

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2018

S. 65–128

15. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender

Herausgeber
Christian Koenig

Schriftleitung

Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|-----|---|
| ■ <i>Klaus Müller</i>
Verbraucherfreundliche Netzwirtschaften: Erwartungen
an die neue Bundesregierung | 65 | |
| ■ <i>Norman Fricke</i>
Die Billigkeitskontrolle von regulierten Netzentgelten –
Die Folgen des Urteils des EuGH vom 9. November 2017
für Stromnetzentgelte | 66 | |
| ■ <i>Thomas Mann</i>
Grobkörniger Sand im Getriebe des „Smart Meter“-Roll-
outs – Randnotizen zur Digitalisierung der Energiewende | 73 | |
| ■ <i>Boris Scholtka/Laurenz Keller-Herder/Melanie Meyer</i>
Systemsicherheit in der Energiewende –
Der neue § 11 Abs. 3 EnWG | 78 | |
| ■ <i>Kristina Schreiber</i>
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2017 | 85 | |
| ■ <i>Michael Weise/Nadine Voß/Roman Schüttke</i>
Technische Regelwerke und ihre rechtliche Relevanz am
Beispiel der VDE-Anwendungsregel zur Kaskade | 97 | |
| ■ <i>Andreas Neumann</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH: Festsetzung von
Mobilfunkterminierungsentgelten unterhalb der
tatsächlich entstehenden Kosten | 111 | |
| ■ <i>Lisa Pientak</i>
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln: behördliche
Vorgaben bei einer beabsichtigten Ablehnung von Anträgen
auf Zuweisung einer nicht betriebssicheren Zugtrasse | 125 | |
| N&R-Beilage 1/2018
<i>Andreas Neumann/Jörn Sickmann</i>
Schaffung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf einen
Zugang zum schnellen Internet – Eine Analyse der Zielvorgabe
im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD | | 1 |

Andreas Neumann und Prof. Dr. Jörn Sickmann

Schaffung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf einen Zugang zum schnellen Internet

Eine Analyse der Zielvorgabe im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD

In ihrem Koalitionsvertrag haben die alten und neuen Regierungsparteien CDU, CSU und SPD diverse Maßnahmen in Aussicht gestellt, um Deutschland in das Gigabit-Zeitalter zu überführen. Besondere öffentliche Aufmerksamkeit hat dabei die Ankündigung erfahren, zum Jahr 2025 einen rechtlich abgesicherten Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet zu schaffen. Die Einzelheiten dieses Vorhabens sind derzeit allerdings noch unklar. Der Beitrag leuchtet mögliche Ausgestaltungsoptionen aus und analysiert ihre rechtlichen Rahmenbedingungen, ohne die angekündigten Planungen bereits im Einzelnen regulierungsökonomisch zu bewerten.

I. Einleitung

Nach dem positiven Mitgliederentscheid der SPD zu einer großen Koalition nimmt die inhaltliche Schwerpunktsetzung der neuen Bundesregierung zunehmend Konturen an. Eines ihrer mit Priorität anzugehenden Themen soll, wie auch bereits im Koalitionsvertrag¹ festgeschrieben, die Digitalisierung sein, wobei ein Hauptaugenmerk auf die Bereitstellung einer hochbreitbandigen Kommunikationsinfrastruktur gelegt wird.² Die Verwirklichung einer flächendeckenden Breitbandversorgung soll nun den Äußerungen des neuen Kanzleramtsministers zufolge „Chefsache für die Kanzlerin“ werden; ein schneller Internetanschluss sei „genauso wichtig wie die Versorgung mit Gas, Wasser oder Strom“.³ Und auch der neue Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur fordert, die Wortwahl des Koalitionsvertrages aufgreifend, „eine flächendeckende digitale Infrastruktur von Weltklasse“.⁴

Der Koalitionsvertrag sieht mit dem Förderfonds für Gigabit-Netze und dem „Open Access“-Modell mit Ex-post-Aufsicht vor allem zwei Instrumente vor, die nach Ansicht der Regierungsparteien dazu beitragen sollen, „das Ziel eines flächendeckenden Zugangs zum schnellen Internet aller Bürgerinnen und Bürger [zu] erreichen“ (Rn. 1664 f.).⁵ Hierzu soll ab dem

1. Januar 2025 dann auch ein rechtlich abgesicherter Anspruch bestehen, der bis zur Mitte der Legislaturperiode ausgestaltet werden soll (Rn. 1666 f.).

Im Folgenden soll die im Koalitionsvertrag aufgenommene Zielvorgabe der Schaffung eines solchen rechtlich abgesicherten Anspruchs auf schnelles Internet analysiert werden. Dabei wird in einem ersten Schritt die im Koalitionsvertrag nur sehr schemenhaft umrissene Zielvorgabe hinsichtlich einer möglichen Ausgestaltung zu interpretieren und daran anschließend eine erste Bewertung der bestehenden Umsetzungsmöglichkeiten vorzunehmen sein.

II. Die Zielvorgabe, offene Fragen und mögliche Interpretationen

Die Ausführungen zu dem geplanten Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet finden sich in einem Absatz des Koalitionsvertrages (Rn. 1664 bis 1667):

- 1 CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag „Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land.“ v. 7.2.2018. Nachfolgend ohne weitere Fundstellenangabe zitierte Rn. sind solche des Koalitionsvertrages in der im Februar veröffentlichten Fassung. Für eine breiter angelegte und stärker ökonomisch ausgerichtete Analyse der im Koalitionsvertrag enthaltenen Breitbandziele und der hierfür angedachten Maßnahmen siehe *Sickmann/Neumann*, *Wirtschaftsdienst* 4/2018 (im Erscheinen). Der vorliegende Aufsatz greift Überlegungen dieser Arbeit auf und ergänzt und vertieft diese mit Bezug auf die angekündigte Schaffung eines Rechtsanspruchs auf „schnelles Internet“.
- 2 Dies spiegelt sich auch in der Wortwahl wider, exemplarisch: „eine flächendeckende digitale Infrastruktur von Weltklasse“ (Rn. 1612); „An die Wertschöpfungskette im Bereich der digitalen Infrastruktur“ (Rn. 1630).
- 3 *Braun* im Interview mit bild.de am 27.2.2018.
- 4 Siehe Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Pressemitteilung 016/2018 v. 14.3.2018.
- 5 Weiterhin sind insbesondere auch nachfrageseitige Maßnahmen angedacht, die in ihrer Gänze hier nicht ausgeführt werden können.

„Mit dem hier dargestellten Maßnahmenpaket werden wir das Ziel eines flächendeckenden Zugangs zum schnellen Internet aller Bürgerinnen und Bürger erreichen. Dazu werden wir einen rechtlich abgesicherten Anspruch zum 1. Januar 2025 schaffen und diesen bis zur Mitte der Legislaturperiode ausgestalten.“

Diese Passage wirft schon vor einer weitergehenden Analyse verschiedene Fragen auf.

1. Inhalt des geplanten Anspruchs

Insbesondere fehlen eindeutige Festlegungen zum Inhalt des geplanten Anspruchs. Das betrifft nicht in erster Linie den Umstand, dass entgegen einem verbreiteten Eindruck und auch dem Titel des vorliegenden Beitrags im Koalitionsvertrag noch nicht einmal von einem „Anspruch auf schnelles Internet“ bzw. von einem „Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet“ die Rede ist. Denn aus der Bezugnahme auf den vorstehenden Satz („Dazu“) lässt sich schließen, dass ein solcher Anspruch gemeint ist, was auch der nachträglichen Interpretation aus den Reihen der Koalitionspartner entspricht.⁶ Vielmehr bleibt gerade auch bei diesem Verständnis offen, was mit „schnellem“ Internet gemeint sein soll. Denkbar sind hier vor allem zwei Sichtweisen:

Zum einen könnte an die Zielsetzung eines flächendeckenden Ausbaus mit Gigabit-Netzen angeknüpft werden, so dass „schnelles“ Internet grundsätzlich eine Gigabit-Anbindung voraussetzen würde (Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet). Für ein solches Verständnis spricht insbesondere, dass das „Ziel eines flächendeckenden Zugangs zum schnellen Internet aller Bürgerinnen und Bürger“, auf das sich der Anspruch bezieht („Dazu“), gerade durch das zuvor im Koalitionsvertrag „dargestellt[e] Maßnahmenpaket“ erreicht werden soll. Dieses zielt ausdrücklich auf einen „flächendeckenden Ausbau mit Gigabit-Netzen bis 2025“ (Rn. 1632). Für eine solche Deutung sprechen darüber hinaus auch Äußerungen aus den Reihen der Verhandlungsparteien, die das „Recht auf schnelles Internet“ in einen unmittelbaren Zusammenhang mit den (Gigabit-) Breitbandzielen stellen.⁷

Zum anderen könnte aber auch bereits unterhalb dieser Bandbreite von „schnellem“ Internet auszugehen sein (Anspruch auf Zugang zu schnellem Internet unterhalb Gigabit-Bandbreiten). Dafür könnte sprechen, dass die Errichtung der Gigabit-Netze durch das im Koalitionsvertrag beschriebene Maßnahmenpaket aus Investitionsfonds und regulatorischen Erleichterungen zwar dem Ziel eines flächendeckenden Zugangs zum schnellen Internet dienen soll (Rn. 1664 f.), eine Gleichsetzung aber gerade nicht erfolgt. Wäre eine solche gemeint gewesen, hätte es nahegelegen, auf einen Zugang zum „Gigabit-Internet“ oder zu den „Gigabit-Netzen“ abzustellen und nicht auf einen Zugang zum „schnellen Internet“. Vielmehr wird beispielsweise auch im laufenden Reformprozess auf EU-Ebene im Zusammenhang mit dem funktionalen Internetzugang des (künftigen) Universaldienstregimes von „schnelle[n] Breitbandanschlüssen“ gesprochen.⁸ Damit kann der angekündigte Anspruch auch in dem Sinne zu verstehen sein, dass es um einen Breitbandanschluss geht, dessen genaue Spezifikationen künftig im Einzelnen noch näher zu definieren sind.

2. Rechtsnatur des geplanten Anspruchs

Fraglich ist des Weiteren, welcher Art der geplante Anspruch sein soll. Insoweit fällt die Wortwahl des Koalitionsvertrages ins Auge. Dort ist nämlich nicht etwa von einem „Rechtsanspruch“ auf Zugang zum schnellen Internet die Rede. Vielmehr wird ausdrücklich (nur) deutlich unklarer von einem

„rechtlich abgesicherten Anspruch“ gesprochen. Während ein Rechtsanspruch eine subjektive Rechtsposition nahelegt, die dann ggf. auch gerichtlich durchgesetzt werden kann, könnte ein lediglich „rechtlich abgesicherter“ Anspruch durchaus auch anders zu verstehen sein. Zu denken wäre etwa an eine legitime Erwartungshaltung bzw. Forderung („Anspruch“), für deren Verwirklichung rechtliche Instrumente („rechtlich abgesichert“) vorgesehen sind, ohne dass derjenige, der einen solchen „Anspruch“ hat, den Einsatz dieser rechtlichen Instrumente ggf. erzwingen kann.

Allerdings haben die politischen Parteien, die den Koalitionsvertrag vereinbart haben, den verabredeten Anspruch im Nachgang der diesbezüglichen Verhandlungen selbst als Rechtsanspruch im engeren Sinne qualifiziert. So hat die SPD in den Informationen zum Mitgliedervotum über den Koalitionsvertrag ausdrücklich festgehalten, man werde mit dem Vertrag „einen Rechtsanspruch auf schnelles Internet“ schaffen.⁹ Schon vorher hatte der Verhandlungsführer der Partei für den Bereich Digitalisierung davon gesprochen, man habe sich auf ein „Recht auf schnelles Internet“ geeinigt.¹⁰ CDU und CSU waren demgegenüber in ihren offiziellen Verlautbarungen zum Koalitionsvertrag etwas zurückhaltender. Für den Digitalbereich zuständige Politiker haben jedoch ihrerseits ausdrücklich von einem „rechtlichen Anspruch“¹¹ bzw. „Rechtsanspruch“¹² gesprochen.

Die ungewöhnliche und unnötig komplizierte Wortwahl („rechtlich abgesicherter Anspruch“ statt „Rechtsanspruch“) dürfte daher am ehesten auf mangelnde sprachliche Präzision zurückzuführen sein, die in anderen Formulierungen zum Themenkomplex Digitalisierung ebenfalls zum Ausdruck kommt und die vermutlich auch vor dem Hintergrund der Koalitionsverhandlungen typischerweise kennzeichnenden Muster eines großen Zeitdrucks und nächtlicher Sitzungen einzuordnen ist. So ist etwa im Zusammenhang mit der anstehenden Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2,0 und 3,6 Gigahertz (GHz) von einer „Lizenzvergabe“ die Rede, obwohl das telekommunikationsrechtliche Instrument der „Lizenz“ bereits 2004 abgeschafft wurde. Auch wenn ein abweichendes Verständnis nicht ausgeschlossen werden kann, dürfte vor diesem Hintergrund im Einklang mit der Interpretation der Vertragsparteien selbst davon auszugehen sein, dass mit einem „rechtlich abgesicherten Anspruch“ nichts anderes als ein „Rechtsanspruch“ gemeint ist.

3. Verpflichteter des geplanten Anspruchs

Offen bleibt zu guter Letzt aber auch die Anspruchsgegnerschaft, also die Frage, wer durch den Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet verpflichtet werden soll.¹³ Erneut kommen vor allem zwei Interpretationsmöglichkeiten in Betracht: Zum einen können alle oder bestimmte Unternehmen

6 Siehe *Bär* im „tagesthemen“-Interview am 5.3.2018 („Grundrecht auf schnelles Netz“); *Braun* im Interview mit focus.de am 11.3.2018 („Anspruch auf schnelles Internet“).

7 *Klingbeil*, spd.de-Meldung „Den digitalen Wandel gerecht gestalten – für alle“ v. 4.2.2018: „Sollten die Breitband-Ziele weiterhin verfehlt werden, wird es ab 2025 erstmals ein Recht auf schnelles Internet greifen.“

8 Siehe Erwägungsgrund 221 des Kodexvorschlags der Kommission, COM (2016) 590 final/2.

9 SPD, Flyer „Der Koalitionsvertrag auf einen Blick“, 2018, S. 11.

10 *Klingbeil*, spd.de-Meldung „Den digitalen Wandel gerecht gestalten – für alle“ v. 4.2.2018.

11 So etwa der jetzige Kanzleramtsminister *Braun* im Interview mit focus.de am 11.3.2018.

12 Siehe die helge-braun.de-Meldung „Künftiger Kanzleramtschef verspricht Recht auf schnelles Internet“ v. 28.2.2018; ebenso die zuständige Staatsministerin *Bär* im „tagesthemen“-Interview am 5.3.2018: „Wir haben jetzt sogar einen Rechtsanspruch festgelegt, im neuen Koalitionsvertrag“.

13 Ebenso *Gerpott*, F. A. Z. v. 14.2.2018, 19.

verpflichtet sein, die (schnelle) Internetzugänge anbieten. Zum anderen könnte sich der Anspruch aber auch gegen den Staat richten. Der Koalitionsvertrag selbst schweigt zu dieser Frage. Auch mittelbare Anhaltspunkte sind ihm insoweit nicht zu entnehmen.

Ein naheliegender Anknüpfungspunkt wäre der derzeit in § 84 Abs. 1 TKG ausformulierte Anspruch auf Erbringung von Universaldienstleistungen.¹⁴ Sowohl der Universaldienstanspruch als auch der im Koalitionsvertrag angekündigte rechtlich abgesicherte Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet setzen die Verfügbarkeit entsprechender Leistungen voraus. Im Fall einer dahingehenden Ausweitung des Universaldienstes oder der Schaffung eines ähnlichen Regelungsinstruments würde die Bundesnetzagentur bei einer Unterversorgung bestimmten Unternehmen entsprechende Versorgungsverpflichtungen auferlegen (vgl. § 81 TKG). Die betreffenden Bürger hätten dann über oder entsprechend § 84 Abs. 1 TKG gegen die diesbezüglich verpflichteten Unternehmen einen Anspruch auf einen Zugang zum schnellen Internet.

Nachträgliche Äußerungen aus dem Kreis der Verhandlungsführer legen allerdings ein anderes Verständnis nahe. So hat der jetzige Kanzleramtsminister *Braun* in einem Interview verlautbart, dass die anspruchsberechtigten Bürger ihren „Anspruch gegen die Regulierungsbehörde“ richten sollen, die „den Ausbau dann zwar nicht selbst machen, aber ein Unternehmen dazu verpflichten [wird], die Lücke zu schließen“.¹⁵ Anspruchsverpflichteter soll danach wohl die Bundesrepublik Deutschland (handelnd durch die Bundesnetzagentur) sein, die den Anspruch dann ihrerseits durch die Verpflichtung eines bestimmten Unternehmens erfüllen kann und wohl auch muss. Hierzu hat der Kanzleramtsminister in dem soeben erwähnten Interview ausgeführt: „Wenn ein Unternehmen ... heute in einem kleinen Ort kein Internet verlegt oder einen Ortsteil oder auch einzelne Häuser links liegen lässt, dann muss diesem Unternehmen bewusst sein, dass es in ein paar Jahren seine Pflicht sein wird, die Lücke zu schließen.“ Es wird also ein Dreiecksverhältnis Bürger – Bundesnetzagentur – Unternehmen skizziert.

III. Rechtliche Ausgestaltungsspielräume

Ob und in welcher Weise der Bundesgesetzgeber einen rechtlich abgesicherten Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet ausgestalten kann, hängt entscheidend von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab. Diese werden zum einen durch den europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation und innerhalb der damit abgesteckten Handlungsoptionen zum anderen durch die Vorgaben des Verfassungsrechts für die Organisation des Telekommunikationssektors bestimmt. Weitere Steuerungsvorgaben folgen insbesondere aus den grundrechtlichen Gewährleistungen sowohl des Unionsrechts als auch des deutschen Verfassungsrechts, die allerdings im Folgenden wie auch das Beihilfenrecht nur am Rande betrachtet werden sollen.

1. Europäischer Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation

Das Unionsrecht enthält spezifische Bestimmungen für die staatliche Vorgabe eines bestimmten Versorgungsniveaus bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten.

a) Derzeitiger Rechtsrahmen

Diese finden sich derzeit in der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG, die zuletzt durch die Internetzugangsverordnung (EU) 2015/2120 geändert wurde. Diese Richtlinie zielt – wie der gesamte Rechtsrahmen – in erster Linie darauf, „die

Verfügbarkeit gemeinschaftsweiter hochwertiger, öffentlich zugänglicher Dienste durch wirksamen Wettbewerb und Angebotsvielfalt zu gewährleisten“; sie will zugleich aber auch „die Fälle ... regeln, in denen die Bedürfnisse der Endnutzer durch den Markt nicht ausreichend befriedigt werden können“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG).

aa) Universaldienstkonzept

Die Richtlinie etabliert für diese Fälle einen spezifischen Schutzmechanismus.¹⁶ Nach dem Regelungsansatz der Richtlinie muss dabei insbesondere jedem Endnutzer auf Antrag Zugang zu jenen Diensten gewährt werden, die als unverzichtbar für die Beteiligung am gesellschaftlichen Leben gelten und die der großen Mehrheit der Bürger zur Verfügung stehen, mit dem damit einhergehenden Risiko der sozialen Ausgrenzung derjenigen, die diese Dienste nicht in Anspruch nehmen können.¹⁷ Hierfür wird ein Sicherheitsnetz für diejenigen Personen aufgespannt, die zu den grundlegenden Diensten, die von der großen Mehrheit der Bürger bereits genutzt werden, keinen Zugang haben, etwa wegen ihrer geringen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ihrer geographischen Abgeschiedenheit oder einer Behinderung.¹⁸ Zur Bestimmung dieser Dienste wird in der Richtlinie „das Mindestangebot an Diensten mit definierter Qualität fest[gelegt], zu denen alle Endnutzer unter Berücksichtigung der spezifischen nationalen Gegebenheiten zu einem erschwinglichen Preis und unter Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen Zugang haben“ müssen (Art. 1 Abs. 2 S. 2 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG). Das diesbezügliche „Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität, das allen Nutzern unabhängig von ihrem Standort und, gemessen an den landesspezifischen Bedingungen, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung steht“, wird als Universaldienst bezeichnet (Art. 2 lit. j der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG).

Dieses Mindestangebot umfasst u. a. auch die Bereitstellung des Anschlusses an ein öffentliches Kommunikationsnetz an einem festen Standort¹⁹ durch mindestens ein Unternehmen (Art. 4 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG). Der bereitgestellte Anschluss muss Gespräche, Telefaxübertragungen und die Datenkommunikation mit Übertragungsraten ermöglichen, die für einen funktionalen Internetzugang ausreichen (Art. 4 Abs. 2 Hs. 1 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG). Eine bestimmte Übertragungsratesollte der Richtlinien-gesetzgeber auf Unionsebene allerdings nicht festlegen

14 Zu einem Verständnis im Sinne einer Universaldienstregelung auch *Gerpott*, F. A. Z. v. 14.2.2018, 19.

15 *Braun* im Interview mit focus.de am 11.3.2018.

16 Die Ausführungen in diesem Abschnitt beruhen weitgehend auf *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 151 ff.

17 Siehe Erwägungsgrund 14 S. 1 und Erwägungsgrund 25 S. 3 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG; Kommission, Mitteilung über die zweite regelmäßige Überprüfung des Umfangs des Universaldienstes in elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten gemäß Artikel 15 der Richtlinie 2002/22/EG, KOM (2008) 572 endgültig, S. 2 (die sogar auf die „übergroße“ Mehrheit abstellt); etwas schwächer noch Kommission, Mitteilung „Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – Kommunikationsbericht 1999“, KOM (1999) 539 endgültig, S. 49 (wo lediglich auf die – einfache – „Mehrheit“ der Bevölkerung Bezug genommen wird).

18 Kommission, Mitteilung „Universaldienst im Bereich der elektronischen Kommunikation: Bericht über die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation und die dritte regelmäßige Überprüfung des Universaldienstumfangs entsprechend Artikel 15 der Richtlinie 2002/22/EG“, KOM (2011) 795 endgültig, S. 2; 2. Überprüfungsmitteilung (Fn. 17), KOM (2008) 572 endgültig, S. 10; Mitteilung „Bericht über die Ergebnisse der Überprüfung des Umfangs des Universaldienstes gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 2002/22/EG“, KOM (2006) 163 endgültig, S. 2; ähnlich auch Kommission (Fn. 17), Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999) 539 endgültig, S. 49.

19 Hierzu muss allerdings keine Festnetztechnik eingesetzt werden, vgl. Kommission, 2. Überprüfungsmitteilung (Fn. 17), KOM (2008) 572 endgültig, S. 3; *Schings*, N&R 2016, 156, 162.

(Erwägungsgrund 5 S. 4 der „Rechte der Bürger“-Richtlinie 2009/136/EG). Vielmehr sollte den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum eingeräumt werden, um ggf. Maßnahmen zu ergreifen, damit die Anschlüsse zufriedenstellende Übertragungsraten unterstützen können, die für einen funktionalen Internetzugang nach der Definition der Mitgliedstaaten ausreichen (Erwägungsgrund 5 S. 5 der „Rechte der Bürger“-Richtlinie 2009/136/EG). Die Mitgliedstaaten können daher grundsätzlich die für einen funktionalen Internetzugang erforderliche Bandbreite im Rahmen des Universaldienstes selbst bestimmen.²⁰ Sie dürfen den hierfür vorgegebenen Rahmen (bzw. „Korridor“²¹) – die Begrenzung auf einen funktionalen Internetzugang – jedoch nicht verlassen.²² Zu berücksichtigen sind daher nach Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 der Universalrichtlinie 2002/22/EG die von der Mehrzahl der Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien²³ und die technische Durchführbarkeit. Dabei sind Wettbewerbsverzerrungen weitestgehend zu vermeiden (Art. 1 Abs. 2 S. 2 der Universalrichtlinie 2002/22/EG sowie Erwägungsgrund 5 S. 5 der „Rechte der Bürger“-Richtlinie 2009/136/EG), was jedenfalls tendenziell die Notwendigkeit einer Nutzung durch die große (und nicht etwa einfache) Mehrheit der Teilnehmer²⁴ nahelegt.²⁵

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Verfügbarkeit des Universaldienstes sicherzustellen (Art. 3 Abs. 1 der Universalrichtlinie 2002/22/EG). Dabei bleibt es ihnen überlassen, den effizientesten und am besten geeigneten Ansatz hierfür selbst festzulegen (Art. 3 Abs. 2 S. 1 der Universalrichtlinie 2002/22/EG). Sie können ein oder mehrere Unternehmen benennen, die eine Erbringung des Universaldienstes gewährleisten, wobei diese Benennung auch auf die Gewährleistung einzelner Bestandteile des Universaldienstes und/oder in einzelnen Bereichen des staatlichen Hoheitsgebiets beschränkt sein kann (Art. 8 Abs. 1 der Universalrichtlinie 2002/22/EG). Eine diesbezügliche Verpflichtung muss in einem effizienten, objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Benennungsverfahren erfolgen, von dem kein Unternehmen von vornherein ausgeschlossen werden darf (Art. 8 Abs. 2 S. 1 der Universalrichtlinie 2002/22/EG). Keine ausdrückliche Vorgabe enthält Art. 3 Abs. 2 der Universalrichtlinie 2002/22/EG schließlich hinsichtlich der Frage, ob die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, den Nutzern subjektive Rechtspositionen auf Zugang zu den Bestandteilen des Universaldienstes einzuräumen²⁶ (oder gar in Bezug auf die Frage, wer Verpflichteter eines solchen Anspruchs sein müsste). Das in S. 1 der Vorschrift vorgesehene Ausgestaltungsmessen der Mitgliedstaaten spricht tendenziell eher gegen die Annahme einer zwingenden Verpflichtung zur Einräumung entsprechender Rechtsansprüche.

Sofern ein benanntes Unternehmen durch die Bereitstellung des Universaldienstes unzumutbar belastet werden könnte, sieht die Universalrichtlinie 2002/22/EG nach entsprechender Überprüfung (Art. 12) eine Entschädigung aus öffentlichen Mitteln²⁷ und/oder eine Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen unter den Betreibern von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (sog. Branchen- oder Universaldienstfonds²⁸) vor (Art. 13 Abs. 1). Für letztgenannten Fall stellt die Richtlinie weitere prozedurale und materielle Anforderungen auf (Art. 13 Abs. 2, 3, Art. 14 der Universalrichtlinie 2002/22/EG), die u. a. auf eine geringstmögliche Marktverfälschung²⁹ zielen.

Der Umfang des Universaldienstes soll nach Art. 15 der Universalrichtlinie 2002/22/EG (von der Kommission) in regelmäßigen Abständen und anhand der sozialen, wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen überprüft werden, u. a. unter Berücksichtigung von Mobilität und Übertragungsraten im Zusammenhang mit den von der Mehrzahl der

Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien. Bei der Frage, ob der Umfang der Universaldienstverpflichtungen angepasst werden soll,³⁰ berücksichtigt die Kommission nach Anhang V UAbs. 2 der Universalrichtlinie 2002/22/EG auch,

1. ob bestimmte Dienste der Mehrheit der Verbraucher zur Verfügung stehen und von ihr genutzt werden und ob die Nichtverfügbarkeit oder Nichtnutzung durch die Minderheit der Verbraucher zu einer gesellschaftlichen Ausgrenzung führt und
2. ob die Verfügbarkeit und Nutzung bestimmter Dienste allen Verbrauchern einen allgemeinen Gesamtnutzen stiftet, so dass ein öffentliches Eingreifen unter Umständen angezeigt ist, unter denen bestimmte Dienste bei normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht für die Öffentlichkeit erbracht werden.

In Anwendung dieser Vorgaben hat die Kommission bislang noch keine Änderung des Universaldienstumfangs vorgeschlagen. Hinsichtlich eines etwaigen Breitbandzugangs ging die Kommission ursprünglich davon aus, dass ein fester Breitbandanschluss noch nicht von der Mehrheit der Verbraucher genutzt werde und daher nicht für eine normale Beteiligung am gesellschaftlichen Leben notwendig sei bzw. ein fehlender Zugang nicht zur sozialen Ausgrenzung führe.³¹ 2011 sah die Kommission dann zwar das Kriterium einer Nutzung durch die (einfache) Mehrheit der Verbraucher erfüllt.³² Das sei jedoch noch nicht die in Erwägungsgrund 25 der Universalrichtlinie 2002/22/EG geforderte „große“ Mehrheit der

20 Vgl. Kommission, 3. Überprüfungsmitteilung (Fn. 18), KOM (2011) 795 endgültig, S. 3; *Baake/Pavel/Schumacher*, Universaldienstverpflichtung für flächendeckenden Breitbandzugang in Deutschland, 2011, S. 5; *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 78 Rn. 7.

21 *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 5.

22 Vgl. auch *Schumacher*, MMR 2011, 711, 713.

23 Zu berücksichtigen ist also gerade auch die von der überwiegenden Mehrheit der Nutzer im jeweiligen Mitgliedstaat verwendete Bandbreite, vgl. Erwägungsgrund 5 S. 5 der „Rechte der Bürger“-Richtlinie 2009/136/EG.

24 Siehe bereits Fn. 17.

25 Siehe hierzu insgesamt und insbesondere auch zu einem Konkretisierungsversuch der Kommission *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 6 ff.; *Schumacher*, MMR 2011, 711, 714 f.; *Sörries*, K&R 2011, 380, 381; Verbraucherzentrale Bundesverband, Breitband für alle, 2015, S. 10 f.

26 *Fischer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. A., 2015, § 84 Rn. 1; siehe aber auch Erwägungsgrund 14 S. 1 der Universalrichtlinie 2002/22/EG, der ausdrücklich auf einen Antrag des Nutzers abstellt, was als Anhaltspunkt für eine entsprechende Rechtsposition zu verstehen sein könnte.

27 Das umfasst nach Erwägungsgrund 22 der Universalrichtlinie 2002/22/EG eine Finanzierung aus staatlichen Haushalten einschließlich anderer öffentlicher Finanzierungsquellen, wie beispielsweise staatliche Lotterien(!).

28 Kommission, 2. Überprüfungsmitteilung (Fn. 17), KOM (2008) 572 endgültig, S. 3; Mitteilung über die Überprüfung des Umfangs des Universaldienstes gemäß Artikel 15 der Richtlinie 2002/22/EG, KOM (2005) 203 endgültig, S. 11.

29 Eine geringstmögliche Marktverfälschung in diesem Sinne liegt Erwägungsgrund 23 S. 3 der Universalrichtlinie 2002/22/EG zufolge vor, wenn die Beiträge so angelastet werden, dass die finanzielle Belastung der Endnutzer möglichst gering gehalten wird, beispielsweise durch eine möglichst breite Streuung der Beiträge.

30 Gemäß Erwägungsgrund 25 S. 4 der Universalrichtlinie 2002/22/EG soll es bei einer Änderung des Umfangs der Universaldienstverpflichtungen überdies nicht zu einer künstlichen Bevorzugung bestimmter technischer Varianten kommen, soll Telekommunikationsunternehmen keine unverhältnismäßige Finanzlast aufgebürdet werden (wodurch die Marktentwicklung und die Innovation beeinträchtigt würden) und sollen etwaige Finanzlasten nicht ungerechterweise einkommensschwachen Verbrauchern aufgebürdet werden.

31 Kommission, 2. Überprüfungsmitteilung (Fn. 17), KOM (2008) 572 endgültig, S. 9; 1. Überprüfungsmitteilung (Fn. 28), KOM (2005) 203 endgültig, S. 9 f.

32 Hierzu und zum Folgenden Kommission, 3. Überprüfungsmitteilung (Fn. 18), KOM (2011) 795 endgültig, S. 8.

Bevölkerung. Darüber hinaus verwies die Kommission auf erhebliche nationale Unterschiede bei der Breitbandversorgung. Damit hätte eine EU-weite Breitbanduniversaldienstverpflichtung unverhältnismäßige Kosten zulasten der Telekommunikationsanbieter und somit letztlich der Verbraucher in den (seinerzeit fünf bis zwölf) Mitgliedstaaten verursacht, bei denen der Versorgungsgrad seinerzeit noch unter 50 % lag, insbesondere in Ländern mit geringer Bevölkerungsdichte, schwierigen geographischen Verhältnissen und weniger entwickelten Infrastrukturen. Die Einbeziehung von Breitbandanschlüssen in den Universaldienst hätte damit nach Auffassung der Kommission im Jahr 2011 – aus gesamteuropäischer Sicht – keinen allgemeinen Gesamtnutzen für alle Verbraucher zur Folge gehabt, wie es das zweite Kriterium der Universaldienstrichtlinie erfordere.

bb) Möglichkeit weitergehender Versorgungsvorgaben?

Vor diesem Hintergrund stellt sich zu guter Letzt noch die Frage, ob die Mitgliedstaaten ggf. befugt wären, Vorgaben zur Sicherstellung einer weitergehenden Versorgung mit solchen Telekommunikationsdiensten zu treffen, die nach dem EU-Rechtsrahmen bis auf weiteres nicht als Universaldienstleistungen definiert werden dürften.

Die Zulässigkeit solcher Vorgaben wird z. T. unter Hinweis darauf erlogen, dass die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG ihrem Art. 1 Abs. 2 S. 2 zufolge ausdrücklich nur ein „Mindestangebot“ festlege.³³ Gegen ein solches Verständnis spricht jedoch insbesondere der Umstand, dass die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG ein komplexes System zur Anwendung und Weiterentwicklung des Universaldienstes etabliert, das weitgehend entwertet würde, könnten die Mitgliedstaaten hier eigene „Grundversorgungsregime“ definieren, ohne an entsprechende Vorgaben gebunden zu sein.³⁴ Auch die Regelungsabsichten des Richtliniengesetzgebers in Erwägungsgrund 25 S. 6 f. der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG weisen in Richtung einer Vollharmonisierung in Bezug auf die Festlegung eines Mindestangebots der für notwendig erachteten Telekommunikationsdienstleistungen.³⁵ Weiter bestärkt wird die Annahme, dass das EU-rechtlich definierte Universaldienstregime abschließender Natur ist, durch die letzte Reform des Rechtsrahmens im Jahr 2009. In deren Rahmen wurde den Mitgliedstaaten „ein gewisser Spielraum“ gerade in Bezug auf die Definition der notwendigen Übertragungsraten eingeräumt, „die für einen funktionalen Internetzugang nach der Definition der Mitgliedstaaten ausreichen“.³⁶ Eines solchen Spielraumes bedürfte es aber nicht, könnten die Mitgliedstaaten ohnehin auf nationaler Ebene einen Anspruch auf Zugang zu einem breitbandigeren Internetzugang schaffen.

Allerdings sieht Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG die Möglichkeit „zusätzliche[r] Pflichtdienste“ ausdrücklich vor. Danach können die „Mitgliedstaaten ... – zusätzlich zu den Diensten im Rahmen der Universaldienstverpflichtungen nach Kapitel II – nach eigenem Ermessen weitere Dienste in ihrem Hoheitsgebiet öffentlich zugänglich machen, ohne dass in einem solchen Fall jedoch ein Entschädigungsverfahren mit Beteiligung bestimmter Unternehmen vorgeschrieben werden darf“.³⁷ Diese eher kryptische Formulierung zielt nach Erwägungsgrund 46 S. 1 der Richtlinie auf die Fälle, „in denen ein Mitgliedstaat die Erbringung anderer besonderer Dienstleistungen innerhalb seines Hoheitsgebiets sicherstellen will“, und hierzu diesbezügliche „Verpflichtungen“ vorsieht. Diese sollten dann „auf kosteneffizienter Basis und außerhalb der Universaldienstverpflichtungen auferlegt werden“.

Der EuGH hat Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG demzufolge dahingehend ausgelegt, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, nicht vom Universaldienst erfasste Kommunikationsdienste als zusätzliche Pflichtdienste bzw.

„besondere Dienste“³⁸ vorzusehen,³⁹ deren Bereitstellung sich ebenso wie der Universaldienst als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV darstelle.⁴⁰ Den Mitgliedstaaten sei lediglich untersagt, diese Dienste über den brancheninternen Aufteilungsmechanismus zu finanzieren.⁴¹ Daraus folge auch, dass das für die Bereitstellung eines zusätzlichen Pflichtdienstes benannte Unternehmen nicht gezwungen werden dürfe, die mit der Erbringung dieses Dienstes verbundenen Kosten zu tragen.⁴²

Die Mitgliedstaaten dürfen daher zwar den als solchen abschließend vorgegebenen Umfang des Universaldienstes nicht auf nationaler Ebene erweitern, also insbesondere keinen Breitbandzugang zum Bestandteil des Universaldienstes erheben, der ausdrücklich eine höhere Kapazität hat, als es einem „funktionalen Internetzugang“ entspräche. Sie können aber jedenfalls grundsätzlich zusätzliche Pflichtdienste „nach eigenem Ermessen“ vorsehen, sofern sie an deren Finanzierung nicht bestimmte Unternehmen beteiligen. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der EuGH insoweit bislang nur über solche Sachverhalte zu entscheiden hatte, in denen es um Dienste ging, die der Sache nach *jenseits* des Universaldienstumfangs lagen, konkret um mobile Dienste⁴³ sowie um Sicherheits- und Seenotdienste⁴⁴. Ein Breitband- oder gar Gigabit-Internetzugang wäre demgegenüber letztlich die Weiterentwicklung eines funktionalen Internetzugangs, der wiederum Bestandteil des Universaldienstes ist.⁴⁵ Es ist durchaus denkbar, dass die Einführung eines solchen zusätzlichen Pflichtdienstes, der in der Sache einem universaldienstzugehörigen Dienst entspricht und lediglich eine höhere Leistungsfähigkeit erfordert, die abschließende Festlegung des Universaldienstes unterlaufen könnte und daher von Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG u.U. nicht mehr gedeckt wäre.⁴⁶

33 Fischer (Fn. 26), § 78 Rn. 12; in diese Richtung auch Kühling/Biendl, DÖV 2012, 409, 413.

34 Ähnlich auch Fetzer, MMR 2011, 707, 709.

35 So denn auch ausdrücklich Klotz, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, Einl. II Rn. 186.

36 Erwägungsgrund 5 S. 5 der „Rechte der Bürger“-Richtlinie 2009/136/EG.
37 Siehe auch Erwägungsgrund 25 S. 7 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG.

38 EuGH, ECLI:EU:C:2016:974, Rn. 37 (Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-327/15) – TDC A/S.

39 EuGH, ECLI:EU:C:2015:378, Rn. 40 (Urt. v. 11.6.2015 – Rs. C-1/14) – Base Company NV und Mobistar NV.

40 EuGH, ECLI:EU:C:2016:974, Rn. 50 (Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-327/15) – TDC A/S.

41 EuGH, ECLI:EU:C:2016:974, Rn. 41 (Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-327/15) – TDC A/S; ECLI:EU:C:2015:378, Rn. 41 f. (Urt. v. 11.6.2015 – Rs. C-1/14) – Base Company NV und Mobistar NV.

42 EuGH, ECLI:EU:C:2016:974, Rn. 37 (Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-327/15) – TDC A/S; in diesem Sinne bereits Sörries, K&R 2011, 380, 381. Das gilt auch unterhalb der Schwelle einer unzumutbaren Belastung, siehe EuGH, ECLI:EU:C:2016:974, Rn. 62 f. (Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-327/15) – TDC A/S. Diese Freistellung des verpflichteten Unternehmens von den Kosten ist Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG nicht ohne weiteres zu entnehmen, weshalb in der Literatur die Vorschrift gerade gegenteilig mit Blick auf einen in ihrem Anwendungsbereich vermeintlich nicht möglichen Defizitenausgleich diskutiert wird, siehe etwa Cornils (Fn. 20), § 78 Rn. 16 f.

43 EuGH, ECLI:EU:C:2015:378, Rn. 37 (Urt. v. 11.6.2015 – Rs. C-1/14) – Base Company NV und Mobistar NV.

44 EuGH, ECLI:EU:C:2016:974, Rn. 21 (Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-327/15) – TDC A/S.

45 In einem Fall hat der EuGH bei „Internetabonnements“ danach unterschieden, ob sie mittels mobiler oder mittels fester Kommunikationsdienste erbracht werden, wobei er nur erstgenannte dem Anwendungsbereich von Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG zugeordnet, letztgenannte jedoch als Bestandteil des Universaldienstes eingeordnet hat, EuGH, ECLI:EU:C:2015:378, Rn. 37 (Urt. v. 11.6.2015 – Rs. C-1/14) – Base Company NV und Mobistar NV.

46 So insbesondere Cornils (Fn. 20), § 78 Rn. 40; Fetzer, MMR 2011, 707, 709; a.A. Schumacher, MMR 2011, 711, 715.

cc) *Konsequenzen für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet*

Für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet hat dies folgende Konsequenzen:

In Bezug auf den Inhalt des Anspruchs wären für einen Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet die Voraussetzungen für eine Aufnahme in den Universaldienst jedenfalls derzeit nicht erfüllt. Es geht nämlich gerade nicht um eine Situation, in der die Mehrheit der Bürger solche Internetzugänge bereits nutzt und lediglich zur Vermeidung einer sozialen Ausgrenzung eine Versorgung der nicht mit entsprechenden Bandbreiten angeschlossenen Bürger sicherzustellen ist.⁴⁷ Und auch die Frage, ob die Bedingungen für eine entsprechende Ausweitung des Universaldienstes bis Anfang 2025 erfüllt sein werden, ist mit großer Unsicherheit verbunden. Dies betrifft nicht nur die Erreichung der Breitbandziele, nachdem die in den Jahren 2009 und 2014 verkündeten Breitbandziele der Bundesregierung jedenfalls trotz einer grundsätzlich zu verzeichnenden positiven Ausbaudynamik nicht erreicht wurden. Es betrifft vielmehr auch die in dem Koalitionsvertrag insgesamt wenig betrachtete Nachfrageseite. Denn die alleinige Verfügbarkeit von Gigabit-Zugangsnetzen garantiert noch nicht deren Nutzung, wie die aktuell bestehende große Diskrepanz zwischen Verfügbarkeit und Nutzung von Glasfasernetzen zu verdeutlichen vermag.⁴⁸ Nicht von vornherein ausgeschlossen wäre es demgegenüber, einen Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet als zusätzlichen Pflichtdienst außerhalb des Universaldienstregimes auszugestalten. Hier verbleibt allerdings eine nicht unerhebliche Restunsicherheit, da es um die Festlegung eines Dienstes ginge, der im Kern allein dadurch charakterisiert wäre, dass er eine höhere Leistungsfähigkeit aufweise als ein funktionaler Internetzugang, der als solcher aber Bestandteil des Universaldienstes ist. Ob derartige Festlegungen, die das Universaldienstregime partiell obsolet machen würden, von Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG gedeckt sind, ist bisher, soweit ersichtlich, noch ungeklärt und wird im Schrifttum z. T. bezweifelt.

Sollte allerdings nur ein Anspruch auf Zugang zu schnellem Internet unterhalb Gigabit-Bandbreiten beabsichtigt sein, könnte dieser demgegenüber durchaus unmittelbar als Bestandteil des Universaldienstes im Rahmen des geltenden europäischen Rechtsrahmens ausgestaltet werden. Entscheidend wäre, ob ein funktionaler Internetzugang in Deutschland entsprechende Bandbreiten erforderlich macht. Dabei käme es maßgeblich auf die von der überwiegenden Mehrheit der Nutzer in Deutschland verwendete Bandbreite sowie auf die technische Durchführbarkeit einer entsprechenden Universaldienstverpflichtung an. Bereits 2017 hatten deutlich mehr als die Hälfte aller deutschen Haushalte Breitbandanschlüsse mit vermarkteten (Empfangs-) Bandbreiten von mindestens 10 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) genutzt.⁴⁹ Zwar handelt es sich hierbei nur um vermarktete und nicht zwingend auch um tatsächlich bereitgestellte Bandbreiten. Da der geplante Anspruch erst zum Jahr 2025 greifen soll, ist aber davon auszugehen, dass bis dahin die überwiegende Mehrheit der Nutzer entsprechende oder sogar noch (ggf. sogar wesentlich) höhere Bandbreiten auch tatsächlich nutzen wird. Genauere Prognosen sind dabei naturgemäß mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet. Es könnte sich daher anbieten, die zu gewährleistende Bandbreite von einer entsprechenden Konkretisierung – etwa durch den Verordnungsgeber oder die Bundesnetzagentur – abhängig zu machen, die rechtzeitig vor dem geplanten Anwendungsbeginn im Jahr 2025 auf Grundlage der tatsächlichen Marktverhältnisse die dann von der überwiegenden Mehrheit der Nutzer verwendete Bandbreite feststellt. Der

Voraussetzung der technischen – und nicht etwa wirtschaftlichen – Durchführbarkeit einer entsprechenden Universaldienstverpflichtung dürfte schließlich keine nachhaltig limitierende Wirkung zukommen. Letzten Endes sollte es vielmehr möglich sein, allen Haushalten, die bereits heute über einen funktionalen Internetzugang (nach aktuellem Verständnis) verfügen, durch entsprechende (glasfasergestützte) Aufrüstung des bisherigen Teilnehmeranschlusses oder alternativ durch eine drahtlose 5G-Anbindung deutlich höhere Bandbreiten zugänglich zu machen.

Hinsichtlich der Rechtsnatur und des Verpflichteten eines künftigen Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet lassen sich dem europäischen Rechtsrahmen zu guter Letzt kaum relevante Vorgaben entnehmen. Vielmehr verfügen die Mitgliedstaaten schon im Bereich des Universaldienstes über einen weitreichenden Ausgestaltungsspielraum bei der Festlegung des effizientesten und am besten geeigneten Ansatzes, mit dem der Universaldienst gewährleistet werden soll. Das gilt erst recht, wenn dieser Anspruch außerhalb des Universaldienstes und damit als zusätzlicher Pflichtdienst geregelt werden soll und zulässigerweise geregelt werden kann. In diesem Fall wäre lediglich eine Finanzierung der Kosten über eine Belastung der Telekommunikationsunternehmen – einschließlich des oder der Verpflichteten – ausgeschlossen. Wenn die Kosten stattdessen aus staatlichen Mitteln getragen werden sollen, müssten die Anforderungen des Beihilfenrechts beachtet werden.

b) *Künftiger Rechtsrahmen*

Voraussichtlich werden sich die maßgeblichen Vorgaben des Unionsrechts für die Ausgestaltung des geplanten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet aber ohnehin nicht aus dem geltenden Rechtsrahmen ergeben. Vielmehr wird dieser Rechtsrahmen gegenwärtig umfassend überarbeitet und soll durch einen sog. europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation ersetzt werden. Dieser wird nach gegenwärtigem Stand auch einige Neuerungen in Bezug auf die Regelungen zum Universaldienst mit sich bringen. Die Einzelheiten sind derzeit allerdings noch unklar, da die ursprünglichen Regelungsvorschläge der Kommission (Kodex-E-KOM)⁵⁰ z. T. Änderungsvorschlägen des Parlaments (Kodex-E-EP)⁵¹ und des Rates (Kodex-E-Rat)⁵² ausgesetzt sind.

aa) *Universaldienstkonzept*

Auch künftig soll der Universaldienst allerdings ein Sicherheitsnetz sein, „durch das ein gewisses Mindestmaß an erschwinglichen Diensten für alle Endnutzer in Fällen gewährleistet werden soll, in denen ansonsten die Gefahr einer sozialen Ausgrenzung bestehen würde, da unzureichende Zugangsmöglichkeiten die Bürger [bzw. in der

47 Vgl. die entsprechende Argumentation im Kontext der bereits vor einigen Jahren in Bezug auf eine Versorgung mit Anschlussnetzen der (damals) nächsten Generation („Next Generation Access“, NGA) geführten Diskussion *Elixmann/Neumann/Stumpf*, N&R-Beilage 1/2013, 1, 12; *Fetzer*, MMR 2011, 707, 708; *Sörries*, K&R 2011, 380, 382 f.

48 Die verfügbaren Glasfaseranschlüsse bis zum Haus werden nur zu einem sehr geringen Anteil von unter einem Drittel nachgefragt, vgl. *Dialog Consult/Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM)*, 19. TK-Marktanalyse Deutschland 2017, Abb. 15 f. (S. 20 f.). Auch bei Einbezug sämtlicher Technologien zeigt sich, dass breitbandigere Anschlüsse in geringerem Umfang genutzt werden, vgl. Bundesnetzagentur, *Jahresbericht 2016, 2017*, S. 51.

49 Bundesnetzagentur, *Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2016/2017*, S. 66: 32,5 Mio. von 40,7 Mio. Haushalten verfügen über einen Breitbandanschluss. Von diesen wiederum nutzen über 80% vermarktete Bandbreiten von mindestens 10 Mbit/s, bezogen auf die Gesamtheit der Haushalte also über 60%.

50 Siehe Fn. 8.

51 Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017.

52 Rat, Vorschlag v. 9.10.2017 – 12797/1/17 REV 1 (Verhandlungsmandat für Trilogverhandlungen).

parlamentarischen Entwurfsfassung: Verbraucher] an einer uneingeschränkten sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe an der Gesellschaft hindern würden“ (Erwägungsgrund 194 Kodex-E). Dabei rückt nunmehr eine grundlegende Breitbandversorgung in den Mittelpunkt, die unter Bezugnahme auf eine laufend fortzuschreibende Liste grundlegender, über einen Breitbandanschluss nutzbarer Online-Dienste festgelegt werden soll.⁵³

Diese Liste muss jedenfalls ein im Kodex festgelegtes Mindestangebot umfassen (Art. 79 Abs. 2 S. 2 Kodex-E), zu dem neben elektronischer Post und Suchmaschinen u.a. auch „Online-Einkauf/Online-Bestellung von Waren und Dienstleistungen“, die „berufliche Vernetzung“, „Online-Banking“ sowie „Anrufe und Videoanrufe (Standardqualität)“ gehören (Anhang V zum Kodex-E). Die Liste der grundlegenden Dienste soll davon abgesehen die von der Mehrheit der Endnutzer bzw. Verbraucher im jeweiligen Mitgliedstaat⁵⁴ verwendeten Dienste widerspiegeln und ist von den Mitgliedstaaten⁵⁵ genauer festzulegen (Art. 79 Abs. 2 S. 1 Kodex-E-KOM/Rat).⁵⁶ Der Parlamentsentwurf fordert als weitere Voraussetzung, dass die Dienste „zwingend notwendig“ sein müssen, „wenn die gesellschaftliche und wirtschaftliche Teilhabe an der Gesellschaft sichergestellt werden soll“ (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E-EP). Außerdem rückt er die Festlegung einer konkreten Mindestkapazität (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E-EP) bzw. Bandbreite (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 Kodex-E-EP) in den Vordergrund, die der Bandbreite Rechnung tragen muss, „die der Mehrheit der Bevölkerung in den einzelnen Mitgliedstaaten im Durchschnitt zur Verfügung steht“ (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 Kodex-E-EP).

Allerdings soll der Fokus des Universaldienstregimes in Zukunft generell eher auf der Sicherstellung der Erreichbarkeit der betreffenden Dienste liegen (Art. 80 Kodex-E),⁵⁷ da andere Instrumente wie insbesondere eine staatliche Förderung zur Gewährleistung der Versorgung geeigneter seien (Erwägungsgrund 208 S. 2 Kodex-E-KOM). Nur wenn auch solche Instrumente nicht ausreichen, sollen die Mitgliedstaaten in Zukunft noch befugt sein, bestimmte Unternehmen zur Bereitstellung der jeweiligen Universaldienste in den betreffenden Gebieten ihres Hoheitsgebietes zu verpflichten (Art. 81 Abs. 1 und 3 Kodex-E).⁵⁸

Dabei sollen auch künftig die Mitgliedstaaten selbst den effizientesten und am besten geeigneten Ansatz festlegen, mit dem die Verfügbarkeit des Universaldienstes sichergestellt werden kann, wobei sie jedoch die Grundsätze der Objektivität, Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit einhalten müssen (Art. 81 Abs. 2 S. 1 Kodex-E) und Marktverfälschungen zu minimieren sind (Art. 81 Abs. 2 S. 2 Kodex-E-KOM/Rat bzw. Art. 81 Abs. 2 S. 3 Kodex-E-EP). Sollte eine Universaldienstverpflichtung zu einer unzumutbaren Belastung führen, soll deren Kompensation nach den Vorstellungen der Kommission künftig nur noch aus öffentlichen Mitteln (und nicht mehr über einen brancheninternen Aufteilungsmechanismus⁵⁹) erfolgen (Art. 85 Kodex-E-KOM).⁶⁰ Das Parlament und der Rat plädieren demgegenüber für die Möglichkeit, auch in Zukunft alternativ auf näher ausgestaltete Aufteilungsmechanismen zurückzugreifen (Art. 85 Abs. 1a ff. Kodex-E-EP bzw. Art. 85 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ff. Kodex-E-Rat).

Weiterhin soll nach den Entwürfen der Kommission und des Rates die Kommission regelmäßig den Umfang des Universaldienstes überprüfen (Art. 114 Abs. 2 Kodex-E-KOM/Rat), was „anhand der sozialen, wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen vorgenommen [werden soll], unter anderem unter Berücksichtigung von Mobilität und Übertragungsraten im Zusammenhang mit den von der Mehrzahl der Endnutzer vorherrschend verwendeten Technologien“ (Art. 114 Abs. 3 S. 1

Kodex-E-KOM/Rat). Das Parlament bevorzugt demgegenüber vom Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) zu erlassende Leitlinien als Steuerungsinstrument, die dann „zur Berücksichtigung des technischen Fortschritts und veränderter Nutzungsmuster der Verbraucher“ regelmäßig zu aktualisieren wären (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Kodex-E-EP).

bb) Möglichkeit weitergehender Versorgungsvorgaben?

Mit Blick auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten unter dem künftigen Rechtsrahmen weiterhin die Möglichkeit haben werden, Vorgaben zu einem über den Universaldienst hinausgehenden Versorgungsniveau zu machen, ist von Bedeutung, dass die bisher in Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG vorgesehene Regelung über zusätzliche Pflichtdienste nach den Vorstellungen der Kommission und des Parlaments ersatzlos wegfallen soll. Damit entfielen ein zentrales Argument, das bislang für die Möglichkeit von weitergehenden Versorgungsvorgaben sprach. Die ohnehin mit durchaus relevanten Restunsicherheiten behaftete Frage, ob einzelne Mitgliedstaaten die Verfügbarkeit eines Internetzugangs vorgeben können, der leistungsfähiger ist, als es den Universaldienstbestimmungen entspricht, würde daher in Zukunft ggf. noch kontroverser zu diskutieren sein. Der Rat möchte demgegenüber an einer Regelung für zusätzliche Pflichtdienste festhalten, wobei der von ihm vorgesehene Art. 86a Kodex-E-Rat im Wesentlichen der bisherigen Vorschrift in Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG entspricht.

cc) Konsequenzen für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet

Legt man die derzeit absehbaren Änderungen des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation zugrunde, hätte dies folgende Konsequenzen für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet:

Mit Blick auf den Inhalt eines solchen Anspruchs käme es darauf an, welche Dienste im Jahr 2025 als so grundlegend betrachtet werden müssen, dass ihre Nutzung zu einer uneingeschränkten sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe an der Gesellschaft erforderlich ist. Das lässt sich derzeit naturgemäß genauso schwer hinreichend belastbar prognostizieren wie der diesbezügliche Bandbreitenbedarf im Jahr 2025.

Jedenfalls wäre auch unter diesem Blickwinkel überaus unsicher, ob im Jahr 2025 die Nutzung von Diensten sichergestellt sein muss, deren Inanspruchnahme oder Bereitstellung den Zugang zu flächendeckenden Gigabit-Netzen erforderlich macht. Damit ist es nicht angängig, bereits innerhalb der laufenden Legislaturperiode einen Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet ab dem Jahr 2025 als Bestandteil des Universaldienstes zu schaffen. Ob ein solcher Anspruch als zusätzlicher Pflichtdienst außerhalb des Universaldienstregimes ausgestaltet werden kann, erscheint nicht von vornherein

53 Kommission (Fn. 8), COM (2016) 590 final/2, S. 21; kritisch zu einer solchen Listenlösung *Gerpott*, CR 2011, 568, 570.

54 Nach den Vorstellungen des Parlaments soll alternativ auch auf die mehrheitliche Nutzung in „bedeutenden Teilen“ des mitgliedstaatlichen Hoheitsgebietes abgestellt werden (Art. 79 Abs. 2 S. 1 Kodex-E-EP).

55 Das Parlament sieht hier eine Bestimmungsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörden gemäß diesbezüglicher Leitlinien des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) vor (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Kodex-E-EP).

56 Siehe auch Erwägungsgrund 197 S. 2 f. Kodex-E-KOM.

57 Kritisch hierzu *Van Roosebeke/Baran/Eckhardt*, cepAnalyse Nr. 13/2017, S. 3.

58 Siehe auch Erwägungsgrund 209 S. 1 Kodex-E-KOM.

59 Zustimmung *Van Roosebeke/Baran/Eckhardt*, cepAnalyse Nr. 13/2017, S. 3.

60 Siehe auch Erwägungsgrund 221 S. 2 Kodex-E-KOM.

ausgeschlossen. Die Frage wäre aber auch unter dem künftigen Rechtsrahmen mit einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit behaftet. Diese Unsicherheit würde noch erhöht, sollte im Einklang mit den Vorschlägen der Kommission und des Parlaments die bisher in Art. 32 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG enthaltene Ermächtigung zur Festlegung solcher zusätzlichen Dienste in Zukunft ersatzlos entfallen.

Sollte der geplante Anspruch allerdings nur auf einen Zugang zu schnellem Internet unterhalb Gigabit-Bandbreiten gerichtet sein, wäre auch die Einbeziehung in das Universaldienstregime möglich. Es käme dann entscheidend auf die Dienste an, die von der Mehrheit der Endnutzer bzw. Verbraucher im jeweiligen Mitgliedstaat verwendet werden. Auch hier ist eine Prognose sowohl zu der Art dieser Dienste als auch zu dem daraus resultierenden Bandbreitenbedarf in Bezug auf das Referenzjahr 2025 derzeit mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Wie bereits unter dem geltenden Rechtsrahmen könnte sich daher die Schaffung einer Festlegungskompetenz der Exekutive anbieten, um der tatsächlichen Entwicklung rechtssicher Rechnung tragen zu können.

Was die Rechtsnatur und den Verpflichteten eines künftigen Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet angeht, wird der europäische Rechtsrahmen schlussendlich auch künftig nach derzeitigem Sachstand nur sehr schwache Steuerungsvorgaben enthalten. Insbesondere soll es auch in Zukunft dabei bleiben, dass die Mitgliedstaaten selbst den effizientesten und am besten geeigneten Ansatz zur Sicherstellung des Universaldienstes festlegen, wobei sie die Grundsätze der Objektivität, Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit einhalten müssen. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Anforderungen der Schaffung eines Rechtsanspruchs im engeren Sinne entgegenstünden oder einen solchen „harten“ Anspruch – im Gegenteil – zwingend notwendig machen würden. Gleiches gilt für die Frage, ob ein Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet gegen bestimmte Unternehmen oder den Staat zu richten wäre. Das alles gilt in noch gesteigertem Maße, sollte der Anspruch (insbesondere auf Zugang zum Gigabit-Internet) als zusätzlicher Pflichtdienst außerhalb des Universaldienstregimes ausgestaltet werden (und zulässigerweise ausgestaltet werden dürfen).

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung des Telekommunikationssektors (Art. 87f GG)

Soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten Ausgestaltungsspielräume belässt, ist Raum für den Einfluss des jeweiligen Verfassungsrechts. Wie soeben (unter 1.) im Einzelnen dargestellt wurde, lässt jedenfalls der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation jetzt und voraussichtlich auch in Zukunft den Mitgliedstaaten einigen Spielraum bei der Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet. Für Deutschland bedeutet dies, dass bei der Ausformung dieses Anspruchs die Vorgaben aus Art. 87f GG für den Telekommunikationssektor zu beachten sind. Da der beabsichtigte Anspruch auf den Zugang zum schnellen Internet gerichtet sein soll, die Zugangsvermittlung aber ein Telekommunikationsdienst ist und damit über die reine Bereitstellung von Infrastruktur hinausgeht, soll im Folgenden zur Vermeidung zusätzlicher Komplexität die umstrittene Frage nicht vertieft werden, ob sich Art. 87f GG nur auf den Dienstleistungsbereich bezieht oder auch die (Netz-) Infrastrukturebene erfasst.⁶¹

a) Grundversorgungskonzept

Gemäß Art. 87f Abs. 1 GG „gewährleistet der Bund“ „[n]ach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des

Bundesrates bedarf, ... im Bereich ... der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. Die Vorschrift soll verhindern, dass es bei und nach der Privatisierung und Liberalisierung des Telekommunikationswesens zu einer Unterversorgung mit Dienstleistungen kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniert oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt.⁶² Es geht dabei um die Verfügbarkeit von Dienstleistungen, die in angemessener Beschaffenheit (Qualität) und ausreichender Menge (Quantität) bereitzustellen sind,⁶³ nicht aber um ein optimales Versorgungsniveau.⁶⁴ Was angemessen und ausreichend ist, bestimmt sich in erster Linie aus der (objektiven⁶⁵) Sicht der Nachfrager⁶⁶ und nicht etwa aus der Sicht der anbietenden Unternehmen⁶⁷ oder anhand eines gesamtgesellschaftlichen Interesses⁶⁸. In der Sache geht es darum, die Dienstleistungen zu bestimmen, deren Nutzung für notwendig erachtet wird, um ohne erhebliche Erschwerungen am wirtschaftlichen und

61 Für erstgenanntes Verständnis siehe die Erwägungen bei *Gramlich*, NJ 2009, 274, 277 f.; bei auf den Vorleistungsbereich beschränkter Tätigkeit in diesem Sinne auch *Bary*, Komm. d. Netzausbau in der Telekommunikation, 2014, S. 61 ff; die bloße Errichtung der Netzinfrastruktur jedenfalls z.T. (etwa mit Blick auf Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG) ausnehmend überdies *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 46; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblattsammlung, Stand: 60. Ergänzungslieferung (10/2010), Art. 87f Rn. 33, 35, 61 (siehe aber auch Rn. 70); *Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. A., 2014, Art. 87f Rn. 13; dagegen auch die Netzinfrastruktur einbeziehend *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 588 f.; *Schumacher*, MMR 2011, 711, 712; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. A., 2012, Art. 87f Rn. 8; *Windthorst*, in: Sachs, GG, 8. A., 2018, Art. 87f Rn. 11. Für die Einbeziehung auch der Netzebene – und zwar wohl auch einschließlich des Infrastrukturaufbaus – spricht in genetischer Hinsicht, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber ohne weiteres davon ausgegangen ist, Regelungen über den „Ausbau einer ... Infrastruktur“ zu treffen (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5 [zu Nr. 3]), die sich auf die „Verpflichtung des Bundes [beziehen], die notwendige Infrastruktur im Bereich ... der Telekommunikation zu gewährleisten“ (Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/7269, 7 [Nr. 1 b]), bzw. welche „die Sicherung der flächendeckend angemessenen und ausreichenden Infrastruktur im Bereich ... der Telekommunikation zum Inhalt haben“ (Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 10 [zu Nr. 6 b]) und einen „Infrastruktursicherungsauftrag des Bundes im Bereich ... der Telekommunikation“ vorsehen (Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/8108, 5, 6 [zu Nr. 3]), weshalb „Inhalt[un]g und Umfang[un]g des Infrastrukturauftrages des Bundes“ festgelegt würden (Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/7269, 7, 8 [Nr. 6 b]), wobei „die Hauptlast des Infrastrukturauftrages“ von den Nachfolgeunternehmen der Bundespost zu tragen sei (Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/7269, 7 [Nr. 1 c]). In teleologischer Hinsicht spricht überdies die zentrale Bedeutung der Netzinfrastruktur für eine Erfassung gerade auch der Netzebene.

62 BVerfGE 130, 52, 72 (Beschl. v. 17.1.2012 – Az. 2 BvL 4/09); 108, 370, 393 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01); BVerwGE 121, 192, 197 (Urt. v. 30.6.2004 – Az. 4 CN 7.03); *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 15; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A., 2010, Art. 87f Rn. 32; ders., N&R-Beilage 2/2008, 1, 10; *Schumacher*, MMR 2011, 711, 712 f.; *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 8.

63 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 10 (zu Nr. 6 c); Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/8108, 5, 6 (zu Nr. 3); *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 15; *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 20; *Kühling* (Fn. 61), S. 590 f.; *Ruge* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 14; *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 12.

64 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5 (zu Nr. 3); BVerwGE 121, 192, 198 (Urt. v. 30.6.2004 – Az. 4 CN 7.03); *Cornils*, AöR 131 (2006), 378, 386; *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 24; ders., N&R-Beilage 2/2008, 1, 10; *Kühling* (Fn. 61), S. 590; *Möstl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 65; *Neumann*, KommJur 2012, 161, 164; *Ruge* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 15, 20; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 9; *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 12.

65 *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 15; *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 33; *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 12.

66 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4; *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 33; *Möstl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 72; *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 12; auf den „durchschnittlichen“ Nutzer abstellend *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 15.

67 So im Ansatz auch, aber im Einzelnen differenzierend *Möstl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 72.

68 Auch hier differenzierend *Möstl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 72.

gesellschaftlichen Leben teilzuhaben⁶⁹ bzw. die grundrechtlichen Freiheiten zu realisieren⁷⁰. Als Indikatoren für die Zuordnung einer Dienstleistung zu einer solchen Grundversorgung⁷¹ werden insbesondere der Verbreitungsgrad und -zeitraum sowie vor allem die Nachfrage herangezogen.⁷² Welches Niveau als Grundversorgung konkret gefordert ist, ist damit auch entwicklungs offen und unterliegt dem technischen und zeitlichen Wandel.⁷³

Art. 87f Abs. 1 GG etabliert einen objektiv-rechtlichen Verfassungsauftrag.⁷⁴ Individualrechte (insbesondere in Form von Rechtsansprüchen) gewährt die Vorschrift demgegenüber nicht.⁷⁵ Sie fordert auch die einfachrechtliche Etablierung solcher Individualrechte nicht, schließt sie aber genauso wenig aus.⁷⁶

Der Gewährleistungsauftrag aus Art. 87f Abs. 1 GG richtet sich in erster Linie an den Bundesgesetzgeber.⁷⁷ Er wird dabei allein auf das Gewährleistungsziel festgelegt und kann insbesondere in den durch Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG gezogenen Grenzen⁷⁸ im Rahmen seiner politischen Gestaltungsfreiheit bestimmen, wie er dieses Ziel erreicht,⁷⁹ solange er nicht (obwohl es staatlichen Handelns bedürfte) gänzlich untätig bleibt oder sich evident unzureichender Mittel bedient.⁸⁰ Darüber hinaus steht ihm auch hinsichtlich der Bestimmung des zu erreichenden Grundversorgungsniveaus selbst ein erheblicher Prognose- und Einschätzungsspielraum zu.⁸¹

b) Möglichkeit weitergehender Versorgungsvorgaben?

Fraglich ist, ob der Bundesgesetzgeber ein Versorgungsniveau gesetzlich absichern kann, das über den Bereich der in Art. 87f Abs. 1 GG vorgesehenen Grundversorgung hinausreicht. Eine ausdrückliche Regelung hierzu ist Art. 87f GG nicht zu entnehmen.

In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation⁸² „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht“ werden. Die Verfassung postuliert mithin das Ziel der Privatwirtschaftlichkeit im Bereich der Telekommunikation.⁸³ Dieses Ziel betont im Gegensatz zu einer gemeinwohlorientierten Staatswirtschaft⁸⁴ den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und eine am Gewinnprinzip orientierte Betätigung.⁸⁵ Mit dem Privatisierungsgebot zielt Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG überdies auf den Rückzug des Staates aus dem Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen.⁸⁶ Das könnte in systematischer Hinsicht dafür sprechen, dass Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG in seiner Gesamtwirkung den Bereich der Leistungserbringung jenseits der in Art. 87f Abs. 1 GG adressierten Grundversorgung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung entzieht,⁸⁷ was auch diesbezüglichen Vorgaben tendenziell entgegenstehen würde.

Weitere Anhaltspunkte für das Verständnis der verfassungsrechtlichen Vorgaben folgen aus der Genese von Art. 87f GG. So heißt es in der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung für das verfassungsändernde Gesetz, mit dem diese Bestimmung geschaffen wurde, zu den im Bereich der Telekommunikation verbleibenden Hoheitsaufgaben:

„Dazu zählt insbesondere, die aus Sicht der Nachfrager angemessenen und ausreichenden Dienstleistungen flächendeckend zu sichern.“

Mit dieser grundgesetzlichen Festlegung wird der herausgehobenen Stellung der Nachrichtenkommunikation Rechnung getragen. Gleichzeitig wird klargestellt, daß staatliche Maßnahmen nur auf die Herstellung einer Grundversorgung abzielen.⁸⁸

Diese Aussage wird dann weiter konkretisiert:

„Insbesondere wird die Sicherung der Dienstleistungen betont. Dieses Staatsziel soll gegenüber anderen Ausprägungen des Sozialstaatsgebots nicht unangemessen hervortreten. Der staatliche Handlungsauftrag ist deshalb nicht auf den Ausbau einer optimalen Infrastruktur ausgerichtet, sondern zielt auf die Gewährleistung einer flächendeckenden Grundversorgung durch Sicherung der aus Sicht der Benutzer angemessenen und ausreichenden Dienstleistungen.“⁸⁹

An dieser Grundkonzeption ist dann auch im weiteren Verfahren trotz einiger formeller Umstellungen⁹⁰ gegenüber dem ursprünglichen Entwurfstext festgehalten worden.⁹¹

Auch wenn damit kein explizites Verbot staatlicher Maßnahmen zur Sicherstellung eines Versorgungsniveaus ausgesprochen wurde, das über die in Art. 87f Abs. 1 GG

69 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 26.

70 Schumacher, MMR 2011, 711, 713; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19.

71 Mit beachtlichen Gründen kritisch zur Verwendung dieses rundfunkrechtlich anders konnotierten Begriffs im vorliegenden Kontext Kühling (Fn. 61), S. 583 f., der stattdessen den Begriff „Universaldienst“ präferiert. Dieser Begriff ist aber wiederum richtlinien- und einfachrechtlich vorbelastet. Demzufolge sprechen Kühling/Biendl, DÖV 2012, 409, 414, dann auch ohne weiteres im Kontext von Art. 87f Abs. 1 GG von einer „Grundversorgung“.

72 Baake/Pavel/Schumacher (Fn. 20), S. 15; Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 33; Schumacher, MMR 2011, 711, 713; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19.

73 Baake/Pavel/Schumacher (Fn. 20), S. 15; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 71, 72; Ruge (Fn. 61), Art. 87f Rn. 14; Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 9; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19.

74 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 4, 30; Kühling (Fn. 61), S. 593; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 62; Ruge (Fn. 61), Art. 87f Rn. 15; Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 7; siehe auch Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 14.

75 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 30; Kühling (Fn. 61), S. 593; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 63; Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 7; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 14.

76 Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 63.

77 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 28; Kühling (Fn. 61), S. 593; Ruge (Fn. 61), Art. 87f Rn. 15.

78 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 32.

79 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 32; Kühling (Fn. 61), S. 593 f.; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 63, 64; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19.

80 Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 63.

81 Baake/Pavel/Schumacher (Fn. 20), S. 16; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 65, 72; Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 31; Schumacher, MMR 2011, 711, 713; Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 12; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19. Kühling (Fn. 61), S. 595, sieht deshalb eine Grenze dieses Spielraums erst auf dem Niveau eines „deutlich überzogen angesetzten Leistungsumfangs“ erreicht.

82 Die Regelung ist insoweit trotz der missverständlichen Formulierung nicht auf Dienstleistungen beschränkt, die zur Grundversorgung i.S.v. Art. 87f Abs. 1 GG gehören, siehe Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 50; ders., N&R-Beilage 2/2008, 1, 10; Kühling (Fn. 61), S. 568; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 35; Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 13; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 26.

83 BVerfGE 120, 54, 80 (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03); Jarass, MMR 2009, 223.

84 Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 52; Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 15; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 27.

85 BVerfGE 108, 370, 393 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01); Baake/Pavel/Schumacher (Fn. 20), S. 46; Gersdorf (Fn. 62), Art. 87f Rn. 53; ders., N&R-Beilage 2/2008, 1, 11; Jarass, MMR 2009, 223, 224; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 37; Müller-Terpitz, NWVBl. 1999, 292, 294; Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 27.

86 BVerfGE 108, 370, 394 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01); siehe auch Jarass, MMR 2009, 223, 224; Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 36.

87 So in Bezug auf kommunale Aufgaben auch Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 7. Vgl. außerdem Windthorst (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19.

88 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4.

89 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5 (zu Nr. 3).

90 Möstl (Fn. 61), Art. 87f Rn. 24 („einige kleinere Änderungen und Klärstellungen“).

91 Vgl. auch Kühling (Fn. 61), S. 569.

vorgesehene Grundversorgung hinausgeht, geraten solche Vorgaben doch in ein erkennbares Spannungsverhältnis zu der bewussten Beschränkung auf eine solche Grundversorgung. Wenn die staatlichen Maßnahmen – im Gegensatz etwa zur finanziellen Förderung durch staatliche Mittel⁹² – den betreffenden Unternehmen unmittelbare hoheitliche (Versorgungs-) Pflichten auferlegen, haben sie grundrechtsbeschränkenden Charakter⁹³ und führen zu einer rechtfertigungsbedürftigen Begrenzung der privatwirtschaftlichen Entscheidungsautonomie.⁹⁴ Dabei wächst die Rechtfertigungslast entsprechender Einschränkungen mit dem Ausmaß, in dem die staatlichen Vorgaben die unternehmerische Entscheidung über die Ausgestaltung des eigenen Leistungsangebots prägen und zu einer nicht mehr an erwerbswirtschaftlichen Handlungsrationitäten ausgerichteten Leistungserbringung anhalten. Und da der staatliche Gewährlistungsauftrag bewusst auf eine Grundversorgung beschränkt wurde, wird dem Allgemeininteresse an einem darüber hinausgehenden Versorgungsniveau bei der insoweit gebotenen Abwägung nur ein vergleichsweise geringes Gewicht zukommen können.⁹⁵ Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ansonsten die Sicherstellung einer Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen entgegen der Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers „gegenüber anderen Ausprägungen des Sozialstaatsgebots ... unangemessen hervortreten“ würde.⁹⁶ Auch wenn mit der wohl ganz herrschenden Meinung davon auszugehen sein sollte, dass der Gesetzgeber (wenn auch wohl nicht auf Grundlage dieser Vorschrift selbst⁹⁷) das nach Art. 87f Abs. 1 GG vorgegebene Versorgungsniveau überschreiten darf,⁹⁸ sind die diesbezüglichen Spielräume des Gesetzgebers für grundrechtsbeschränkende Maßnahmen somit verfassungsrechtlich zumindest begrenzt.⁹⁹

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass Art. 87f Abs. 1 GG die Entscheidung über das zu gewährleistende Versorgungsniveau zuallererst in das politische Ermessen von Bundestag und Bundesrat stellt.¹⁰⁰ Denn dieses Gestaltungsrecht bezieht sich gerade nur auf die Entscheidung darüber, welches Niveau die notwendige Grundversorgung aus sozialstaatlichen Gründen haben soll. Zu der Frage, inwieweit staatliche Maßnahmen zur Sicherstellung eines ausdrücklich darüber hinausgehenden Versorgungsniveaus zulässig sind, ergibt sich aus diesem Gestaltungsrecht demgegenüber nichts.¹⁰¹ Deshalb trägt in diesem Kontext auch das Argument nicht, aus Art. 87f GG insgesamt könne eine Verpflichtung des Bundes abgeleitet werden, im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung die Voraussetzungen für eine möglichst optimale Ausstattung mit Telekommunikationsleistungen zu schaffen.¹⁰² Denn dieser Rahmen würde mit der Vorgabe eines Versorgungsniveaus, das ausdrücklich über die zu gewährleistende Grundversorgung hinausgeht, gerade verlassen.¹⁰³ Und auch die Erwägung, dass Art. 87f Abs. 1 GG als eine bereichsspezifische Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips dem Staat nicht verbieten könne, jenseits des zwingend zu gewährleistenden Mindeststandards auf die Verwirklichung sozialer Ziele zu drängen,¹⁰⁴ trägt im vorliegenden Kontext nur bedingt. Denn wenn der Staat sich außerhalb seines verfassungsrechtlich fundierten Handlungsauftrags bewegt, fehlt ihm eben auch die besondere grundgesetzliche Legitimation, die sich aus einem solchen Auftrag ergibt.¹⁰⁵ Dieser wurde vielmehr gerade deshalb auf eine Grundversorgung beschränkt, damit das Gewährleistungsziel „gegenüber anderen Ausprägungen des Sozialstaatsgebots nicht unangemessen hervortritt“.¹⁰⁶ Ein solches Handeln jenseits der besonderen Legitimation aus Art. 87f Abs. 1 GG mag beim Einsatz fiskalischer Mittel wie insbesondere der Subventionsgewährung eher unproblematisch sein, kann bei finalen Grundrechtseingriffen wie der Auferlegung bestimmter Versorgungsver-

pflichtungen aber nicht außer Betracht bleiben, zumal es eben seinerseits in ein Spannungsverhältnis zu den Vorgaben aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG gerät.

c) Konsequenzen für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet

Wie aus unionsrechtlicher Perspektive ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich danach zu differenzieren, ob ein Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet oder ein Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet unterhalb Gigabit-Bandbreiten geschaffen werden soll.

Ob ein Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet als Bestandteil einer telekommunikativen Grundversorgung die besondere Legitimation aus Art. 87f Abs. 1 GG genießen würde, hinge davon ab, ob ein entsprechender Internetzugang im Jahr 2025 aus Nachfragersicht erforderlich sein wird, damit von einer „ausreichenden“ Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen gesprochen werden kann. Zwar verfügt der Gesetzgeber insoweit über einen Prognose- bzw.

92 Durch diese wird kein Unternehmen gegen seinen Willen zu einer Leistung verpflichtet, die nicht seiner eigenwirtschaftlichen Handlungsautonomie entspricht, *Mösl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 60.

93 Siehe hierzu auch *Schütz/Cornils*, DVBl. 1997, 1146, 1148; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 12; selbst Maßnahmen zur Gewährleistung der von Art. 87f Abs. 1 GG vorgesehenen Grundversorgung müssen sich insbesondere an Art. 12 GG messen lassen, siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5 (zu Nr. 3); *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 23, 34; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19.

94 Das gilt auch bereits für staatliche Verpflichtungen in Bezug auf die Grundversorgung i.S.v. Art. 87f Abs. 1 GG, siehe *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 24a.

95 In diese Richtung auch *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 34 ff., siehe auch Rn. 76.

96 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5 (zu Nr. 3).

97 Überzeugend *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 36; *Kühling* (Fn. 61), S. 595 f.

98 *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 36; *Mösl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 66; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 9, 12. A. A. evtl. *Windthorst* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 19, der nur hinsichtlich der Bestimmung dieses Versorgungsniveaus von einer verfassungsrechtlichen Unter- und Obergrenze ausgeht.

99 Im selben Sinne *Kühling/Biendl*, DÖV 2012, 409, 414 („erhebliche verfassungsrechtliche Hürden“). Sogar noch weitergehend die Unverhältnismäßigkeit einer Inpflichtnahme jenseits der Grundversorgung annehmend *Fischer* (Fn. 26), vor §§ 78 ff. Rn. 7; *Schütz/Cornils*, DVBl. 1997, 1146, 1148; grundsätzlich auch *Neumann*, KommJur 2012, 161, 165. Z. T. wird sogar die Inpflichtnahme zur Sicherstellung der nach Art. 87f Abs. 1 GG gebotenen Grundversorgung unter Rechtfertigungs Gesichtspunkten kritisch betrachtet, siehe *Cornils*, AöR 131 (2006), 378, 410 f., was dann erst recht außerhalb dieses Legitimationsbereichs gilt.

100 So aber *Mösl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 66.

101 *Mösl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 66, geht es daher letzten Endes gar nicht um ein über die in Art. 87f Abs. 1 GG vorgesehene Grundversorgung hinausgehendes Versorgungsniveau, sondern um die Definition dessen, was flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen sind. Nicht recht überzeugend ist es dann aber, zwischen einer Pflicht zur Sicherstellung einer absolut unerlässlichen Versorgung und einem bloßen Recht zur Gewährleistung eines weitergehenden Versorgungsniveaus zu differenzieren, so jedoch *Mösl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 66 f., 71, 72; dagegen zu Recht *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 36. Insbesondere steht auch die implizite Prämisse, Art. 87f Abs. 1 GG formuliere eine Gewährleistungsverpflichtung nur in Bezug auf „unerlässliche“ Dienstleistungen, so dass Raum für ein weitergehendes Gewährleistungsmandat sein müsse, im Widerspruch zu Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die eben gerade nicht nur die Verfügbarkeit unerlässlicher, sondern ausreichender und angemessener Dienstleistungen fordert.

102 So im Kontext der Ausgestaltung von Mitverlegungsrechten *Kühling/Bulowski*, Rechtliche Herausforderungen bei der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in deutsches Recht, 2016, S. 32.

103 Überzeugend *Kühling/Biendl*, DÖV 2012, 409, 414.

104 So *Mösl* (Fn. 61), Art. 87f Rn. 66, wenn auch erneut letztlich nur mit Blick auf die Definition flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen.

105 Zu dieser besonderen Legitimation etwa BVerwGE 121, 192, 198 f. (Urt. v. 30.6.2004 – Az. 4 CN 7.03); *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 34.

106 Siehe nochmals die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5 (zu Nr. 3).

Einschätzungsspielraum. Diesen darf er aber auch nicht fehlerhaft ausfüllen. Insoweit ist zu beachten, dass selbst nach recht weitgehenden Modellrechnungen derzeit für das Jahr 2025 von einem Nachfragepotential für Gigabit-Breitbandanschlüsse von maximal etwa der Hälfte der Haushalte ausgegangen wird, das sich bei zurückhaltenderen Annahmen sogar auf 20 bis 30 % reduziert.¹⁰⁷ Andere Prognosen kommen sogar noch zu geringeren Bandbreitenbedarfen.¹⁰⁸ Mindestens die Hälfte der bundesdeutschen Haushalte wird also im Jahr 2025 noch überhaupt keinen Bedarf an einer Internetanbindung im Gigabit-Bereich haben. Damit fehlt es aber derzeit auch an greifbaren Anhaltspunkten dafür, dass aus Sicht der Nachfrager in ihrer Gesamtheit bzw. des „durchschnittlichen“ Nutzers im Jahr 2025 ein Zugang zum Gigabit-Internet für eine „ausreichende“ Telekommunikationsversorgung erforderlich sein wird. Die Etablierung eines entsprechenden Anspruchs könnte sich somit nicht auf Art. 87f Abs. 1 GG stützen.

Das muss nicht zwingend bedeuten, dass sie verfassungsrechtlich ausgeschlossen wäre. Sofern sie mit der Normierung korrespondierender Verpflichtungen von Telekommunikationsunternehmen verbunden ist, gerät sie aber jedenfalls in ein Spannungsverhältnis mit dem privatwirtschaftlichen Organisationsrahmen des Telekommunikationssektors, den Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG aufspannt. Selbst wenn man eine Rechtfertigung entsprechender Grundrechtseingriffe grundsätzlich für möglich erachten will, erwiese diese sich aber als umso herausforderungsvoller, je weiter die Bereitstellungspflichten reichen. Diesbezügliche Vorgaben wären daher umso eher als verfassungswidrig einzustufen, je weiter die Telekommunikationsunternehmen durch einen Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet entgegen ihrer eigenwirtschaftlichen Handlungsmotivation zum Netzausbau verpflichtet würden. Insoweit könnte zwar eine finanzielle Kompensation die Waage bei der Abwägung u. U. wieder zugunsten der Verfassungskonformität eines solchen Anspruchs neigen. Nach den derzeit bekannten Planungen ist eine solche Entschädigungsregelung aber gerade nicht geplant. Vielmehr soll der Lückenschluss grundsätzlich auf Kosten der verpflichteten Unternehmen erfolgen.¹⁰⁹

Sollte es demgegenüber nur um einen Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet unterhalb Gigabit-Bandbreiten gehen, stellt sich die Situation ähnlich dar wie in Bezug auf den richtlinienrechtlich geforderten Universaldienst: Schon heute verfügen mehr als drei Viertel der bundesdeutschen Haushalte über einen festen Breitbandanschluss¹¹⁰ und fast zwei Drittel der bundesdeutschen Haushalte sogar über einen Breitbandanschluss mit einer (vermarkteten) Bandbreite von über 10 Mbit/s (in Empfangsrichtung).¹¹¹ Bezieht man überdies nicht nur die tatsächliche Verbreitung, sondern auch die insoweit besonders bedeutsame Nachfrage mit ein, spricht damit viel dafür, dass bereits heute aus Sicht der Nachfrager ein breitbandiger Internetzugang notwendig ist, um von einem ausreichenden Dienstleistungsangebot im Bereich der Telekommunikation auszugehen, und deshalb mittlerweile zur Grundversorgung i.S.v. Art. 87f Abs. 1 GG gehört.¹¹² Das gilt erst recht, wenn man die für den geplanten Anspruch maßgebliche Perspektive des Jahres 2025 in den Blick nimmt. Auch insoweit bestehen freilich erhebliche Prognoseunsicherheiten insbesondere mit Blick auf die diesbezüglich aus Nachfragersicht erwartete Mindestbandbreite, zumal der Anspruch während der laufenden Legislaturperiode zum Jahr 2025 geschaffen werden soll und damit die künftige Nachfrage antizipieren muss. Das ist allerdings nicht ausgeschlossen.¹¹³ Und angesichts des bestehenden Einschätzungsspielraums ist der Gesetzgeber hier verfassungsrechtlich auch nicht zu einer übervorsichtigen Festlegung gehalten.

Ebenfalls diesem Spielraum unterfällt die Frage, mit welcher Rechtswirkung ein solcher Anspruch auszustatten ist und gegen wen er sich richten soll. Selbst wenn der Anspruch auf Zugang zu schnellem Internet unterhalb Gigabit-Bandbreiten gerichtet werden und damit u. U. der Gewährleistung einer Grundversorgung i.S.v. Art. 87f Abs. 1 GG dienen sollte, ist der Gesetzgeber, wie gezeigt, verfassungsrechtlich insbesondere nicht verpflichtet, einen individuellen Rechtsanspruch zu schaffen (was ihm aber auch nicht untersagt ist).

IV. Fazit

Wie der rechtlich abgesicherte Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet, den die Regierungsparteien in ihrem Koalitionsvertrag angekündigt haben, im Einzelnen ausgestaltet werden soll, ist derzeit noch nicht sicher absehbar. Offen ist insbesondere noch, ob ein Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet geschaffen werden soll oder ob der Anspruch nur eine geringere Bandbreite umfassen wird. Nicht völlig eindeutig ist auch, welche Rechtsnatur dem Anspruch zukommen soll und gegen wen er sich richten wird, also gegen bestimmte Unternehmen oder gegen den Staat (ggf. handelnd durch die Bundesnetzagentur).

Ein rechtlich abgesicherter Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet dürfte auch aus der Perspektive des Jahres 2025 weder Bestandteil des unionsrechtlich geforderten Universaldienstes noch Teil der verfassungsrechtlich gebotenen Grundversorgung im Bereich der Telekommunikation sein. Er wäre daher auf die Sicherstellung eines darüber hinausgehenden Versorgungsniveaus gerichtet. Diesbezügliche Vorgaben sind unionsrechtlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Sie wären jedoch sowohl unter dem geltenden Rechtsrahmen als insbesondere auch mit Blick auf den künftigen Kommunikationskodex mit nicht unerheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet, insbesondere wenn es wie hier um eine „Veredelung“ einzelner Bestandteile des richtlinienrechtlich vorgegebenen Universaldienstbestands geht. Damit in Einklang steht, dass die heute für den Bereich Digitalisierung zuständige Staatsministerin im Kanzleramt im Jahr 2015 davon ausgegangen war, dass gesetzliche Verpflichtungen zum Ausbau des schnellen Internets (damals i.S.v. Anschlussbandbreiten ab 50 Mbit/s) „[a]ngesichts der europarechtlichen Vorgaben für den Universaldienst und die Technologieneutralität aus[scheiden]“.¹¹⁴ Darüber hinaus setzt auch das deutsche Verfassungsrecht entsprechenden Verpflichtungen der Telekommunikationsunternehmen Grenzen, die umso enger gezogen sind, je stärker solche Verpflichtungen auf die eigenwirtschaftliche Handlungsautonomie der Unternehmen einwirken. Ohne an dieser Stelle eine abschließende ökonomische Bewertung abgeben zu können, würden staatliche Verpflichtungen zur Sicherstellung eines solchen Versorgungsniveaus jenseits der gebotenen Grundversorgung auch eine erhebliche Abkehr vom bisher

107 Strube Martins/Wernick/Plückebaum/Henseler-Unger, Die Privatkundennachfrage nach hochbitratigem Breitbandinternet im Jahr 2025, 2017, S. 21 ff.

108 Übersicht bei Neumann/Sickmann, IRNIK-Diskussionspapier Nr. 5, 2018, S. 14.

109 So der Kanzleramtsminister Braun im Interview mit focus.de am 11.3. 2018.

110 Bundesnetzagentur (Fn. 49), S. 23.

111 Bundesnetzagentur (Fn. 49), S. 25.

112 Ruge (Fn. 61), Art. 87f Rn. 15; Verbraucherzentrale Bundesverband (Fn. 25), S. 11 ff.; siehe auch Uerpmann-Witzack (Fn. 61), Art. 87f Rn. 9.

113 Vgl. auch den Hinweis auf die Berücksichtigung eines sich erst dynamisch entwickelnden Bedarfs bei Kühling/Bulowski (Fn. 102), S. 32.

114 Schreiben der Parlamentarischen Staatssekretärin Bär an MdB Ebner v. 9.7.2015, abrufbar unter <<https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2015/0709-AW-Schr.-Frage-Schnelles-Internet-07-009-Ebner.pdf>> (zuletzt abgerufen am 26.3.2018).

verfolgten Primat eines marktwirtschaftlichen Ausbaus im Wettbewerb bedeuten. Aus ökonomischer Sicht wären daher insbesondere mögliche wettbewerbsverzerrende und investitionsmindernde Wirkungen zu beachten.¹¹⁵

Ein Anspruch auf Zugang zu schnellem Internet unterhalb von Gigabit-Bandbreiten dürfte demgegenüber jedenfalls im Jahr 2025 ohne weiteres zum Universaldienst im richtlinienrechtlichen Sinne und zu der von Art. 87f Abs. 1 GG geforderten Grundversorgung im Bereich der Telekommunikation gehören. Bei der gesetzlichen Ausgestaltung eines derartigen Anspruchs wird deshalb vor allem der Frage Bedeutung zukommen, ab welcher Bandbreite von „schnellem“ Internet auszugehen ist. Richtlinienrechtlich käme es hierfür maßgeblich vor allem auf die von der überwiegenden Mehrheit der Nutzer in Deutschland verwendete Bandbreite an. Das deutsche Verfassungsrecht zwingt hierbei zu keiner strengeren Betrachtung. Da der Anspruch bereits in der laufenden Legislaturperiode geschaffen werden soll, wäre an sich ggf. an eine Ermächtigung der Exekutive (insbesondere des Ordnungsgebers oder aber auch der Bundesnetzagentur) zu denken, anhand gesetzlich vorgegebener Parameter rechtzeitig vor Aktivierung des Anspruchs das relevante Grundversorgungsniveau zu ermitteln und rechtlich bindend festzulegen. Eine solche partielle Entscheidungsdelegation an die Exekutive dürfte in den Grenzen des Parlamentsvorbehalts („Wesentlichkeitstheorie“)¹¹⁶ auch mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 87f Abs. 1 GG nicht per se ausgeschlossen sein, obwohl diese insoweit eine primäre Ausgestaltungsverantwortung des Gesetzgebers statuieren.¹¹⁷ Mit einer zeitlichen Verschiebung der Bestimmung des relevanten Grundversorgungsniveaus könnten allerdings weitere Unsicherheiten auf Seiten der Marktteilnehmer einhergehen.¹¹⁸

Hinsichtlich der Rechtsnatur und des Verpflichteten eines Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet lassen sich dem europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation und Art. 87f GG zu guter Letzt praktisch keine zwingenden Vorgaben entnehmen. Hier verfügt der Gesetzgeber also grundsätzlich über einen sehr weiten Ausgestaltungsspielraum, was insbesondere die Frage nach der Rechtsnatur und dem Verpflichteten eines etwaigen Anspruchs auf Zugang zum schnellen Internet umfasst. Je nach Ausgestaltung des künftigen EU-Rechtsrahmens könnte es allerdings u. U. erforderlich sein, ein Unternehmen, dem Verpflichtungen auferlegt werden, damit es den Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet erfüllt, aus öffentlichen Mitteln hierfür zu entschädigen. In diesem Fall wäre es nicht möglich, bestehende Versorgungslücken auf Kosten des verpflichteten Telekommunikationsunternehmens oder auch über eine gemeinsame Finanzierungsverantwortung der Anbieter zu schließen, wie es derzeit wohl erwogen wird. Für einen etwaigen Anspruch auf Zugang zum Gigabit-Internet gilt das schon nach jetzigem Unionsrecht, unabhängig davon, ob ein solcher Anspruch richtlinien- und verfassungsrechtlich überhaupt zulässig und regulierungspolitisch sinnvoll wäre.

115 Für eine Übersicht über mögliche mit einem Universaldienst einhergehende Verzerrungen siehe *Baake/Pavel/Schumacher* (Fn. 20), S. 59 ff.; *Elxmann/Neumann/Stumpf*, N&R-Beilage 1/2013, 1, 12; sowie Bundesnetzagentur (Fn. 49), S. 68 f. Lediglich etwaige mit dem Instrument des Universaldienstes i. S. d. TKG verbundene Verzerrungen, die aus einer Umlagefinanzierung über einen Universaldienstfonds resultieren, würden aufgrund der für eine darüber hinausgehende Versorgungsverpflichtung dann erforderlichen Finanzierung aus dem allgemeinen Haushalt nicht zu tragen kommen.

116 Ausführlich dazu *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 60 ff. m. w. N.

117 Siehe *Gersdorf* (Fn. 62), Art. 87f Rn. 37 f.; *Kühling* (Fn. 61), S. 593.

118 Vgl. auch bereits *Gerpott*, CR 2011, 568, 573 f.



Andreas Neumann, Jahrgang 1973, ist assoziierter Wissenschaftler („Senior Fellow“) am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn und Geschäftsführer des privaten Instituts für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK).



Prof. Dr. *Jörn Sickmann*, Jahrgang 1978, ist Professor für Industrieökonomie und Unternehmensfinanzierung an der Hochschule Rhein-Waal in Kleve mit dem Forschungsschwerpunkt Wettbewerb und Regulierung in Netzindustrien.