

KIM SYLVIA ELLENRIEDER

Die freie Preisbildung im Strommarkt 2.0

Energierecht

31

Mohr Siebeck

ENERGIERECHT

Beiträge zum deutschen, europäischen
und internationalen Energierecht

Herausgegeben von

Jörg Gundel und Knut Werner Lange

31



Kim Sylvia Ellenrieder

Die freie Preisbildung im Strommarkt 2.0

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-161151-3 / eISBN 978-3-16-161152-0

DOI 10.1628/978-3-16-161152-0

ISSN 2190-4766 / eISSN 2569-3921 (Energierecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Verwendete Abkürzungen	XIX
Kapitel 1: Einführung	1
I. Wirtschaftssysteme	1
II. Wirtschaftsordnung	3
III. Deutsches Wirtschaftssystem/Wirtschaftsordnung	4
1. Deutsches Recht	5
2. Unionsrecht	6
3. Soziale Marktwirtschaft	6
4. Daseinsvorsorge	7
5. Zwischenergebnis	9
IV. Regulierung des Strommarkts	9
1. Das Stromnetz als natürliches Monopol	10
2. Netzzugang und Entgeltregulierung	12
3. Entflechtung	14
4. Freie Preisbildung im Regulierungsgesetz	16
V. Funktionsweise des Strommarkts	16
1. Der Börsenhandel	17
2. Verknüpfung physikalische und Handelsebene	19
VI. Gesetzeszweck „freie Preisbildung“ im Strommarkt 2.0	22
1. Entscheidung für den Strommarkt 2.0	22
2. Preissignal als „Kern“ des Strommarkt 2.0	24
3. Freie Preisbildung als Voraussetzung für Versorgungssicherheit	24
4. Von Mark-ups betroffener Teilmarkt	27
VII. Zwischenergebnis	27

Kapitel 2: Regularien des Strommarkts	29
I. Auswirkungen des EEG auf die Preisbildung am Strommarkt	29
1. Heranführen des EEG-Stroms an den Markt	32
2. Altanlagen	35
3. Zwischenergebnis	36
II. Der Regelenergiemarkt und der Ausgleichsenergiepreis	37
1. Entscheidende Rolle des Regelenergiemarkts für die Systemstabilität	37
2. Das Ausgleichsenergiesystem	42
3. Systemversagen	43
4. Zwischenergebnis	50
III. Netz- und Systemsicherheit	52
1. Sicherheitsbereitschaft	52
2. Kapazitätsreserve	54
3. Netzreserve	57
IV. Atom- und Kohleausstieg	63
V. Zwischenergebnis	66
 Kapitel 3: Kartellrechtliche Grenzen der freien Preisbildung	 69
I. Verhindert die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht faktisch Mark-ups/Preisspitzen?	 69
1. Ausnahmen von Kartellabsprachen	70
2. Leitbild und Schutzgut des deutschen und europäischen Kartellrechts	71
II. Verhältnis Deutsches und Europäisches Kartellrecht	75
III. Vereinbarkeit von Mark-ups mit Art. 102 AEUV, §§ 19, 29 GWB	77
1. Unternehmenseigenschaft	77
2. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung	79
3. Beherrschung dieses Markts	106
4. Der Day-Ahead-Markt als potentieller Tatort	131
5. Vorliegen eines missbräuchlich überhöhten Entgelts gem. Art. 102 AEUV, §§ 19, 29 GWB	138
6. Kausalität	184
7. Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung	186
8. Beweislast	186
IV. Zwischenergebnis	188

Kapitel 4: Die REMIT-VO und die freie Preisbildung	191
I. Die REMIT-VO	191
1. Sachlicher Anwendungsbereich	192
2. Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich	196
3. Verbotenes Verhalten nach der REMIT-VO	197
4. Mehr Transparenzpflichten nach der REMIT-VO	220
5. Die Rolle der Markttransparenzstelle	221
6. Das Verhältnis der unterschiedlichen Aufsichtsbehörden zueinander	223
II. Auswirkungen des Insiderhandelsverbots, des Marktmanipulationsverbots und der Transparenzpflichten auf die freie Preisbildung	226
1. Das Insiderhandelsverbot als Wettbewerbsbremse?	226
2. Das Marktmanipulationsverbot als verdeckte (Preis-)Regulierung?	229
3. Marktintegrität durch Transparenz	237
III. Verhältnis §§ 19, 29 GWB, Art. 102 AEUV und REMIT-VO	245
1. Insiderhandelsverbot und Marktmanipulationsverbot als Schutzgesetze?	245
2. Unterschiedliche Perspektive der Behörden	249
IV. Zwischenergebnis	250
 Kapitel 5: Schluss	 253
 Literaturverzeichnis	 257
Register	269

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Verwendete Abkürzungen	XIX
Kapitel 1: Einführung	1
I. Wirtschaftssysteme	1
II. Wirtschaftsordnung	3
III. Deutsches Wirtschaftssystem/Wirtschaftsordnung	4
1. Deutsches Recht	5
2. Unionsrecht	6
3. Soziale Marktwirtschaft	6
4. Daseinsvorsorge	7
5. Zwischenergebnis	9
IV. Regulierung des Strommarkts	9
1. Das Stromnetz als natürliches Monopol	10
2. Netzzugang und Entgeltregulierung	12
3. Entflechtung	14
4. Freie Preisbildung im Regulierungsgesetz	16
V. Funktionsweise des Strommarkts	16
1. Der Börsenhandel	17
2. Verknüpfung physikalische und Handelsebene	19
a) (Handels-)Ablauf am Spot- und Terminmarkt	20
b) Preisermittlung am Spotmarkt	21
VI. Gesetzeszweck „freie Preisbildung“ im Strommarkt 2.0	22
1. Entscheidung für den Strommarkt 2.0	22
2. Preissignal als „Kern“ des Strommarkt 2.0	24
3. Freie Preisbildung als Voraussetzung für Versorgungssicherheit	24
4. Von Mark-ups betroffener Teilmarkt	27
VII. Zwischenergebnis	27

Kapitel 2: Regularien des Strommarkts	29
I. Auswirkungen des EEG auf die Preisbildung am Strommarkt	29
1. Heranführen des EEG-Stroms an den Markt	32
2. Altanlagen	35
3. Zwischenergebnis	36
II. Der Regelenergiemarkt und der Ausgleichsenergiepreis	37
1. Entscheidende Rolle des Regelenergiemarkts für die Systemstabilität	37
a) Die Notwendigkeit von Regelenergie	37
b) Mischpreisverfahren vs. Leistungspreisverfahren	39
aa) Missbräuchliches Verhalten auf dem Regelenergiemarkt	39
bb) Das kurze Intermezzo: Mischpreisverfahren	40
2. Das Ausgleichsenergiesystem	42
3. Systemversagen	43
a) Fehlanreiz durch den Ausgleichsenergiepreis	44
aa) Vorgesehener Ablauf	44
bb) Spekulation auf den Ausgleichsenergiepreis	45
b) Fehlanreize durch das Mischpreisverfahren	46
c) Beispiel RWE	47
d) Konsequenzen	49
4. Zwischenergebnis	50
III. Netz- und Systemsicherheit	52
1. Sicherheitsbereitschaft	52
2. Kapazitätsreserve	54
3. Netzreserve	57
a) Systemrelevante Kraftwerke gem. § 13b EnWG	59
b) Redispatchmaßnahmen	60
IV. Atom- und Kohleausstieg	63
V. Zwischenergebnis	66
 Kapitel 3: Kartellrechtliche Grenzen der freien Preisbildung	 69
I. Verhindert die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht faktisch Mark-ups/Preisspitzen?	 69
1. Ausnahmen von Kartellabsprachen	70
2. Leitbild und Schutzgut des deutschen und europäischen Kartellrechts	71
II. Verhältnis Deutsches und Europäisches Kartellrecht	75
III. Vereinbarkeit von Mark-ups mit Art. 102 AEUV, §§ 19, 29 GWB	77
1. Unternehmenseigenschaft	77

2. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung	79
a) Abgrenzung des relevanten Markts	79
aa) Sachliche Marktabgrenzung	80
(1) Trennung der Erzeuger- und Handelsstufe?	82
(2) Keine Einbeziehung von reinen Handelsgeschäften	83
(3) In den Erstabsatzmarkt einbezogene Strommengen	88
(a) Strom aus Erneuerbaren Energien	89
(b) Regelenergie	93
(c) Endkunden- bzw. Letztverbraucherstufe	94
bb) Räumliche Marktabgrenzung	96
(1) ENTSO-E	96
(2) Market Coupling	97
(3) Europäischer Energiebinnenmarkt?	99
cc) Zeitliche Marktabgrenzung	101
b) Zwischenergebnis Marktabgrenzung	105
3. Beherrschung dieses Markts	106
a) Einzelmarktbeherrschung	107
aa) Marktkonzentration nach dem Herfindahl-Hirschman- Index	107
bb) Ermittlung Marktanteile	110
cc) Ergebnis Marktbeherrschung nach Marktanteilen	113
dd) Sonstige relevante Faktoren	114
(1) Abstand zum nächstgrößeren Anbieter	114
(2) Marktzutrittsschranken	114
(3) Importe/Exporte sorgen für eine Beschränkung der Marktmacht	115
(4) Liquidität der Handelsmärkte	116
ee) Zwischenergebnis Einzelmarktbeherrschung	118
ff) Pivotalanalyse	119
(1) Sicht der Monopolkommission	121
(2) Ergebnis Pivotalanalyse	122
b) Mehrfache Einzelmarktbeherrschung	123
c) Kollektive Marktbeherrschung	125
d) Ergebnis Marktbeherrschung	129
e) Ausblick	130
4. Der Day-Ahead-Markt als potentieller Tatort	131
a) Das Mark-up-Verbot	132
b) Abgrenzung Behinderungsmissbrauch/Ausbeutungsmissbrauch	134
c) Die Rolle der Preiskontrolle	134

5. Vorliegen eines missbräuchlich überhöhten Entgelts	
gem. Art. 102 AEUV, §§ 19, 29 GWB	138
a) Vergleichsmarktkonzept	142
aa) Rechtfertigungsmöglichkeit	144
bb) Das Vergleichsmarktkonzept im Energiesektor – von § 103 a. F. zu § 29 GWB	145
cc) Beweislast	147
dd) Praktikabilität des Vergleichsmarktkonzepts auf dem Stromerstabsatzmarkt – der Vergleich von Day-Ahead- Preisen	148
b) Konzept der Gewinnspannenbegrenzung bzw. Kostenkontrolle	151
c) Vor- und Nachteile des Vergleichsmarktkonzepts und des Konzepts der Gewinnspannenbegrenzung	154
aa) Problematik des Konzepts der Gewinnspannenbegrenzung	155
bb) Problematik des Vergleichsmarktkonzepts	157
d) Anwendungspraxis der Kostenkontrolle im Strommarkt	158
e) Vorgehen des BKartA in der Sektoruntersuchung 2011 und dem Leitfaden 2019	158
aa) Was wird unter Grenzkosten berücksichtigt?	160
(1) Variable Kosten	160
(2) Opportunitätskosten	161
bb) Zulässige Preisspitzen nach Ansicht des BKartA	163
(1) Mark-ups in „echten“ Knappheitssituationen	163
(2) Mark-ups durch nicht marktbeherrschendes Unternehmen	164
(3) Mark-ups in Nicht-Knappheitssituationen	165
cc) Sachliche Rechtfertigung	165
f) Bewertung des Vorgehens des BKartA	166
aa) Methodik	166
bb) Vorgehensweise in Hinblick auf eine physikalische Kapazitätszurückhaltung	166
cc) Vorgehensweise in Hinblick auf eine finanzielle Kapazitätszurückhaltung	167
dd) Widersprüchliche Ergebnisse	167
ee) Annahme eines Ausbeutungsmisbrauchs	168
(1) Grundannahmen	168
(2) Grenzkostenberechnung	168
(3) Mythos vom vollständigen Wettbewerb	169
(4) Ökonomische Beurteilung	170
(5) Vorgehen des BKartA vs. Gesetzgeberwille	175

g) Lösungsvorschläge	178
aa) Lösung nach dem Konzept der Gewinnspannenbegrenzung	179
bb) Kritik am Lösungsvorschlag	181
cc) Zwischenergebnis	183
6. Kausalität	184
7. Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung	186
8. Beweislast	186
IV. Zwischenergebnis	188
Kapitel 4: Die REMIT-VO und die freie Preisbildung	191
I. Die REMIT-VO	191
1. Sachlicher Anwendungsbereich	192
2. Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich	196
3. Verbotenes Verhalten nach der REMIT-VO	197
a) Verbot des Insiderhandels	197
aa) Die Insiderinformation	199
bb) Adressaten des Insiderhandelsverbots	201
cc) Ausnahmen vom Insiderhandelsverbot	201
dd) Meldung von Insiderinformationen	203
b) Verbot der Marktmanipulation	205
aa) Marktmanipulation durch Kapazitätszurückhaltung	207
(1) Die physische Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation im Sinne des Art. 2 Nr. 2a i) REMIT-VO	207
(2) Kapazitätszurückhaltung als Fall des Art. 2 Nr. 2a ii) REMIT-VO	211
(3) Kapazitätszurückhaltung als Fall des Art. 2 Nr. 2a iii) REMIT-VO	213
(4) Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation gem. Art. 2 Nr. 2 b) S. 1 REMIT-VO	213
(5) Die finanzielle Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation im Sinne des Art. 2 Nr. 2a ii) REMIT-VO	214
(6) Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation gem. Art. 2 Nr. 3 a) i), ii) REMIT-VO	215
bb) Andere manipulative Verhaltensweisen im Sinne des Art. 5 REMIT-VO	216
cc) Umfassende Erfassung von Missbrauchspotential auf Stromgroßhandelsmärkten	218
dd) Sachliche Rechtfertigung und zulässige Marktpraxis	219

4. Mehr Transparenzpflichten nach der REMIT-VO	220
5. Die Rolle der Markttransparenzstelle	221
6. Das Verhältnis der unterschiedlichen Aufsichtsbehörden zueinander	223
II. Auswirkungen des Insiderhandelsverbots, des Marktmanipulationsverbots und der Transparenzpflichten auf die freie Preisbildung	226
1. Das Insiderhandelsverbot als Wettbewerbsbremse?	226
2. Das Marktmanipulationsverbot als verdeckte (Preis-)Regulierung?	229
a) De facto Angebotspflicht?	229
b) Der Strommarkt als besonderer Markt	232
c) Marktmanipulationsverbot als Voraussetzung für freie Preisbildung	235
d) Marktmanipulationsverbot bedeutet nicht Mark-up-Verbot	236
3. Marktintegrität durch Transparenz	237
a) (Mangelnde) Transparenz vor der REMIT-VO	237
b) Vor- und Nachteile der Transparenzpflichten	239
c) Die MTS als nationale Überwachungsbehörde	242
d) Zwischenfazit zu Transparenzvorschriften	244
III. Verhältnis §§ 19, 29 GWB, Art. 102 AEUV und REMIT-VO	245
1. Insiderhandelsverbot und Marktmanipulationsverbot als Schutzgesetze?	245
2. Unterschiedliche Perspektive der Behörden	249
IV. Zwischenergebnis	250
 Kapitel 5: Schluss	 253
 Literaturverzeichnis	 257
Register	269

Verwendete Abkürzungen

Für die verwendeten Abkürzungen wird auf das Online-Verzeichnis juristischer Abkürzungen des C.H. Beck-Verlags verwiesen, abrufbar unter: <https://www.beck-shop.de/verzeichnis-juristischer-abkuerzungen>.

Darüber hinaus werden zusätzlich folgende Abkürzungen verwendet:

ACER	The European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BKartA	Bundeskartellamt
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
BNetzA	Bundesnetzagentur
BWE	Bundesverband WindEnergie
EEG 2014	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2014) vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066)
EEG 2021	Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138)
EEG 2021-E	<i>Bundesregierung</i> , BR-Drs. 569/20, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 25.9.2020
EEV	Erneuerbare-Energien-Verordnung vom 17. Februar 2015 (BGBl. I S. 146), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138)
EEX	Strombörse European Energy Exchange
EFET	European Federation of Energy Traders (EFET), Verband europäischer Energiehändler
EMIR	Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister
ENTSO-E	European Network of Transmission System Operators for Electricity (Verband Europäischer Übertragungsnetzbetreiber)
EPEX SPOT	Strombörse European Power Exchange
EWeRK	Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
IKEM	Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität

KapResV	Kapazitätsreserveverordnung vom 28. Januar 2019 (BGBl. I S. 58), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 16. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2202) geändert worden ist
Kohlekommission Kommission	Kommission für „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ EU-Kommission
KVVG	Kohleverstromungsbeendigungsgesetz vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1818), zuletzt geändert durch Artikel 22 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138)
MAD	Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch)
MAR-VO	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung)
MIFID I	Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente
MIFID II	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente
MIFIR	Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012
MTF	Multilateral Trading Facility, multilaterales Handelssystem
MTS	Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas
Nord Pool	Strombörse in Skandinavien
NVE	Norwegische Wasserressourcen- und Energiedirektion
OTC	Over-the-Counter
OTF	Organised Trading Facilities
REMIT-DVO	Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1348/2014 der Kommission vom 17. Dezember 2014 über die Datenmeldung gemäß Artikel 8 Absätze 2 und 6 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber

Kapitel 1

Einführung

Gem. § 1 Abs. 1 EnWG ist Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Um diesen Zweck zu erreichen, gibt § 1 Abs. 4 Nr. 1 EnWG das Ziel vor, die freie Preisbildung für Elektrizität durch wettbewerbliche Marktmechanismen zu stärken. Weiter heißt es in § 1a EnWG, der die Grundsätze des Strommarkts und der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität statuiert, in Abs. 1: „Der Preis für Elektrizität bildet sich nach wettbewerblichen Grundsätzen frei am Markt. Die Höhe der Preise für Elektrizität am Großhandelsmarkt wird regulatorisch nicht beschränkt.“

Liest man dieses Ziel bzw. diesen Grundsatz unbefangen, drängt sich folgende Frage auf: Weshalb meint der Gesetzgeber die freie Preisbildung gesetzlich regeln zu müssen? Ist sie nicht eine Selbstverständlichkeit in unserem Wirtschaftssystem bzw. unserer Wirtschaftsordnung?

Dafür ist zunächst die Frage zu beantworten, in was für einem Wirtschaftssystem und was für einer Wirtschaftsordnung wir leben.

I. Wirtschaftssysteme

Wie lässt sich eine arbeitsteilige Wirtschaft lenken? Hierauf gibt es zwei grundsätzlich verschiedene Antworten: Eine Möglichkeit wäre, dass eine zentrale Stelle die arbeitsteiligen Prozesse von oben her dirigiert. Die andere Möglichkeit ist, dass sich die verschiedenen arbeitsteiligen Prozesse durch Koordinationsmechanismen selbst steuern.¹ Man unterscheidet dementsprechend zwischen zwei Wirtschaftssystemen. In der Zentralverwaltungswirtschaft² entscheidet allein die staatliche Stelle, die Planbehörde, darüber, welche Güter in welcher Menge und

¹ Vgl. *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, S. 15 ff.; *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 43 f.

² Die Zentralverwaltungswirtschaft wird häufig als Planwirtschaft bezeichnet. Das ist jedoch missverständlich, da in jeder Wirtschaft geplant werden muss; die entscheidende Frage ist, von wem was geplant wird, *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 44.

Qualität zu erzeugen und wie sie an die Unternehmen und Haushalte zu verteilen sind (sogenanntes Planerfüllungsprinzip).³ Haushalte und Unternehmen können nicht über Güter und Produktion entscheiden. Oberste Pflicht der Unternehmen ist die Erfüllung der Planaufgabe, die Planerfüllung wird mit Leistungsprämien belohnt, die Nichteinhaltung sanktioniert.⁴

In der Marktwirtschaft dagegen planen die Haushalte und Unternehmen selbstständig Konsum und Produktion.⁵ Sie versuchen ihre jeweilige Planung durchzusetzen und lassen sich dabei durch Eigeninteresse leiten.⁶ Die Koordination wirtschaftlicher Interessen erfolgt über eine Vielzahl von Märkten. Hier treffen sich Anbieter und Nachfrager, wo sie im Wettbewerb miteinander ihre jeweiligen Pläne zur Abstimmung bringen. Dabei handelt es sich um das sogenannte Wettbewerbssystem.⁷ An dieser Stelle kommt die Preisbildung ins Spiel: Der Preis bildet sich im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage auf den Märkten. Er ist für die Beteiligten ein wichtiges Signal zur Ausrichtung ihrer Dispositionen. Ändern sich Angebot oder Nachfrage, kann es zu Preisänderungen kommen, die ihrerseits wieder Anpassungs- und Preisänderungsreaktionen auslösen (sogeannter Preismechanismus).⁸

Preise haben verschiedene Funktionen⁹: Der Preis des weniger nachgefragten Gutes fällt, der des stärker nachgefragten steigt. Die Preisänderung ist ein Indikator für die Knappheitsverhältnisse (Signalfunktion). Es kommt dabei nicht auf die absolute Höhe des Preises, sondern auf die Änderung der relativen Preise an. Der Preis sorgt für die Abstimmung der Pläne sowohl auf einem Markt als auch auf allen dazu in Beziehung stehenden Märkten (Planabstimmungsfunktion). Die Produktionsfaktoren wechseln von der Produktion mit abnehmender Rentabilität zu der mit zunehmender Rentabilität (Allokationsfunktion). Mit der laufenden MarktAbstimmung werden vergangene Entscheidungen korrigiert (Zeitüberbrückungsfunktion). Die Preise bestimmen den Anteil des Einzelnen am gemeinsam erwirtschafteten Erfolg und sind damit bestimmend für den Lebensstandard der einzelnen Wirtschaftssubjekte (Verteilungsfunktion).

Charakteristisch für den marktwirtschaftlichen Abstimmungsprozess ist somit, dass er gerade nicht auf Rechtsetzung beruht, sondern auf „spontanen“

³ *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 44; *Papier/Shirvani* in Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 12.

⁴ *Piekenbrock*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 36 f.; *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 44.

⁵ Vgl. *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 11.

⁶ *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 44.

⁷ *Piekenbrock*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 37 f.; *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 44.

⁸ *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 53.

⁹ Zu den Funktionen auch *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 54.

Handlungen der wirtschaftenden Menschen.¹⁰ Insofern muss im Wirtschaftssystem Marktwirtschaft die freie Preisbildung gerade nicht angeordnet werden, sondern ist ein grundlegender, die Marktwirtschaft prägender Wettbewerbsmechanismus.

In einer Marktwirtschaft hat der Staat damit vor allem die Aufgabe, den Ordnungsrahmen zu setzen, während der wirtschaftliche Prozess weitgehend von staatlichen Eingriffen frei ist.¹¹ Denn Wettbewerb entsteht regelmäßig, wenn Rechtssubjekte von ihrer Handlungsfreiheit im Wirtschaftsverkehr Gebrauch machen. Welche wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten jedoch genau gegeben sind, also die Ausgestaltung des Wettbewerbs, hängt von der jeweiligen Wirtschaftsordnung ab.¹² Anders in der Zentralverwaltungswirtschaft, wo sowohl Ordnung als auch Prozess vom Staat geplant und realisiert werden.

II. Wirtschaftsordnung

Die Lenkungssysteme Zentralverwaltungswirtschaft und Marktwirtschaft treten als reale Wirtschaftsordnungen nicht in reiner, sondern nur in gemischter Form in Erscheinung.¹³

Die Wirtschaftsordnung ist inhaltlich bestimmt durch das Verhältnis von Staat und Wirtschaft.¹⁴ Während im 18. Jahrhundert vor allem die Ansicht vertreten wurde, dass die besten wirtschaftlichen Resultate erzielt würden, wenn die Wirtschaft vom Staat möglichst unbeeinflusst bliebe¹⁵, wird inzwischen von den meisten Autoren eine weitergehende Einflussnahme des Staates auf die Wirtschaft im Wettbewerbssystem befürwortet, um das Funktionieren des marktwirtschaftlichen Abstimmungsprozesses zu sichern und unerwünschte Erscheinungen zu vermeiden. Dafür werden vor allem vier Gründe genannt¹⁶:

¹⁰ Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 47.

¹¹ Vgl. Piekenbrock, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 40; Säcker, in: MünchKomm, Europäisches WettbR, 1. Teil Grundlagen, Rn. 1016.

¹² Emmerich/Lange, Kartellrecht, § 1 Rn. 1 mit Verweis auf Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 4; Piekenbrock, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 34.

¹³ Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 46.

¹⁴ Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 46.

¹⁵ Allen voran *Adam Smith*: Indem Individuen ihre Eigenziele verfolgten, käme es über den Abstimmungsprozess am Markt zu gesamtwirtschaftlich nützlichen Entscheidungen. So entstehe der Eindruck, die Entscheidungsträger seien von einer „unsichtbaren Hand“ gelenkt, vgl. dazu Piekenbrock, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 59f. und Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 47.

¹⁶ Die folgenden Gründe sind übernommen von Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 47.

- Der Staat soll eine der gewünschten Wirtschaftsordnung adäquate Rechtsordnung schaffen. Denn wenn die Rechtsordnung in einem marktwirtschaftlichen System zum Beispiel erlaubt, dass einzelne Marktteilnehmer sich zusammenschließen um ihre Marktmacht zu missbrauchen, wird das Zusammenspiel sämtlicher Marktparteien erheblich gestört bzw. außer Kraft gesetzt.
- Die Funktionsfähigkeit der MarktAbstimmung hängt von Bedingungen ab, die nicht vom Markt geschaffen werden. So ist Grundvoraussetzung für den Wirtschaftsprozess ein funktionierendes Geldwesen.
- Es gibt Märkte, auf denen freie Entscheidungen der Anbieter und Nachfrager zu politisch unerwünschten Ergebnissen führten.
- Außerdem stimmen die Verteilungsergebnisse des Markts oft nicht mit der Ansicht der Mehrheit über eine „gerechte“ Verteilung überein. Es gibt zum Beispiel Bevölkerungsgruppen, die ihr Einkommen nicht über den Markt beziehen. Auch „soziales Gepäck“, wie Familie, wird vom Markt nicht honoriert, für die Betroffenen ist es aber wünschenswert, dass dieses berücksichtigt wird.

Die Gruppe von Nationalökonomern, die die Funktion des Staates vor allem nach den drei ersten Gründen bestimmt, also staatliche Einflussnahme zur Schaffung einer Wirtschaftsordnung, deren Realisierung und einen möglichst reibungslosen Ablauf des Wirtschaftsprozesses befürwortet, wird oft als „Neoliberale“ bezeichnet. Wenn dem Staat zusätzlich die als vierter Grund aufgeführte Verteilungsaufgabe übertragen wird, spricht man von der Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft.¹⁷

III. Deutsches Wirtschaftssystem/Wirtschaftsordnung

Welches Wirtschaftssystem bzw. welche Wirtschaftsordnung liegt danach der Bundesrepublik Deutschland zugrunde?

Als Jurist ist an dieser Stelle ein Blick ins Gesetz naheliegend. Ganz oben in der Normenhierarchie befinden sich das Unions- und das Verfassungsrecht.¹⁸ Beide haben keine „wirtschaftssystemkonstituierende Gesamtentscheidung“¹⁹ getroffen:

¹⁷ Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 47 f.; vgl. auch Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, S. 20 f. und Piekenbrock, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 41 ff.

¹⁸ Zum Verhältnis Unions- und Verfassungsrecht vgl. Solange I-Entscheidung (BVerfGE 37, 271), Solange II-Entscheidung (BVerfGE 37, 339).

¹⁹ Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, S. 800; vgl. auch Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Rn. 76.

1. Deutsches Recht

Das Bundesverfassungsgericht stellt im sog. Investitionshilfe-Urteil²⁰ klar, dass das GG wirtschaftspolitisch neutral sei: Die soziale Marktwirtschaft sei danach „zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischer Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.“²¹ Damit ist die Wirtschaftsordnung gerade nicht verfassungsrechtlich determiniert, sondern eine politische Entscheidung. Weil sich der Verfassungsgeber nicht für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat, kann der Gesetzgeber die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.²² Im Mitbestimmungs-Urteil sieht das Bundesverfassungsgericht die entscheidende Aufgabe des Gesetzgebers darin, seine grundsätzliche Freiheit hinsichtlich der wirtschaftlichen- und sozialpolitischen Entscheidung mit dem Freiheitschutz des einzelnen Bürgers zu vereinbaren, den dieser, gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber, habe.²³ Die verfassungsrechtlichen Koordinaten schließen damit extreme Wirtschaftsmodelle, insbesondere die Zentralverwaltungswirtschaft nach kommunistischem Vorbild, aus.²⁴ Dafür spricht unter anderem, dass Art. 12 Abs. 1 GG die eigenverantwortliche und selbstbestimmte Wahl und Ausübung des Berufs gewährleistet, Art. 9 Abs. 1 GG die Freiheit, Handels- und Kapitalgesellschaften zu bilden, sichert und Art. 9 Abs. 3 GG die individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit schützt.²⁵ Dem Gesetzgeber verbleiben aber weite Spielräume.²⁶ Ein Gesetz kann jedenfalls nicht beanstandet werden, weil es einer ökonomischen Theorie nicht entspricht.²⁷

Im Rahmen des Staatsvertrags zur Schaffung einer Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 18.5.1990 hat sich der deutsche Gesetzgeber zur sozialen Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung bekannt.²⁸ Der Staatsvertrag hat allerdings „nur“ den Rang eines einfachen Gesetzes.²⁹

²⁰ BVerfGE 4, 7.

²¹ BVerfGE 4, 7, 17 f.

²² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 6 f.

²³ BVerfGE 50, 290.

²⁴ Vgl. dazu auch Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 9, der meint, dass das GG zentrale Elemente der sozialen Marktwirtschaft enthält.

²⁵ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Rn. 76 mwN.

²⁶ *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 4.

²⁷ BVerfGE 7, 377, 400.

²⁸ BGBl. II S. 537.

²⁹ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Rn. 76

2. Unionsrecht

Wie sieht es im Unionsrecht aus? In Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV heißt es, dass die Union auf „eine im hohen Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ hinwirke. Art. 119 Abs. 1 AEUV enthält die Verpflichtung, dass die Tätigkeit von Mitgliedstaaten und Union im Sinne des Art. 3 EUV dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet sind. Bedeutet das eine klare Entscheidung zugunsten eines Wirtschaftssystems? Die rechtliche Bedeutung dieser Formulierung ist zweifelhaft. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) lehnt es ausdrücklich ab, diesen Grundsatz als rechtsverbindlichen Maßstab zu verstehen. Es seien „keine Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten klare und unbedingte Verpflichtungen auferlegen, auf die sich Einzelne vor den nationalen Gerichten berufen können“. Stattdessen handle es sich nur um einen Grundsatz, dessen Anwendung komplexe wirtschaftliche Beurteilung erfordere. Es sei nicht Sache der Rechtsprechung diese wirtschaftliche Beurteilung vorzunehmen.³⁰ Dazu kommt, dass sich das Unionsrecht keinesfalls in allen Bereichen an diesem Modell orientiert, von „der“ europäischen Wirtschaftsordnung kann deshalb nicht gesprochen werden.³¹ Somit gilt auch im Unionsrecht, dass es nicht die eine Wirtschaftsordnung gibt.³² Die Formulierungen der Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV, Art. 119 Abs. 1 AEUV deuten aber klar auf ein marktwirtschaftliches System hin, wenn sie auch die Wirtschaftsordnung nicht abschließend festlegen. Jedenfalls ist die soziale Marktwirtschaft eine nach Unionsrecht zulässige Wirtschaftsordnung.

3. Soziale Marktwirtschaft

Es kann somit festgestellt werden: Die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist die soziale Marktwirtschaft. Was ist prägend für die soziale Marktwirtschaft?

Im Lexikon der Bundeszentrale für politische Bildung heißt es zur sozialen Marktwirtschaft:

„Der Anspruch der sozialen Marktwirtschaft ist, die Vorteile einer freien Marktwirtschaft wie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder hohe Güterversorgung zu verwirklichen, gleichzeitig aber deren Nachteile wie zerstörerischer Wettbewerb, Ballung wirtschaftlicher Macht oder unsoziale Auswirkungen von Marktprozessen (...) zu vermeiden. (...) Der Staat verhält sich aus

³⁰ EuGH, Urt. v. 3.10.2000, C-9/99, ECLI:EU:C:2000:532 – Echriolles Distribution SA, Rn. 25.

³¹ *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 6.

³² Laut *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 10 mwN, handelt es sich bei Art. 119 Abs. 1 AEUV um eine Systementscheidung für die Marktwirtschaft, „ohne einzelne Elemente des Wirtschaftssystems vorzuschreiben oder Interventionen auszuschließen“.

diesem Grund nicht passiv, sondern greift aktiv in das Wirtschaftsgeschehen z.B. durch konjunkturpolitische, wettbewerbspolitische und sozialpolitische Maßnahmen ein.³³

Die soziale Marktwirtschaft zeichnet sich insbesondere durch Privateigentum, Leistungswettbewerb, freie Preisbildung und grundsätzlich volle Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen aus. Wirtschaftliche Leistungen sollen vorrangig privatwirtschaftlich und im Wettbewerb erbracht werden, unternehmerische Entscheidungen sollen frei von Planvorgaben sein, private Unternehmen und freie Berufe sollen nicht schlechter behandelt werden als staatliche Betriebe, Unternehmen im unmittelbaren oder mittelbaren Staatseigentum sollen nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit geführt werden.³⁴

4. Daseinsvorsorge

Mit der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung als *soziale* Marktwirtschaft hat der Gesetzgeber sich nicht nur grundsätzlich zu einem marktwirtschaftlichen System bekannt, sondern gleichzeitig sichergestellt, dass der Staat seinen im Grundgesetz im Sozialstaatsprinzip verankerten Pflichten nachkommt.³⁵ Das Sozialstaatsprinzip bietet „eine breite Palette möglicher staatlicher Interventionen“³⁶. Dabei wird der Handlungsspielraum des Staates durch die Grundrechte beschränkt.³⁷ Das Sozialstaatsprinzip findet sich in den Artt. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG. Aus dem Sozialstaatsprinzip und dem Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, wird die Daseinsvorsorge, die zusammen mit der sozialen Sicherheit den Kernbereich sozialstaatlicher Wohlfahrtspflege bildet, abgeleitet. Verfassungsrechtlich ausdrücklich geregelt wird die staatliche Verantwortung für die Daseinsvorsorge in den Artt. 87e, f GG für die Bereiche Post, Telekommunikation und Eisenbahn.³⁸ Was ist von der Daseinsvorsorge umfasst? *Forsthoff* zufolge beschreibt Daseinsvorsorge den Übergang des modernen Staates von der reinen Gefahrenabwehr zu einer weitreichenden Leistungstätigkeit im Interesse seiner Bürger. Notwendig geworden sei die staatliche Daseinsvorsorge, da der Mensch als Folge von Industrialisierung, der damit einhergehenden Verstädterung und des Bevölkerungswachstums, nicht mehr in der Lage sei, sich mit eige-

³³ *bpb*, Das Lexikon der Wirtschaft, soziale Marktwirtschaft, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-der-wirtschaft/20642/soziale-marktwirtschaft>.

³⁴ *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 701; *bpb*, Das Lexikon der Wirtschaft, soziale Marktwirtschaft, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-der-wirtschaft/20642/soziale-marktwirtschaft>.

³⁵ Vgl. *Möstel*, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 2.

³⁶ *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Stark, Art. 20 Rn. 107.

³⁷ BVerfGE 17, 38, 56; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, § 94 Rn. 4.

³⁸ Vgl. *Möstel*, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 2 ff., 13.

nen Produkten selbst zu versorgen.³⁹ Unter Daseinsvorsorge fielen daher die Leistungen, „auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist“⁴⁰, anders ausgedrückt, die für eine menschenwürdige Existenz notwendigen Sach- und Dienstleistungen. Was für die menschenwürdige Existenz notwendig ist, hängt maßgeblich von dem jeweiligen Lebensstandard einer Gesellschaft ab. Zur Daseinsvorsorge gehören somit unter anderem Vorsorge für Alter, Krankheit Arbeitslosigkeit, der öffentliche Nahverkehr, Abfallbeseitigung und auch die Energieversorgung.⁴¹

Dieser verfassungsrechtliche Auftrag ist jedoch mit einem großen politischen Gestaltungsspielraum verbunden, konkrete einzelne Maßnahmen lassen sich daraus nicht ableiten. Das heißt: Eine Versorgung ist zu gewährleisten, wobei insbesondere die Gemeinwohlbelange in Hinblick auf Sicherheit, Verfügbarkeit und Preis zu berücksichtigen sind.⁴² Die Art und Weise der Aufgabenerfüllung liegt aber im Ermessen des Staates.⁴³ Eine Zuordnung einer Leistung zum Bereich der Daseinsvorsorge legitimiert somit mittelbar staatliches Handeln.⁴⁴ Staatliche Marktteilnahme wird traditionell als Ausfluss der Daseinsvorsorge verstanden. Sie zielt dabei weniger auf Gewinnerzielung, als vielmehr darauf ab, bestimmte Leistungen allen Bürgern gleichmäßig und zu gleichen, billigen Bedingungen zuteil werden zu lassen.⁴⁵ Das bedeutet nicht, dass der Staat als Monopolist die Aufgaben wahrnehmen muss. Bedient er sich Privater zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben, trifft ihn allerdings eine Gewährleistungsverantwortung, in Form von Regulierungs- statt Erfüllungsverantwortung.⁴⁶ Auch bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben ist der Staat jedoch immer an die Grundrechte gebunden. Deshalb können Grundrechtseingriffe nicht pauschal mit Verweis auf das Sozialstaatsprinzip oder die Daseinsvorsorge gerechtfertigt werden, sondern es muss eine Abwägung der Gemeinwohlbelange mit dem Eingriff in Grundrechte Privater stattfinden.⁴⁷

³⁹ Herzog, in: Isensee/Kirchhof, § 72 Rn. 70.

⁴⁰ Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 24 ff.

⁴¹ BGHZ 89, 226, 230; NJW 1984, 2947, 2948; zur Gewährleistung der Sicherheit der Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge vgl. Kreuter-Kirchhof, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.): Neue Gemeinwohlherausforderungen – Konsequenz für Wettbewerbsrecht und Regulierung. Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht in Regensburg am 11./12. September 2018, S. 89, 94 ff.

⁴² Vgl. Remmert, in: BeckOK GG, Art. 87f Rn. 8.

⁴³ Vgl. Remmert, in: BeckOK GG, Art. 87f Rn. 9.

⁴⁴ Tschida, Die Systemverantwortung der Netzbetreiber, S. 23.

⁴⁵ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 27.

⁴⁶ Vgl. Möstel, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 2 ff; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 28. Säcker, in: MünchKomm, Europäisches WettbR, 1. Teil Grundlagen, Rn. 1000.

⁴⁷ Isensee in: Isensee/Kirchhof, § 73 Rn. 67 ff.; Tschida, Die Systemverantwortung der Netzbetreiber, S. 24.

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Bundesrepublik Deutschland die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung zugrunde liegt. Diese verbindet „das Prinzip der Freiheit auf dem Markt mit dem des sozialen Ausgleichs.“⁴⁸

Somit ist die freie Preisbildung in unserem Wirtschaftssystem tatsächlich eine Selbstverständlichkeit. Es bleibt die Frage, weshalb die §§ 1, 1a EnWG sie als Ziel aufführen. Im Rückschluss aus §§ 1, 1a EnWG ergibt sich, dass auf dem Markt, den das EnWG betrifft, nach Ansicht des Gesetzgebers grundsätzlich kein Wettbewerb herrscht – anderenfalls müsste die freie Preisbildung in einem marktwirtschaftlichen System nicht in einem Gesetz geregelt werden.

IV. Regulierung des Strommarkts

Dass der Energiesektor, verglichen mit anderen Wirtschaftszweigen, einem intensiveren staatlichen Zugriff unterliegt, rechtfertigt sich nicht nur ökonomisch betrachtet durch Marktversagen⁴⁹, sondern auch durch ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Funktionsfähigkeit dieses Wirtschaftszweigs in Form einer kontinuierlichen, nicht unterbrochenen möglichst preisgünstigsten Stromversorgung.⁵⁰ Regulierung ist somit auch ein Ausdruck staatlicher Gewährleistungsverantwortung und kann auf die Pflicht des Staates zur Daseinsvorsorge zurückgeführt werden.⁵¹

Regulierung als Ausdruck staatlicher Gewährleistungsverantwortung auf der einen Seite und ein marktwirtschaftliches System, das sich in erster Linie durch „freies“, wettbewerbliches Handeln der Marktakteure auszeichnet, auf der anderen Seite, scheinen sich im ersten Moment gegenseitig auszuschließen. Tatsächlich erfüllt der Staat aber durch die Regulierung des Energiesektors nicht nur seine Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, sondern macht Wettbewerb im Energiesektor überhaupt erst möglich.⁵²

⁴⁸ Müller-Armack, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, S. 243; vgl. dazu Pickenbrock, Einführung in die Volkswirtschaftslehre und Mikroökonomie, S. 43 f.

⁴⁹ S. dazu nächster Punkt; überblicksartig Müsgens, EnWZ 2017, 243, 246 f.

⁵⁰ „Die Sicherheit der Energieversorgung (...) ist ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges. Die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen ist entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft. Es handelt sich hier um ein von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiges „absolutes“ Gemeinschaftsgut.“, BVerfGE 30, 292 (323 ff.) mwN.

⁵¹ Säcker, in: MünchKomm, Europäisches WettbR, 1. Teil Grundlagen, Rn. 1000 f.; Tschida, Die Systemverantwortung der Netzbetreiber, S. 21.

⁵² Zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht Säcker, EnWZ 2015, 531 ff.

Dass die Regulierung Daseinsvorsorge und Wettbewerb vereinbaren soll, geht auch aus der Zielbestimmung des EnWG, § 1 Abs. 2 EnWG hervor: „Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.“

1. Das Stromnetz als natürliches Monopol

Das EnWG regelt den Bereich der Energiewirtschaft. Wenn es also in § 1 Abs. 4 Nr. 1 EnWG heißt, „die freie Preisbildung für Elektrizität durch Marktmechanismen zu stärken“, bzw. in § 1a Abs. 1 S. 1, „Der Preis für Elektrizität bildet sich nach wettbewerblichen Grundsätzen frei am Markt.“, ist der Strommarkt gemeint. Warum muss die freie Preisbildung auf dem Strommarkt geregelt werden?

Der Strommarkt ist durch einige physikalische Besonderheiten geprägt⁵³: Im Gegensatz zu anderen Waren ist Strom nur sehr eingeschränkt lager- und speicherbar.⁵⁴ Das führt zu einem dazu, dass intertemporale Preisschwankungen, etwa durch eine Produktion im Vorfeld von Nachfragespitzen, nur in sehr begrenztem Umfang ausgenutzt werden können⁵⁵, zum anderen, dass sich Angebot und Nachfrage zu jeder Zeit exakt entsprechen müssen, so dass sich konstant eine Netzfrequenz von 50 Hz ergibt.⁵⁶ Erschwerend kommt hinzu, dass die Nachfrage nach Strom starken tageszeitlichen und saisonalen Schwankungen unterliegt.⁵⁷ Wegen der eingeschränkten Speicherbarkeit von Strom muss der Transport außerdem über spezielle Leitungen erfolgen. Da Erzeugungs- und Verbrauchsort oft weit auseinanderliegen, ist ein ausgefeiltes Stromnetz, bestehend aus mehreren Spannungsebenen, notwendig.⁵⁸ Die Errichtung dieses Stromnetzes ist mit erheblichen fixen Kosten und langen Planungs- und Genehmigungszeiträumen verbunden.⁵⁹ Diese Leitungsgebundenheit ist der Grund, dass man es im Bereich der Energieversorgung mit einem natürlichem Monopol zu tun hat.⁶⁰ Diese Art von Monopolstellung macht aus, dass sie weder durch staatliche

⁵³ Hierzu schon *Büdenbender*, Zur Dogmatik des Energierechts, in: FS für Bodo Börne, Europarecht – Energierecht – Wirtschaftsrecht, 501, 507; zu den Besonderheiten des Energiesektors auch *Lange/Pries*, NZKart 2015, 116.

⁵⁴ Ausnahmen sind Wasserkraftwerke, Pumpspeicher und Batteriespeicher.

⁵⁵ *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel 2011, S. 38 f.

⁵⁶ *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 1 Rn. 1.

⁵⁷ *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel 2011, S. 39.

⁵⁸ *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 1 Rn. 1.

⁵⁹ *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 1 Rn. 1.

⁶⁰ Grundlegend zum natürlichem Monopol im Bereich Energie, *Britz*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, 429 ff.

Register

- Arbeitspreis 39 ff.
- Ausbeutungsmisbrauch 134 ff., 165, 180, 183, 185 f.
- Ausgleichsenergiepreis 37, 40, 42 f., 45

- Beweislast 147, 181, 186 ff.
- Bilanzkreise 19 f., 37 f., 44 f.

- Deckungsbeitrag 26, 164, 166, 170 ff., 188 f.

- EEG-Umlage 29 ff., 169
- Einheitspreisauktion 21, 134, 164, 167
- Energiehandel 48, 83 ff., 116 ff., 191 ff., 209 f., 224 ff.
- energy-only-Markt 23, 171
- Erstabsatzmarkt 82, 88 ff., 105, 218

- Fahrpläne 19 f.

- Gebotszonen 97 f., 100 f.
- Gewinnspannenbegrenzung 151 ff., 179 ff.
- Grenzkosten 160 f., 168, 172, 175 f., 188 f.
- Grenzkraftwerk 171, 176

- Handelsstufe 82 ff., 105, 218

- Insiderhandel 197 ff., 226 ff.

- Kapazitätsmarkt 176
- Kapazitätsreserve 54 ff.
- Kapazitätszurückhaltung 158 ff.
 - finanzielle 131 f., 141, 158 ff., 167, 178, 189, 214 f.
 - physische 131 f., 141, 158 ff., 166, 207 ff.
- Kohlekommission 63 f.

- Leistungspreisverfahren 39, 42

- Market Cornering 214 f.
- Market Coupling 84 f., 97 ff., 232 f.
- Marktbeherrschung 79 ff.
- Marktmanipulationsverbot 197, 205 ff., 226 ff.
- Marktmechanismus 1 ff., 175 ff.
- Mark-up 26 ff., 69 ff., 133, 163 ff.
- Mark-up-Verbot 69, 132 ff., 236
- Markttransparenzstelle 221 f., 242 f.
- Merit-Order-Effekt 32, 91, 105
- Mischpreisverfahren 39 f., 46

- Netzreserve 57 ff.

- OTC 17, 27

- Preissignal 25 f., 31, 51, 175, 244
- Primärenergieträger 24

- Redispatch 60
- Regelenergie 38, 93
- Regulierung 9 ff., 182, 191 ff., 229 ff.
 - Netz 9 ff., 182
 - Preis 13, 16, 182 ff., 229 ff.
 - technische Regulierungsstandards 21, 24, 163 f., 236 f.
- REMIT-VO 191 ff.

- Sekundärenergieträger 24
- Sicherheitsbereitschaft 52 ff.
- Spotmarkt 17 f., 20 ff., 44 f.
 - Day-Ahead-Markt 17, 19, 131 ff.
 - Intraday-Markt 17, 19, 40, 43 ff.
- Strombörse 17 ff.
 - Börsenpreis 18, 97, 132, 148 ff., 235, 244, 250
 - Clearing 20
 - Preisbildungsmechanismus 102, 221

Terminmarkt 17 f., 20 ff., 234

Transparenzpflichten 220, 237 ff.

Übertragungsnetzbetreiber 21, 30, 32, 38 ff.,
52, 55, 60 ff., 87, 93 f., 97 f., 233, 242

– ENTSO-E 87, 96 f., 242