

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

---

Band 69

**Die Vereinbarkeit  
von Kapazitätsmechanismen  
mit der Warenverkehrsfreiheit,  
dem europäischen Beihilferecht und  
dem Energiebinnenmarkt**

**Eine Untersuchung verschiedener Kapazitätsmarktmodelle  
sowie der Kapazitäts- und der Netzreserve**

Von

**Linda Preuß**



**Duncker & Humblot · Berlin**

LINDA PREUSS

Die Vereinbarkeit von Kapazitätsmechanismen  
mit der Warenverkehrsfreiheit,  
dem europäischen Beihilferecht und  
dem Energiebinnenmarkt

# Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und  
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 69

# Die Vereinbarkeit von Kapazitätsmechanismen mit der Warenverkehrsfreiheit, dem europäischen Beihilferecht und dem Energiebinnenmarkt

Eine Untersuchung verschiedener Kapazitätsmarktmodelle  
sowie der Kapazitäts- und der Netzreserve

Von

Linda Preuß



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat diese Arbeit  
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0947-2452  
ISBN 978-3-428-15162-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-55162-0 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85162-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Florian*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie behandelt die Frage, ob und wie die in Deutschland immer wieder diskutierten Modelle für Kapazitätsmechanismen mit europäischem Recht vereinbar sind. Zwar kann sich die Bundesregierung (noch) nicht zu der Einführung eines Kapazitätsmarktes durchringen. Sie hat aber sowohl die bereits eingeführte Netzreserve als auch die sich im Verordnungsgebungsprozess befindende Kapazitätsreserve bei der Europäischen Kommission umfassend zu begründen. Auch ein etwaiger deutscher Kapazitätsmarkt müsste sich einem ähnlichen Verfahren stellen.

Die Arbeit gibt einerseits einen rechtlichen Einblick in die verschiedenen Modelle und nimmt in dieser Hinsicht eine Strukturierung vor, andererseits beantwortet sie die europarechtlichen Fragen detailliert für jedes Modell.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke für die Themenfindung und die Betreuung meiner Promotion sowie die außergewöhnlich zügige Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Prof. Dr. Stephan Hobe danke ich für die Erstellung des Korreferats, Herrn Prof. Dr. Burkhard Schöbener für die Übernahme der Leitung der Prüfungskommission im Rahmen der Disputation.

Ganz besonderer Dank gilt Herrn Dr. Florian Reul für seine Unterstützung in jeglicher Hinsicht.

Bonn, im März 2017

*Linda Preuß*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	13
<b>A. Begriffsbestimmungen Kapazitätsmarkt, Kapazitätsmechanismus und Abgrenzung zu anderen Arten der Leistungsvorhaltung</b> .....	22
I. Zentrale Kapazitätsmärkte .....	24
1. Zentraler, umfassender Kapazitätsmarkt .....	25
2. Zentraler, fokussierter Kapazitätsmarkt .....	26
II. Dezentrale Kapazitätsmärkte .....	28
1. Dezentraler, umfassender Kapazitätsmarkt .....	29
a) Dezentraler, umfassender Kapazitätsmarkt ohne zentrale Verpflichtung . . . .	29
b) Dezentraler, umfassender Kapazitätsmarkt mit „ex-ante-Verpflichtung“ . . . .	33
2. Dezentraler, umfassender, rein nachfrageorientierter Kapazitätsmarkt .....	35
III. Strategische Reserve bzw. Kapazitätsreserve .....	37
1. Das Konzept der Strategischen Reserve .....	37
2. Die Kapazitätsreserve nach dem Gesetzentwurf zur Weiterentwicklung des Strommarktes (Strommarktgesetz); Erlass der Kapazitätsreserveverordnung	40
IV. Exkurs: Die Netzreserve .....	42
1. Einführung eines administrativen Ansatzes für eine Netzreserve .....	42
2. Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für eine Reservekraftwerksverordnung	43
3. Erlass der Reservekraftwerksverordnung (ResKV) .....	43
4. Änderung der ResKV in die neue Netzreserveverordnung (NetzResV) und einzelne Regelungen .....	44
a) Regelungen zur Systemanalyse .....	45
b) Regelungen zum Ausschreibungsverfahren .....	45
c) Regelungen über die Beschaffung von Kapazitäten aus bestehenden Anlagen	46
d) Regelungen zur Kostenerstattung .....	47
e) Regelungen über die Beschaffung von Kapazitäten aus neu zu errichtenden Anlagen .....	48
V. Zusammenfassung .....	50
<b>B. Die Vereinbarkeit von Kapazitätsmechanismen mit der Warenverkehrsfreiheit</b>	53
I. Sachlicher Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet? .....	53

II. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 AEUV .....	55
1. Abschließende Harmonisierung nach der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs .....	55
a) <i>Vanacker und Lesage</i> , C-37/92 .....	55
b) <i>DaimlerChrysler</i> , C-324/99 .....	57
c) <i>Deutscher Apothekerverband</i> , C-322/01 .....	58
d) <i>Kommission/Deutschland</i> , C-463/01 .....	59
e) <i>Radlberger Getränkegesellschaft</i> , C-309/02 .....	61
f) <i>Kommission/Frankreich</i> , C-216/11 .....	61
g) <i>Åland</i> , C-573/12 .....	62
h) <i>Essent Belgium</i> , C-204/12, C-206/12, C-208/12 .....	64
i) Zusammenfassung .....	64
2. Europäische Harmonisierung im Bereich Kapazitätsmechanismen .....	65
a) Prüfungsmaßstab .....	65
b) Richtlinie 2009/72/EG als abschließende Harmonisierungsmaßnahme? .....	67
c) Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen als abschließende Harmonisierungsmaßnahme .....	72
aa) Die Rechtsnatur von Leitlinien und ihre Eignung als Harmonisierungsmaßnahme .....	73
bb) Abschließende Harmonisierung durch die „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020“ .....	77
d) Zusammenfassung .....	82
III. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit .....	83
1. Zentraler, umfassender Kapazitätsmarkt .....	85
2. Zentraler, fokussierter Kapazitätsmarkt .....	86
3. Dezentrale, umfassende Kapazitätsmärkte .....	89
4. Dezentraler, umfassender, rein nachfrageorientierter Kapazitätsmarkt .....	92
5. Kapazitätsreserve .....	93
6. Exkurs: Netzreserve nach NetzResV .....	94
7. Zusammenfassung .....	97
IV. Rechtfertigung der Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit bei Kapazitätsmärkten und der Kapazitätsreserve .....	97
1. Öffentliche Sicherheit, Art. 36 Satz 1 AEUV .....	98
2. <i>Cassis</i> -Rechtsprechung .....	105
3. Art. 106 Abs. 2 AEUV .....	106
a) Begriff des Unternehmens .....	107
b) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse .....	108
c) Betrauungsakt .....	109
d) Verhinderung der Erfüllung einer „übertragenen besonderen Aufgabe“ .....	110
e) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs, Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV .....	112

4. Zusammenfassung .....	120
V. Zusammenfassung Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit .....	121
<b>C. Die Vereinbarkeit von Kapazitätsmechanismen mit dem europäischen Beihilfe-</b>	
<b>recht .....</b>	<b>124</b>
I. Gewährung eines Vorteils aus staatlichen Mitteln .....	125
1. Zentrale Kapazitätsmärkte .....	126
2. Dezentrale, umfassende Kapazitätsmärkte ohne „ex-ante-Verpflichtung“ .....	129
3. Dezentrale, umfassende Kapazitätsmärkte mit „ex-ante-Verpflichtung“ .....	130
4. Dezentrale, umfassende, rein nachfrageorientierte Kapazitätsmärkte .....	130
5. Kapazitätsreserve .....	131
6. Exkurs: Netzreserve nach NetzResV .....	135
7. Zusammenfassung .....	135
II. Zusammenfassung Vereinbarkeit mit dem europäischen Beihilferecht .....	137
<b>D. Die Vereinbarkeit von Kapazitätsmechanismen mit dem Energiebinnenmarkt</b>	<b>138</b>
I. Keine energiebinnenmarktrechtlichen Vorgaben für Kapazitäts- und Netzreserve (sog. Reservelösungen)? .....	139
II. Einzelheiten zu den für Kapazitätsmärkte relevanten energiebinnenmarktrechtlichen Vorgaben .....	141
1. Art. 7 der Richtlinie 2009/72/EG .....	141
2. Art. 8 der Richtlinie 2009/72/EG und Verhältnis der Vorschrift zu Art. 7 der Richtlinie 2009/72/EG .....	141
III. Umsetzung der Art. 7 und 8 der Richtlinie 2009/72/EG in deutsches Recht .....	143
1. §§ 4 ff. BImSchG als Umsetzungsnormen des Art. 7 der Richtlinie 2009/72/EG? .....	143
2. § 53 EnWG .....	144
a) Allgemeines .....	144
b) Regelungsgehalt .....	146
aa) Verfahren .....	146
bb) Zuständigkeit .....	147
IV. Energiebinnenmarktrechtlicher Prüfungsmaßstab für Kapazitätsmärkte .....	147
1. Zentrale Kapazitätsmärkte .....	148
2. Dezentrale Kapazitätsmärkte .....	151
3. Reservelösungen .....	151
V. Zusammenfassung .....	152
<b>E. Ergebnisse .....</b>	<b>154</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>157</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>162</b>



## Einleitung

Begriffe wie Energiewende, Energiemarkt oder Netzausbau sind derzeit in aller Munde und Inhalt täglicher Nachrichtenmeldungen und Presseartikel. Der Strommarkt in Deutschland und Europa steht vor den gravierendsten Umbrüchen zumindest der letzten drei Dekaden.<sup>1</sup> Nachdem in der energiewirtschaftlichen Debatte zunächst die politischen Grundsatzentscheidungen – Abkehr von der Atomenergie und Ausbau der erneuerbaren Energien – im Vordergrund standen, wendet man sich in letzter Zeit mehr den kurz- und mittelfristigen Folgen aus den Entscheidungen zur Energiewende zu.<sup>2</sup> Eine dieser Folgen, insbesondere aus der Umstellung der Stromerzeugung von heute rund 70 % konventioneller Erzeugung auf 55 bis 60 % erneuerbare, d. h. kohlendioxidfreie Energien bis 2035, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 EEG, ist eine notwendige Neustrukturierung des Strommarktes, denn höhere Anteile an erneuerbaren Energien stellen neue Herausforderungen an die Gewährleistung der Versorgungssicherheit.<sup>3</sup> Dabei soll der Strommarkt Erzeugung und Verbrauch weiterhin effizient synchronisieren: Er soll dafür sorgen, dass ausreichend Kapazitäten vorhanden sind, damit jederzeit ein Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage möglich ist (Vorhaltefunktion).<sup>4</sup> Gleichzeitig muss er sicherstellen, dass diese Kapazitäten so eingesetzt werden, dass Erzeugung und Verbrauch jederzeit im Gleichgewicht sind (Einsatzfunktion).<sup>5</sup>

Ferner erfordert ein Umschwenken auf nicht fossile Primärenergieträger durchweg hohe Investitionen. Beispielsweise bedingt die regional unterschiedliche Ver-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Günther*, EnWZ 2013, 385, 385, die zudem die vielschichtige Problematik der aktuellen Stromversorgungssituation mit ihren qualitativ und quantitativ neuen Herausforderungen als Folge sechs verschiedener Entwicklungen im Energiemarkt ansieht: (1) Mangelhafte Kraftwerkssubstanz nach Phase der Unterinvestition, (2) Dringende Investitionsnotwendigkeiten wegen Ausstiegs aus der Kernenergie und der Abschaltung von Kraftwerken wegen neuer Investitionsstandards, (3) Umstellung auf erneuerbare Energien, (4) Ungünstige Entwicklungen auf den globalen Brennstoffmärkten mit niedrigem Preisniveau bei Kohle gegenüber hohen wirtschaftlichen Herausforderungen für klimafreundliche Erdgaskraftwerke, (5) Unzureichendes europäisches Emissionshandelssystem, welches keine hinreichend robusten Preise für den Ausstoß klimaschädlicher Gase liefert und (6) Anstieg der Kosten fossiler Kraftwerke um 70 % in den letzten Jahren.

<sup>2</sup> *Franke*, EnWZ 2013, 529, 529.

<sup>3</sup> *Rösler*, in EnWZ 2013, 193, 193 f., welcher als Bundesminister für Wirtschaft und Technologie bereits in der 17. Legislaturperiode eine Neustrukturierung des Strommarktes für unumgänglich hielt.

<sup>4</sup> *BMWi*, Grünbuch, aufrufbar unter: [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de), zuletzt aufgerufen am: 24. November 2015, S. 6.

<sup>5</sup> *BMWi*, Grünbuch, S. 6.

fügarkeit von Wind- und Solarenergie den notwendigen, jedoch kostenintensiven Ausbau vor allem der Höchstspannungsnetze.<sup>6</sup> Naturgemäß ist die Stromerzeugung aus Wind und Sonne zudem stark von bestimmten meteorologischen Bedingungen abhängig, also durch eine erheblich schwankende Produktion gekennzeichnet.<sup>7</sup> Angesichts noch nicht entwickelter, ausreichend effizienter Speichermöglichkeiten kann aus Wind- und Sonnenenergie erzeugter Strom daher nicht entscheidend zur Versorgungssicherheit beitragen.

Aber nicht nur die Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien, sondern auch der Wegfall von sicher zur Verfügung stehender Kapazität durch die Abschaltung von Kernkraftwerken und die fehlende Rentabilität des Betriebs von konventionellen Kraftwerken sind die Hauptgründe dafür, dass die Versorgungssicherheit in Deutschland mittel- bis langfristig gefährdet erscheint.<sup>8</sup> Die derzeitigen Überkapazitäten in Höhe von 60 GW an Strom erklären sich hingegen zum einen aus dem effizienter gewordenen Strommarkt sowie zum anderen aus der Kopplung der nationalen Strommärkte auf europäischer Ebene.<sup>9</sup> Diese Überkapazitäten sowie die niedrigen CO<sub>2</sub>-Preise führen gegenwärtig zu niedrigen Großhandelspreisen, wobei dies jedoch aktuell die Wirtschaftlichkeit von Bestands- und Neubaukraftwerken verringert und den Förderbedarf für erneuerbare Energien erhöht.<sup>10</sup> Denn wenn die Spotmarktpreise für Strom zu tief sinken, können sich insbesondere Kraftwerke mit hohen variablen Kosten, wie z. B. Gasturbinenkraftwerke, nicht über den Spotmarkt refinanzieren.<sup>11</sup> Dies schreckt Investoren vom Neubau von Kraftwerken ab, so dass in der Folge zu wenig Erzeugungskapazität in den Markt eingestellt wird.<sup>12</sup> Mögliche Stilllegungen sog. „systemrelevanter“ Kraftwerke bzw. deren unzureichende Gasversorgung können mittelfristig die Versorgungssicherheitslage verschlimmern.<sup>13</sup> Insbesondere die europäische Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen erzwingt in den nächsten Jahren die Abschaltung von Kraftwerksanlagen, die die neuen

---

<sup>6</sup> Vgl. Website der Bundesnetzagentur zum Netzausbau: <http://www.netzausbau.de/wissenswertes/warum/de.html>, zuletzt aufgerufen am: 2. Januar 2016.

<sup>7</sup> Vgl. *Günther*, EnWZ 2013, 385, 385.

<sup>8</sup> *Däuper/Voß*, IR 2013, 170, 170, dies zwar zum Hintergrund und Zweck der Netzreserve (die das Ziel der Gewährleistung der notwendigen Netzspannung hat) herausstellend, greifen die Erklärungen aber ebenso für die leistungsbilanzielle Versorgungssicherheit, welche auf die Gewährleistung der Abdeckung der Nachfrage nach Strom durch Gewährleistung eines ausreichenden Angebotes an Kraftwerksleistung abzielt.

<sup>9</sup> *BMWi*, Grünbuch, S. 13.

<sup>10</sup> *BMWi*, Grünbuch, S. 13.

<sup>11</sup> *Energiewirtschaftliches Institut (EWI) an der Universität zu Köln*, Untersuchungen zu einem zukunftsfähigen Strommarktdesign, aufrufbar unter: [www.ewi.uni-koeln](http://www.ewi.uni-koeln), zuletzt aufgerufen am: 24. November 2015, S. 46.

<sup>12</sup> *Energiewirtschaftliches Institut (EWI) an der Universität zu Köln*, Strommarktdesign, S. 46.

<sup>13</sup> Vgl. das Energiekonzept 2050 der Bundesregierung unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de), zuletzt aufgerufen am: 24. November 2015.

Emissionsstandards nicht mehr einhalten.<sup>14</sup> „Versorgungssicherheit“ aus Sicht der Stromkunden bezieht sich dabei nicht nur auf die gesicherte Belieferung mit Strom, sondern auch auf die Sicherheit der Strompreise.<sup>15</sup>

Aus diesen Gründen erwog die Bundesregierung zunächst, einen sog. klassischen Kapazitätsmarkt einzuführen. Dabei ging es in der aktuellen Diskussion im Kern darum, ob und, wenn ja, welche Änderungen des in Deutschland bisher bestehenden Stromengienmarktes (sog. Energy-only-Markt) notwendig sind, um auch zukünftig Versorgungssicherheit zu gewährleisten.<sup>16</sup> Bei Kapazitätsmärkten handelt es sich um eine Art von Strommarktdesign<sup>17</sup>, in deren Rahmen im Gegensatz zu reinen Energiemärkten auch die bloße Vorhaltung von Kapazitäten vergütet wird und zwar auf einem zweiten, neben den Energy-only-Markt tretenden Strommarkt.<sup>18</sup> Mithilfe von Kapazitätsmechanismen jeglicher Art soll ein vorgegebener Zielwert an Kapazität erreicht und das gewünschte Niveau an Versorgungssicherheit realisiert werden.<sup>19</sup>

Anstoß der Diskussion um die Einführung eines Kapazitätsmarktes im Strombereich war die Gründung des sog. Kraftwerksforums durch das BMWi<sup>20</sup> im Sommer 2011. Ziel des Kraftwerksforums war der Ideenaustausch zwischen Politik, Energiewirtschaft und Umweltverbänden angesichts der drängenden Frage der Versorgungssicherheit des durch zahlreiche neue Entwicklungen beeinflussten Strommarktes. In der zweiten Sitzung des Kraftwerksforums im April 2012 hat das BMWi mit Ländern und Verbänden einen Dialog über ein zukunftsfähiges Design der Strommärkte begonnen.<sup>21</sup> Ausgangspunkt der Debatte war ein Gutachten zum

---

<sup>14</sup> Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung).

<sup>15</sup> *Energiewirtschaftliches Institut (EWI) an der Universität zu Köln*, Strommarktdesign, S. 46.

<sup>16</sup> Auf dem deutschen Strommarkt spielt die Bereitstellung von Kapazitäten zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit auf dem Regenergiemarkt bislang nur eine untergeordnete Rolle, weshalb *Däuper/Voß* diesen als klassischen „Energy-only-Markt“ bezeichnen, vgl. ZNER 2012, 119, 119.

<sup>17</sup> Die Begriffe „Kapazitätsmarktmodell“ und „Strommarktdesign“ werden in vorliegender Arbeit nicht – wie teilweise in der Literatur vorgenommen – synonym gebraucht. Die Diskussion um die verschiedenen Kapazitätsmarktmodelle stellt zwar im Wesentlichen die zur Diskussion stehende Änderung des Strommarktdesigns dar. Der Begriff Marktdesign (bzw. Strommarktdesign) kann jedoch als Oberbegriff für die Ausgestaltung eines Strommarktes mit und ohne Kapazitätsmechanismen angesehen werden.

<sup>18</sup> *Däuper/Voß*, ZNER 2012, 119, 119. Vgl. zur Kapazitätsmarktdefinition auch unten unter Punkt A.

<sup>19</sup> *Energiewirtschaftliches Institut (EWI) an der Universität zu Köln*, Strommarktdesign, S. 46.

<sup>20</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi).

<sup>21</sup> Vgl. Website des Bundeswirtschaftsministeriums zur genauen Entwicklung der Diskussion: <http://www.bmw.de/DE/Themen/Energie/Strommarkt-der-Zukunft/plattform-strommarkt.html>, zuletzt aufgerufen am: 24. November 2015; ursprünglich für Deutschland ins Gespräch gebracht wurden Kapazitätsmärkte von der *Ethik-Kommission Sichere Energiever-*