftseigentümer und FDA, nicht aber dark fiber-Anbieter vom Anwendungsbereich von Art. 35b FMG erfasst sein sollten, absolut keinen Sinn.

### **E. 5.3.4**

In systematischer Hinsicht fällt ins Gewicht, dass im 5. Kapitel des FMG "Fernmeldeanlagen" an sich geregelt sind. Bestimmungen zum Netzausbau wie etwa das Enteignungsrecht von Art. 36 FMG, die Duldung von weiteren Anschlüssen in Art. 35a FMG oder das Recht auf Inanspruchnahme von öffentlichem Grund in Art. 35 FMG werden ebenfalls hier geregelt, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt. Auffallend ist, dass diese Bestimmungen alle am Begriff der FDA anknüpfen. Richtig ist der Einwand der Beschwerdegegnerin, dass auch Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer verpflichtet werden. Dass dark fibre-Anbieter unter FDA zu verstehen wären oder mittelbar als Inhaber der Rechte von Liegenschaftseigentümern, ergibt sich daraus jedoch nicht, womit keine triftigen Gründe für ein Abweichen vom Wortlaut gegeben sind.

### **E. 5.3.5**

Soweit die Verfahrensbeteiligten rechtsvergleichende Hinweise machen, bleibt anzumerken, dass es ausdrücklich nicht das Ziel der Revision der FMG-Revision 2017 war, das Schweizer Recht an den aktuellen oder künftigen europäischen Rechtsrahmen anzupassen (vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6602). Die Ausführungen zur Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Massnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. L 155/1 vom 23. Mai 2014 im Erläuterungsbericht des UVEK beschlagen sodann ohnehin Art. 36a E-FMG (Erläuterungsbericht des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 11. Dezember 2015, Teilrevision des Fernmeldegesetzes [FMG], S. 112 und Fn. 63; vgl. ferner bereits den Fernmeldebericht des Bundesrates vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats 13.3009, verfügbar unter < <https://www.bakom.admin.ch/de/fernmeldebericht-2014> >, zuletzt abgerufen am 26. September 2025), der sich in der parlamentarischen Debatte nicht durchsetzte (vgl. AB 2018 N 1723). Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, vertieft darauf einzugehen.

### **E. 5.4**

Mit Blick auf das Dargelegte hat die Vorinstanz vorliegend in bundesrechtskonformer Weise den Schluss gezogen, dass dark fibre-Anbieterinnen (wie die Beschwerdeführerinnen) nicht als FDA im Sinne von Art. 35b Abs. 2 FMG zu verstehen sind. Daran vermögen im Rahmen der Auslegung auch die weiteren Vorbringen der Beschwerdegegnerin nichts ändern, wonach dies zu unbilligen Ergebnissen führen würde, den Sinn und Zweck von Art. 35b FMG seines Gehaltes entleeren würde und Wettbewerbsverzerrungen bzw. ungerechtfertigten Diskriminierungen einzelner Marktteilnehmer zur Folge hätte, der Verweis auf den FTTH-Roundtable oder aber kartellrechtliche Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts. Zwar ist der Beschwerdegegnerin mit Blick auf die Gesetzesmaterialien dahingehend beizupflichten, dass eine nachsuchende FDA nicht dazu gezwungen sein soll, gebäudeintern parallele Anlagen zu bereits bestehenden Anlagen zu erstellen (vgl. Art. 35a FMG), da der Gesetzgeber Doppelspurigkeiten vermeiden wollte. Dies allein stellt jedoch zumindest keinen triftigen Grund dar, um vom klaren Wortlaut abzuweichen und dark fibre-Anbieterinnen als FDA zu verstehen, zumal die dark fibre-Anbieter in den Gesetzesmaterialien nicht erwähnt werden und die Unterstellung als FDA womöglich Konsequenzen für verschiedene andere Pflichten und gegebenenfalls weiterer Gesetze (z.B. nach dem ISG oder nach dem des Bundesgesetz vom 18. März 2016 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF; SR 780.1]) hätte, die an diesem Begriff anknüpfen. Vielmehr ist dieser Umstand bei der Frage zu vertiefen, ob bei den durch Art. 35b Abs. 2 FMG Verpflichteten eine Lücke vorliegt, die es zu schliessen gilt (vgl. E. 6.5 hiernach). Eine Gesamtbeurteilung ergibt demnach, dass bereits der Wortlaut von Art. 35b FMG gegen eine Unterstellung von dark fibre-Anbieterinnen als FDA spricht und auch aus keinem anderen Auslegungselement triftige Gründe hervorgehen, um hiervon abzuweichen.

## **E. 6**

Nach dem Gesagten steht fest, dass dark fibre-Anbieterinnen (wie die Beschwerdeführerinnen) nicht unter den Begriff "Anbieterinnen von Fernmeldediensten" gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG fallen. Darauf folgt indessen noch nicht, dass dark fibre-Anbieter nicht in den Anwendungsbereich von Art. 35b Abs. 2 FMG fallen. Vielmehr ist als nächstes einzugehen, ob es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers oder um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes handelt, dass dark fibre-Anbieter nicht als FDA von Art. 35b Abs. 2 FMG erfasst sind. Zudem sind die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zu behandeln.

### **E. 6.1.1**

Die Vorinstanz hielt im Wesentlichen fest, aus der Gesetzesauslegung ergebe sich, dass betreffend Kreis der Angebotspflichtigen in Art. 35b Abs. 2 FMG eine Lücke vorliege. Es liege kein qualifiziertes Schweigen vor, sondern es sei anzunehmen, dass der Gesetzgeber an die hier gegebene Situation nicht gedacht habe, als er neben den Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern und den FDA die weiteren Nutzungsberechtigten an gebäudeinternen Anlagen nicht in der Aufzählung von Art. 35b Abs. 2 FMG miteingeschlossen habe. Dennoch sei nach Sinn und Zweck des fraglichen Gesetzesartikels klar, dass von allen Eigentümern und Betreibern der in Frage kommenden Anlage Zugang gewährt werden sollte. Mit Blick auf den Zweck der Zugangspflicht sei nicht plausibel, weshalb einer beantragenden FDA der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen vorenthalten

werden sollten, nur weil die Anbieterin selbst keine Dienste anbiete.

### **E. 6.1.2**

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, das Bundesgericht habe spezifisch im Telekommunikationsbereich verschiedentlich verlangt, dass fernmelderechtliche Verpflichtungen einer genügenden gesetzlichen Grundlage bedürften. Eine Zugangsverpflichtung zu ihren Lasten und damit letzten Endes die regulatorische Festlegung der Zugangsbedingungen und insbesondere des Zugangspreises stelle eine schwerwiegende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie dar. Dies würde eine klare und eindeutige gesetzliche Grundlage voraussetzen, welche es ihnen erlaube, ihr Verhalten danach auszurichten und die Rechtsfolgen voraussehen zu können. Sie hätten ganz erhebliche Investitionen in den Bau ihrer flächendeckenden FTTH-P2P-Glasfasernetze im Vertrauen darauf getätigt, dass sie als Anbieterinnen von dark fibre nicht der Zugangsverpflichtung gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG unterlägen. Die vorinstanzlichen Überlegungen würden auch insoweit fehlgehen, als sie darauf beruhten, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Erlasses von Art. 35b FMG nicht daran gedacht haben solle, dass es reine Infrastrukturanbieterinnen gebe. Art. 35b FMG sei im Rahmen einer grösseren FMG-Revision am 22. März 2019 erlassen worden. Das Geschäftsmodell reiner Infrastrukturanbieterinnen sei zu diesem Zeitpunkt längst bekannt gewesen. Die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin 1 sei seit über (...) Jahren in der Schweiz tätig und beim BAKOM mit einer FTTH-Betreibernummer erfasst. Die Liste der zugeteilten FTTH-Betreibernummern des BAKOM verweise ausdrücklich auf Firmen, die nur dark fibre anbieten würden. Dies bestätige, dass Anbieterinnen von dark fibre in der Schweiz bekannt gewesen seien, und belege im Übrigen das Verständnis des BAKOM, dass Anbieterinnen von dark fibre keine FDA seien. Dem Gesetzgeber sei das Geschäftsmodell des Anbietens von dark fibre bewusst gewesen. Dark fibre sollte nicht einmal in den Anwendungsbereich eines weitergehenden Mitbenutzungsrechts mit Bezug auf passive Infrastruktur fallen, a maiore ad minus noch weniger unter die wesentlich enger gefasste Zugangsverpflichtung gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG. Auch die Beratungen im Parlament über die Einführung eines weitergehenden Mitbenutzungsrechts mit Bezug auf passive Infrastruktur würden aufzeigen, dass dem Gesetzgeber sehr wohl bewusst gewesen sei, dass neben den Regelungsadressaten von Art. 35b FMG noch weitere mögliche Adressaten für eine Zugangs- bzw. Mitbenutzungsverpflichtung bestanden hätten. Auf eine weitergehende Regulierung sei aber ausdrücklich verzichtet worden. Die Bejahung der Zugangsverpflichtung für Anbieterinnen von dark fibre ohne gesetzliche Grundlage und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit sei auch ein abschreckendes Signal an andere private Unternehmen, die neue Investitionen FTTH-P2P-Glasfasernetze in der Schweiz in Betracht ziehen würden. Dieses Signal stehe in eklatantem Widerspruch zum Grundgedanken der Hochbreitband-Strategie des Bundesrates, private Investitionen in den Netzausbau nicht zu hemmen.

### **E. 6.1.3**

Die Vorinstanz lässt sich dahingehend vernehmen, dass sich die Frage nach der Schwere des Eingriffs in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerinnen zum jetzigen Zeitpunkt zufolge Beschränkung des vorinstanzlichen Verfahrens auf eine Angebotspflicht im Sinne von Art. 35b Abs. 2 FMG noch gar nicht abschliessend stelle. Die gesetzliche Regelung sehe eine angemessene Entschädigung vor. Die Beschwerdeführerinnen könnten hierzu ein Angebot vorsehen, welches nur im Bestreitungsfall überprüft und reguliert würde. Beide

angeführten Gerichtsentscheide seien unmittelbar im Nachgang an die Liberalisierung des schweizerischen Telekommunikationsmarktes und basierend auf einem neugeschaffenen FMG ergangen, was nicht mit der Subsumtion der Beschwerdeführerinnen unter die Angebotspflicht von Art. 35b Abs. 2 FMG verglichen werden könne. Der weiterhin geringe Marktanteil an reinen Anbieterinnen von dark fibre gegen Entgelt in Kombination mit der grundsätzlichen Neuartigkeit dieses Geschäftskonzepts lasse es nachvollziehbar erscheinen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Schaffung von Art. 35b Abs. 2 FMG nicht an die vorliegende Situation gedacht habe. Es sei nicht plausibel, weshalb ein Liegenschaftseigentümer oder FDA der Beschwerdegegnerin Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung gebäudeinterner Anlagen gewähren sollte, die Beschwerdeführerinnen dieses Begehren aber mit dem Verweis darauf ablehnen könnten, selber keine Fernmeldedienste anzubieten. Die behaupteten Auswirkungen auf die Gigabitstrategie des Bundes seien nicht entscheiderelevant. Die Gigabitstrategie ziele auf die zügige und flächendeckende Abdeckung der Schweiz mit Übertragungsraten von 1 Gbit/s ab. Eine Förderung solle unter anderem nur stattfinden, wenn ein Ausbau nicht eigenwirtschaftlich erreicht werden könne. Dies werde voraussichtlich hauptsächlich in abgelegenen Randregionen der Fall sein. Das Geschäftsfeld der Beschwerdeführerinnen konzentriere sich hingegen auf mittelgrosse Städte und Agglomerationsgemeinden. Zudem könne das Ziel der Gigabitstrategie nur erreicht werden, wenn geförderte Infrastrukturbauten auch effektiv genutzt würden. Mittels unbeleuchteten Glasfasernetzen (dark fibre) könne zwar die Schweiz erschlossen werden. Ein effektiver Mehrwert sei für Endnutzer ohne Netzbetreiber jedoch nicht möglich. Weiter entgegnet die Vorinstanz mit Verweis auf den Hinweis des BAKOM, dass in die Betreibernummerliste sowohl FDA als auch Marktteilnehmer aufgenommen werden könnten, die nur dark fibre anböten. Die als Beweismittel aufgeführte Liste datiere vom 18. Januar 2024. Die Beschwerdeführerinnen würden mit Verweis auf die Schaffung von Art. 35b FMG am 22. März 2019 einen beweistechnischen Zusammenhang herstellen, der an der dazwischenliegenden fünfjährigen Zeitspanne scheitere (Postulats 09.3002 vom 13. Januar 2009). Aufgrund des dynamischen technologischen Fortschritts "leide" das Telekommunikationsrecht mehr als manch anderes Rechtsgebiet unter der Tatsache veränderter rechtlicher Anwendungsbereiche. Art. 35b FMG könne in Bezug auf dark fibre durchaus als aus der Zeit gefallen bezeichnet werden. Im Übrigen zeichne die Unternehmensentwicklung der Beschwerdeführerinnen den technologischen Fortschritt in Bezug auf dark fibre in den letzten fünf Jahren geradezu mustergültig nach. Zur Lückenfüllung äussert sich die Vorinstanz wie folgt. Hinsichtlich Art. 35b Abs. 2 FMG sei sie zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerinnen zum Adressatenkreis der bezeichneten Norm zu zählen seien. Daraus folge nicht, dass die Beschwerdeführerinnen als FDA zu gelten hätten. Ein Widerspruch zum einleitenden Hinweis der FTTH-Betreibernummerliste bestehe nicht. Unternehmen wie die Beschwerdeführerinnen, welche Glasfasernetze inklusive gebäudeinternen Anlagen erstellen und unterhalten würden, stellten eine eigenständige Kategorie dar, welche dem Anwendungsbereich der in Frage stehenden Norm entsprechend irgendwo in der Mitte der beiden genannten Adressaten anzusiedeln seien. Ein bewusster Grund für das Ausklammern dieser Sonderkategorie folge weder aus dem Gesetz selber noch den dazugehörigen Materialien. Art. 35b FMG wolle die Mitbenutzung von Telekommunikationsinfrastruktur unabhängig von Eigentums- oder Nutzungsrechten sicherstellen. Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer würden neben FDA unter Art. 35b FMG fallen, da die Rechtsverhältnisse zwischen den an der Glasfasererschliessung beteiligten

Akteuren mittels dinglichen oder obligatorischen Rechten ausgestaltet werden könnten. Wäre dies ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers, so müsste man sich konsequenterweise fragen, ob dieser wissentlich beabsichtigte, einer interessierten FDA die Geltendmachung ihres Zugangsrechts zum Gebäudeeinführungspunkt und ihr Mitbenutzungsrecht an der Hausinstallation gegenüber Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern nur dann zu ermöglichen, wenn diese die Erschliessung ihres Gebäudes bis in die Wohn- und Geschäftsräume selber finanziert hätten, nicht jedoch wenn die Finanzierung durch eine dritte Infrastrukturanbieterin erfolgt sei. Es müsse folglich nicht nur beantwortet werden, ob der Gesetzgeber die Beschwerdeführerinnen bewusst vom Anwendungsbereich von Art. 35b Abs. 2 FMG habe ausschliessen wollen, sondern es gelte überdies zu beachten, dass die von den Beschwerdeführerinnen behauptete Zunahme an dark fibre anbietenden Unternehmen, ohne dass diese von Art. 35b Abs. 2 FMG erfasst wären, zu einer stetigen Aushöhlung der Norm führen würde.

#### **E. 6.1.4**

Die Beschwerdegegnerin widerspricht den Beschwerdeführerinnen dahingehend, dass dem sog. Commcare-Entscheid des Bundesgerichts keine Aussagen hinsichtlich des Aspektes der Lückenfüllung sowie dem Verhältnis zum Legalitätsprinzip zu entnehmen seien. Im Vergleich zu BGE 131 II 13 sei die Ausgangslage gänzlich anders gelagert. Vorliegend finde sich mit Art. 35b FMG auf Gesetzesstufe bereits eine Regelung, welche die Eckpunkte und Rahmenbedingungen des entsprechenden Zugangs- und Mitbenutzungskonzeptes in den Grundzügen regle. Ein schwerwiegender Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition sei zu verneinen. Die Eigentumsgarantie der Beschwerdeführerinnen sei nicht tangiert, da diese im Bereich der Gebäudeverkabelung keine dingliche Rechtsposition verfügen würden, sondern deren Rechtsposition an den gebäudeinternen Anlagen rein vertragsrechtlicher Natur sei. Die mit den Zugangs- und Mitbenutzungsverpflichtungen einhergehenden Belastungen seien zudem als moderat und zumutbar zu qualifizieren. Den Interessen der Beschwerdeführerinnen werde dadurch kompensatorisch Rechnung getragen, dass der Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt sowie die Mitbenutzung der Gebäudeverkabelung nicht unentgeltlich erfolge oder zu einer Kostenunterdeckung führe. Für Marktakteure, die eine gebäudeinterne Anlage finanziert hätten, bestehe vielmehr ein gesetzlicher Anspruch auf eine angemessene Entschädigung.

#### **E. 6.1.5**

Die Beschwerdeführerinnen replizieren im Wesentlichen, dass das Bundesgericht nicht jegliche Rechtsfortbildung im Fernmelderecht untersage. Hingegen setze es für erhebliche Eingriffe in die Rechtsstellung eine klare und verlässliche Grundlage voraus, die durch den Gesetzgeber zu schaffen sei. Im Übrigen treffe es nicht zu, dass das Geschäftsmodell von Anbieterinnen von dark fibre beim Erlass von Art. 35b Abs. 2 FMG neu gewesen wäre und deshalb bei der Regulierung versehentlich vergessen gegangen sei. Der geringe Marktanteil von Anbieterinnen von dark fibre sei in diesem Zusammenhang irrelevant. Ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie erfolge bereits dadurch, dass diese zur Zugangsgewährung zu regulierten (und nicht kommerziell verhandelten) Konditionen verpflichtet würden, was eine anderweitige Kommerzialisierung verunmögliche. Dies gelte unabhängig von der Höhe der gegebenenfalls verfügbaren Entschädigung. Das Argument der Vorinstanz und (implizit) der Beschwerdegegnerin, dass die Schwere des Grundrechtseingriffs von der Höhe der verfügbaren Entschädigung abhängen würde, würde zu einem absurden Ergebnis führen. So wären die verfassungsmässigen Vorgaben in

einem ersten Schritt unbeachtlich, würden aber zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufleben, falls eine von der Vorinstanz verfügte Entschädigung zu tief wäre. Liegenschaftseigentümer, deren Liegenschaften von Anbieterinnen von dark fibre erschlossen seien, könnten folgerichtig auch nicht verpflichtet sein. Dies würde zu einer landesweiten Schadenersatzpflicht von Liegenschaftseigentümern gegenüber Anbieterinnen von dark fibre aufgrund einer Verletzung der vertraglichen Pflichten unter dem Gebäudeerschliessungsvertrag führen und könne nicht Ziel des Gesetzes sein. Der Hinweis in der BAKOM-Liste von FTTH-Betreiberinnen auf Anbieterinnen von dark fibre bestehe seit mindestens Anfang 2017. Sie hätten weder behauptet noch impliziert, seit (...) Jahren identisch tätig zu sein. Ihre Unternehmensgruppe baue aber seit (...) FTTH-Glasfasernetze mit derselben Technologie und führe auch seit diesem Zeitpunkt die vom BAKOM vergabene FTTH-Betreibernummer (...).

#### **E. 6.1.6**

In ihren Dupliken halten die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest.

#### **E. 6.2.1**

Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich gebietet das Legalitätsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem generell-abstrakten Rechtssatz von genügender Normstufe und genügender Bestimmtheit zu beruhen hat sowie alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in einem Bundesgesetz enthalten sein müssen (statt vieler Urteile des BVGer A-483/2022 und A-484/2022 vom 25. Oktober 2023 E. 4.2.1 und A-1211/2018 vom 11. März 2019 E. 2.4.1 f. m.w.H.). Gemäss Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Abs. 1). Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3; vgl. statt vieler BGE 141 I 211 E. 3.2).

#### **E. 6.2.2**

Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen; vgl. BVGE 2013/7 E. 1.2.2), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt (BGE 145 IV 252 E. 1.6.1, BGE 143 I 187 E. 3.2; BGE 143 IV 49 E. 1.4.2 und BGE 141 V 481 E. 3.1, je m.H.). Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (BGE 145 IV 252 E. 1.6.1; BGE 143 IV 49 E. 1.4.2 und BGE 141 IV 298 E. 1.3.2 m.H.). Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde

liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 145 IV 252 E. 1.6.1; BGE 143 IV 49 E. 1.4.2; BGE 141 IV 298 E. 1.3.1; BGE 140 III 636 E. 2.2, je m.H.). Dieses Verfahren steht damit der teleologischen Auslegung, die der Ermittlung des Sinnes und des Zwecks einer Gesetzesbestimmung dient, sehr nahe. Um Sinn und Zweck zu ermitteln, muss nach den Interessen gefragt werden, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hatte. Oft wird bei der Lückenfüllung auch auf gesetzliche Regelungen ähnlicher Fragen zurückgegriffen (BVGE 2013/7 E. 1.2.3; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl. 2024, Rz. 107).

### **E. 6.2.3**

Bereits aufgrund des aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip fliessenden Erfordernisses des Rechtssatzes, wonach die Staatstätigkeit nur aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt sind (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel 2020, Rz. 330 ff.), darf im Verwaltungsrecht nur zurückhaltend von einem qualifizierten Schweigen ausgegangen werden. Solange keine Anhaltspunkte für ein solches Schweigen vorliegen, ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine negative Entscheidung getroffen hat. So kann grundsätzlich insbesondere dann nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzes ausgegangen werden, wenn die Gesetzesmaterialien zu einer Frage nichts aussagen (BVGE 2013/7 E. 1.2.2 m.H.).

### **E. 6.3**

Als erstes ist mittels Auslegung zu prüfen, ob ein qualifiziertes Schweigen vorliegt. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass aus dem Minderheitsantrag von alt Nationalrat Hardegger (AB 2018 N 1717) nicht geschlossen werden kann, der Gesetzgeber hätte die Infrastrukturanbieterinnen, die selber keine Fernmeldedienste anbieten, von der Pflicht zur Zugangsgewährung ausnehmen wollen. Dagegen spricht, dass er sogar den Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern diese Pflicht auferlegt hat und damit eine weitgehende Einschränkung der Privatautonomie und Eigentumsfreiheit in Kauf genommen hat. Vielmehr hätte eine solche Ausnahme im Laufe der Diskussionen um Art. 35b FMG explizit erwähnt werden müssen, wenn man sie denn hätte vorsehen wollen, da rechtsprechungsgemäss nur zurückhaltend von einem qualifizierten Schweigen auszugehen ist (vgl. E. 6.2.2 hiervoor). Die parlamentarische Debatte ergibt dies nach dem bereits zur historischen Auslegung Gesagten nicht (vgl. ausführlich E. 5.1.9 f. hiervoor). An diesem Ergebnis vermögen auch die Anhörungsadressaten der KVF-N (vgl. bereits E. 5.1.13 hiervoor) und die Betreiberliste des BAKOM nichts zu ändern, da diese in den Materialien keinen Niederschlag gefunden hat und somit nicht daraus geschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber dark fibre-Anbieter habe ausnehmen wollen. Dies unterstreichen auch die Stellungnahmen von zwei Adressaten, die darauf hindeuten, dass selbst diesen die Bestimmung nicht restlos klar war. Hinzu kommt, dass sogar die Beschwerdeführerin 1 in der Vernehmlassung zur FDV die Ansicht vertrat, dass sie u.a. Art. 78b FDV und damit auch Art. 35b FMG unterstünde (vgl. E. 5.1.11 hiervoor). Vor diesem Hintergrund fällt eine eindeutige negative Entscheidung des Gesetzgebers und damit ein qualifiziertes Schweigen ausser Betracht.

#### **E. 6.3.1**

Zusammenfassend steht bezüglich Art. 35b Abs. 2 FMG fest, dass nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen ist.

#### **E. 6.4**

Weiter ist darauf einzugehen, ob die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "Liegenschaftseigentümerinnen- und eigentümer" von Art. 35b Abs. 2 FMG einer Lückenfüllung entgegenstehen würde. Die Vorinstanz stellte im Wesentlichen darauf ab, dass es in Art. 35b FMG drei Kategorien geben sollte: Liegenschaftseigentümer, FDA und dark fibre-Anbieter. Letztere seien nicht geregelt und es bestehe eine Lücke im Gesetz. Somit ist vorab zu prüfen, ob unter dem Begriff "Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer" im Sinne von Art. 35b Abs. 2 FMG auch solche zu verstehen sind, die von dark fibre-Anbietern erschlossen wurden oder ob der Begriff teleologisch zu reduzieren ist, wie es die Beschwerdeführerinnen geltend machen.

##### **E. 6.4.1**

Der Wortlaut von Art. 35b Abs. 2 FMG umfasst alle Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer.

##### **E. 6.4.2**

In systematischer Hinsicht ergibt sich aus Art. 35a FMG, dass FDA auch die Möglichkeit haben, eine eigene Erschliessung (vom BEP bis zum OTO) vorzunehmen. So müssen Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer, soweit zumutbar, nebst dem Anschluss ihrer Wahl weitere Anschlüsse bis in die Wohnungen oder die Geschäftsräume dulden, wenn eine FDA dies verlangt und die Kosten dafür übernimmt (Art. 35a Abs. 1 FMG). In der parlamentarischen Debatte zu Art. 35a Abs. 1 E-FMG entschloss der Ständerat zuerst beim geltenden Recht zu bleiben. Nachdem der Nationalrat aber am Entwurf des Bundesrates festgehalten hatte, stimmte auch der Ständerat zu (AB 2019 S 67). Die Botschaft zu dieser Bestimmung erhellt, dass die Duldungspflicht für weitere Anschlüsse besteht, sofern bereits Anschlüsse, die für Fernmeldedienste benutzbar sind, vorhanden sind. Keine Pflicht bestehe für die Duldung eines funkbasierten Anschlusses (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6643).

##### **E. 6.4.3**

Unter historischen Gesichtspunkten ergibt sich nichts anderes. Gemäss Art. 35b Abs. 2 FMG haben Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer sowie FDA die Mitbenutzung der gebäudeinternen Anlagen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu gewähren. Die Materialien verdeutlichen, dass eine derart weitgehende Verpflichtung gewollt war. Grund dafür ist, dass der Zugang zu den Gebäudeinstallationen vom Gesetzgeber bewusst als symmetrische Regulierung eingeführt wurde, da diese als essential facilities betrachtet werden (also einer Einrichtung, auf deren Mitgebrauch die Konkurrenten angewiesen sind; vgl. zum Begriff "essential facilities" Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 4.3 m.H.; Amgwerd/Schlauri, a.a.O., Rz. 6.125 und Fn. 115) und unter Umständen von einer Vielzahl von Eigentümerinnen und Eigentümern oder obligatorisch Berechtigten kontrolliert werden (vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6595). Gemäss der Botschaft fällt bei einer symmetrischen Regulierung der administrative Aufwand deutlich geringer aus als bei einer asymmetrischen Regulierung, wo mittels Marktanalyse die Marktbeherrschung festgestellt werden muss und langwierige Verfahren sowie entsprechende Rechtsunsicherheit zu erwarten sind. Vor diesem Hintergrund ist nach der Botschaft die symmetrische Regulierung besser geeignet als eine

asymmetrische Regulierung, die Ziele der Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten sowie eines funktionierenden Wettbewerbs zu erreichen (vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6595). Auch für die Auslegung des Begriffs "Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer" steht somit derselbe Zweck im Vordergrund wie bei Art. 35b FMG (Wettbewerb und die Wahlfreiheit der Konsumenten fördern sowie unnötige Duplizierungen der Infrastruktur zu vermeiden), womit auch in teleologischer Hinsicht der Begriff Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer nicht auf von FDA erschlossenen Liegenschaftseigentümern zu reduzieren ist (vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6580, 6595, 6644, 6679 und 6685; vgl. E. 6.5 hiernach). Hinzu kommt, dass bei gegenteiliger Auffassung Liegenschaftseigentümer, die die gebäudeinternen Anlagen selber finanziert haben, Zugang gewähren müssten. Eine derartige Unterscheidung stünde ebenso im Widerspruch zum bereits Gesagten.

#### **E. 6.4.4**

Zusammenfassend sprechen der Wortlaut, die Systematik (vgl. Art. 35a FMG), aber auch die historischen und teleologischen Elemente der Auslegung dafür, dass auch Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer, die durch dark fibre-Anbieterinnen erschlossen wurden, unter Art. 35b FMG fallen. Eine teleologische Reduktion nur auf diejenigen Liegenschaftseigentümer, die von FDA erschlossen sind, fällt damit ausser Betracht.

#### **E. 6.5**

Als Letztes gilt es zu prüfen, ob eine echte Lücke vorliegt. Nach dem bereits Gesagten liegt kein qualifiziertes Schweigen vor (vgl. E. 6.3 hiervor) und der Begriff Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer ist im herkömmlichen Sinne zu verstehen (vgl. E. 6.4.4 hiervor). Die Stossrichtung des Gesetzgebers ergibt sich (wie bereits mehrfach zur Auslegung ausgeführt) aus der Botschaft zum FMG 2017 wie folgt:

##### **E. 6.5.1**

Erstens wollte der Gesetzgeber den Wettbewerb stärken. So hat das FMG den Zweck, Rahmenbedingungen zu schaffen, damit Wettbewerb ermöglicht und begünstigt wird und der Bevölkerung und der Wirtschaft dadurch vielfältige, preiswerte sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste von hoher Qualität angeboten werden (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6577). Zweitens soll die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten auch künftig sichergestellt werden können und nicht durch Exklusivrechte auf Gebäudeinstallationen beeinträchtigt werden. Kommt eine Nutzung einer bestehenden Gebäudeinstallation für eine Anbieterin nicht in Frage, soll sie ihr Netz auf eigene Kosten bis zu den Kunden ausbauen dürfen (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6580). Konsumentinnen und Konsumenten sollen in der Lage sein, ihre Anschlussanbieterin ohne grössere Hürden zu wechseln oder ihre Dienste von verschiedenen Anschlussanbieterinnen zu beziehen (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6643). Drittens sollten nach der Botschaft zu Art. 35a und Art. 35b FMG unnötige Duplizierungen von Infrastruktur vermieden werden (vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6685). Der Botschaft lässt sich bezüglich der letzteren zwei Punkte (Wahlfreiheit und unnötige Duplizierungen der Infrastruktur) entnehmen, dass Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer sich bei der FTTH-Erschliessung die Gebäudeinstallation oftmals durch FDA finanzieren liessen. Die FDA bedingen sich im Gegenzug ein langfristiges Zugangsrecht aus. Wenn nicht sichergestellt werden könne, dass

auch andere FDA Zugriff auf Gebäudeinstallationen erhalten könnten, bestehe potenziell die Gefahr, dass der Wettbewerb und die Wahlfreiheit der Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt werden. Um Wettbewerbsprobleme auf den letzten Metern zur Kundin oder zum Kunden zu vermeiden, ist bei Gebäudeinstallationen sicherzustellen, dass diese von allen FDA benutzt werden können. Damit sollen auch unnötige Duplizierungen vermieden werden (BBl 2017 6559, S. 6580).

### **E. 6.5.2**

Würde der Auffassung der Beschwerdeführerinnen gefolgt, so hätten alle FDA demgegenüber gestützt auf Art. 35a FMG in der Steigzone eigene Anschlüsse zu verlegen. Die FDA hätten sodann einzeln mit allen Liegenschaftseigentümern zu verhandeln. Kommt hinzu, dass die Vorinstanz bei Uneinigkeit nicht zuständig wäre (vgl. Art. 35a FMG). Diese umständliche doppelte Erschliessung als Regelfall widerspräche indessen dem Willen des Gesetzgebers zu Art. 35b FMG, unnötige Duplizierungen von Infrastruktur zu vermeiden, wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin zu Recht anfügen. Auf dieser Überlegung beruht auch der Wille des Gesetzgebers eine symmetrische Regelung einzuführen, die alle FDA und sogar die Liegenschaftseigentümerinnen -und eigentümer in die Pflicht nimmt, ohne dass diese auf die Marktmacht der Unternehmen beschränkt wäre. Dabei sollen nach der Botschaft alle freien Kapazitäten in bestehenden passiven gebäudeinternen Hausinstallationen für die fernmeldetechnische Übertragung benutzt werden können (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6644). Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. angefochtene Verfügung, E. 2.3.2, S. 17 f.). Die Vorinstanz erwog, dass der Gesetzgeber reine Infrastrukturanbieterinnen wie die Beschwerdeführerinnen ebenfalls erfasst hätte, wenn er im Rahmen des Erlasses von Art. 35b FMG an diese gedacht hätte. Letztlich sei es dem Gesetzgeber darum gegangen, dass die FDA bei den Hausinstallationen nicht mit Monopolsituationen konfrontiert werden, die den Wettbewerb bei der Erbringung von Diensten beschränken könnten oder die zu unnötiger Duplizierung von Infrastrukturen führen würden. Aus diesem Grund sei die Zugangsverpflichtung in Art. 35b FMG auch nicht an eine marktbeherrschende Stellung geknüpft, sondern symmetrisch formuliert worden. Diesen Ausführungen der Vorinstanz als Fachbehörde zur symmetrischen Regulierung und Lückenfüllung ist vollumfänglich beizupflichten, zumal ihr auch bei der Auslegung technisches Ermessen zukommt (vgl. Urteil des BVGer A-3857/2023 vom 15. Januar 2025 E. 2; vgl. eingehend zu Beurteilungsspielräumen einer Fachbehörde bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen das Urteil des BVGer A-623/2024 vom 10. September 2025 E. 4.2.5 ff. und E. 4.3).

### **E. 6.5.3**

Zusammenfassend leuchtet es nicht ein, warum die Beschwerdeführerinnen nicht verpflichtet werden sollten, den Zugang zu gewähren, aber dafür die davon betroffenen Liegenschaftseigentümer dennoch den Zugang je einzeln gewähren müssten. Vielmehr steht die Lückenfüllung im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers, die Planungssicherheit für den Ausbau zu fördern, unnötige Duplizierungen der Infrastruktur zu vermeiden und die Wahlfreiheit der Konsumenten zu fördern. Letzteres wäre angesichts des damit verbundenen Aufwands in Form der Installation von weiteren Anschlüssen (statt der Nutzung bestehender Anschlüsse) und von Verhandlungen mit unzähligen einzelnen Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümern auch deutlich erschwert. Unerheblich ist diesbezüglich der Einwand, dass bei Nutzung ihrer flächendeckenden bestehenden

Glasfasernetzen sofort die Endkunden mit Fernmeldediensten versorgt werden könnten. Diese Verhandlungen sind nach ihren eigenen Ausführungen gescheitert, womit daraus von vornherein nichts zu ihren Gunsten abgeleitet werden kann. Dass der Zugang einen gewissen erstmaligen Mehraufwand mit sich bringen wird, liegt sodann in der Natur der Sache.

## **E. 6.6**

An diesem Ergebnis vermögen auch die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nichts zu ändern.

### **E. 6.6.1**

Zur vorgebrachten Verletzung des Legalitätsprinzips und der gerügten Grundrechtseingriffe gilt Folgendes: Nachdem sich als richtig erwiesen hat, dass eine echte Lücke vorliegt, die in Art. 35b Abs. 2 FMG zu füllen ist, ist eine gesetzliche Grundlage zu bejahen. Eine Verletzung des Legalitätsprinzips liegt daher nicht vor. Auch für die geltend gemachten Eingriffe in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) besteht demnach eine gesetzliche Grundlage und der Eingriff liegt im öffentlichen Interesse. Nicht entscheiderelevant ist, ob es sich dabei um obligatorische oder dingliche Rechte handelt (vgl. Klaus Vallender/Peter Hettich, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, Art. 26 Rz. 15). Im Übrigen war es dem Gesetzgeber bewusst, dass es zu Eingriffen in die Eigentumsgarantie kommt (vgl. ausdrücklich Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6644). Hinzu kommt, dass Anbieterinnen (und damit auch dark fibre-Anbieterinnen), die eine Anlage finanziert haben, angemessen zu entschädigen sind (vgl. Art. 35b Abs. 4 FMG), womit im Grundsatz der Eingriff gerechtfertigt werden kann. Weiter kann auf die Ausführungen der Vorinstanz abgestellt werden, wonach zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob der Eingriff sich in jedem Einzelfall als verhältnismässig erweist, da der Streitgegenstand vorliegend auf die Frage begrenzt ist, ob die Beschwerdeführerinnen Zugang gewähren müssen bzw. der Angebotspflicht unterliegen. Dies wäre gegebenenfalls zu beurteilen, wenn die Festlegung der Bedingungen des Zugangs im Streit stünde. Auch geltend gemachte technische Schwierigkeiten oder der geltend gemachte Mehraufwand wären gegebenenfalls im Einzelfall bei den Bedingungen des Zugangs zu beurteilen.

### **E. 6.6.2**

Ebenfalls ändert am Ergebnis das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen, das geltend gemachte "cherry picking" des Zugangs nur vom BEP zum OTO sowie die WEKO-Verfahren der Beschwerdegegnerin und damit zusammenhängende Gerichtsentscheide, nichts. Soweit sie ausführlich geltend machen, dass der Zugang zu den Gebäudeinstallationen gestützt auf Art. 35b FMG sie in ihrer Existenz gefährden würde, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach es für die Auslegung dieser Bestimmung nicht ausschlaggebend sein kann, ob sich die Wahl des Geschäftsmodells der Beschwerdeführerinnen in ökonomischer Hinsicht gelohnt hat oder nicht (vgl. Vernehmlassung, S. 3 f.). Vielmehr würden bei einem anderen Ergebnis dark fibre-Anbieter gegenüber FDA bevorzugt, was nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers nach der Beseitigung von Wettbewerbsproblemen stünde (vgl. Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6580). Ebenso wenig kann eine allfällige vertragliche Situation der Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer massgeblich sein. Vielmehr erläutert die Botschaft ausdrücklich, dass die Wahlfreiheit von Konsumenten nicht durch

Exklusivrechte an Gebäudeinstallationen beeinträchtigt werden sollte (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, BBl S. 6580). Hinzu kommt, dass die Liegenschaftseigentümerinnen und -eigentümer - auch solche die durch dark fibre-Anbieter erschlossen wurden (vgl. E. 6.4.4 hiervor) - bereits aufgrund des Wortlauts von Art. 35b Abs. 2 FMG gegenüber FDA verpflichtet werden, ungeachtet allfälliger vertraglicher Regelungen. Inwiefern durch eine Lückenfüllung eine Begünstigung und Beschleunigung des Breitbandausbaus beeinträchtigt sein sollte (wie es der Bundesrat mit der Gigabitstrategie verfolge), ist nicht ersichtlich, da die Art. 35b Abs. 2 FMG bereits jetzt alle Liegenschaftseigentümer verpflichtet. Im Gegenteil geht die Botschaft zu Art. 35a und Art. 35b FMG davon aus, dass damit effiziente Investitionen angeschoben werden, weil sich für Netzbauer die Planungssicherheit beim Netzausbau erhöht. In welchem Umfang letztlich damit der Ausbau von Hochbreitbandnetzen gefördert werden könne, sei unklar (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6685). Zudem konzentrieren sich die Beschwerdeführerinnen ohnehin auf mittelgrosse Städte und Agglomerationsgemeinden und nicht auf die flächendeckende Abdeckung, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt. Anzumerken bleibt, dass der Bund den landesweiten Ausbau passiver Fernmeldeinfrastrukturen für feste Gebäudeanschlüsse u.a. durch finanzielle Förderung und damit verbundene Zugangsrechte vorantreibt (vgl. das geplante Bundesgesetz über die Förderung des Ausbaus von Breitbandinfrastrukturen [Breitbandfördergesetz, BBFG], verfügbar unter <[https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2025/4/cons\\_1](https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2025/4/cons_1)>, zuletzt abgerufen am 30. September 2025).

### **E. 6.6.3**

Auch der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts überzeugt nicht. Das Bundesgericht hatte in den angeführten Urteilen, d.h. insbesondere im sog. Commcare-Entscheid, den Zugang gestützt auf Art. 11 FMG und damit eine asymmetrische Regelung zu beurteilen. Diese Situation lässt sich mit der vorliegenden nicht vergleichen, zumal in jenen Fällen - anders als vorliegend, wo eine Lückenfüllung angezeigt ist - eine gesetzliche Grundlage allein aufgrund einer Auslegung fehlte (vgl. Urteil des BGer Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2021 E. 11.a [sog. Commcare-Entscheid]; vgl. ferner BGE 131 II 13 E. 10.1). Für rechtsvergleichende Argumente der Parteien kann auf das bereits zur Auslegung Gesagte verwiesen werden (vgl. E. 5.3.5 hiervor).

### **E. 6.7**

Zusammengefasst besteht eine echte Lücke in Art. 35b Abs. 2 FMG dahingehend, dass dark fibre-Anbieter unter den Geltungsbereich dieser Bestimmung fallen und Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der Hausinstallationen zu gewähren haben. Zudem bestehen folglich auch echte Lücken in Art. 35b Abs. 4 FMG, da dark-fibre-Anbieter, die eine Anlage finanziert haben, ebenfalls angemessen von den nachfragenden FDA zu entschädigen sind. Denn sie sind wie eine FDA betroffen. Schliesslich ist die Vorinstanz auch für Streitigkeiten zwischen einer nachfragenden FDA und einer dark-fibre-Anbieterin zuständig (vgl. Art. 35b Abs. 5 FMG), da ansonsten der Zweck des Gesetzgebers diese Rahmenbedingungen zu schaffen, vereitelt würde. Dasselbe gilt selbstredend mutatis mutandis für das Verordnungsrecht (vgl. Art. 78b und Art. 78c FDV). Entsprechend sind die genannten Lücken durch das Gericht, mangels Gewohnheitsrechts, zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Dabei stützt sich das Bundesverwaltungsgericht nach dem bereits Gesagten auf das technische Ermessen der Vorinstanz als Fachbehörde, die ihr auch bei der Auslegung einen gewissen

Beurteilungsspielraum einräumt (vgl. E. 6.5.2 hiervor), zumal die Lückenfüllung einer teleologischen Auslegung sehr nahekommt.

#### **E. 6.8**

Als Fazit ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen zum Adressatenkreis von Art. 35b Abs. 2 FMG zu zählen sind. Sie haben somit der Beschwerdegegnerin den Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der Hausinstallationen zu gewähren. Somit sind sie zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin ein Angebot im Sinne von Art. 35b Abs. 4 FMG i.V.m. Art. 78b und Art. 78c FDV auf die von ihnen finanzierten gebäudeinternen Anlagen - vom Hausanschlusskasten (Building Entry Point, BEP) bis zur optischen Telekommunikationssteckdose (Optical Telecommunication Outlet, OTO) zu machen.

#### **E. 6.9**

Die von der Vorinstanz verfügte Dispositiv-Ziff. 2 ist aufgrund des Fristablaufs ("innert sechs Monaten ab Eröffnung der Verfügung") wie folgt zu korrigieren: "Die Verpflichtung gemäss Ziffer 1 ist innert sechs Monaten ab Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts an die Gesuchstellerin umzusetzen. Die Gesuchsgegnerinnen haben innert dieser Frist ein Angebot im Sinne von Art. 35b Abs. 4 FMG i.V.m. Art. 78b und Art. 78c FDV auf die von ihnen finanzierten gebäudeinternen Anlagen vom Hausanschlusskasten (Building Entry Point, BEP) bis zur optischen Telekommunikationssteckdose (Optical Telecommunication Outlet, OTO) zu machen. Die Gesuchstellerin wird ersucht, der ComCom innert drei Monaten nach Eröffnung des Angebots durch die Gesuchsgegnerinnen mitzuteilen, ob sie das Verfahren im Hinblick auf die Festlegung der Bedingungen des Zugangs weiterführen will." (Änderungen mit Fettdruck hervorgehoben)

#### **E. 7**

Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Verfügung als bundesrechtskonform und die Beschwerde ist somit abzuweisen.

#### **E. 8.1**

In prozessualer Hinsicht verlangen die Beschwerdeführerinnen eine öffentliche Parteiverhandlung. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung der Frage, ob auch Anbieterinnen von dark fibre der Zugangsverpflichtung gemäss Art. 35b FMG unterlägen, erscheine eine öffentliche Parteiverhandlung im vorliegenden Beschwerdeverfahren angezeigt ("vgl. Art. 40 Abs. 2 VGG und Art. 57 Abs. 2 VwVG; vgl. auch Art. 40 Abs. 1 Bst. a VGG").

#### **E. 8.2**

Die Vorinstanz entgegnet, dass von einer öffentlichen Parteiverhandlung abgesehen werden könne, wenn keine Tatfragen, sondern reine Rechts- oder Zulässigkeitsfragen bzw. rein technische Fragen umstritten seien und die Angelegenheit adäquat aufgrund der Akten sowie der schriftlichen Parteivorbringen gelöst werden könne. Zudem werde von einer öffentlichen Parteiverhandlung abgesehen, wenn die Beurteilung eines umstrittenen Sachverhaltes nicht vom persönlichen Eindruck einer Partei, sondern in erster Linie von den Akten abhängt. Bezugnehmend auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erschliesse sich ihr nicht, welche neuen Erkenntnisse anlässlich einer öffentlichen Parteiverhandlung erwartet werden könnten. Darüber hinaus stelle sich vorliegend einzig und allein die

Rechtsfrage, ob die Beschwerdeführerinnen Zugang zum Gebäudeeinführungspunkt und die Mitbenutzung der Hausinstallationen zu gewähren hätten beziehungsweise angebotspflichtig seien. Auf die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung könne folglich ohne Weiteres verzichtet werden.

### **E. 8.3**

Die Beschwerdegegnerin schliesst sich im Wesentlichen den Ausführungen der Vorinstanz an.

### **E. 8.4**

Gemäss Art. 40 Abs. 1 VGG ordnet der Instruktionsrichter eine öffentliche Parteiverhandlung an, soweit zivilrechtliche oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beurteilen sind und wenn eine Partei eine öffentliche Parteiverhandlung verlangt oder gewichtige öffentliche Interessen es rechtfertigen. Auf Anordnung des Abteilungspräsidenten oder des Einzelrichters kann eine öffentliche Parteiverhandlung auch in anderen Fällen durchgeführt werden (Art. 40 Abs. 2 VGG).

#### **E. 8.4.1**

Insoweit vorliegend die EMRK zur Anwendung gelangt (was letztlich offen bleiben kann), gilt die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK nach ständiger Rechtsprechung nicht absolut. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts lassen ein Absehen von einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung zu, wenn die Beurteilung eines umstrittenen Sachverhalts nicht vom persönlichen Eindruck der Partei, sondern in erster Linie von den Akten abhängt. Auf die Durchführung einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung kann unter Umständen verzichtet werden, wenn eine Verhandlung nichts zur Klärung der Angelegenheit beiträgt - namentlich, wenn keine Tatfragen, sondern reine Rechts- oder Zulässigkeitsfragen umstritten sind - und die Angelegenheit adäquat aufgrund der Akten sowie der schriftlichen Parteivorbringen gelöst werden kann (BGE 147 I 153 E. 3.5.1; Urteil des BGer 2C\_90/2019 vom 22. August 2019 E. 4.2; Urteil des BVGer A-3484/2018 vom 7. September 2018 E. 9, jeweils m.H.).

#### **E. 8.4.2**

Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK besteht keine Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung (Urteile des BVGer A-3484/2018 vom 7. September 2018 E. 9 und A-5107/2013 vom 1. Mai 2014 E. 3.1.2; André Moser, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 57 Rz. 34 f.). In solchen Fällen liegt es im pflichtgemässen Ermessen des Abteilungspräsidenten oder - in einzelrichterlich zu beurteilenden Fällen - des Einzelrichters, eine solche durchzuführen. Die Ermessensausübung ist dabei insbesondere an Sinn und Zweck der öffentlichen Parteiverhandlung auszurichten. Diese ist ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in erster Linie ein Instrument zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und insofern vergleichbar mit der mündlichen Verhandlung im Sinne von Art. 57 Abs. 2 VwVG (Urteile des BVGer A-3484/2018 vom 7. September 2018 E. 9 m.H. und A-5107/2013 vom 1. Mai 2014 E. 3.1.4; Julian Beriger, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 Rz. 48 und 54).

### **E. 8.5**

Im Einklang mit allen Verfahrensbeteiligten - namentlich auch mit den Beschwerdeführerinnen (Beschwerde, Rz. 109) - ist festzuhalten, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren einzig Rechtsfragen zu beantworten sind. Wenn sich also wie vorliegend keine Tatfragen - insbesondere keine Fragen der Beweiswürdigung -, sondern reine Rechtsfragen stellen und die Angelegenheit ohne Weiteres aufgrund der Akten sowie der schriftlichen Parteivorbringen beurteilt werden kann, ist ein Anspruch auf Parteiverhandlung im Rahmen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 40 Abs. 1 VGG nicht gegeben.

#### **E. 8.6**

Die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung wird von den Beschwerdeführerinnen sodann in keiner ihrer Rechtsschriften beanstandet. Angesichts der unstrittigen Sachverhaltsermittlung und in Berücksichtigung dessen, dass im Rahmen von Art. 40 Abs. 2 VGG von vornherein kein Rechtsanspruch auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung besteht (sog. Kann-Vorschrift), sondern vielmehr die Ermessensausübung an Sinn und Zweck der öffentlichen Parteiverhandlung auszurichten ist (vgl. E. 8.4.1 hiervor), ist vorliegend nicht ersichtlich, inwiefern eine öffentliche Parteiverhandlung für die Beurteilung der Sache dienlich bzw. unerlässlich sein könnte. Folgerichtig wird der Abteilungspräsidentin kein entsprechender Antrag unterbreitet und der Antrag der Beschwerdeführerinnen wird folglich abgewiesen.

#### **E. 8.7**

Zusammenfassend ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Durchführung einer Parteiverhandlung nach Art. 40 Abs. 1 Bst. a VGG abzuweisen. Dasselbe gilt auch für den Antrag auf Parteiverhandlung nach Art. 40 Abs. 2 VGG, indem darauf verzichtet wird, der Abteilungspräsidentin einen entsprechenden Antrag zur Durchführung einer Parteiverhandlung zu unterbreiten.

#### **E. 9**

Abschliessend ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen zu behandeln, wonach ihnen der Entscheid vor Publikation zur Prüfung von Geschäftsgeheimnissen vorzulegen sei.

#### **E. 9.1**

Das Bundesverwaltungsgericht veröffentlicht nach Art. 6 Abs. 1 des Informationsreglements vom 21. Februar 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.4) seine materiellen Entscheide in einer elektronischen Entscheiddatenbank.

#### **E. 9.2**

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass dem Ansinnen der Beschwerdeführerinnen insofern Rechnung getragen wird, als ihnen mit Versand des Urteils die Gelegenheit gegeben wird, zur Entscheidpublikation in der elektronischen Entscheiddatenbank des Bundesverwaltungsgerichts Stellung zu nehmen.

#### **E. 10.1**

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden auf Fr. 30'000.- festgesetzt (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag wird dem in gleicher Höhe

geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

### **E. 10.2**

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE ist keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Dies ist vorliegend der Fall, weshalb der obsiegenden Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Der Vorinstanz ist ebensowenig eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### **E. 11**

Nach Art. 83 Bst. p Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht unzulässig gegen Entscheide Streitigkeiten nach Artikel 11a FMG. Dagegen werden Streitigkeiten nach Art. 35b FMG nicht erwähnt. Gemäss der Botschaft können Verfügungen der ComCom bei Streitigkeiten zwischen FDA beim Bundesverwaltungsgericht sowie nächstinstanzlich beim Bundesgericht angefochten werden (Botschaft FMG 2017, BBl 2017 6559, S. 6645). Somit entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nicht letztinstanzlich und es ist entsprechend auf die reguläre Rechtsmittelbelehrung zu verweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.