

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Ein neues Beschaffungsverfahren für Blindleistung durch § 12h EnWG?

Blindleistung und Erneuerbare-Energien-Anlagen
– ein Update

20 | 23.04.2021

erstellt von
Dr. Anna Halbig

II Ein neues Beschaffungsverfahren für Blindleistung durch § 12h EnWG?

Zitiervorschlag:

**Halbig, Ein neues Beschaffungsverfahren für
Blindleistung durch § 12h EnWG?,
Würzburger Studien zum Umweltenergierecht
Nr. 20 vom 23.04.2021.**

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

**„NEW4.0 Norddeutsche EnergieWende – Rechtliche
Aspekte der Transformation des Energiesystems
(FKZ 03SIN427)“**

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

NEW 4.0
Norddeutsche EnergieWende

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
halbig@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Monika Böhm**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Neue Anforderungen an das Beschaffungsverfahren von Blindleistung	2
B. Der Rechtsrahmen von Blindleistung vor dem Clean Energy Package	3
C. Neue unionsrechtliche Gestaltungsvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie	5
I. Verhältnis des Netzkodex zur Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie	5
II. Beschaffungsverfahren von Blindleistung	6
1. Marktgestütztes Verfahren	6
2. Transparenz und Diskriminierungsfreiheit	7
3. Abweichungsmöglichkeiten	7
D. Nationale Umsetzung durch Einfügung des § 12h EnWG	8
I. Nationaler Umsetzungsbedarf	8
II. Status quo der nationalen Umsetzung	9
1. Gesetz zur marktgestützten Beschaffung von nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen	9
2. Prüfung der wirtschaftlichen Ineffizienz durch die BNetzA	10
3. Noch ausstehend: Erlass der konkreten Spezifikationen für die Beschaffung von Blindleistung	11
III. Rechtliche Bewertung des § 12h EnWG	12
1. Inhaltliche Umsetzung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie	12
2. Ablauf der Umsetzungsfrist der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie	12
3. Unmittelbare Wirkung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie als Folge?	13
E. Fazit und Ausblick	15

Zusammenfassung

Mit der vorliegenden Studie werden die Neuerungen im europäischen und nationalen Rechtsrahmen bezüglich des Beschaffungsverfahrens von Blindleistung seit Erlass der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie im Jahr 2019 dargestellt und bewertet. Änderungen ergaben sich insbesondere aufgrund der unionsrechtlich erstmals vorgeschriebenen Pflicht zur marktgestützten, transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffung von Blindleistung.

Marktgestütztes Verfahren

- Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie und sonstiges Unionsrecht enthalten keine Definition für „marktgestützt“
- Weiter Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei Umsetzung der Richtlinie
- Es bestehen verschiedene Auslegungen des Begriffs. Überschneidende Kriterien sind die die Freiwilligkeit der Marktteilnahme sowie eine kompensierende Vergütung für die zu erbringende Leistung.

Die Pflicht zur marktgestützten Beschaffung gilt gemäß der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie nicht, wenn die zuständige nationale Regulierungsbehörde eine solche Beschaffung als wirtschaftlich ineffizient einstuft oder es sich um Blindleistung aus vollständig integrierten Netzkomponenten handelt.

Da der bisherige nationale Rechtsrahmen zur Beschaffung von Blindleistung im Wesentlichen nicht den Anforderungen an ein marktgestütztes, transparentes und diskri-

minierungsfreies Beschaffungsverfahren entsprach, fügte der Gesetzgeber § 12h EnWG zur Umsetzung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie ein. Dieser adressiert die marktgestützte Beschaffung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen, beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf eine Wiedergabe der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie.

Stand der nationalen Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie

- Einfügung von § 12h EnWG: Marktgestützte Beschaffung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen, dieser enthält jedoch keine Spezifikationen der Beschaffung
- Keine Feststellung der wirtschaftlichen Ineffizienz eines marktlichen Beschaffungsverfahrens von Blindleistung durch BNetzA zum 31.12.2020
- Zur vollständigen Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie fehlt noch die Ausarbeitung der konkreten Spezifikationen des Beschaffungsverfahrens durch die BNetzA bzw. die ÜNB

Mangels Erlass der konkreten Modalitäten eines marktgestützten, transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffungsverfahrens von Blindleistung innerhalb der Umsetzungsfrist zum 31.12.2020 verstößt Deutschland gegen Unionsrecht. Eine unmittelbare Wirkung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie für Anlagen- oder Netzbetreiber resultiert hieraus allerdings nicht.

A. Neue Anforderungen an das Beschaffungsverfahren von Blindleistung

Die Jahre 2019 und 2020 waren im Bereich der Systemdienstleistungen geprägt von Debatten über Veränderungen des in Deutschland geltenden Konzepts der Beschaffung und Vergütung von Blindleistung. Einer der Auslöser hierfür war das EU-Gesetzespaket „Saubere Energie für alle Europäer“ („Clean Energy Package“) insbesondere die im Mai 2019 verabschiedete Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie (EltRL)¹. Diese stellt durch die Pflicht zur Einführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffungsverfahrens für nicht frequenzgebundene Systemdienstleistungen weitreichende neue unionsrechtliche Gestaltungsvorgaben an die Beschaffung von Blindleistung auf. Vor diesem Hintergrund ist ein Update der im Jahr 2018 erschienenen 11. Würzburger Studie zum Umweltenergierecht mit dem Titel „Blindleistung und Erneuerbare Energien-Anlagen“ (im Folgenden: Blindleistungsstu-

die 2018)² erforderlich. In der vorliegenden Studie soll daher die regulatorische Entwicklung hinsichtlich des Blindleistungsregimes infolge des EU-Gesetzepakets aufgezeigt und untersucht werden.

Hierzu erfolgt zunächst eine kurze Darstellung des Rechtsrahmens vor Inkrafttreten des EU-Gesetzepakets „Saubere Energie für alle Europäer“ (B.). Im Folgenden wird sodann auf die neuen unionsrechtlichen Gestaltungsvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie eingegangen, mit denen auf europäischer Ebene Anforderungen an das nationale Beschaffungsverfahren aufgestellt werden (C.). Schließlich werden deren Auswirkungen auf das nationale Beschaffungsverfahren aufgezeigt und rechtlich bewertet (D.). Zum Schluss erfolgt im Fazit eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse sowie ein Ausblick (E.).

¹ Richtlinie (EU) 2019/944 des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABl. 2019, Nr. L 158/125.

² Halbig, Blindleistung und Erneuerbare-Energien-Anlagen – Welcher Rechtsrahmen gilt für die Bereitstellung und Vergütung?, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 11, 2018.

B. Der Rechtsrahmen von Blindleistung vor dem Clean Energy Package

Die Blindleistungsstudie 2018 untersuchte den Rechtsrahmen hinsichtlich der Bereitstellung und Vergütung von Blindleistung zum Stand vor der Verabschiedung des Clean Energy Package im Jahr 2019. Hierfür wurden die verschiedenen Instrumente zur Bereitstellung von Blindleistung dargestellt und aus rechtlicher Perspektive analysiert und eingeordnet. Auch die Vergütungsansprüche wurden untersucht.

Die Systemdienstleistung der Blindleistung leistet einen wichtigen Beitrag zur Spannungshaltung,³ deren Beschaffung im Rahmen der Systemverantwortung gemäß §§ 13, 14 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)⁴ den Netzbetreibern obliegt.⁵ Bisher stellen größtenteils an das Übertragungsnetz angeschlossene konventionelle Kraftwerke Blindleistung sowohl für die Netzebenen, an denen sie angeschlossen sind, als auch für die nachgelagerte Netzebenen bereit. Da sich die Gesamtleistung der konventionellen Kraftwerke im Zuge der Transformation des Energiesystems jedoch Schritt für Schritt reduziert, müssen künftig vermehrt EE-Anlagen sowie andere Technologien und Verbraucher für eine stabile Spannung sorgen.

Im Fokus der Untersuchungen der Blindleistungsstudie 2018 stand insbesondere der Rechtsrahmen bei der Blindleistungserbringung von Erzeugungsanlagen aufgrund von Netzanschlussbedingungen. Der Gesetzgeber selbst trifft keine expliziten Vorgaben für Erzeugungsanlagen bezüglich deren technischen Fähigkeiten zur

Erbringung von Blindleistung („Blindleistungsvermögen“) bzw. zu einer entsprechenden situativen Bereitstellung im Fall einer konkreten Spannungsabweichung („Blindleistungsverhalten“). Jedoch sind die Netzbetreiber gemäß §§ 19, 49 EnWG berechtigt und verpflichtet, technische Mindestanforderungen für den Netzanschluss u. a. von Erzeugungsanlagen festzulegen. Im Rahmen dieser rein privatrechtlichen technischen Mindestanforderungen für den Netzanschluss (im Folgenden: „Netzanschlussbedingungen“) können die Netzbetreiber Vorgaben zum Blindleistungsvermögen und -verhalten von Erzeugungsanlagen treffen. Die Netzanschlussbedingungen müssen die Interoperabilität der Netze sicherstellen, sachlich gerechtfertigt und nichtdiskriminierend gestaltet sein (§ 19 Abs. 1 S. 1 EnWG); zudem müssen sie die technische Sicherheit im Rahmen der allgemein anerkannten Regeln der Technik gewährleisten (§ 19 Abs. 3 S. 3 EnWG i. V. m. § 49 Abs. 2 bis 4 EnWG). Die Netzbetreiber müssen sich bei Erlass ihrer Netzanschlussbedingungen innerhalb dieser gesetzlichen Vorgaben bewegen, sind jedoch im Übrigen grundsätzlich frei in ihren Festlegungen. Zusätzlich zu den Regelungen der §§ 19, 49 EnWG sieht spezialgesetzlich § 10 Abs. 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2021)⁶ für EE-Anlagen vor, dass die Ausführung deren Anschlüsse den im Einzelfall notwendigen technischen Anforderungen des Netzbetreibers und § 49 EnWG entsprechen muss. Somit findet sich im EEG eine für EE-Anlagen geltende gesetzliche

³ Blindleistung ist ein Begriff der Elektrotechnik. Sie dient dem Auf- und Abbau von magnetischen Feldern (z. B. in Motoren und Transformatoren) bzw. elektrischen Feldern (z. B. in Kondensatoren) und pendelt im Stromnetz zwischen Erzeuger und Verbraucher hin und her. Der Blindleistung, mit dem Buchstaben „Q“ abgekürzt, kommen zwei wichtige Funktionen im Stromnetz zu: Sie dient zum einem dem Transport von Strom und wird aufgrund dieser positiven Eigenschaft für den Stromtransport teilweise auch als „Schmiermittel der Netze“ bezeichnet. Zum anderen kann ihr Einsatz stabilisierende Effekte auf die Netzspannung haben, indem durch eine Veränderung der

Blindleistungseinspeisung die Spannung erhöht bzw. gesenkt wird.

⁴ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

⁵ Vergleiche zu den verschiedenen Instrumenten der Blindleistungsbeschaffung die Blindleistungsstudie 2018.

⁶ Inhaltlich entspricht § 10 Abs. 2 EEG 2021 dem bisherigen § 10 Abs. 2 EEG 2017 (Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.).

4 Ein neues Beschaffungsverfahren für Blindleistung durch § 12h EnWG?

Bezugnahme auf die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nach § 49 EnWG.

Viele Netzbetreiber greifen bei Erstellung ihrer eigenen Netzanschlussbedingungen auf die „Muster-Anschlussbedingungen“ des privaten Verbands VDE|FNN zurück und nutzen diese – teilweise identisch, teilweise abgewandelt – als Grundlage für die Netzanschlussbedingungen ihres Netzgebiets. Diese sogenannten Technischen Anwendungsregelungen stellen bezüglich des Blindleistungsverhaltens je nach Spannungsebene unterschiedliche Anforderungen an Erzeugungsanlagen und gelten sowohl für EE-Anlagen als auch für konventionelle Kraftwerke. Bei ihnen handelt es sich um von der Branche selbst erstellte Regelwerke ohne Gesetzeskraft, weshalb diese gegenüber den Netzbetreibern rechtlich nicht verbindlich sind. Es besteht somit keine Pflicht zur Verwendung der Technischen Anwendungsregeln (TAR) durch die Netzbetreiber beim Erlass ihrer Netzanschlussbedingungen. Folglich sind von den Technischen Anwendungsregeln abweichende Regelungen in den Netzanschlussbedingungen möglich, solange sie sich in den oben aufgezeigten Grenzen der §§ 19, 49 EnWG bewegen. Sofern die Netzbetreiber die Vorgaben der Technischen Anwendungsregeln des VDE|FNN übernehmen, hat dies für sie allerdings den Vorteil, dass sie von der Vermutungsregel des § 49 Abs. 2 EnWG profitieren. Demnach wird bei Inkorporation der technischen Regeln des VDE vermutet, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik gemäß § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG eingehalten wurden.

Die Technischen Anwendungsregeln der einzelnen Spannungsebenen befanden sich aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben in Überarbeitung; Auslöser hierfür war der EU-Netzkodex Requirements for Generators (NC RfG, im Weiteren: „Netzkodex“)⁷, der am 17. Mai 2016 in Kraft getreten ist. Der Netzkodex stellt als EU-Netzkodex eine unmittelbar rechtlich verbindliche Verordnung i. S. d.

Art. 288 AEUV⁸ dar, die von der Kommission auf der Rechtsgrundlage der Art. 6 ff. der Verordnung (EG) Nr. 714/2009⁹ erlassen wurde. Er enthält europarechtliche technische Rahmenvorgaben für die nationale Gestaltung der technischen Anforderungen bei der Beschaffung von Blindleistung, die von den Netzbetreibern bei der Erarbeitung der jeweiligen Netzanschlussbedingungen verbindlich zu berücksichtigen sind und nicht unterschritten werden dürfen. Damit sind bei Erlass der Netzanschlussbedingungen durch die Netzbetreiber nicht nur die Grenzen der §§ 19, 49 EnWG zu berücksichtigen, sondern ebenfalls die verbindlichen Vorgaben des Netzkodexes.

Für die Bereitstellung von Blindleistung erhalten nur mache Erzeugungsanlagen eine Vergütung. Die Blindleistungsstudie 2018 hat gezeigt, dass Ansprüche der Anlagenbetreiber nur in speziellen Fällen gesetzlich bzw. untergesetzlich vorgesehen sind. Ein Vergütungsanspruch ergibt sich gegebenenfalls bei einer vertraglichen Blindleistungsbereitstellung. Hier wird Blindleistung im überobligatorischen Bereich erbracht, also über den in den Netzanschlussbedingungen vorgegebenen Leistungsfaktor hinaus, wofür bilateral eine Vergütung vereinbart werden kann. Ein Anspruch auf angemessene Vergütung steht gemäß § 13a Abs. 1 und Abs. 2 EnWG ebenso den Anlagen zu, die Blindleistung im Rahmen des spannungsbedingten Redispatch gemäß § 13a Abs. 1 EnWG einspeisen. Darüberhinausgehende Vergütungen sind nicht vorgesehen: Ein Vergütungsanspruch lässt sich nicht aus den Technischen Anwendungsregeln herleiten, da diese nur Regelungen bezüglich technischer Anforderungen treffen. Die Netzanschlussbedingungen der jeweiligen Netzbetreiber bieten grundsätzlich Raum für die Verankerung einer Vergütung, ein solcher Fall ist jedoch nach Auswertung der vorliegenden Materialien nicht bekannt. Zudem lassen sich sonstige gesetzliche Vergütungsansprüche, insbesondere aus dem EEG nicht erkennen.

⁷ Verordnung (EU) 2016/631 der Kommission vom 14. April 2016 zur Festlegung eines Netzkodex mit Netzanschlussbestimmungen für Stromerzeuger.

⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Kommission, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, konsolidierte

Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.

⁹ Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

C. Neue unionsrechtliche Gestaltungsvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie

Seit Veröffentlichung der Blindleistungsstudie 2018 gab es regulatorische Änderungen des Rechtsrahmens für Blindleistung. So verpflichtet die im Mai 2019 erlassene Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie die Mitgliedstaaten zur Einführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffungsverfahrens für nicht frequenzgebundene Systemdienstleistungen¹⁰. Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie, welche bis zum 31. Dezember 2020 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden musste, dient der Schaffung eines integrierten, wettbewerbsgeprägten, verbraucherorientierten, fairen und transparenten europäischen Elektrizitätsbinnenmarkts (Art. 1 EltRL). Gemäß der Definition des Begriffs „Elektrizitätsmärkte“ in Art. 2 Nr. 9 EltRL fallen hierunter auch Märkte für den Handel mit Systemdienstleistungen. Im Folgenden wird zunächst darauf eingegangen, in welchem Verhältnis die Anforderungen des unionsrechtlichen Netzkodex zu der jüngst erlassenen Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie stehen (I.).

I. Verhältnis des Netzkodex zur Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie

Da auf unionsrechtlicher Ebene sowohl der Netzkodex als auch die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie Vorgaben hinsichtlich des Blindleistungsregimes treffen, ist deren gegenseitiges Verhältnis zu untersuchen. Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie selbst trifft keine expliziten Vorgaben über ihr Verhältnis zum Netzkodex. Auch wurde der Netzkodex durch die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie nicht aufgehoben. Mangels expliziter Regelungen bestimmt sich das Verhältnis der Rechtsakte zueinander

nach den allgemeinen Kollisionsregeln. Im Falle eines inhaltlichen Widerspruchs – im sogenannten Kollisionsfall – sind insbesondere der Rang des Rechtsaktes (Grundsatz *Lex superior derogat legi inferiori*), der Zeitpunkt des Inkrafttretens (Grundsatz *Lex posterior derogat legi priori*) und die Spezialität bzw. Generalität eines Gesetzes (Grundsatz *Lex specialis derogat legi generali*) maßgebliche Kriterien für eine Beurteilung¹¹.

Zu beachten ist jedoch, dass vor Anwendung der Kollisionsregeln zunächst zu prüfen ist, ob überhaupt eine inhaltliche Kollision der jeweiligen Normen vorliegt, das heißt konkret, ob die entsprechenden Vorschriften des Netzkodex denen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie inhaltlich widersprechen¹². Ob im konkreten Fall der Blindleistungserbringung eine Kollision besteht, ist zweifelhaft, da der Netzkodex primär die technischen Aspekte der Blindleistungserbringung adressiert¹³, während die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie, wie der Titel bereits andeutet, die Marktseite der Bereitstellung von Blindleistung regelt (siehe hierzu sogleich ausführlich 0.). Inhaltliche Überschneidungen jedenfalls bezüglich der Vorgabe der Einführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Verfahrens ergeben sich daher nicht. Im Ergebnis ergibt sich eine parallele Anwendbarkeit des Netzkodex neben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie. Dementsprechend finden die in der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie verankerten Grundsätze zum Beschaffungsverfahren von Blindleistung Anwendung, wobei die Vorgaben des Netzkodex im Rahmen der technischen Anforderungen zu berücksichtigen sind¹⁴.

¹⁰ Dies ergibt sich für die VNB aus Art. 31 Abs. 7 EltRL und für die ÜNB aus Art. 40 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 lit. a) EltRL, siehe dazu sogleich C. II.

¹¹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL Mai 2020, Art. 288 AEUV Rn. 227 ff.

¹² *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 Rn. 24.

¹³ *Kommission zur zukünftigen Beschaffung von Blindleistung*, Endbericht, 2019, S. 45; Brahms, Der ENTSO-E Netzkodex für alle Netznutzer, ER 2014, S. 61 (63 ff.).

¹⁴ Sollte man dementsgegen inhaltliche Kollisionen identifizieren, finden die soeben genannten Kollisionsregeln Anwendung. Maßgeblich ist hierbei das Rangverhältnis der drei Rechtsakte zueinander, wobei dem ranghöheren Rechtsakt im Kollisionsfall

II. Beschaffungsverfahren von Blindleistung

Gemäß der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie sind sowohl die Verteilernetzbetreiber (VNB) als auch die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) verpflichtet, nicht frequenzgebundene Systemdienstleistungen¹⁵ in einem „transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Verfahren“ zu beschaffen. Dies ergibt sich für die VNB aus Art. 31 Abs. 7 EltRL und für die ÜNB aus Art. 40 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 lit. a) EltRL¹⁶.

1. Marktgestütztes Verfahren

In diesem Rahmen ist zu untersuchen, nach welchen Kriterien sich die Durchführung eines marktgestützten Verfahrens bemisst und wann ein solches Verfahren vorliegt. Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie selbst enthält zum Begriff des marktgestützten bzw. teilweise auch synonym als marktbasierter bezeichneten Verfahrens keine näheren definitorischen Vorgaben. Auch an anderen Stellen, an denen der Unionsgesetzgeber den Begriff eines marktgestützten bzw. marktbasiereten Beschaffungsverfahrens verwendet – beispielsweise im Rahmen der Regelreserve (Art. 6 EltVO), dem Redispatch (Art. 13 EltVO) und der Flexibilitätsdienstleistungen in

Verteilernetzen (Art. 32 EltVO) – findet sich keine Definition, auf die als Auslegungshilfe zurückgegriffen werden kann. Der Gesetzgeber lässt somit den Mitgliedstaaten einen großen Ermessensspielraum, was unter einem marktgestützten Verfahren zu verstehen ist und wie dieses im nationalen Recht gestaltet werden kann. So bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie darunter allein die Durchführung von Ausschreibungen fassen oder ebenfalls Marktprozesse in strengerer oder milderer Form wie beispielsweise bilaterale Verhandlungen und Auktionen als zulässig verstehen¹⁷.

Teilweise wird vertreten, dass ein marktgestütztes Verfahren unter den Voraussetzungen vorliegt, dass Angebot und Nachfrage (aus freien Stücken) aufeinandertreffen und sich aus diesem Aufeinandertreffen die gehandelte Menge und/oder der Preis (monetäre Vergütung) der erbrachten Systemdienstleistung ergeben/ergibt¹⁸. Im Rahmen der Freiwilligkeit der Marktteilnahme genüge es, wenn lediglich eine Marktseite, d. h. Anbieter oder Nachfrager frei in ihrer Entscheidung sei¹⁹. Da der Netzbetreiber durch die Pflicht zur stabilen Spannungshaltung der Stromnetze die zu beschaffende Menge an Blindleistung unbedingt benötige, sofern es keine alternativen Beschaffungsmöglichkeiten gibt, sei dieser auf der Nachfrageseite

uneingeschränkt Vorrang gebührt. Die EltRL wurde als Sekundärrecht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet und stellt einen Rechtsakt mit Gesetzescharakter dar. Dementgegen wurde der Netzkodex von der Kommission nach den speziellen Vorschriften des Komitologieverfahrens erlassen und ist damit zwar verbindlich anzuwenden, jedoch ein Rechtsakt ohne Gesetzescharakter. Da Netzkodizes auf Ermächtigungen im Sekundärrecht basieren, werden sie teilweise auch als Tertiärrecht bezeichnet. Im Rang stehen Vorschriften des Tertiärrechts unter solchen des Sekundärrechts, weshalb im Kollisionsfall eine den Vorgaben der EltRL widersprechende Regelung des Netzkodex verdrängt würde. Vergleiche zum Rangverhältnis zwischen Sekundärrecht und Tertiärrecht *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV Rn. 27 ff.

Die allgemeinen Grundsätze *lex posterior derogat legi priori* und *lex specialis derogat legi generali* finden nur dann Anwendung, sofern die kollidierenden Rechtsbehandlungen im gleichen Verfahren zustande gekommen sind, *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL Mai 2020, Art. 288 AEUV Rn. 228. Aufgrund der oben beschriebenen unterschiedlichen Verfahrensarten kann somit nicht argumentiert werden, dass der Netzkodex aufgrund einer etwaigen Spezialität der EltRL vorgeht.

¹⁵ Nicht frequenzgebundene Systemdienstleistungen sind gemäß der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 49 EltRL von Übertragungs- oder Verteilernetzbetreibern genutzte Dienstleistungen für statische Spannungsregelung, die Einspeisung von dynamischem Blindstrom, Trägheit der lokalen Netzstabilität, Kurzschlussstrom, Schwarzstartfähigkeit und Inselbetriebsfähigkeit.

¹⁶ Auch im Rahmen der Angemessenheit der Ressourcen im Elektrizitätsbinnenmarkt betont die Elektrizitätsbinnenmarkt-VO (Verordnung (EU) 2019/943) in Art. 20 Abs. 3 lit. f) „die Sicherstellung [einer] kosteneffizienten und marktbasiereten Beschaffung von Regelreserve und Systemdienstleistungen“.

¹⁷ *Kommission zur zukünftigen Beschaffung von Blindleistung*, Endbericht, 2019, S. 40 f.

¹⁸ *Folz (BMW)*, Ausblick auf die geplante Umsetzung des Clean Energy Package, Vortrag im Rahmen des dena-Symposiums „Beschaffung von Systemdienstleistungen vor dem Hintergrund des Clean Energy Package“ am 05.11.2019, Folie 7.

¹⁹ *Folz (BMW)*, Ausblick auf die geplante Umsetzung des Clean Energy Package, Vortrag im Rahmen des dena-Symposiums „Beschaffung von Systemdienstleistungen vor dem Hintergrund des Clean Energy Package“ am 05.11.2019, Folie 7.

gegebenenfalls kein freier Akteur²⁰. Zudem muss im Rahmen dieser Ansicht mindestens einer der Parameter „Preis“ oder „Menge“ frei bestimmbar sein²¹. Dies bedeutet entweder, dass die Menge eines Guts festgelegt ist, während die Preisbildung sich frei entwickelt, oder aber, dass regulierte (Höchst-)Preise bestehen, wobei jedoch die Menge frei von dem Marktteilnehmer gewählt werden kann²². Teilweise wird jedoch auch in restriktiverer Ansicht vertreten, dass im Rahmen von Marktmechanismen die Preise als Ergebnis eines Marktprozesses zustande kommen müssten und gerade nicht regulatorisch festgelegt werden dürften²³. Zudem müssen nach dieser Ansicht die potenziellen Marktteilnehmer – im Falle von Systemdienstleistungsmärkten insbesondere die Anbieter – freiwillig über ihre Teilnahme und ihre Gebote entscheiden können und für Nachfrager und Anbieter müsste die Möglichkeit existieren, sich gegenseitig über ihre Nachfrage bzw. ihr Angebot zu informieren und Transaktionen abzuschließen, sei es in bilateraler Form oder über eine mehr oder weniger stark organisierte Plattform²⁴. Im Rahmen des marktbasieren Redispatch sind nach einer weiteren Ansicht die Merkmale der Freiwilligkeit der Teilnahme für die Marktakteure und die Kompensation für den Abruf auf Basis von Geboten ebendieser Marktteilnehmer für einen Marktprozess maßgeblich²⁵. Allen Ansichten sind – trotz Differenzen im Detail – als überschneidende Kriterien gemein, dass marktgestützte Verfahren die Freiwilligkeit der Marktteilnahme sowie eine kompensierende Vergütung für die zu erbringende Leistung erfordern.

2. Transparenz und Diskriminierungsfreiheit

Zudem muss das Beschaffungsverfahren transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Ein transparentes Verfahren erfordert, dass die ÜNB im Vorfeld Informationen über den Zeitpunkt, die Bedingungen und den Bedarf der nachgefragten Leistung bereitstellen sowie die relevanten Auswahlkriterien offenlegen²⁶. Diskriminierungsfreiheit bedeutet, dass an alle Regelreserveanbieter die gleichen Anforderungen gestellt werden und keine sachfremden Gründe bei der Zuschlagserteilung ausschlaggebend sind²⁷. Zudem müssen die Anforderungen an das Marktdesign technisch allen Anlagen gerecht werden und dürfen bezüglich der verschiedenen Technologien keine sachlich ungerechtfertigten Anforderungen stellen²⁸.

3. Abweichungsmöglichkeiten

Vom Grundsatz der Pflicht einer marktgestützten Beschaffung der nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen kann gemäß Art. 31 Abs. 7 bzw. Art. 40 Abs. 5 und Abs. 7 EitRL in zwei Fällen abgewichen werden: Zum einen, wenn die zuständige Regulierungsbehörde geprüft hat, dass die marktgestützte Erbringung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen wirtschaftlich nicht effizient ist und eine entsprechende Ausnahme gewährt hat. Zum anderen gilt die Verpflichtung zur Beschaffung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen nicht für vollständig integrierte Netzkomponenten, d. h. für Netzkomponenten, die in das Übertragungs- oder Verteilernetz integriert sind, einschließlich Energiespeichereinrichtungen, und

²⁰ Folz (BMW), Ausblick auf die geplante Umsetzung des Clean Energy Package, Vortrag im Rahmen des dena-Symposiums „Beschaffung von Systemdienstleistungen vor dem Hintergrund des Clean Energy Package“ am 05.11.2019, Folie 7.

²¹ Folz (BMW), Ausblick auf die geplante Umsetzung des Clean Energy Package, Vortrag im Rahmen des dena-Symposiums „Beschaffung von Systemdienstleistungen vor dem Hintergrund des Clean Energy Package“ am 05.11.2019, Folie 7.

²² Folz (BMW), Ausblick auf die geplante Umsetzung des Clean Energy Package, Vortrag im Rahmen des dena-Symposiums „Beschaffung von Systemdienstleistungen vor dem Hintergrund des Clean Energy Package“ am 05.11.2019, Folie 7.

²³ Kommission zur zukünftigen Beschaffung von Blindleistung, Endbericht, 2019, S. 40.

²⁴ Kommission zur zukünftigen Beschaffung von Blindleistung, Endbericht, 2019, S. 40.

²⁵ Hirth/Schlecht/Maurer/Tersteegen, Kosten- oder Marktbasierend? Zukünftige Redispatch-Beschaffung in Deutschland, 2019, S. 16.

²⁶ Mielke, in: Kment, EnWG, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 18.

²⁷ Britz/Herzmann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 22 Rn. 6; Ehring, in: Elspas/Grassmann/Rasbach, EnWG, 2018, § 22 Rn. 20.

²⁸ Halbig, Europarechtliche Einflüsse auf den Regelreservemarkt, ER 2020, S. 238 (240).

die ausschließlich der Aufrechterhaltung des sicheren und zuverlässigen Betriebs des Übertragungs- oder Verteilernetzes und nicht dem Systemausgleich- oder Engpassmanagement dienen (Legaldefinition gemäß Art. 2 Nr. 51 EltRL). Wird Blindleistung somit aus Drosseln, Spulen oder anderen Netzbetriebsmitteln, die vollständig in das Netz integriert sind, bereitgestellt,

müssen die Netzbetreiber nicht auf ein marktgestütztes Verfahren zurückgreifen²⁹. Ist eine der beiden Ausnahmen einschlägig und die Beschaffung muss nicht marktgestützt stattfinden, so gelten dennoch weiterhin die Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit für das anzuwendende Beschaffungsverfahren.

D. Nationale Umsetzung durch Einfügung des § 12h EnWG

Zur Umsetzung der Vorgaben in der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie bezüglich einer transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen verabschiedete der Bundestag das „Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur marktgestützten Beschaffung von Systemdienstleistungen“³⁰, welches am 27. November 2020 in Kraft getreten ist. Durch dieses Artikelgesetz wurde der § 12h EnWG („Marktgestützte Beschaffung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen“) neu eingefügt. Im Folgenden wird zunächst auf den nationalen Umsetzungsbedarf eingegangen, der zur Anpassung der nationalen Rechtslage führte (I.). Anschließend wird der status quo der nationalen Umsetzung dargestellt (II.) und rechtlich bewertet (III.).

I. Nationaler Umsetzungsbedarf

Die nationale Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie und damit verbundene nationale regulatorische Anpassungen sind erforderlich, um in Deutschland der Pflicht zur Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffungsverfahrens für die nicht frequenzgebundene Systemdienstleistung der Blindleistung nachzukommen.

Denn der bisher geltende Rechtsrahmen enthielt keine solche Verpflichtung. Die betreffenden Systemdienstleistungen wurden bisher hauptsächlich über technische Anschlussregeln in Netzanschlussverträgen, über bilaterale Verträge mit einzelnen Kraftwerksbetreibern und aus eigenen Netzbetriebsmitteln der Netzbetreiber bereitgestellt³¹. Die verpflichtende Bereitstellung von Blindleistung im Rahmen der Technischen Anwendungsregeln ohne Erhalt einer marktlichen Vergütung entsprach nicht den Kriterien für ein marktgestütztes Verfahren, da die Leistung weder auf Freiwilligkeit der Anlagenbetreiber beruhte noch dafür eine Vergütung gezahlt wurde. Ebenso war die Blindleistungsbereitstellung im Rahmen des spannungsbedingten Redispatch des § 13a EnWG nicht mit den Anforderungen an ein marktgestütztes Verfahren vereinbar: Zwar war hier die Blindleistungsanpassung für Anlagen ab 10 MW „gegen eine angemessene Vergütung“ vorgesehen, diese war jedoch aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung zur Teilnahme am spannungsbedingten Redispatch für Anlagen ab 10 MW zwingend und damit nicht marktgestützt. Bezüglich der Beschaffung von Blindleistung im überobligatorischen Bereich, also über die Technischen Anwendungsregeln hinaus, mag eine Vereinbarkeit mit den marktgestützten Grundsätzen auf den ersten Blick vorgelegen haben, denn hier erfolgte die

²⁹ Kommission zur zukünftigen Beschaffung von Blindleistung, Endbericht, 2019, S. 46.

³⁰ Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur marktgestützten Beschaffung von Systemdienstleistungen vom 22.11.2020, BGBl. I S. 2464.

³¹ BT Drs. 19/21979, S. 9.

Blindleistungserbringung auf Basis freiwilliger bilateraler Verträge gegen Vergütung – und damit grundsätzlich marktgestützt³². Allerdings herrschte hinsichtlich dieser Verträge viel Intransparenz: Nach Aussage der Bundesnetzagentur (BNetzA) war unklar, mit welchen Anlagenbetreibern Verträge geschlossen wurden und wie hoch die Vergütung ausfällt³³, weshalb diese Form der Beschaffung nicht den Anforderungen eines transparenten und je nach Inhalt gegebenenfalls auch nicht denen eines diskriminierungsfreien Verfahrens entsprach. Die aufgezeigten Diskrepanzen zeigen, dass die Netzbetreiber zwar schon heute zur Beschaffung der jeweiligen Systemdienstleistung verpflichtet sind, allerdings die bestehenden Beschaffungsverfahren zur Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie geändert bzw. angepasst werden müssen³⁴.

Die Einführung einer marktgestützten Beschaffung wäre dann nicht notwendig, wenn sich diese gemäß Art. 31 Abs. 7 bzw. Art. 40 Abs. 5 EltRL als wirtschaftlich ineffizient erweisen würde. Dies setzt eine entsprechende Prüfung der Ineffizienz durch die nationale Regulierungsbehörde voraus. Somit bestand auch in diesem Fall nationaler Handlungsbedarf zur Umsetzung der Richtlinie, die bloße Beibehaltung der bisherigen Rechtslage wäre somit in keinem Fall ausreichend gewesen.

II. Status quo der nationalen Umsetzung

Um den nationalen Rechtsrahmen für Blindleistung an die europarechtlichen Anforderungen anzupassen, wurden in Deutschland verschiedene regulatorische Schritte getätigt bzw. sind noch ausstehend. So wurde insbesondere das Gesetz zur marktgestützten Beschaffung von nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen verabschiedet (1.) und die wirtschaftliche Effizienz eines marktlichen

Beschaffungsverfahrens durch die BNetzA geprüft (2.). Noch ausstehend zur vollständigen Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie ist der Erlass der konkreten Modalitäten und Spezifikationen für die Beschaffung von Blindleistung (3.).

1. Gesetz zur marktgestützten Beschaffung von nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen

Durch das „Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur marktgestützten Beschaffung von Systemdienstleistungen“³⁵ vom 27. November 2020 wurde § 12h EnWG neu eingefügt. Im Wesentlichen werden dort die unionsrechtlichen Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie wiederholt und in zeitlicher und kompetenzrechtlicher Hinsicht um neue nationale Vorgaben ergänzt.

Zunächst enthält § 12h Abs. 1 EnWG eine gesetzliche Auflistung der nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen, für die die Pflicht zur Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffungsverfahrens gilt³⁶. Nach der Gesetzesbegründung ist es Ziel der Vorschrift, die Erbringung der Systemdienstleistungen durch die Einführung von transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Verfahren für alle Marktteilnehmer zu öffnen und dadurch Potenziale für die technische Erbringung und wirtschaftliche Effizienz zu heben³⁷. Diese Pflicht gilt gemäß Absatz 2 für VNB nur in Höhe ihres Bedarfs an nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen. Die unionsrechtlich induzierten Ausnahmen einer marktgestützten Beschaffung bei vollständig integrierten Netzkomponenten sind in Absatz 3 geregelt. Hintergrund der Ausnahme von der Durchführung eines marktgestützten Beschaffungsverfahrens bei vollständig integrierten Netzkomponenten ist, dass Netzbetreiber nicht bei sich selbst Systemdienstleistungen

³² BT Drs. 19/21979, S. 2.

³³ BNetzA, Blindleistungsbereitstellung für den Netzbetrieb, Diskussionspapier, 2018, S.18.

³⁴ BT Drs. 19/21979, S. 11.

³⁵ Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur marktgestützten Beschaffung von Systemdienstleistungen vom 22.11.2020, BGBl. I S. 2464.

³⁶ Neben der Spannungsregelung (Blindleistung) umfasst der Begriff der nicht frequenzbezogenen Systemdienstleistungen gemäß § 12h Abs. 1 EnWG ebenfalls die Trägheit der lokalen Netzstabilität, Kurzschlussstrom, dynamische Blindstromstützung, Schwarzstartfähigkeit und Inselbetriebsfähigkeit.

³⁷ BT Drs. 19/21979, S. 14.

marktlich beschaffen können³⁸. Gemäß der Gesetzesbegründung sollten Netzbetreiber jedoch aus Effizienzgründen Systemdienstleistungen nur dann aus eigenen Netzbetriebsmitteln beschaffen, wenn dies wirtschaftlicher ist als die Erbringung durch Marktteilnehmer³⁹.

Ebenso enthält Absatz 4 eine Ausnahmeregelung für den Fall, dass ein marktliches Beschaffungsverfahren nach Ansicht der BNetzA wirtschaftlich ineffizient ist. Präzisiert wird hier im nationalen Recht, dass die BNetzA erstmalig eine Entscheidung über eine mögliche Ineffizienz einer marktgestützten Beschaffung bis zum 31. Dezember 2020 trifft und, im Falle der Gewährung einer Ausnahme, die Entscheidung spätestens alle drei Jahre überprüft⁴⁰. Laut der Gesetzesbegründung liegt eine Ineffizienz beispielsweise vor, wenn die Systemdienstleistung aktuell in ausreichendem Maße bereits als inhärente Eigenschaft von Erzeugungsanlagen erbracht wird und ein darüber hinaus gehender Bedarf nicht besteht⁴¹.

Soweit die BNetzA keine Ausnahmen nach Absatz 4 festgelegt hat, hat sie die Spezifikationen und technischen Anforderungen der transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffung der jeweiligen Systemdienstleistung in Form einer Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG aufzustellen (Abs. 5). Hierbei muss sie sicherstellen, dass sich alle Marktteilnehmer wirksam und diskriminierungsfrei beteiligen können; dies schließt Anbieter erneuerbarer Energien, Anbieter dezentraler Erzeugung, Anbieter von Laststeuerung und Energiespeicherung sowie Anbieter ein, die in der Aggregation tätig sind.

Gemäß Absatz 6 muss die BNetzA jedoch nicht selbst die Spezifikationen festlegen, sondern kann hierzu auch die Betreiber von Übertragungs- und Verteilernetzen (ÜNB bzw. VNB) auffordern, jeweils gemeinsam Spezifikationen und technische Anforderungen in einem transparenten Verfahren, an dem alle relevanten Netznutzer und

Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen teilnehmen können, zu erarbeiten. Diese von den privaten ÜNB und VNB entworfenen Regelungen bedürfen gemäß Absatz 6 Satz 2 der Genehmigung der BNetzA und sind anschließend zu veröffentlichen.

In Absatz 7 wird – über den Inhalt der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie hinausgehend – festgelegt, dass die Pflicht zur Einführung eines marktgestützten Verfahrens ausgesetzt wird, bis die BNetzA die Spezifikationen und technischen Anforderungen erstmals nach Absatz 5 festgelegt oder nach Absatz 6 genehmigt hat. Diese Übergangsregelung soll Rechtssicherheit bis zur Festlegung sicherstellen, die Durchführung eines transparenten und partizipatorischen Festlegungsverfahrens gewährleisten und eine ausreichende Umsetzungsfrist für alle betroffenen Marktrollen nach Abschluss des Festlegungsverfahrens bieten⁴².

Gemäß Absatz 8 werden alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen zum Austausch der erforderlichen Informationen und zur gegenseitigen Abstimmung verpflichtet. Absatz 9 adressiert speziell die Beschaffung von Schwarzstartfähigkeit und steht deshalb in dieser Studie nicht im Fokus.

2. Prüfung der wirtschaftlichen Ineffizienz durch die BNetzA

Gemäß § 12h Abs. 4 EnWG kann die BNetzA im Falle einer wirtschaftlichen Ineffizienz eines marktlichen Beschaffungsverfahrens festlegen, dass von der Einführung eines solchen Verfahrens abgesehen wird. Hierzu sah der Gesetzgeber eine Prüfungsfrist bis zum 31. Dezember 2020 vor. Im Rahmen des begleitenden wissenschaftlichen Projekts SDL-Zukunft („Zukünftiger Bedarf und Beschaffung von Systemdienstleistungen“)⁴³ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie wurde untersucht, für welche Systemdienstleistungen eine marktgestützte Beschaffung derzeit nicht

³⁸ BT Drs. 19/21979, S. 15.

³⁹ BT Drs. 19/21979, S. 14.

⁴⁰ Siehe zur Prüfung der BNetzA sogleich D. II. 2.

⁴¹ BT Drs. 19/21979, S. 15.

⁴² BT Drs. 19/21979, S. 16.

⁴³ *Schlecht/Wagner/Lehnert/Bucksteeg/Schinke-Nendza/Voß*, Effizienzprüfung marktgestützter Beschaffung von nicht-frequenzgebundenen Systemdienstleistungen (NF-SDL), August 2020. Zudem *Wagner/Schlecht/Bucksteeg*, Marktgestützte Beschaffung von Schwarzstartfähigkeit, Bericht im Vorhaben „SDL-Zukunft“, Oktober 2020.

wirtschaftlich effizient erscheint⁴⁴. Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass im Analysezeitraum 2021 bis 2025 für die Spannungshaltung (Blindleistung) ein marktliches Beschaffungsverfahren zumindest in Teilbereichen effizient sei, während die marktgestützte Beschaffung von den anderen nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen, mit Ausnahme der Schwarzstartfähigkeit, wirtschaftlich ineffizient sei⁴⁵. Die Ergebnisse der Studie waren für die BNetzA zwar nicht bindend, dennoch bildeten sie die wissenschaftliche Grundlage für die Entscheidung der BNetzA. So verabschiedete die BNetzA auf dieser Datenlage basierend am 18. Dezember 2020 vier Festlegungen zur Ausnahme von der Verpflichtung der marktgestützten Beschaffung nach § 12h Abs. 1 EnWG⁴⁶. Demgemäß müssen für die nicht-frequenzgebundenen Systemdienstleistungen „Trägheit der lokalen Netzstabilität“, „Inselbetriebsfähigkeit“, „dynamische Blindstromstützung“ und „Kurzschlussstrom“ keine marktgestützten Beschaffungsverfahren durchgeführt werden; eine entsprechende Ausnahmeregel für die Systemdienstleistungen „Spannungshaltung (Blindleistung)“ und „Schwarzstartfähigkeit“ wurde jedoch von der BNetzA vor Fristablauf am 31. Dezember 2020 nicht getroffen. Bei rechtlichen Zweifeln, ob die von der BNetzA getroffene Ausnahmeentscheidung mit den Anforderungen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie vereinbar ist, sieht die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie in Art. 63 vor, dass andere Regulierungsbehörden und die Kommission die ACER dazu ersuchen können. Mangels Ausnahmeregelung der BNetzA ist Blindleistung somit zukünftig entsprechend den Vorgaben des § 12h Abs. 1 EnWG in einem marktgestützten Verfahren zu beschaffen.

3. Noch ausstehend: Erlass der konkreten Spezifikationen für die Beschaffung von Blindleistung

Da die BNetzA für die marktgestützte Beschaffung von Blindleistung keine

Ausnahme nach § 12h Abs. 4 EnWG festgelegt hat, ist sie nun entsprechend Absatz 5 verpflichtet, die Spezifikationen und technischen Anforderungen der transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffung der Blindleistung in Form einer Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG aufzustellen. Alternativ kann sie auch gemäß Absatz 6 – wie oben beschrieben – die ÜNB bzw. VNB auffordern, jeweils gemeinsam Spezifikationen und technische Anforderungen in einem transparenten Verfahren, an dem alle relevanten Netznutzer und Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen teilnehmen können, zu erarbeiten. Diese von den privaten ÜNB und VNB entworfenen Regelungen bedürfen gemäß Absatz 6 Satz 2 der Genehmigung der BNetzA und sind anschließend zu veröffentlichen. Die behördliche Genehmigung der privaten Regelwerke der Netzbetreiber ist erforderlich, um im Rahmen einer staatlichen Kontrollinstanz bei defizitärer Umsetzung der Rechtsgrundlage durch die Privaten steuernd einschreiten und letztendlich einen Einklang der Spezifikationen mit den Anforderungen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie sicherstellen zu können.

Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Papiers lagen noch keine entsprechenden Ausarbeitungen der BNetzA bzw. der Netzbetreiber für die Spezifikationen vor. Gemäß der Regelung in § 12h Abs. 7 EnWG ist damit die Pflicht zur Einführung eines marktgestützten Verfahrens ausgesetzt, bis die BNetzA die Spezifikationen und technischen Anforderungen festgelegt oder genehmigt hat. Da die Übergangsregelung in § 12h Abs. 9 EnWG nur im Hinblick auf Schwarzstartfähigkeit gilt, findet bei der Beschaffung von Blindleistung nach dem Gedanken des § 12h Abs. 7 EnWG bis zum Erlass der Spezifikationen weiterhin noch das derzeit geltende, weitestgehend

⁴⁴ BT Drs. 19/21979, S. 11.

⁴⁵ Ebenso wurde die (jedenfalls teilweise) Effizienz für die Schwarzstartfähigkeit festgestellt. Die Beschaffung der nicht frequenzgebundenen Systemdienstleistungen des Kurzschlussstroms, der dynamischen Blindstromstützung, der Trägheit der lokalen Netzstabilität und der Inselbetriebsfähigkeit sind jedoch gemäß der

Studie nicht wirtschaftlich effizient möglich, *Schlecht/Wagner/Lehnert/Bucksteeg/Schinke-Nendza/Voß*, Effizienzprüfung marktgestützter Beschaffung von nicht-frequenzgebundenen Systemdienstleistungen (NF-SDL), August 2020, S. 5.

⁴⁶ BNetzA, Beschlüsse jeweils vom 18.12.2020, BK6-20-295, BK6-20-296, BK6-20-297 und BK6-20-298.

nicht-marktbasierte Beschaffungsverfahren Anwendung⁴⁷.

III. Rechtliche Bewertung des § 12h EnWG

Im Rahmen der rechtlichen Bewertung des § 12h EnWG wird untersucht, ob der Inhalt der Norm den inhaltlichen (1.) und zeitlichen (2.) Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie, insbesondere der Pflicht zur Einführung eines transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Beschaffungsverfahrens innerhalb der Umsetzungsfrist genügt. Sodann werden die unionsrechtlichen Folgen im Hinblick auf eine mögliche unmittelbare Anwendbarkeit der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie dargestellt (3.).

1. Inhaltliche Umsetzung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie

Inhaltlich wiederholt § 12h EnWG im Wesentlichen die unionsrechtlichen Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie mit einigen Ergänzungen in zeitlicher und kompetenzrechtlicher Hinsicht. Hier zeigt sich, dass – mit Ausnahme der zeitlichen Vorgaben, hierzu sogleich – die grundlegende Übernahme der unionsrechtlichen Anforderungen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie ohne inhaltliche Abweichungen zwar nicht per se unionsrechtswidrig ist. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass Richtlinien nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich sind und entsprechend einer mitgliedstaatlichen Umsetzung bedürfen, in welcher Form und mit welchen Mitteln dieses Ziel erreicht werden soll (Art. 288 Abs. 3 AEUV⁴⁸). Für eine vollständige Umsetzung der Richtlinie bedarf es somit nicht nur einer bloßen Kodifikation im nationalen Recht, ein verpflichtendes transparentes, diskriminierungsfreies und

marktgestütztes Beschaffungsverfahren einzuführen. Vielmehr ist der Erlass der konkreten Modalitäten und Spezifikationen des entsprechenden Beschaffungsverfahrens zur Erreichung des Ziels der Richtlinie erforderlich. Hieran fehlt es jedoch aktuell. Solange die BNetzA die Spezifikationen und technischen Anforderungen noch nicht festgelegt oder genehmigt hat, fehlt im deutschen Recht eine gänzliche unionsrechtliche Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie bezüglich der Vorgaben für Blindleistung. Eine rechtliche Bewertung, ob die inhaltlichen Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie eingehalten wurden, kann daher zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht abschließend getroffen werden, es bleibt die Ausarbeitung der Spezifikationen abzuwarten.

2. Ablauf der Umsetzungsfrist der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie

Die bislang mangelnde inhaltliche Ausgestaltung des Beschaffungsverfahrens wirft unweigerlich die Frage auf, ob den zeitlichen Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie Genüge getan ist oder ob die Aussetzung der Pflicht mit § 12h Abs. 7 EnWG nicht vielmehr eine nicht-fristgesetzte Umsetzung der Richtlinie und damit einen Verstoß gegen Unionsrecht darstellt. Gemäß Art. 71 EitRL sind die Anforderungen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie bis zum 31. Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzen, d. h. „die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um den Artikeln (...) spätestens am 31. Dezember 2020 nachzukommen“. Richtlinien definieren die zu erreichenden Ziele und Ergebnisse, mithin den Rechtszustand, der von den Mitgliedstaaten im Wege der Umsetzung herzustellen und beizubehalten ist⁴⁹. Hierbei trifft die Staaten die Pflicht, diesen richtlinienkonformen Rechtszustand mit Ablauf der Umsetzungsfrist

⁴⁷ Vergleiche hierzu das vorhergehende Kapitel D. I.

⁴⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der

Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013.

⁴⁹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL Mai 2020, Art. 288 AEUV Rn. 112.

herzustellen,⁵⁰ und den entsprechenden nationalen Gesetzesrahmen bis zu diesem Zeitpunkt in Kraft zu setzen⁵¹. Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts kann auch keine abweichende Umsetzungsfrist in einem nationalen Rechtsakt verankert werden⁵², denn die Aussetzung der Einführung entsprechender nationaler Regelungen würde einen Aufschub der Umsetzung darstellen und stünde daher im Widerspruch zu den unionsrechtlichen Verpflichtungen⁵³. Dies gilt selbst dann, wenn nach Ansicht des Mitgliedstaates die von den Unionsorganen festgelegte Umsetzungsfrist als zu kurz empfunden wird, um die entsprechenden nationalen Regelungen anzupassen; vielmehr muss er in diesem Fall eine Fristverlängerung durch Rechtsetzungsentscheidung der EU-Organe einholen⁵⁴. Nur durch eine strenge Einhaltung der Umsetzungsfristen kann das in der jeweiligen Richtlinie genannte Ziel erreicht werden und damit dem Gebot der effektiven Umsetzung von Richtlinien und dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) nachgekommen sowie eine einheitliche Wirkung des Unionsrechts gewährleistet werden⁵⁵. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Richtlinie ausdrücklich neben einer Umsetzungsfrist vorsieht, dass die Anwendbarkeit erst ab einem späteren Zeitpunkt beginnen soll⁵⁶, dies ist jedoch im Rahmen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie nicht der Fall.

In der Zusammenschau dieser Ausführungen zeigt sich, dass eine unionsrechtlich verankerte Umsetzungsfrist verbindlich ist und mit Ablauf dieses Datums der entsprechende richtlinienkonforme Zustand im nationalen Recht hergestellt sein muss. In dem § 12h Abs. 7 EnWG eine Aussetzung der nationalen Pflicht zur Umsetzung der

nationalen Vorgaben bis zu einer Tätigkeit der BNetzA vorsieht, stellt dies einen unzulässigen Aufschub der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben dar. Sowohl die einheitliche Rechtsanwendung in den europäischen Mitgliedstaaten als auch die Wirksamkeit des Unionsrechts werden hierdurch vereitelt, da es *de facto* nun in der Hand des Mitgliedstaates liegt, bis wann dieser die unionsrechtlichen Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie umsetzen und anwenden wird. Nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ist die mit dem Unionsrecht kollidierende Aussetzung der Pflicht eines marktgestützten Verfahrens in § 12h Abs. 7 EnWG zwar weiterhin in Kraft, aber unanwendbar. Durch den unterlassenen Erlass der Spezifikationen hinsichtlich des Beschaffungsverfahrens von Blindleistung bis zum 31. Dezember 2020 hat die Bundesrepublik Deutschland somit die Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt, so dass ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 ff. AEUV drohen kann.

3. Unmittelbare Wirkung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie als Folge?

Infolge des Ablaufs der Umsetzungsfrist mit unzulänglicher Umsetzung der Vorgaben zum Beschaffungsverfahren von Spannungsregelung (Blindleistung) könnte der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie eine unmittelbare Wirkung zukommen, wodurch sich die Anlagenbetreiber vor innerstaatlichen Behörden und Gerichten auf diese Vorschriften berufen könnten. Denn Richtlinien können bei Umsetzungsdefiziten unter bestimmten Voraussetzungen

⁵⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL Mai 2020, Art. 288 AEUV Rn. 114.

⁵¹ *Kommission zur zukünftigen Beschaffung von Blindleistung*, Endbericht, 2019, S. 45.

⁵² Vergleiche zum Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht die ständige Rechtsprechung des EuGH, u. a. EuGH, Urt. v. 15.6.1964 – Rs. 6/64 – *Costa/E.N.E.L.*; EuGH, Urt. v. 13.2.1969 – Rs. 14/68 – *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*, Rn. 6; ebenso *Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2016, sowie *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013.

⁵³ EuGH, Urt. v. 9.8.1994 – C-396/92 – *Bund Naturschutz/Bayern*, Rn. 19; *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 66.

⁵⁴ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL Mai 2020, Art. 288 AEUV Rn. 114.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 21.6.1963 – Rs. 79/72 – *Kommission/Italien*, Rn. 7; EuGH, Urt. v. 26.2.1976 – Rs. 52/75 – *Kommission/Italien*, Rn. 10; EuGH, Urt. v. 22.9.1976 – Rs. 10/76 – *Kommission/Italien*, Rn. 11/12.

⁵⁶ So beispielsweise Art. 28 Verbraucherschutzrichtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011, der zwischen der Umsetzung in nationales Recht und der Anwendbarkeit der nationalen Maßnahmen differenziert.

auch eine unmittelbare Wirkung gegenüber Einzelnen erhalten, obwohl sie grundsätzlich gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV nur für Mitgliedstaaten verbindliche Regelungen enthalten⁵⁷. Der allgemein anerkannte Rechtsgrundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien ergibt sich zum einen aus dem Prinzip der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) des Unionsrechts. Zum anderen folgt er aus dem Gedanken, dass die Mitgliedstaaten Einzelnen nicht ihre eigene Umsetzungssäumnis entgegenhalten dürfen und daher nach Fristablauf unmittelbar geltendes Richtlinienrecht gegen sich gelten lassen müssen (*principle of estoppel*)⁵⁸.

Da die unmittelbare Anwendbarkeit jedoch nur zu einer Verbesserung der Rechtsstellung des Einzelnen beitragen darf, erkennt der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit lediglich dann an, wenn die Vorgaben hinreichend bestimmte und unbedingte inhaltliche Verpflichtungen Einzelner gegenüber dem Mitgliedstaat enthalten⁵⁹. Sie gilt somit nur im vertikalen Verhältnis zwischen Staat und Bürger, nach ständiger Rechtsprechung ist eine horizontale Direktwirkung zwischen Privaten jedoch ausge-

schlossen⁶⁰. Das heißt, es kann sich kein Privater (Anlagenbetreiber) zu Lasten eines anderen Privaten (Netzbetreiber) auf eine Richtlinienbestimmung berufen⁶¹.

Eine etwaige Bindungswirkung gegen den Mitgliedstaat scheidet aus, da die Vorgaben zur marktgestützten Beschaffung von Blindleistung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie als bloße Zielvorgaben die konkrete Umsetzung offenlassen und verschiedene Umsetzungsvarianten eines marktgestützten Verfahrens möglich sind. Die Anforderungen an das Beschaffungsverfahren sind mithin nicht hinreichend bestimmt formuliert, um konkrete Spezifikationen der Beschaffung aufzustellen.

Nach all dem kommt den Vorschriften der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie zur Beschaffung von Blindleistung weder im vertikalen Verhältnis Staat-Bürger noch im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten eine unmittelbare Anwendbarkeit zu. Mangels neuer Vorgaben hinsichtlich des Beschaffungsverfahrens gilt somit das bisherige Verfahren – trotz teilweiser Unionsrechtswidrigkeit – bis zum Erlass von Spezifikationen im Sinne des § 12h EnWG fort.

⁵⁷ Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 86.

⁵⁸ Vergleiche zur Anerkennung der Rechtsfigur unter anderem Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 48 mit Verweis auf zahlreiche Urteile des EuGH.

⁵⁹ Ständige Rechtsprechung, u. a. EuGH, Urt. v. 05.04.1979 – Rs. 148/78 – Ratti, Leitsatz 1; EuGH, Urt. v. 08.10.1987 – Rs. 80/86 – Kolpinghuis Nijmegen, Rn. 7.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 26.02.1986 – Rs. 152/84 – Marshall, Leitsatz 5; EuGH, Urt. v. 11.06.1987 – Pretore di Salò – Rs. 14/86, Rn. 19.

⁶¹ Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV Rn. 51.

E. Fazit und Ausblick

Der nationale Rechtsrahmen der Blindleistung unterlag in der Vergangenheit einigen regulatorischen Anpassungen durch den Netzkodex. Weitere Anpassungen sind darüber hinaus infolge der unionsrechtlichen Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie erforderlich, insbesondere aufgrund der unionsrechtlichen Pflicht zur Einführung eines marktgestützten, diskriminierungsfreien und transparenten Beschaffungsverfahrens von Blindleistung. Der neue § 12h EnWG („Marktgestützte Beschaffung nicht frequenzgebundener Systemdienstleistungen“) soll die neuen EU-Vorgaben umsetzen. § 12h EnWG stellt im Wesentlichen eine Wiederholung der unionsrechtlichen Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie dar, mit Ergänzungen in zeitlicher und kompetenzrechtlicher Hinsicht um neue nationale Vorgaben. Die konkreten Modalitäten und Spezifikationen des Beschaffungsverfahrens für Blindleistung wurden in § 12h EnWG jedoch nicht festgelegt, sondern sind entsprechend § 12h Abs. 5 und Abs. 6 EnWG von der BNetzA bzw. von den ÜNB und VNB zu erarbeiten. Entsprechende Ausarbeiten lagen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Papiers noch nicht vor.

Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts ist § 12h Abs. 7 EnWG, der eine Aussetzung der Pflicht zur Einführung eines marktgestützten Verfahrens vorsieht, bis

die BNetzA die Spezifikationen und technischen Anforderungen festgelegt oder genehmigt hat, infolge der Kollision mit den Umsetzungsfristen der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie unionsrechtswidrig und mithin unanwendbar. Da Deutschland somit zum Ablauf der Umsetzungsfrist der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie zum 31. Dezember 2020 noch kein marktgestütztes Verfahren eingeführt hat und auch keine Ausnahme dieser Pflicht aufgrund einer wirtschaftlichen Ineffizienz festgestellt wurde, wird gegen die verbindlich geltenden Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie hinsichtlich der marktgestützten Beschaffung von Blindleistung verstoßen und damit ein Vertragsverletzungsverfahren riskiert. Eine unmittelbare Wirkung der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie für Anlagen- oder Netzbetreiber resultiert hieraus allerdings nicht.

Angesichts dieser Ergebnisse bleibt abzuwarten, ob die Spezifikationen des Beschaffungsverfahrens noch so zeitnah erlassen werden, dass die Kommission von einer Rüge wegen nicht-fristgerechter Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie absieht oder ob die Einführung des neuen Beschaffungsverfahrens zu solchen Verzögerungen führt, dass ein Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission die Folge sein könnte.

Kontakt
Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0
F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:
„NEW4.0 Norddeutsche EnergieWende –
Rechtliche Aspekte der Transformation
des Energiesystems (FKZ 03SIN427)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

NEW 4.0
Norddeutsche EnergieWende