

**Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht**

Band 14

Regulatorische Steuerung von Märkten am Beispiel des Regelreservemarkts

**Normsetzungskompetenz –
Höherrangige Grenzen – Rechtsschutz**

Von

Anna Halbig



Duncker & Humblot · Berlin

ANNA HALBIG

Regulatorische Steuerung von Märkten
am Beispiel des Regelreservemarkts

Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 14

Regulatorische Steuerung von Märkten am Beispiel des Regelreservemarkts

Normsetzungskompetenz –
Höherrangige Grenzen – Rechtsschutz

Von

Anna Halbig



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahre 2020 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

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormArt, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2198-0632

ISBN 978-3-428-18341-8 (Print)

ISBN 978-3-428-58341-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Aktualisierungen hinsichtlich des Rechtsstandes sowie der einschlägigen Literatur konnten in weiten Teilen bis Ende Dezember 2020 eingearbeitet werden.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Markus Ludwigs, für die bereichernde Betreuung. Der fachliche Austausch mit ihm war stets sehr inspirierend und seine Ratschläge ein Gewinn für das Gelingen meiner Arbeit. Zu schätzen weiß ich insbesondere die gewährte wissenschaftliche Freiheit sowie das Vertrauen in mich als externe Doktorandin. Danken möchte ich ebenfalls Prof. Dr. Florian Bien, Maître en droit, für die außergewöhnlich zügige Erstellung des umfassenden Zweitgutachtens. Für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Ralf Brinktrine und Prof. Dr. Markus Ludwigs.

Gleicher Dank gebührt meinen Kolleginnen und Kollegen der Stiftung Umweltenergierecht, Würzburg, für die zahlreichen fachlichen Diskussionen, insbesondere aber auch für die tolle zwischenmenschliche Arbeitsatmosphäre während meiner dortigen promotionsbegleitenden Beschäftigungszeit. Besonders hervorheben möchte ich Herrn Thorsten Müller, wissenschaftlicher Leiter der Stiftung Umweltenergierecht, der mich bei der Themenfindung inspiriert und mir stets Freiräume für die Anfertigung meiner Dissertation eingeräumt hat. Bedanken möchte ich mich ebenso herzlich bei allen Teilnehmenden des stiftungsinternen Dissertationstreffens, die mit vielen wertschätzenden Hinweisen und gewinnbringenden Diskussionen den Fortgang der Arbeit von der Themensuche bis zur Veröffentlichung begleitet haben.

Schließlich gilt besonderer Dank meiner Familie, meinem Mann sowie meinen Freundinnen und Freunden für die Unterstützung und Begleitung auf dem Weg meiner Promotion, aber auch während meines persönlichen und akademischen Werdegangs in der Zeit davor.

Würzburg, Februar 2021

Anna Halbig

Inhaltsübersicht

Teil 1

Einführung und allgemeine Grundlagen des Regelreservemarkts	23
A. Einführung	23
B. Gang der Untersuchung	29
C. Funktion und Wirkweise der Regelreserve	30
D. Produktqualitäten der Regelreserve	36
E. Historische Entwicklung des Regelreservemarkts	42
F. Regelreserve-Ausschreibung als marktbasiertes Verfahren	53

Teil 2

Rechtsrahmen des Regelreservemarkts	65
A. Rechtsquellen des Regelreservemarkts	66
B. Sonderregelungen im Regelreservemarkt für einzelne Akteure und Technologien	89
C. Verhältnis der nationalen zu den europäischen Regelreserve-Vorschriften	90

Teil 3

Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen als regulatorische Steuerungsinstrumente	101
A. Begriff und Reichweite von regulatorischen Steuerungsinstrumenten	102
B. Das Steuerungsinstrument der Marktzutrittsregeln	114
C. Das Steuerungsinstrument der Marktmodalitätenbestimmungen	128

Teil 4

Normsetzungskompetenz bezüglich Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	142
A. Dimensionen und Grade der Urheberschaft	143
B. Hoheitliche und private Normsetzung beim Erlass von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	146

Teil 5

**Höherrangige Grenzen beim Erlass
von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen** 192

- A. Grenzen beim Erlass von allgemein geltenden Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen 194
- B. Grenzen beim Erlass von Sonderregelungen 264
- C. Auswirkungen der regulierten Selbstregulierung auf die einzuhaltenden Grenzen ... 286

Teil 6

**Rechtsschutzmöglichkeiten bezüglich Marktzutrittsregeln
und Marktmodalitätenbestimmungen** 292

- A. Rechtsschutz bezüglich abstrakt-genereller Rechtsakte von Hoheitsträgern 292
- B. Rechtsschutz bezüglich abstrakt-genereller Regelwerke von privaten Akteuren 308

Teil 7

Zusammenfassung der wesentlichen Thesen und Ergebnisse 326

Literaturverzeichnis 333

Sachwortverzeichnis 366

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Einführung und allgemeine Grundlagen des Regelreservemarkts	23
A. Einführung	23
I. Problemstellung und Ziel der Untersuchung	23
II. Der Regelreservemarkt als Referenzfall	25
B. Gang der Untersuchung	29
C. Funktion und Wirkweise der Regelreserve	30
I. Einsatz von Regelreserve zur Frequenzstabilität	31
II. Begrifflichkeiten	32
1. Regelreserve	33
2. Regelleistung	34
3. Regelarbeit	34
III. Abgrenzung zur Ausgleichsenergie	35
D. Produktqualitäten der Regelreserve	36
I. Frequenzhaltungsreserve „FCR“ (Primärregelleistung)	38
II. Frequenzwiederherstellungsreserve „FRR“	39
1. Frequenzwiederherstellungsreserve mit automatischer Aktivierung „aFRR“ (Sekundärregelleistung)	39
2. Frequenzwiederherstellungsreserve mit manueller Aktivierung „mFRR“ (Minutenreserve)	40
III. Ersatzreserve „RR“ (Stundenreserve)	41
E. Historische Entwicklung des Regelreservemarkts	42
I. Liberalisierung des (nationalen) Regelreservemarkts	42
II. Klimaschutzpolitische Transformation des Regelreservemarkts	45
III. Europäisierung des Regelreservemarkts	49
IV. Ergebnis: Historische Entwicklung	53
F. Regelreserve-Ausschreibung als marktbasierter Verfahren	53
I. Merkmale eines Markts	54
II. Kategorisierung des Regelreservemarkts	56

1. Regulierte Elemente	56
a) Eingriffe in Vertragsfreiheit durch Ausschreibungsbedingungen	56
b) Marktzutrittsregeln durch das Präqualifikationsverfahren	57
c) Angebots- und nachfrageunabhängige Dimensionierung des Bedarfs	58
2. Marktbasierte Elemente	59
a) Wettbewerbliche Ermittlung der Vergütungshöhe	59
b) Marktöffnung für weitere Marktakteure und Technologien	61
c) Keine verpflichtende Teilnahme am Regelreservemarkt	61
d) Haftung bei Vertragsverletzungen	62
3. Regelreservemarkt zwischen Wettbewerb und Regulierung	62
4. Zwischenergebnis: Kategorisierung Regelreservemarkt	63

Teil 2

Rechtsrahmen des Regelreservemarkts	65
A. Rechtsquellen des Regelreservemarkts	66
I. Rechtsquellen des Präqualifikationsverfahrens	66
1. Präqualifikationsverfahren	67
2. Rahmenvertrag	71
II. Rechtsquellen des Ausschreibungsverfahrens	72
1. Allgemeine Vorgaben zur Gestaltung des Regelreservemarktdesigns	73
2. Ausschreibungsbedingungen bis 02. 11. 2020	74
a) Ausschreibungsverfahren für die Frequenzhaltungsreserve „FCR“	74
b) Ausschreibungsverfahren für die Frequenzwiederherstellungsreserve mit automatischer Aktivierung „aFRR“	77
c) Ausschreibungsverfahren für die Frequenzwiederherstellungsreserve mit manueller Aktivierung „mFRR“	79
3. Einführung eines Regelarbeitsmarkts zum 02. 11. 2020 für aFRR und mFRR	80
a) Europarechtliche Vorgaben hinsichtlich des Regelleistungsmarkts	81
b) Europarechtliche Vorgaben hinsichtlich des Regelarbeitsmarkts	82
c) Konkrete Gestaltung des Regelarbeitsmarkts für aFRR und mFRR	83
4. Einführung europäischer Plattformen ab 2022 für den gemeinsamen Austausch von aFRR und mFRR	84
III. Ergebnis: Rechtsquellen des Regelreservemarkts	87
B. Sonderregelungen im Regelreservemarkt für einzelne Akteure und Technologien ...	89
C. Verhältnis der nationalen zu den europäischen Regelreserve-Vorschriften	90
I. Vorrang des Unionsrechts und Normwiederholungsverbot	91

II. Bedeutung für das Verhältnis der Regelreserve-Vorschriften	94
1. Keine Übernahme der neuen europäischen Terminologie	95
2. Fehlender expliziter Hinweis auf die Einführung eines Regelarbeitsmarkts ..	95
3. Kollisionen des nationalen und des europäischen Rechtsrahmens	96
4. Inkonsistenzen aufgrund nicht widerrufenen – teils inhaltlich abweichender – Regelwerke	97
5. Redundanzen der nationalen und europäischen Regelwerke	98
III. Überarbeitungsbedarf und Handlungsempfehlung	99
IV. Ergebnis: Verhältnis der nationalen Regelreserve-Vorschriften zu den europäi- schen Vorschriften	100

Teil 3

Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen als regulatorische Steuerungsinstrumente

	101
A. Begriff und Reichweite von regulatorischen Steuerungsinstrumenten	102
I. Regulierungsbegriff	102
II. Regulatorische Steuerungsinstrumente: die Steuerungsfunktion des Rechts	105
III. Formen der regulatorischen Steuerung	107
1. Unterscheidung anhand der Urheberschaft	107
2. Unterscheidung anhand der Wirkung auf den Adressaten	108
3. Unterscheidung anhand des Umfangs	109
IV. Erlass von Sonderregelungen für einzelne Akteure oder Technologien	110
V. Systematisierungsansätze und Begrifflichkeiten im Kontext von regulatorischen Steuerungsinstrumenten	112
1. Steuerungssubjekt	112
2. Steuerungsobjekt	113
3. Steuerungsziel	113
4. Steuerungsmethode	114
B. Das Steuerungsinstrument der Marktzutrittsregeln	114
I. Marktzutrittsregeln als Steuerungsinstrumente	115
II. Systematisierung von Marktzutrittsregeln anhand der Steuerungsmethode	117
1. Produkteigenschaftssteuernde Marktzutrittsregeln	118
a) Direkte Eigenschaftssteuerung	118
b) Indirekte Eigenschaftsteuerung	120
2. Akteurssteuernde Marktzutrittsregeln	122
3. Mengensteuernde Marktzutrittsregeln	122

III. Das Präqualifikationsverfahren als Beispiel für eine Marktzutrittsregel	124
IV. Ergebnis: Das Steuerungsinstrument der Marktzutrittsregeln	127
C. Das Steuerungsinstrument der Marktmodalitätenbestimmungen	128
I. Marktmodalitätenbestimmungen als Steuerungsinstrumente	129
II. Systematisierung von Marktmodalitätenbestimmungen anhand der Steuerungsmethode	131
1. Produkteigenschaftssteuernde Marktmodalitätenbestimmungen	131
2. Akteurssteuernde Marktmodalitätenbestimmungen	133
3. Marktverhaltenssteuernde Marktmodalitätenbestimmungen	134
a) Allgemeine Marktverhaltenssteuerung	134
b) Marktspezifische Verhaltenssteuerung	135
III. Die Regelreserve-Ausschreibungsbedingungen als Beispiel für Marktmodalitätenbestimmungen	137
IV. Ergebnis: Das Steuerungsinstrument der Marktmodalitätenbestimmungen	140

Teil 4

Normsetzungskompetenz bezüglich Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	142
A. Dimensionen und Grade der Urheberschaft	143
B. Hoheitliche und private Normsetzung beim Erlass von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	146
I. Imperative Regulierung durch Hoheitsträger	147
1. Wirtschaftssteuerung durch unmittelbares hoheitliches Handeln	147
a) Formen unionsrechtlicher Normsetzung	147
b) Formen hoheitlicher Normsetzung in Deutschland	148
c) Zwischenergebnis: Imperative Regulierung durch Hoheitsträger	149
2. Hoheitliche Normsetzung im Regelreservebereich	150
a) Überblick über die hoheitlichen Regelungen des Regelreservemarkts	150
b) Vertiefend: Rechtsnatur der Festlegungen der Bundesnetzagentur	151
aa) Rechtsprechung und herrschende Meinung	151
bb) Andere Ansicht	153
cc) Eigener Ansatz	154
dd) Rechtsnatur der Ausschreibungsbedingungen des Regelreservemarkts	156
ee) Zwischenergebnis: Rechtsnatur der Festlegungen der Bundesnetzagentur	159
3. Ergebnis: Hoheitliche Regulierung	160

II. Regulierung durch den Hoheitsträger unter Aufnahme von Elementen privater Selbstregulierung	160
1. Wirtschaftssteuerung durch hoheitliches Handeln unter Aufnahme von Elementen privater Selbstregulierung	160
2. Hoheitliche Normsetzung unter Aufnahme von Elementen privater Regulierung im Regelreservebereich	161
a) Ausarbeitung und Erlass von Kommissionsleitlinien nach der StromhandelZVO	163
b) Ausarbeitung und Erlass von EU-Netzkodizes nach der StromhandelZVO	166
c) Sonderfälle der Guideline on Electricity Balancing und der Guideline on System Operation: Überführung von EU-Netzkodizes in Kommissionsleitlinien	170
3. Zwischenergebnis: Hoheitliches Handeln unter Aufnahme von Elementen privater Selbstregulierung	172
III. Regulierte Selbstregulierung	172
1. Wirtschaftssteuerung durch hoheitlich reguliertes Handeln privater Akteure ..	173
a) Fehlende demokratische Legitimation privater Akteure	173
b) Normerlass durch private Akteure im Rahmen der sogenannten regulierten Selbstregulierung	174
aa) Das Konzept der regulierten Selbstregulierung	174
bb) Private Normsetzung als Teilaspekt der regulierten Selbstregulierung ..	178
2. Private Normsetzung im Regelreservebereich	180
a) Begriffsbestimmung „Ausführungsakt“	182
b) Verfahrensgang der Ausarbeitung der Ausführungsakte	184
c) Rechtsnatur der Ausführungsakte	186
d) Erlass der Ausführungsakte als Anwendungsfall der regulierten Selbstregulierung	187
e) Zwischenergebnis: Private Normsetzung im Regelreservebereich	190
3. Ergebnis: Regulierte Selbstregulierung	190

Teil 5

Höherrangige Grenzen beim Erlass von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen 192

A. Grenzen beim Erlass von allgemein geltenden Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	194
I. Primärrechtliche Grenzen im Kontext von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	195
1. Grundfreiheiten zur Sicherung des grenzüberschreitenden Verkehrs	195
a) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Regelreservemarkt	195

b)	Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	198
aa)	Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten	198
bb)	Unionsorgane als Verpflichtungsadressaten	199
cc)	Private als Verpflichtungsadressaten	200
(1)	Rechtsprechung des EuGH	201
(2)	Meinungen im Schrifttum	202
(3)	Stellungnahme	204
(4)	Folge für die Normsetzung durch die ÜNB	205
dd)	Zwischenergebnis: Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	206
c)	„Maßnahme gleicher Wirkung“ durch Präqualifikationsverfahren und Ausschreibungsbedingungen?	207
aa)	Maßnahme gleicher Wirkung	207
bb)	Präqualifikationsbedingungen – Maßnahme gleicher Wirkung?	208
cc)	Ausschreibungsbedingungen – Maßnahme gleicher Wirkung?	210
d)	Zwischenergebnis: Grundfreiheiten	210
2.	Europäischer Grundrechtsschutz der Marktteilnehmer	211
a)	Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	211
aa)	Unionsorgane als Verpflichtungsadressaten	211
bb)	Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten	212
cc)	Private als Verpflichtungsadressaten	214
dd)	Zwischenergebnis: Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	216
b)	Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit der etablierten und neuen Marktteilnehmer	217
aa)	Schutz der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen	218
bb)	Bedeutung für den Regelreservemarkt	220
c)	Eigentumsfreiheit der etablierten und neuen Marktteilnehmer	222
aa)	Schutz des Eigentums der Marktteilnehmer	222
bb)	Bedeutung für den Regelreservemarkt	224
cc)	Keine Übertragbarkeit der Rechtslage beim Atomausstieg	225
d)	Zwischenergebnis: GRCh im Kontext von Marktzutrittsregeln und Modalitätenbestimmungen	226
3.	EU-Wettbewerbsrecht im Kontext privater Normsetzung	226
a)	Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts	227
aa)	Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbsrecht neben dem Energierecht	228
bb)	Exklusivität der Warenverkehrsfreiheit gegenüber den Wettbewerbsregeln	228
cc)	Normsetzung als wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens	230
b)	Verbot bezüglich kartellrechtlicher Zusammenschlüsse	233

c) Schutz vor missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV)	236
aa) Regelreservemarkt als relevanter Markt	237
bb) Marktbeherrschende Stellung der ÜNB auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben	239
cc) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch ÜNB	241
dd) Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen	245
d) Zwischenergebnis: Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV)	245
4. Ergebnis: Primärrechtliche Grenzen	246
II. Verfassungsrechtliche Grenzen im Kontext von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	247
1. Grundrechte	247
a) Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	247
b) Verhältnis der nationalen zu den europäischen Grundrechten	250
c) Berufsfreiheit der etablierten und neuen Marktteilnehmer	252
aa) Schutz der Berufsausübung in neuen Tätigkeitsbereichen	252
bb) Kein Schutz vor Konkurrenz	254
cc) Drei-Stufen-Theorie des BVerfG	255
dd) Bedeutung für den Regelreservemarkt	256
d) Eigentumsfreiheit der etablierten und neuen Marktteilnehmer	258
aa) Eigentumsschutz für neue Marktteilnehmer	258
bb) Eigentumsschutz für am Markt etablierte Unternehmen	259
cc) Bedeutung für den Regelreservemarkt	261
2. Zwischenergebnis: Verfassungsrechtliche Grenzen	262
III. Ergebnis: Grenzen beim Erlass von allgemein geltenden Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	263
B. Grenzen beim Erlass von Sonderregelungen	264
I. Primärrechtliche Grenzen im Kontext von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	265
1. Allgemeiner Gleichheitssatz zum Schutz vor (Un-)Gleichbehandlungen	265
a) Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	265
b) Verbot der ungerechtfertigten (Un-)Gleichbehandlung	266
c) Bedeutung für den Regelreservemarkt	267
2. Diskriminierungsverbot hinsichtlich Sonderregelungen	268
a) Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	269
b) Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Herkunft	270
c) Bedeutung für den Regelreservemarkt	271
3. EU-wettbewerbsrechtliche Aspekte beim Erlass von Sonderregelungen	272

a) Kartell- und Missbrauchsverbot als Grenze für die private Normsetzung . .	272
b) Beihilferecht als Grenze für die hoheitliche Normsetzung	273
aa) Voraussetzungen einer Beihilfe	274
bb) Beihilferechtliche Prüfung von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	275
cc) Bedeutung für den Regelreservemarkt	278
4. Zwischenergebnis: Primärrechtliche Grenzen	278
II. Verfassungsrechtliche Grenzen im Kontext von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	279
1. Gleichheitsrechtliche Aspekte bezüglich Sonderregelungen	279
a) Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	279
b) Verbot der ungerechtfertigten (Un-)Gleichbehandlung	280
c) Bedeutung für den Regelreservemarkt	282
2. Verbot von Einzelfallgesetzen und Sonderregelungen	283
a) Anforderungen aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG	283
b) Bindungswirkung für Hoheitsträger und ÜNB	284
c) Bedeutung für den Regelreservemarkt	285
3. Zwischenergebnis: Verfassungsrechtliche Grenzen	285
III. Ergebnis: Grenzen beim Erlass von Sonderregelungen	285
C. Auswirkungen der regulierten Selbstregulierung auf die einzuhaltenden Grenzen . . .	286
I. Einerseits keine Bindungswirkung vieler materiell-rechtlicher Grenzen	286
II. Andererseits Inbezugnahme zusätzlicher Grenzen	290
III. Ergebnis: Auswirkungen der regulierten Selbstregulierung auf die einzuhaltenden Grenzen	291

Teil 6

Rechtsschutzmöglichkeiten bezüglich Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen	292
A. Rechtsschutz bezüglich abstrakt-genereller Rechtsakte von Hoheitsträgern	292
I. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz gegen die Festlegungen der Bundesnetzagentur	293
1. Eröffnung des Zivilrechtswegs	293
2. Statthaftigkeit der Beschwerde gegen Festlegungen der Bundesnetzagentur	294
a) Beschränkung der Beschwerde auf einzelfallbezogene behördliche Maßnahmen	294
b) Rechtsnaturunabhängige Auslegung des Beschwerdegegenstands	294
3. Beschwerdebefugnis der Marktteilnehmer	297
4. Umfang der Beschwerdeentscheidung	300

5. Zwischenergebnis	301
II. Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen formelle und materielle nationale Gesetze	301
1. Abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	302
2. Rechtssatzverfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG	303
III. Unionsrechtlicher Individualrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte	305
1. Klageberechtigung der Marktteilnehmer im Rahmen der Nichtigkeitsklage ..	305
2. Umfang der Nichtigkeitsentscheidung im Erfolgsfall	307
IV. Ergebnis: Rechtsschutz bezüglich abstrakt-genereller Regelwerke von Hoheits-trägern	308
B. Rechtsschutz bezüglich abstrakt-genereller Regelwerke von privaten Akteuren	308
I. Private Normsetzung mit behördlicher Genehmigung	309
1. Besonderes Missbrauchsverfahren gemäß § 31 EnWG und Aufsichtsverfahren gemäß §§ 65 ff. EnWG	310
2. Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO	310
3. Drittanfechtungsbeschwerde gemäß §§ 75 ff. EnWG	311
II. Private Normsetzung ohne behördliche Genehmigung	311
1. Behördlicher Rechtsschutz	312
a) Besonderes Missbrauchsverfahren gemäß § 31 EnWG	312
b) Aufsichtsverfahren gemäß §§ 65 ff. EnWG	313
2. Gerichtlicher Rechtsschutz	313
a) Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz	313
b) Zivilgerichtlicher Rechtsschutz	314
aa) Zivilrechtliche Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO	315
bb) Allgemeine Leistungsklage	315
(1) AGB-Kontrolle der privaten Regelwerke	316
(2) Kartellrechtlicher Beseitigungsanspruch gemäß § 33 GWB i.V.m. Art. 102 AEUV	317
III. Leitlinienspezifische Beschwerdeverfahren zum Schutz vor Rechtsschutzdefiziten	318
1. Statthaftigkeit des leitlinienspezifischen Beschwerdeverfahrens	319
2. „Beteiligte“ als Beschwerdeführer	320
3. Verfahrensabschließende Entscheidung durch die zuständige Regulierungs-behörde	322
4. Rechtsschutz gegen gemeinschaftliche Ausführungsakte mehrerer oder aller europäischen ÜNB	322
IV. Ergebnis: Rechtsschutz bezüglich privater Regelwerke	324

Teil 7

Zusammenfassung der wesentlichen Thesen und Ergebnisse	326
Literaturverzeichnis	333
Sachwortverzeichnis	366

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Ausschreibungsverfahren für Frequenzhaltungsreserve FCR (eigene Darstellung)	88
Abbildung 2: Ausschreibungsverfahren für Frequenzwiederherstellungsreserve mit automatischer bzw. manueller Aktivierung (eigene Darstellung)	88
Abbildung 3: Dimensionen der Urheberschaft (eigene Darstellung, basierend auf Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 6)	143

Abkürzungsverzeichnis

ACER	Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER als englisches Akronym für Agency for the Cooperation of Energy Regulators)
ACER-VO	Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER als englisches Akronym für Agency for the Cooperation of Energy Regulators)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aFRR	Frequenzwiederherstellungsreserve mit automatischer Aktivierung (aFRR als englisches Akronym für automatic Frequency Restoration Reserve)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ApoG	Apothekengesetz
Ärzte-ZV	Ärzte-Zulassungsverordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BNotO	Bundesnotarordnung
BuchPrG	Buchpreisbindungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
ChemG	Chemikaliengesetz
ChemVerbotsV	Chemikalien-Verbotsverordnung
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e. V.
EE-Anlage	Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EltRL	Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie
EltVO	Elektrizitätsbinnenmarkt-Verordnung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ENTSO-E	Verband Europäischer Netzbetreiber Strom (ENTSO-E als englisches Akronym für European Network of Transmission System Operators for Electricity)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union

FCR	Frequenzhaltungsreserve (FCR als englisches Akronym für Frequency Containment Reserve)
FRR	Frequenzwiederherstellungsreserve (FRR als englisches Akronym für Frequency Restoration Reserve)
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT als englisches Akronym für General Agreement on Tariffs and Trade)
GCT	Gate Closure Time
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GL EB	Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem (GL EB als englisches Akronym für Guideline on Electricity Balancing)
GL SO	Leitlinie für den Übertragungsnetzbetrieb (GL SO als englisches Akronym für Guideline on System Operation)
GOT	Gate Opening Time
GRCh	EU-Grundrechte-Charta
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Horizontal-Leitlinien	Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit
Hz	Hertz
IGCC	Internationaler Netzregelverbund (IGCC als englisches Akronym für International Grid Control Cooperation)
LFR-Zone	Leistungs-Frequenz-Regelzone
mFRR	Frequenzwiederherstellungsreserve mit manueller Aktivierung (mFRR als englisches Akronym für manual Frequency Restoration Reserve)
MRL	Minutenreserve(-leistung)
MW	Megawatt
MWh	Megawattstunde
Ökodesign-RL	Ökodesign-Richtlinie
OLG	Oberlandesgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PQ-Bedingungen	Präqualifikationsbedingungen
PQ-Verfahren	Präqualifikationsverfahren
PRL	Primärregelleistung
PRL-Kooperation	Primärregelleistungskooperation
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
RR	Ersatzreserve (RR als englisches Akronym für Replacement Reserve)
RRA	Regelreserveanbieter
SGB	Sozialgesetzbuch
SRL	Sekundärregelleistung
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StromhandelZVO	Stromhandelzugangsverordnung
StromNZV	Stromnetzzugangsverordnung

SysStabV	Systemstabilitätsverordnung
TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
verb.	verbunden(e)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

Im Übrigen richten sich die Abkürzungen nach *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.

Teil I

Einführung und allgemeine Grundlagen des Regelreservemarkts

A. Einführung

I. Problemstellung und Ziel der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung, wie wettbewerbliche Märkte zur Erreichung festgelegter politischer Ziele transformiert werden können. Bei der staatlich gelenkten Transformation wettbewerblicher Märkte entfaltet sich ein Spannungsfeld zwischen dem freien Wettbewerb und den regulierenden Eingriffen in den Markt. Einerseits ermöglicht die Privatautonomie den wettbewerblichen Marktteilnehmern eine freie wirtschaftliche Betätigung nahezu ohne hoheitlichen Einfluss, andererseits unterliegen die Marktstrukturen in staatlich gelenkten Transformationsprozessen einer starken Regulierung zugunsten der politisch festgelegten Ziele. Dieses Spannungsfeld zwischen freiem Wettbewerb und regulierenden Eingriffen zugunsten politischer Ziele birgt diverse regulatorische Herausforderungen, die in der vorliegenden Arbeit untersucht werden.

Eine regulatorische Möglichkeit zur Operationalisierung der Systemtransformation ist der Erlass von Marktzutrittsregelungen und Marktmodalitätenbestimmungen.¹ Eine Marktzutrittsregel liegt vor, wenn ein Steuerungssubjekt in den Markt eingreift, um bestimmten Akteuren bzw. Produkten den Marktzutritt zu ermöglichen oder aber auch zu verwehren. In anderen Worten: es geht es um Regelungen dafür, welche Akteure bzw. Produkte Zutritt zu einem Markt haben sollten und welche nicht.² Hingegen wird durch Marktmodalitätenbestimmungen die Rahmenordnung eines gewissen Markts und ein Marktdesign vorgegeben; es geht folglich um die institutionelle Ausgestaltung eines spezifischen Markts. Hierbei beziehen sich die Regelungen unmittelbar auf die Organisation und/oder das Verhalten von aktuellen oder potenziellen Akteuren auf den wirtschaftlichen Märkten.³ Durch

¹ Vergleiche vertiefend zu Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen Teil 3.

² Neben den regulatorischen Marktzutrittsregeln bestehen auch ökonomische Marktzutrittsbarrieren wie zum Beispiel strategische und strukturelle Marktzutrittsschranken, vergleiche näher *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 14 ff. Aufgrund des rechtlichen Fokus dieser Arbeit wird nur auf regulatorische Aspekte beim Marktzutritt eingegangen, während die ökonomischen Fragestellungen nicht Untersuchungsgegenstand sind.

³ *Fuchs*, in: Körper, Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten, S. 9–36 (11).

die beiden Steuerungsinstrumente „Marktzutrittsregeln“ und „Marktmodalitätenbestimmungen“ kann Einfluss darauf genommen werden, welche Akteure und Produkte bzw. Technologien Zugang zu einem Markt haben und mit welchen Parametern das Marktdesign ausgestaltet ist. In diesem Rahmen besteht die Möglichkeit, die Regelungen einheitlich für alle Marktteilnehmer zu erlassen oder aber als Sonderregelungen, die nur bestimmte Akteure und Produkte bzw. Technologien betreffen, zu implementieren. Untersucht wird in der vorliegenden Dissertation die Frage, wie durch regulatorische Steuerungsmittel eine Systemtransformation in wettbewerblichen Strukturen zugunsten der gesetzten Steuerungsziele erreicht werden kann.

Rechtliche Herausforderungen bezüglich der Transformation eines Markts ergeben sich unter anderem, wenn – wie beim Regelreservemarkt – unterschiedliche Organe zugleich in einem Mehrebenensystem in rechtsetzender Funktion tätig sind und/oder wenn der Normsetzungsprozess unter Einbindung privater Einrichtungen bzw. Organisationen stattfindet. Die breite Streuung der Normsetzung auf verschiedene Urheber und Ebenen hat nicht nur Auswirkungen auf die Rechtsnatur und -verbindlichkeit der einzelnen Regelwerke, sondern auch auf die Bindungswirkung der primär- und verfassungsrechtlichen Grenzen beim Erlass der Marktvorschriften sowie auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Marktteilnehmer gegen die entsprechenden Regelwerke. Die vorliegende Arbeit widmet sich daher auch den Themenkomplexen der Urheberschaft, den entsprechenden Grenzen beim Erlass von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen sowie den Rechtsschutzmöglichkeiten der Marktteilnehmer.

Die Untersuchungen werden stets am Referenzfall des Regelreservemarkts verdeutlicht. Dessen Rechtsrahmen ist als beispielhafte Aufzeichnung für Gestaltungsmöglichkeiten zu verstehen, jedoch lassen sich die gewonnenen Erkenntnisse der Untersuchung in vielen Aspekten auch auf andere Märkte übertragen, in die zugunsten diverser Steuerungsziele regulierend eingegriffen wird. Regelreserve wird in § 2 Nr. 9 Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV)⁴ definiert als „diejenige Energie, die zum Ausgleich von Leistungsungleichgewichten in der jeweiligen Regelzone eingesetzt wird“.⁵ Sie dient der Stabilisierung der Frequenz in Stromnetzen und stellt ein zentrales Element des Netzsicherheitsmanagements dar.⁶

⁴ Stromnetzzugangsverordnung vom 25.07.2005 (BGBl. I S. 2243), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

⁵ Während inzwischen in den europäischen Regelwerken der Begriff „Regelreserve“ verwendet wird, herrscht in vielen nationalen Regelwerken noch die inzwischen überholte nationale Terminologie vor. So erfolgt in § 2 Nr. 9 StromNZV die Legaldefinition zum Begriff „Regelenergie“, welcher synonym für Regelreserve verwendet wird. Vergleiche zur entsprechenden Begriffsentwicklung Teil 1 C. II. 1.

⁶ Regelreserve, früher auch als Regelenergie bezeichnet, wird in einem Ausschreibungsverfahren von den ÜNB beschafft. Eine Einführung erfolgt in Teil 1 A. II.

Angesichts der skizzierten Problemstellung und des Ziels der Untersuchung geht die vorliegende Promotionsarbeit der Beantwortung der folgenden Forschungsfragen nach:

- 1) Wie kann in wettbewerblichen Märkten durch Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen eine Systemtransformation erzielt werden?
- 2) Welche Möglichkeiten und Grenzen für Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen bestehen im Referenzfall des Regelreservemarkts?

II. Der Regelreservemarkt als Referenzfall

Der Regelreservemarkt eignet sich als Referenzfall für die vorliegende Arbeit, da hier eine Transformation eines wettbewerblichen Markts mittels Nutzung von Marktzutrittsregeln und Marktmodalitätenbestimmungen stattfindet. Hintergrund für die Transformation des Regelreservemarkts ist die Energiewende, die einen grundlegenden Umbau des deutschen Energiesystems erfordert und insbesondere auf der Umstellung von nuklearen und fossilen Brennstoffen hin zur Nutzung von erneuerbaren Energien basiert.⁷ Gemäß den in § 1 Abs. 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2017⁸ gesetzlich verankerten energiepolitischen Zielen zur Umsetzung der Energiewende im Elektrizitätssektor soll der Strom aus erneuerbaren Energien im Jahr 2025 einen Anteil von 40 bis 45 % am Bruttostromverbrauch, im Jahr 2035 von 55 bis 60 % und bis zum Jahr 2050 mindestens 80 % betragen. Um diese Steigerung des Anteils von Strom aus erneuerbaren Energien sowie den gleichzeitigen Rückgang der Stromproduktion durch Kohle- und Atomkraftwerke bewerkstelligen zu können, bedarf es einer grundlegenden Umgestaltung des Elektrizitätssektors.⁹ Neben dem Zubau von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus er-

⁷ BMWi, Die Energie der Zukunft, Zweiter Fortschrittsbericht zur Energiewende, Berichtsjahr 2017, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/fortschrittsbericht-monitoring-energiewende.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (zuletzt abgerufen am 07.05.2020); Danner, in: Danner/Kühling, EnWG, Einf. Rn. 32 ff.

Die sogenannte Energiewende wurde maßgeblich infolge der Reaktor-Katastrophe von Fukushima im März 2011 angestoßen. Die deutsche Bundesregierung beschloss wenige Monate nach dem nuklearen Unfall den endgültigen Atomausstieg Deutschlands bis 2022 unter gleichzeitigem Anstieg der Nutzung erneuerbarer Energien. Vergleiche für weitergehende Informationen zur Energiewende unter anderem die Homepage der Bundeszentrale für politische Bildung, <http://www.bpb.de/politik/wirtschaft/energiepolitik/153722/energiewende> (zuletzt abgerufen am 07.05.2020).

⁸ Gesetz zum Ausbau der erneuerbaren Energien vom 21.07.2014 (BGBl. I. S. 1066), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20.11.2019 (BGBl. I. S. 1719) geändert worden ist. Das EEG 2017 wurde zum 01.01.2021 durch das EEG 2021 abgelöst, Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.07.2014 (BGBl. I. S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I. S. 3138) geändert worden ist.

⁹ Fehling, Die Verwaltung 47/2014, 313–348 (313); Tschida, Die Systemverantwortung der Netzbetreiber, S. 1 ff.; Riewe, Versorgungssicherheit durch Kapazitätsmechanismen, S. 41 f.