

Henning Grotelüschen

Art. 106 Abs. 1 AEUV und die Einführung
von Kapazitätsmechanismen
im deutschen Strommarkt



Nomos

Veröffentlichungen zum deutschen und
europäischen Energierecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Ulrich Ehricke, LL.M. (London), M.A.,
o. Professor an der Universität zu Köln

Band 191

Henning Grotelüschen

**Art. 106 Abs. 1 AEUV und die Einführung
von Kapazitätsmechanismen
im deutschen Strommarkt**



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4703-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8933-5 (ePDF)

Die Bände 1 bis 189 erschienen in der Reihe „Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln“.

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 an der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von Dezember 2016.

Ich bin meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ulrich Ehrlicke, mit großem Dank verbunden für die Anregung des Themas und die Freiheiten bei der Erstellung der Arbeit. Herrn Professor Dr. Burkhard Schöbener danke ich für die Unterstützung im Verlauf des Jahres 2016 und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne vielfältige Ratschläge, Anmerkungen und konkrete Hilfestellungen aus meinem privaten wie beruflichen Umfeld. Die Beiträge waren so unterschiedlich, dass eine namentliche Nennung keinem einzelnen gerecht würde – für jeden sei auch an dieser Stelle herzlich gedankt.

Widmen möchte ich diese Arbeit meiner Familie – meiner Frau Christina für ihre großzügige Geduld und fortwährende Unterstützung und unseren Kindern Jakob und Tim für die Zeit, in der sie auf mich verzichtet haben, „weil Papa sein Buch geschrieben hat“.

Essen, im Oktober 2017

Henning Grotelüschen

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	17
A. Einführung	17
B. Problemstellung	20
C. Vorgehensweise	23
Teil 1) Wettbewerbliche Auswirkungen von Kapazitätsmechanismen in Deutschland	26
A. Aktuelle Marktverhältnisse in der deutschen Stromerzeugung	27
I. Marktabgrenzung	28
II. Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung	29
1. Frühere Entscheidungspraxis	30
2. Aktuelle Untersuchungen und Entwicklungen	31
B. Mögliche Veränderungen durch Kapazitätsmechanismen	34
I. Energiewirtschaftliche Modelle	36
1. Kapazitätsmarktmodelle	37
a. Umfassender Kapazitätsmarkt	38
b. Fokussierter Kapazitätsmarkt	39
c. Dezentraler Leistungsmarkt	40
2. Reservelösungen	42
a. Kapazitätsreserve	43
b. Sicherheitsbereitschaft	43
3. Netzstabilisierende Maßnahmen als Kapazitätsmechanismen	45
a. Energiewirtschaftliche Bedeutung	45
b. Abgrenzung	47
c. Insbesondere: Netzreserve und Netzstabilitätsanlagen	48
4. Zusammenfassung	51
II. Implikationen im Einzelnen	51
1. Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes	52

2. Folgen der verschiedenen Modelle	54
a. Folgen von Kapazitäts- und Netzreserve	56
i. Auswirkungen im Strommarkt	56
ii. Auswirkungen im Wettbewerb um Kapazitätsmechanismen	60
(1) Kapazitätsreserve	60
(2) Netzreserve	63
(3) Zusammenfassung	65
b. Folgen der Sicherheitsbereitschaft	66
c. Folgen von Kapazitätsmarktmodellen	66
i. Gemeinsame Auswirkungen aller Modelle	66
ii. Spezielle Auswirkungen einzelner Modelle	69
(1) Fokussierter Kapazitätsmarkt	69
(2) Umfassender Kapazitätsmarkt	70
(3) Dezentraler Leistungsmarkt	70
C. Zusammenfassung zu Teil 1	73
Teil 2) Vertragswidrigkeit staatlicher Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 1 AEUV	75
A. EuGH-Urteil „Griechische Braunkohle“	76
B. Eingriffsschwelle der Vorschrift	78
I. Entscheidungskriterien und ihre Entwicklung	80
1. Wortsinn der drei Kriterien	82
2. Entwicklung der bisherigen Rechtsprechung	84
a. Ausgangsverfahren im Jahr 1991	85
i. Höfner und Elser	85
ii. ERT	86
(1) EuGH-Urteil	86
(2) Unterschiedliche Sprachfassungen	88
(3) Die „missbrauchsverleitende“ Lage	90
iii. Porto di Genova	91
(1) EuGH-Urteil: Die „missbrauchsgeneigte“ Lage	92
(2) Wiederum: Unterschiedliche Sprachfassungen	93
iv. GB-Inno-BM/RTT	95
v. Frankreich/Kommission (Telekommunikations- Endgeräte)	98

vi.	Zusammenfassung: Ausgangsverfahren im Jahr 1991	101
b.	Entwicklung zwischen 1992 und 1999	103
i.	Corbeau	103
ii.	Lagauche	104
(1)	EuGH-Urteil	105
(2)	Schlussanträge von Generalanwalt Lenz	105
iii.	Corsica Ferries	107
iv.	Centre d'insémination de la Crespelle	108
v.	Banchero	110
vi.	Job Centre	111
vii.	Raso	113
(1)	EuGH-Urteil	113
(2)	Schlussanträge von Generalanwalt Fennelly	115
viii.	Dusseldorf	117
(1)	EuGH-Urteil	117
(2)	Stellungnahme	118
ix.	Zusammenfassung: Entwicklung zwischen 1992 und 1999	120
c.	Entwicklung seit 2000	121
i.	Ambulanz Glöckner	122
ii.	TNT Traco	125
iii.	Connect Austria	126
iv.	MOTOE	129
v.	Zusammenfassung: Entwicklung seit 2000	131
d.	Zwischenergebnis: Rechtsprechung 1991 bis 2008	132
i.	Insbesondere: Zweites Kriterium der „Porto di Genova“-Formel	132
ii.	Rechtsprechung im Übrigen	134
3.	Änderungen durch „Griechische Braunkohle“	135
a.	Nachweisanforderungen	135
b.	Prüfmaßstab	137
i.	EuGH-Urteil	138
ii.	Schlussanträge von Generalanwalt Wathelet	140
iii.	Stellungnahme: Vorteile eines einheitlichen Ansatzes	142
4.	Zusammenfassung	146
II.	Strukturbezogene Verstöße unter Art. 106 Abs. 1 AEUV	147
1.	Zum Begriff der „Strukturnorm“	147

2. Spezifische Anwendungsvoraussetzungen	149
a. Marktbeherrschende Stellung, aber kein Monopol	150
b. Sonderrechte auf einem betroffenen Markt ausreichend	151
c. Entbehrlichkeit hoheitlicher Eingriffsbefugnisse	152
d. Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes	154
e. Zusammenfassung	157
3. Feststellung ungleicher Wettbewerbsbedingungen	157
a. Maßgeblichkeit des benachbarten Zweitmarktes	157
b. Relevanz des Ausgangsmarkts für öffentliche Unternehmen	159
c. Wiederum: Nachweisanforderungen	162
4. Verbleibende Bedeutung der Norm	163
a. Bisherige Ansätze in der Literatur	163
b. Stellungnahme	164
c. Kein Rückgriff auf die Effet Utile-Rechtsprechung	167
III. Gegenüberstellung mit Art. 102 AEUV	169
1. Eigenständigkeit von Art. 106 Abs. 1 AEUV	169
2. Inhaltlicher Vergleich für strukturbezogene Verstöße	172
a. Generalanwalt Darmon in „GB-Inno-BM/RTT“	172
b. Ergänzungen infolge von „Griechische Braunkohle“	173
IV. Zusammenfassung	177
C. Begründung neuer Vorzugsrechte und Präventionspflichten	178
I. Anwendung von Art. 106 Abs. 1 AEUV auf Konstitutivakte	178
II. Bedeutung staatlicher Präventionspflichten	179
1. Ansätze in Rechtsprechung und Literatur	179
2. Vorschläge zur konkreten Umsetzung	183
a. Ableitungen ex negativo	183
b. Ansätze der Generalanwälte Jacobs und Kokott	184
c. Bewertung möglicher Einzelmaßnahmen	186
d. Verbleibende Lücken und sektorspezifische Regulierung	188
D. Ergebnis zu Teil 2	190

Teil 3) Kapazitätsmechanismen am Maßstab von Art. 106 Abs. 1 AEUV	192
A. Betroffene Unternehmen	193
I. Öffentliche Unternehmen	193
II. Unternehmen mit Vorzugsrechten	195
1. Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte	196
2. Kriterium der Staatlichkeit	197
3. Keine Vorzugsrechte in Kapazitätsmarktmodellen	199
4. Begünstigungen bei Reservelösungen	200
5. Auswahlverfahren zur Bestimmung der Reserven	203
a. Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit Art. 8 EitRL	204
i. Anwendungsbereich von Art. 8 EitRL	205
ii. Formale und inhaltliche Anforderungen nach Art. 8 EitRL	207
iii. Übertragungsnetzbetreiber als ausschreibende Stelle	209
iv. Zusammenfassung	213
b. Relevanz unter Art. 106 Abs. 1 AEUV	214
i. Vorzugsrechte nach Vergaberecht	216
ii. Wettbewerbsrechtliche Bewertung	219
6. Zusammenfassung	221
B. Vertragswidrige Maßnahme	221
I. Rückkehr- und Vermarktungsverbot	224
II. Vergütungsregelungen	225
1. Übertragbarkeit beihilferechtlicher Wertungen	225
a. Höhe der Vergütung	226
b. Festsetzung der Vergütung	230
2. Sicherheitsbereitschaft	231
3. Kapazitäts- und Netzreserve	234
4. Zusammenfassung	236
III. Besonderheiten für öffentliche Unternehmen	236
1. Reservelösungen im StrommarktG	237
2. Umsetzung von Kapazitätsmarktmodellen	238
C. Ergebnis zu Teil 3	239
Teil 4) Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	242
Literaturverzeichnis	251

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Berliner Kommentar
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
bne	Bundesverband Neue Energiewirtschaft
BNetzA	Bundesnetzagentur
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CO ₂	Kohlendioxid
COM	Commission
dass.	dasselbe
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EEX	European Energy Exchange
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 2.10.1997; früher EGV)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; früher EWGV
Einl.	Einleitung

Abkürzungsverzeichnis

EL	Ergänzungslieferung
EltRL	EG-Elektrizitätsrichtlinie
enw	Zeitschrift für Energie, Markt und Wettbewerb
endg.	endgültig
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EPEX	European Power Exchange
ER	Zeitschrift für die gesamte Energierechtspraxis
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWerK	Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWI	Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GW	Gigawatt
ggf.	gegebenenfalls
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i.e.	id est
IR	Zeitschrift für das ganze Infrastrukturrecht
i.S.d.	im Sinne des, im Sinne der
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
kWh	Kilowattstunde(n)
lit.	Litera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
MWh	Megawattstunde(n)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	Nummer
N&R	Netzwirtschaft und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
REE	Recht der Erneuerbaren Energien
Reg-E	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SG	Sondergutachten
Slg.	Amtliche Entscheidungssammlung des EuGH und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte/r/s
SWD	Staff Working Document
UAbs.	Unterabsatz
u.a.	unter anderem
verb.	verbundene
VerfOEU GH	Verfahrensordnung des EuGH
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VKU	Verband kommunaler Unternehmen
VO	Verordnung
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E DE-R	WuW-Entscheidungssammlung Deutschland Rechtsprechung
WuW/E DE-V	WuW-Entscheidungssammlung Deutschland Verwaltung
WuW/E BGH	WuW-Entscheidungssammlung Bundesgerichtshof
z.B.	zum Beispiel
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

A. Einführung

Das Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes (StrommarktG) ist in seinen wesentlichen Teilen am 30. Juli 2016 in Kraft getreten.¹ Die Frage, wie „das zukünftige Marktdesign und der Ordnungsrahmen für den Stromsektor aussehen [sollen], um bei steigenden Anteilen von Wind- und Sonnenenergie eine sichere, kosteneffiziente und umweltverträgliche Stromversorgung zu gewährleisten“², ist *de lege lata* beantwortet. Erstmals liegen umfassende gesetzliche Rahmenbedingungen für Kapazitätsmechanismen in der deutschen Stromerzeugung fest, die Betreibern von Kraftwerken eine Vergütung nicht nur für tatsächlich gelieferte Strommengen, sondern auch für das bloße Vorhalten gesicherter Erzeugungskapazität gewähren.

Die Neuregelung folgt einer seit 2011 intensiv geführten energiewirtschaftlichen Debatte, ob der bisherige „Energy Only-Markt“ (EOM), an dem ausschließlich Strommengen gehandelt werden, die notwendige Versorgungssicherheit dauerhaft garantieren kann. Dass die vorhandenen Erzeugungskapazitäten kurzfristig in den kommenden Jahren genügen werden, ist hierbei zwar nicht im Zweifel.³ Die mittelfristige Entwicklung wird aber weithin skeptisch bewertet. So ging das Forschungsinstitut *Agora Energiewende* im März 2013 davon aus, dass die mögliche Deckungslücke im deutschen Strommarkt Ende 2022 zwischen 5 und 15 GW betragen könne: Einer Nachfrage von 84 GW drohe ein Angebot an gesicherter Kapazität von nur 69 bis 79 GW gegenüberzustehen.⁴ Die Energiewende in Deutschland – gekennzeichnet durch die intensive Förderung erneuer-

1 BGBl. I 2016, 1786. Sonderregeln zum Inkrafttreten betreffen innerhalb des EnWG nur § 51 zum Monitoring der Versorgungssicherheit, vgl. Art. 13 StrommarktG.

2 BMWi, Grünbuch, S. 6.

3 Vgl. BMWi, Weißbuch, S. 34, das unter Verweis auf die Erhebungen deutscher und europäischer Übertragungsnetzbetreiber von Überkapazitäten in Höhe von 60 GW im deutschen und europäischen Strommarkt ausgeht. Ebenso Monopolkommission, SG Energie 2015, Rn. 359: „Gefahr für die Versorgungssicherheit aufgrund von unzureichender Kapazitätsfinanzierung zumindest gegenwärtig noch fernliegend“.

4 *Graichen*, in: Agora, Kapazitätsmarkt oder strategische Reserve, S. 6 (6).

barer Energien, ihren steigenden Anteil am Gesamtstromverbrauch und den parallelen Ausstieg aus der Kernenergie – verstärkt dabei die Herausforderungen für die Versorgungssicherheit, die in ähnlicher Form auch im Ausland bestehen. Mit der wachsenden Bedeutung erneuerbarer Energien gehen geringere Laufzeiten vieler konventioneller Kraftwerke einher; zugleich ist die stark schwankende Einspeisung aus Wind und Sonne aufgrund der Nichtspeicherbarkeit von Strom nicht geeignet, den Strombedarf dauerhaft und unabhängig von den Witterungsbedingungen zu decken. Nach den jüngsten von der Europäischen Kommission veröffentlichten Daten wurden 2014 in der Europäischen Union rund 23% des Stroms aus erneuerbaren Energien erzeugt und stammten 10% der gesamten Stromerzeugung aus unregelmäßig verfügbaren Energiequellen.⁵ Die Folge ist in vielen Mitgliedstaaten identisch: Die Erlöse konventioneller Erzeugungsanlagen gehen deutlich zurück – etwa bei Gas- und Dampfturbinen-Kraftwerken in Deutschland, Frankreich und Großbritannien bereits zwischen 2009 und 2012 von monatlich 8000 EUR/MW auf 2000 EUR/MW, was kaum die laufenden Fixkosten der Anlagen abdeckt.⁶ Entsprechend sinken die ökonomischen Anreize, bestehende Anlagen im Markt zu belassen und in neue Kapazitäten zu investieren.⁷ Ob und in welchem Umfang die Einführung von Kapazitätsmechanismen hiergegen Abhilfe bieten kann, steht energiewirtschaftlich im Streit.⁸ Erst recht gilt dies für die zwei unterschiedlichen Ausgangsmodelle, die als mögliche Ausgestaltung zur Verfügung stehen: Während – wie in Großbritannien und Frankreich⁹ – durch Kapazitätsmärkte neue Märkte für das Vorhalten von Kapazität geschaffen werden, begründen Reservelösungen Zusatzkapazitäten außerhalb des Marktes, um den Stromhandel in Notfallsituationen abzusichern.

5 Europäische Kommission, SWD Final Report, S. 17 f., ähnlich (für Kalenderjahr 2013): dies., Fortschrittsbericht Erneuerbare Energien, COM (2015), 293 final.

6 *Wieckowski*, EuZW 2015, 859 (860). Umfassend auch Europäische Kommission, SWD Final Report, S. 13 ff.

7 Vgl. Europäische Kommission, Zwischenbericht Sektoruntersuchung, S. 3.

8 Bereits generell verneinend *Müsgens/Peek*, ZNER 2011, 576 (582); positiv hingegen *Cramton/Ockenfels*, ET 2011 (Heft 9), 14; Überblick bei *Graichen*, in: *Agora*, Kapazitätsmarkt oder strategische Reserve, S. 6 (7). Speziell für die deutsche Stromerzeugung bejahend zudem *Baumgart/Hinüber/Otto*, ET 2011 (Heft 12), 42 (45); verneinend *Barrera/Janssen/Riechmann*, ET 2011 (Heft 9), 8 (11 f.), *Böckers/Giesing/Haucap/Heimeshoff/Rösch*, S. 19.

9 Hierzu *Mennel/Engelhardt/Werner*, S. 37 ff., in Bezug auf Frankreich; sowie *Rosenthal*, ET 2014 (Heft 1/2), 120 (120) in Bezug auf Großbritannien.

In dieser Auseinandersetzung hat der Gesetzgeber mit dem StrommarktG eine „Grundsatzentscheidung [...] gegen einen Kapazitätsmarkt“¹⁰ getroffen. Reservelösungen zur Absicherung eines weiterentwickelten Strommarktes („Strommarkt 2.0“) haben aus seiner Sicht den Vorteil niedrigerer Kosten; Kapazitätsmärkte würden dagegen Risiken bergen, da sie zu Überkapazitäten und im Zuge ihrer Ausgestaltung auch zu Fehlanreizen („Regulierungsversagen“) führen könnten.¹¹ Diese Einschätzung stützte sich auf eine umfassende Vorbereitung, die das federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) durch einen Grün- und Weißbuchprozess strukturiert hatte. Unter dem gleichbleibenden Titel „Ein Strommarkt für die Energiewende“ – und mit unverändert kritischem Tenor zur Einführung eines Kapazitätsmarktes¹² – folgten auf die im Oktober 2014 als „Grünbuch“ veröffentlichte Diskussionsgrundlage im Juli 2015 Ergebnisse in Form eines „Weißbuchs“. Bei der legislativen Ausgestaltung im Jahr 2016 wurde das von der Bundesregierung vorgeschlagene Maßnahmenbündel aus Netzreserve nach § 13 d EnWG, Kapazitätsreserve nach § 13 e EnWG und Klimareserve nach § 13 g EnWG im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens noch um die Netzstabilitätsreserve nach § 13 k EnWG ergänzt.

Die gesetzliche Neuregelung kann jedoch nicht verdecken, dass die Rentabilität der konventionellen Stromerzeugung und die Funktionsweise des bisherigen Strommarktes unter immer größerem Druck stehen. Im Februar 2016 markierte der Terminmarktpreis für konstante Base-Lieferungen im jeweiligen Folgejahr mit 20,85 EUR/MWh (gegenüber mehr als 50 EUR/MWh noch vier Jahre vorher) den tiefsten Stand seit 2007.¹³ Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens bekräftigten daher Unternehmensvertreter ihre Sorge, dass ohne weitere gesetzliche Anpassungen „konventionelle Kraftwerke im großen Stil aus dem Markt gedrückt werden“.¹⁴ Auch bei der öffentlichen Anhörung im Bundestagsausschuss für

10 StrommarktG, Reg-E, S. 54.

11 StrommarktG, Reg-E, S. 4.

12 *Vofß/Kirschneck*, ZNER 2016, 1 (1). Auch *Ludwigs* RdE 2015, 325 (327) sah im Grünbuch eine „gewisse Vorfestlegung“ zugunsten der Kapazitätsreserve.

13 Vgl. www.eex.com/de/marktdaten/strom/futures/phelix-futures, auch zur seither festzustellenden leichten Erholung.

14 *Terium*, damals Vorstandsvorsitzender der RWE AG, Interview in: Handelsblatt vom 13.4.2016. Ähnlich *Bsirke*, Vorsitzender der Gewerkschaft verdi, Interview in: Westdeutsche Allgemeine Zeitung vom 31.5.2016 sowie *Schäfer*, Vorstandsvorsitzender der uniper SE, Interview in: Süddeutsche Zeitung vom 5.9.2016.

Wirtschaft und Energie erneuerten mehrere Sachverständige ihre Forderungen nach einer zumindest längerfristigen Einführung eines Kapazitätsmarktes in Deutschland, da die nunmehr beschlossenen Regelungen nur „für eine Übergangsphase vertretbar“¹⁵ seien und sich dauerhaft als „Fehlstrategie“¹⁶ erweisen würden.¹⁷ In der juristischen Literatur wird das StrommarktG ebenfalls nur als „vorläufiges Ende“¹⁸ der bisherigen Auseinandersetzung über die Einführung von Kapazitätsmechanismen in Deutschland gewertet. Vor diesem Hintergrund muss die Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Einführung von Kapazitätsmechanismen in der deutschen Stromerzeugung auch nach Inkrafttreten des StrommarktG über die gesetzliche Neuregelung hinausgehen und andere Instrumente im Blick behalten, wie sie im Vorfeld der Novelle diskutiert worden sind.

B. Problemstellung

Maßgebliche höherrangige Vorgaben für die grenzüberschreitenden Strommärkte der Mitgliedstaaten folgen aus dem Europäischen Unionsrecht. Im Vordergrund steht hier bislang das Beihilferecht: Die Europäische Kommission beansprucht die entsprechende Aufsicht über mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Einführung von Kapazitätsmechanismen, wie vor allem ihre im Juni 2014 veröffentlichten neuen Umwelt-Beihilfeleitlinien¹⁹ und die von April 2015 bis November 2016 durchgeführte Sektor-

15 Stellungnahme *Weber*, BT-Drs. 18 (9) 722, S. 3.

16 Stellungnahme *Matthes*, BT-Drs. 18 (9) 739, S. 7.

17 Im Ergebnis ebenso Stellungnahme *Reiche*, BT-Drs. 18 (9) 721, S. 16 f. Andererseits zugunsten des Gesetzesentwurfs: Stellungnahme *Maurer*, BT-Drs. 18 (9) 723, S. 1 und 3; Stellungnahme *Paulun*, BT-Drs. 18 (9) 724 und Stellungnahme *Hauser*, BT-Drs. 18 (9) 725, S. 2.

18 *Voß/Kirschneck* ZNER 2016, 1 (1), ähnlich *Stelter/Ipsen*, EnWZ 2016, 483 (489), die im StrommarktG „allenfalls einen Zwischenschritt“ sehen, und *Kirschnick/Krappitz*, IR 2016, 266 (270), die prognostizieren, dass künftig „eine erneute Grundsatzdiskussion nicht vermieden werden kann“. Skeptisch auch *Scholtka/Martin/Sänger*, ER 2016, 249 (255).

19 Europäische Kommission, Mitteilung vom 28.6.2014, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. 2014 C 200/1.

untersuchung zu diesem Thema²⁰ belegen. Deutschland hat hierauf mit der Notifizierung der durch das StrommarktG eingeführten Neuerungen reagiert.²¹ Auch die wissenschaftliche Diskussion konzentriert sich europarechtlich vor allem auf Fragen des Beihilferechts, der Grundfreiheiten und der Unionskompetenzen im Bereich der Energiepolitik²², wobei ergänzend umwelt- und abgabenrechtliche Aspekte thematisiert werden.²³

Eine umfassende Untersuchung zur Einführung von Kapazitätsmechanismen in Deutschland aus der Perspektive des europäischen Wettbewerbsrechts steht hingegen aus.²⁴ Geboten ist diese Prüfung vor allem, weil das unionsrechtlich angestrebte System unverfälschten Wettbewerbs²⁵ nicht gerade durch die Verbindung von staatlicher und unternehmerischer Tätigkeit gefährdet werden soll, Regelungen für ein neues Marktdesign aber oftmals mit der Gewährung staatlicher Vorzugsrechte einhergehen. *Sedes materiae* in den Europäischen Verträgen ist daher

20 Europäische Kommission, Beschluss vom 29.4.2015 zur Einleitung einer Untersuchung zu Kapazitätsmechanismen im Stromsektor nach Artikel 20 a der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999, C (2015) 2814 final [im Folgenden: Eröffnungsbeschluss Sektoruntersuchung], sowie dies., Abschlussbericht Sektoruntersuchung vom 30.11.2016.

21 Die Freigabe für die Sicherheitsbereitschaft liegt seit Mai 2016 vor, vgl. Europäische Kommission, Beschluss vom 27.5.2016, C (2016) 3124 – *Stilllegung deutscher Braunkohlekraftwerke*; gleiches gilt seit Dezember 2016 für die Netzreserve, vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20.12.2016 unter www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4472_de.htm, zuletzt abgerufen am 27.12.2016. Die Bestimmungen der Kapazitätsreserve stehen noch unter Vorbehalt, vgl. StrommarktG, Reg-E, S. 57, zu dem im August 2016 eine informelle Klärung erzielt wurde, vgl. BMWi, Überblick Verständigung EU-Kommission, S. 1.

22 Umfassend aus jüngerer Zeit *Gerig*, S. 87 ff.; *Riewe*, S. 496 ff.; *Frenz*, EnWZ 2015, 481; *ders.*, RdE 2016, 209; *Ludwigs*, RdE 2015, 325; *Laux*, EnWZ 2015, 249 sowie Monopolkommission, SG Energie 2015, Rn. 455 ff. Speziell zum Beihilferecht auch *Frenz*, RdE 2016, 1; *Cosack/Laux*, ER 2015, 190; *Ortlieb*, N&R 2015, 129 sowie *Gundel*, RdE 2016, 235 (235).

23 *Frenz*, RdE 2016, 209 (211 f. und 214 f.).

24 Lediglich kurz *Riewe*, S. 484-493.

25 EuGH, 17.2.2011, C-52/09, Slg. 2011, I-527 (Rn. 20) – *TeliaSonera*: Nach Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (ABl. 2010 C 83/309), das dem Vertrag von Lissabon beigefügt ist, umfasst der Binnenmarkt ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.

Art. 106 Abs. 1 AEUV²⁶. Die Vorschrift setzt den primärrechtlichen Rahmen für die Wirtschaftstätigkeit der Mitgliedstaaten und sichert das Unionsinteresse an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes.²⁷ Für den Fall, dass Mitgliedstaaten einzelnen Unternehmen besondere Vorzugsrechte gewähren, stellt die Regelung sicher, dass diese Vorzugsrechte in das Regelsystem der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft eingebunden bleiben.²⁸ Die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften auf die Einführung von Kapazitätsmärkten könnte dabei eine hohe praktische Relevanz entfalten: Sie würde die unionsrechtlichen Kompetenzen zur angestrebten Schaffung einer „Energieunion“²⁹ erheblich erweitern, um eine ihrer fünf Dimensionen, die Integration des Energiebinnenmarktes³⁰, fortzuentwickeln und die von der Europäischen Kommission hierbei *de lege ferenda* geplanten neuen Vorgaben zur Ausgestaltung von Kapazitätsmechanismen³¹ umzusetzen. Anders als im Beihilferecht wäre unerheblich, ob die Maßnahmen aus staatlich kontrollierten Mitteln finanziert werden³², womit auch die (immer stärker politisch geprägte) Streitfrage dahinstehen könnte, ob sich das erweiterte Verständnis der europäischen Organe zur Anwendung der Art. 107 ff.

26 Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union übernahm die Vorschrift 2008 praktisch wortgleich aus Art. 86 (ex-Art. 90) EG. Diese Arbeit wird daher die aktuelle Artikelbezeichnung einheitlich auch für ältere Stellungnahmen übernehmen, soweit dies nicht im Einzelfall, etwa im Rahmen wörtlicher Zitate, abweichend gekennzeichnet ist.

27 EuGH, 19.3.1991, C-202/88, Slg. 1991, I-1223 (Rn. 12) – *Frankreich/Kommission (Telekommunikations-Endgeräte)*.

28 *Müller-Graff*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. 106 AEUV, Rn. 2; ähnlich *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 28.

29 Zum Stand zuletzt das als „Winterpaket“ bezeichnete Maßnahmenpaket vom 30.11.2016, zusammenfassend Europäische Kommission, Mitteilung vom 30.11.2016, „Saubere Energie für alle Europäer“, COM (2016) 760 final, sowie zuvor *Germelmann*, EuR 2016, 1.

30 Europäische Kommission, Mitteilung vom 25.2.2015, Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie, COM (2015) 80 final, S. 4.

31 Europäische Kommission, Mitteilung vom 30.11.2016, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the internal market for electricity, COM (2016) 861 final, dort insb. Kapitel 4, Art. 18 – 24.

32 Zuletzt zum deutschen EEG: EuG, 10.5.2016, T 47/15, ECLI:EU:T:2016:281; sowie zuvor aus der Literatur vor allem *Burgi/Wolff*, EuZW 2014, 647 (650 f.). Weitere Nachweise in Teil 3 der Arbeit unter Fn. 905.

AEUV lediglich als „Hebel zur Verwirklichung regulatorischer Politik“³³ erklärt. Im Unterschied zu den Grundfreiheiten wäre das Unionsrecht stets auch auf primär innerstaatliche Sachverhalte anwendbar.³⁴ Schließlich würden die speziellen Eingriffsbefugnisse nach Art. 106 Abs. 3 AEUV der Europäischen Kommission verfahrensrechtlich weitere Handlungsmöglichkeiten eröffnen. Aktuellen Anlass für eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung bietet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der im Juli 2014 in der Entscheidung „Griechische Braunkohle“³⁵ seine Rechtsprechung zu Art. 106 Abs. 1 AEUV in den Fällen ergänzt hat, in denen staatliche Eingriffe die Marktstruktur durch ungleiche Wettbewerbsbedingungen zugunsten marktbeherrschender Unternehmen beeinträchtigen. Im Hinblick auf die traditionelle Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse im deutschen Stromerzeugungsmarkt wirft dies die Frage auf, ob sich auch hier die Begründung von Vorzugsrechten als Anwendungsfall der neuen Rechtsprechung darstellt.³⁶ Es soll geprüft werden, welche Grenzen das europäische Wettbewerbsrecht dem deutschen Gesetzgeber für die Einführung und Ausgestaltung von Kapazitätsmechanismen setzt.

C. Vorgehensweise

Die Frage nach neuen Vorgaben unter Art. 106 Abs. 1 AEUV stellt sich in doppelter Hinsicht. Bevor untersucht wird, ob die Norm zusätzliche Anforderungen für Kapazitätsmechanismen in Deutschland begründet, ist zu klären, inwieweit die neue EuGH-Entscheidung im Verfahren „Griechische Braunkohle“ die Reichweite des europäischen Wettbewerbsrechts generell verändert. Diese Arbeit wird daher in drei Schritten vorgehen:

Teil 1 wird die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen der Einführung von Kapazitätsmechanismen in Deutschland untersuchen. Im Anschluss an

33 *Nettesheim*, NJW 2014, 1847 (1852); ähnlich *Pompl*, EWS 2016, 247 (248), der mit der EEG-Förderung ein energiewirtschaftliches Thema „als geradezu paradigmatisch für das [...] Spannungsverhältnis zwischen nationalen Gestaltungsentscheidungen und unionsrechtlicher Beihilfenaufsicht“ sieht.

34 Umfassend *Fischer*, S. 182 ff.; ebenso *MüKoEuWettbR/Gundel*, Art. 106 AEUV, Rn. 70, *Heinemann*, S. 173.

35 EuGH, 17.7.2014, C-553/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083 – *Griechische Braunkohle*.

36 Vgl. *Schwintowski*, EWeRK 2015, 217 (218), der eine solche Prüfung im Hinblick auf die Sonderrechte nach EEG und KWKG anregt. Im Ansatz ebenso *Riewe*, S. 485.

eine knappe Darstellung der Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden zur jetzigen Marktstruktur werden die verschiedenen Modelle aus der energiewirtschaftlichen Diskussion vorgestellt und auf ihre möglichen Auswirkungen zur Begründung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersucht. Für die mit dem StrommarktG in das EnWG eingeführten Reservelösungen erfordert die Bewertung zunächst eine erste Analyse der Neuregelung, die in zahlreichen Detailfragen von vorab diskutierten Entwurfsfassungen abweicht. In die Untersuchung einbezogen werden dabei – dem Ansatz der Europäischen Kommission folgend, aber im Unterschied zu vielen Stellungnahmen in der deutschen Diskussion – auch Kapazitätsmechanismen im Erzeugungsbereich, die dem Schutz der Netzstabilität dienen.

Teil 2 wird klären, welchen Prüfmaßstab Art. 106 Abs. 1 AEUV generell für die Vertragswidrigkeit staatlicher Maßnahmen setzt. Nicht zuletzt das Verfahren „Griechische Braunkohle“ selbst, in dem der EuGH ein gegenteiliges Urteil des EuG aufhob, belegt die geringe Trennschärfe der früheren Rechtsprechung. Zu überprüfen ist, ob die neue Entscheidung – über die konkret getroffenen Feststellungen hinaus – die Klärung weiterer Zweifelsfragen ermöglicht, die die „Eingriffsschwelle“ der Vorschrift betreffen. Es fragt sich also, welche Voraussetzungen festgestellt und nachgewiesen werden müssen, damit ein staatlicher Eingriff in die Wettbewerbsbedingungen als Verletzung von Art. 106 Abs. 1 AEUV gewertet werden kann. Die Arbeit wird die stark einzelfallgeprägte Rechtsprechung des Gerichtshofs seit 1991 aufbereiten, um Prüfkriterien für einen strukturbezogenen Verstoß zu entwickeln, wie er – unabhängig von einem konkreten missbräuchlichen Verhalten des privilegierten Unternehmens – auch im Fall „Griechische Braunkohle“ bejaht wurde. Mit Blick auf die Einführung von Kapazitätsmechanismen wird die Untersuchung fokussieren, welche Anforderungen für die erstmalige Begründung von Vorzugsrechten gelten und welche Präventivmaßnahmen staatlicherseits möglich und geboten sind, um ungleiche Wettbewerbsbedingungen im Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 1 AEUV von vornherein zu vermeiden.

Auf Basis dieser Voruntersuchungen wird Teil 3 prüfen, wie die konkreten wettbewerblichen Auswirkungen der Kapazitätsmechanismen am Maßstab des Art. 106 Abs. 1 AEUV zu bewerten sind. Der Abschnitt untersucht, inwieweit die in Teil 1 vorgestellten Modelle und gesetzlichen Neuregelungen unter Art. 106 Abs. 1 AEUV fallen und bejahendenfalls dem in Teil 2 entwickelten Prüfmaßstab genügen. Für die Neuregelungen im StrommarktG umfasst auch dieser Abschnitt eine Auseinandersetzung

mit Einzelfragen der Gesetzesnovelle, insbesondere bei den Auswahlverfahren zur Bestimmung der Reservekraftwerke und der Frage ihrer Vergütung. Diese Prüfung ist wiederum am Maßstab des europäischen Wettbewerbsrechts ausgerichtet; ihre Ergebnisse zielen jedoch auf generelle Leitlinien für die künftige Anwendung der §§ 13 ff. EnWG, zumal auch hier Annahmen aus der bisherigen juristischen Diskussion anhand der Schlussfassung des StrommarktG überprüft werden müssen.

Die Entwicklung neuer Vorgaben unter Art. 106 Abs. 1 AEUV erfordert in verschiedenen Abschnitten der Arbeit eine Kontrastierung mit anderen Bereichen des Wettbewerbsrechts. Hierzu erfolgt in Teil 2 eine Gegenüberstellung mit der allgemeinen Missbrauchskontrolle unter Art. 102 AEUV, während Teil 3 die Kriterien zum Vorliegen „besonderer oder ausschließlicher Rechte“ und „ungleicher Wettbewerbsbedingungen“ auch mit vergabe- bzw. beihilferechtlichen Wertungen und Einzelentscheidungen abgleichen wird.

Teil 4 wird die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit in Thesenform zusammenfassen.

Teil 1) Wettbewerbliche Auswirkungen von Kapazitätsmechanismen in Deutschland

Die Frage, wie die Einführung von Kapazitätsmechanismen in Deutschland am Maßstab von Art. 106 Abs. 1 AEUV bewertet werden muss, ist direkt mit den wettbewerblichen Auswirkungen solcher staatlichen Eingriffe in den Stromerzeugungsmarkt verbunden. Teil 1 der Arbeit wird daher im Anschluss an eine Darstellung der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse in der deutschen Stromerzeugung (unter A.) untersuchen, ob eine marktbeherrschende Stellung infolge der Einführung von Kapazitätsmechanismen zu erwarten ist (unter B.). Bei der Darstellung der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse wird diese Arbeit auf eine kritische Auseinandersetzung mit der früheren Entscheidungspraxis der Kartellbehörden bewusst verzichten und sich darauf beschränken, Anhaltspunkte für seither eingetretene Veränderungen zu benennen. Eine zeitnahe Neubewertung der jetzigen Marktstruktur durch das Bundeskartellamt ist infolge des StrommarktG – auf der Basis aktualisierter empirischer Daten – ohnehin vorgesehen. Im Fokus der rechtswissenschaftlichen Analyse soll stattdessen die Frage stehen, zu welchen Veränderungen die gesetzliche Neuregelung des StrommarktG oder ein alternativer Kapazitätsmarkt führen kann.

Keine Relevanz unter dem Maßstab von Art. 106 Abs. 1 AEUV haben Folgefragen, die – wie die Möglichkeiten einer künftigen aufsichtsbehördlichen Überwachung eines Kapazitätsmarkts³⁷ – über das etwaige Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung hinausgehen. Sie sind zudem aus dem inhaltlichen Grund nicht Gegenstand dieser Arbeit, dass die Bewertung neuer regulatorischer Rahmenbedingungen jedenfalls aktuell nicht belastbar möglich erscheint. Abzuwarten sind zunächst die praktischen

37 Hierzu kritisch *Hartog/Judith*, EnWZ 2015, 159 (162 ff). Vgl. zu den Möglichkeiten der *Ausübung* von Marktmacht in Kapazitätsmärkten auch *Frontier/Consentec*, Impact Assessment, S. 161 und 164, Monopolkommission, SG Energie 2015, Rn. 434 ff., *Richter/Paulun*, ET 2013 (Heft 9), 13 (14) sowie *Weber/Bucksteeg/Schuffelen/Wolter/Baumgart/Willemsen*, ET 2013 (Heft 1/2), 45 (48).

Auswirkungen der mit der REMIT-Verordnung³⁸ begründeten neuen Markttransparenzregeln, die künftig eine kontinuierliche, zeitnahe Marktüberwachung des Erzeugungs- und Großhandelsmarktes durch die mit §§ 47 a ff. GWB neu eingerichtete Markttransparenzstelle³⁹ ermöglichen.⁴⁰

A. Aktuelle Marktverhältnisse in der deutschen Stromerzeugung

Die Bewertung der aktuellen Marktverhältnisse in der deutschen Stromerzeugung kann auf eine umfangreiche Entscheidungspraxis der deutschen und europäischen Kartellbehörden zurückgreifen, die die Energiewirtschaft im Anschluss an die Liberalisierung der bis 1998 durch Gebietsmonopole geprägten Märkte vor allem in den 2000er-Jahren in den Fokus ihrer Tätigkeit nahmen. Bei der gegenständlichen Marktabgrenzung, also der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes, gehen die Wettbewerbsbehörden in ihrer bisherigen, im Grundsatz sehr stabilen Entscheidungspraxis von einem eigenen Markt für den erstmaligen Absatz von Strom aus (hierzu I.). Bewegung deutet sich jedoch bei der Frage an, ob die etablierten Energieversorgungsunternehmen wie *RWE* und *E.ON* auf diesem Markt über eine beherrschende Stellung verfügen. Hierfür bestehen heute – im Unterschied zu früheren Entscheidungen von Bundeskartellamt und Europäischer Kommission – insbesondere nach aktuellen Erhebungen der Monopolkommission keine Anhaltspunkte mehr (hierzu II.).

38 Verordnung Nr. 1227/2011 des europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes, ABl. 2011 L 326/1.

39 Gesetz zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas, BGBl. I 2012, 2403.

40 Näher *Lüdemann/Lüdemann*, WuW 2012, 917 (919 ff.). Vgl. zudem Europäische Kommission, Entscheidung vom 8.11.2016, C (2016) 7086 final (Rn. 259 ff. und 276 ff.) – *Französischer Kapazitätsmechanismus*, zu den Maßnahmen, die im Modell des französischen Kapazitätsmarktes möglichen Marktmanipulationen vorbeugen sollen.