Energie. Wasser. Leben.

BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin
Telefon +49 30 300 199-0
Telefax +49 30 300 199-3900
E-Mail info@bdew.de
www.bdew.de

Stellungnahme

Konsultation des BKartA zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 1. April 2016

- Missbräuchliche Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten -

Berlin, 31. Mai 2016

1. Vorbemerkung

Auch wenn nach den zuletzt klaren Aussagen der Monopolkommission aktuell kein Stromerzeuger in Deutschland mehr marktbeherrschend ist, hält der BDEW eine Klarstellung der Rahmenbedingungen für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten für erforderlich. Die Erstellung eines Leitfadens durch das Bundeskartellamt (BKartA) wird deshalb unterstützt. Der BDEW bedankt sich für die Einbeziehung bereits in die vorbereitenden Überlegungen.

Nach Auffassung des BDEW ist es das Ziel zu vermeiden, dass Marktteilnehmer ihr Gebotsverhalten zur Vermeidung möglicher Konflikte mit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot vorsorglich stärker zurück nehmen als notwendig. Es muss am Ende allen Marktteilnehmern erlaubt sein, ihre langfristigen Vollkosten zu verdienen.

Grundsätzlich wären eine Aufgabe des vom BKartA aufgestellten Mark-Up-Verbots und eine noch stärkere Fokussierung des Missbrauchsverbots auf das „künstliche“ in die Höhe treiben von Preisen wünschenswert gewesen. Das Mark-Up-Verbot ist mit Unsicherheiten behaftet, die durch eine Abkehr vermieden werden können.

Aus ökonomischer Sicht gilt: Für die Fixkostendeckung der Kraftwerke in einem Energy-Only-Markt sind Preisspitzen, also Preise oberhalb der Grenzkosten essentiell. Eine Quersubventionierung von Kraftwerken ist betriebswirtschaftlich unvernünftig und bei der heutigen Gestalt der Merit Order auch gar nicht mehr machbar. Denn die Merit Order ist durch regulatorische Eingriffe stark abgeflacht. Es sind also Preissignale im Markt erforderlich, die es allen Betreibern von benötigten und effizienten Kapazitäten ermöglichen, ihre langfristigen Vollkosten zu verdienen. Dabei wird jede Einheit als „profit center“ betrachtet.

Das BKartA hat darauf hingewiesen, dass ein gemeinsamer Leitfaden mit der BNetzA entstehen soll, der auch Auslegungsfragen zur REMIT-VO enthält. Die Abstimmung der Auslegung der Marktmissbrauchsregeln und der REMIT-VO ist richtig und wichtig, so dass die Abstimmung frühzeitig erfolgen sollte. Auch hier ist der BDEW zu einer Mitwirkung bereit.

Nicht zuletzt geht der BDEW davon aus, dass das BKartA auch mit der EU-Kommission den Austausch sucht, um zu europakartellrechtlich gültigen Aussagen im Leitfaden zu kommen.

2. Kernpunkte der Antworten zum Konsultationsfragebogen

- Im Ziel besteht Einigkeit mit dem BKartA. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot dient der Verhinderung eines „künstlichen“ Hochtreibens von Preisen durch missbräuchliche Handelsstrategien. Das Missbrauchsverbot hat nicht die Zielsetzung, im Stromgroßhandel nur sehr selten auftretende Preisspitzen zu verringern.
- Angesichts der Unsicherheiten, die die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung mit sich bringt und dem veränderten Marktumfeld im Bereich der Stromerzeugung, könnte eine klare Aufgabe des Mark-Up-Verbots für sämtliche Marktteilnehmer Anreize bringen, Kapazitäten im Markt zu halten und die notwendigen Kapazitäten

auch über den Markt und nicht über eine Kapazitätsreserve zu refinanzieren. Dieses Ziel wird möglicherweise verfehlt.

- Die Bewertung der Marktverhältnisse muss auch die Erneuerbaren Energien entsprechend ihrem Leistungsbeitrag und dem Wettbewerbsdruck, den sie auf die übrigen Kapazitäten im System ausüben, berücksichtigen. Daneben stehen Speicheranlagen, Maßnahmen auf Nachfrageseite, ausländische Kapazitäten etc.
- Die Ausführungen des BKartA zur Entstehung knappheitsbedingter Preise - trotz Mark-Up-Verbot - sind für den BDEW nicht vollständig nachvollziehbar und rufen einige Fragen hervor, die noch zu diskutieren sind.
- Dem BKartA ist darin zuzustimmen, dass für die Frage, ob ein Unternehmen auf dem Stromerstabsatzmarkt marktbeherrschend ist, nicht jede Stunde gesondert zu betrachten ist. Vielmehr bedarf es einer Gesamtbetrachtung über einen längeren Zeitraum.
- Die vorgeschlagene Definition einer Kapazitätszurückhaltung birgt auch aufgrund der ex-post-Betrachtung erhebliche Unsicherheiten für die Unternehmen.

3. Zum Fragebogen im Einzelnen

3.1. Frage 1

Bitte erläutern Sie, welche Zielrichtung dem kartellrechtlichen Verbot missbräuchlicher Kapazitätszurückhaltung aus Ihrer Sicht beigemessen werden sollte.

Der BDEW stimmt dem BKartA darin zu, dass das Missbrauchsverbot nicht die Zielsetzung hat, im Stromgroßhandel nur sehr selten auftretende Preisspitzen zu verringern. Zu begrüßen ist die in der Sektoruntersuchung Strom und dem dazu ergangenen Endbericht aus dem Jahr 2012 noch nicht so deutliche Fokussierung auf etwaige missbräuchliche Handelsstrategien, d. h. das „künstliche“ in die Höhe treiben von Preisen. Damit ist es auch richtig, dass eine direkte Überprüfung der Höhe der Stromgroßhandelspreise oder einzelner Gebote von Kraftwerksbetreibern nicht erfolgt. Dies sollte in dem geplanten Leitfaden deutlich niedergelegt werden. Dies zugrunde gelegt, sollte das Mark-Up-Verbot entbehrlich sein. Hieran scheint das BKartA für marktbeherrschende Unternehmen indes festhalten zu wollen. Angesichts der Unsicherheiten, die die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung mit sich bringt, und dem veränderten Marktumfeld im Bereich der Stromerzeugung könnte eine klare Zulassung von Mark-Ups für sämtliche Marktteilnehmer schon etwas früher als in Knappheitssituationen, wie sie das BKartA definiert, Anreize bringen, Kapazitäten im Markt zu halten und die notwenigen Kapazitäten auch über den Markt und nicht über eine Kapazitätsreserve zu refinanzieren.

Aus Sicht des BDEW bestehen grundlegende Zweifel daran, dass das bisherige kartellrechtliche Missbrauchskonzept gegenwärtig überhaupt noch ein praxistaugliches Kontrollinstrument für die Stromerzeugung darstellt. In dem Segment der Stromerzeugung ist der freie Wettbewerb durch regulatorische Eingriffe (EEG, Netz- und Kapazitätsreserve) stark verzerrt. Marktmacht ist hier nicht das Problem. Der Anteil des eigentlich wettbewerblichen Segments

an der Deckung der Stromnachfrage wird immer kleiner. Legte man als Maßstab für einen potentiellen Missbrauch hier das Bestehen dauerhafter Überrenditen aufgrund von Marktzutrittsbarrieren – ein tauglicher Indikator – zugrunde, so würde deutlich, dass das Missbrauchsverbot im deutschen Strommarkt aktuell keinen Anwendungsbereich hat. Damit wird das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nicht überflüssig und gilt natürlich nach wie vor, es bedarf aber erkennbar eines neuen Konzepts.

3.2. Frage 2

Zusammenhang zwischen Mark-Ups und knappheitsbedingten Preisspitzen. Bitte stellen Sie dar, wie Sie diesen ökonomischen Zusammenhang bewerten.

In einem Energy-Only-Markt sind Preisspitzen, also Preise oberhalb der Grenzkosten, für die Fixkostendeckung der Stromerzeugungsanlagen essentiell. Andernfalls kann mindestens die letzte benötigte Einheit ihre Fixkosten nicht decken. Zu beachten gilt, dass bei dem gegenwärtigen Preisniveau am Großhandelsmarkt von knapp über 20 €/MWh praktisch kein Kraftwerk seine Fixkosten deckt. Aktuell sind entsprechende Mark-Ups am Markt nicht durchsetzbar. Das könnte sich zwar ändern, etwa nach dem Kernenergieausstieg. Jedoch wäre es sinnvoll, schon früher Anreize zu geben, um Kapazitäten am Markt zu halten und rechtzeitig über den Markt zu refinanzieren. Letztlich würde dies die notwendige Größe der Kapazitätsreserve leicht verringern.

Nicht hinreichend klar ist, ob das BKartA Opportunitäts- und Ausfallrisikokosten als Teil der Grenzkosten anerkennt, da der Fragebogen hierzu keine ausdrückliche Aussage enthält. Eine entsprechende Anerkennung ist aber die notwendige Folge einer Betrachtung des tatsächlichen Zusammenspiels bzw. der Wechselwirkungen zwischen Day-Ahead-Markt und Intraday-Markt. Eine Kapazitätszurückhaltung, z. B. auf dem Day-Ahead-Markt, kann für den Erzeuger wie auch volkswirtschaftlich effizient sein, wenn etwa am Intraday-Markt höhere Renditen zu erzielen sind. Das führt auch nicht zu höheren Marktpreisen, erst recht nicht zu „künstlich“ überhöhten. Im Zusammenspiel zwischen Day-Ahead-Markt und Intraday-Markt ist es normal, dass Opportunitäts- und Ausfallkosten eingepreist werden, sowohl von nicht-marktbeherrschenden als auch von marktbeherrschenden Unternehmen. Hierzu sollte eine Klarstellung durch das BKartA im Leitfaden erfolgen. Die Sektoruntersuchung aus 2011 enthält hier Ansätze, beschreibt diese aber nicht ausreichend.

Die Ausführungen des BKartA zur Entstehung knappheitsbedingter Preise rufen aus Sicht des BDEW die folgenden Fragen hervor, die noch zu diskutieren sind:

- Kann ernsthaft davon ausgegangen werden, dass nicht-marktbeherrschende Unternehmen ein Gebot mit Mark-Up stellen? (Art. 5 REMIT-VO; wirtschaftliches Risiko entgangener Deckungsbeiträge bei Nichtdurchsetzung)
- Wie wird ein Gleichlauf mit den Vorgaben der REMIT-VO sicher gestellt?
- Wie wird das Zusammenspiel von Day-Ahead-Markt und Intraday-Markt bei der Preisbildung berücksichtigt? (Opportunitätskosten, Ausfallrisikokosten als Teil der Grenzkosten)

Die bisherige Auffassung des BKartA versteht der BDEW grob wie folgt: Die letzten benötigten Kraftwerke dürfen nur Deckungsbeiträge zur Fixkostendeckung erzielen, wenn

1. die Nachfrage freiwillig auf Strom verzichtet, also abschaltbare Lasten den Preis setzen,
2. die Kapazitätsreserve eingesetzt wird, da es zu keinem Ausgleich von Angebot und Nachfrage am Day-Ahead-Markt kommt,
3. die Nachfrage partiell nicht bedient werden kann und es zu einem unfreiwilligen Lastabwurf kommt, da die Kapazitätsreserve zu klein ist,
4. nicht-marktbeherrschende Betreiber im Sinne des BKartA mit Mark-Ups bieten und
5. ein Kraftwerksbetreiber seine Durchschnittskosten nicht deckt und daher mit Mark-Ups bieten darf.

Auf Ziffer 4 basiert auch das im Gesetzgebungsverfahren befindliche Strommarktgesetz. Ob Ziffer 4 aber tatsächlich eintreten wird, ist v. a. wegen der REMIT-Vorgaben, aber auch wegen des wirtschaftlichen Risikos fraglich.

Insgesamt folgt aus den o.g. Anforderungen, dass Spitzenlastanlagen ihre Fixkosten nur decken können, wenn entweder die Versorgungssicherheit in höchstem Maße gefährdet ist oder die Kapazitätsreserve sehr groß ist, da abschaltbare Lasten nur im geringen Umfang verfügbar sind. Eine große Kapazitätsreserve lässt den wettbewerblichen Energy-Only-Markt allerdings nochmals schrumpfen.

Interessant ist auch die nachfolgende ökonomische Betrachtung: Zur Fixkostendeckung von bestehenden Spitzenlastanlagen sind grob etwa 6 bis 9 €/kW pro Jahr erforderlich. Neuanlagen benötigen etwa 40 bis 60 €/kW. Zur Fixkostendeckung im Day-Ahead-Markt darf es danach an 2 bis 3 Stunden im Jahr keinen markträumenden Preis unterhalb von mindestens 3.000 €/MWh geben. Für einen Neubau sind 14 bis 20 Stunden von mindestens 3.000 €/MWh erforderlich und zwar jedes Jahr. Aufgrund der Wetterstochastik ist ein Kapazitätsabbau genau bis zu diesem Gleichgewichtspunkt praktisch unmöglich. Entweder gibt es sehr viel weniger Stunden an denen es am Day-Ahead-Markt zu Preisen von 3.000 €/MWh kommt oder es gibt sehr viel mehr Stunden. D. h. die Erzeuger verdienen in vielen Jahren zu wenig, um ihre Fixkosten zu decken und in wenigen Jahren zu viel. Die Jahre, in denen zuwenig verdient wird, sind betriebswirtschaftlich problematisch. In den Jahren, in denen zu viel verdient wird, entsteht das Problem der politischen Vermittelbarkeit.

Insgesamt erscheint das statische Konzept von Marktmachtausübung des BKartA problematisch. Eine Orientierung allein auf Grenzkostengebote sichert keine Fixkostendeckung und damit letztlich nicht die Versorgungssicherheit. Die Marktkopplung sorgt allein für einen hinreichenden Wettbewerb. Ein oft besserer Indikator für einen potentiellen Missbrauch von Marktmacht wären dauerhafte Überrenditen aufgrund von Marktzutrittsbarrieren. Beides ist im deutschen Markt nicht zu erkennen.

3.3. Frage 3

Sollte in Abkehr von der Fallpraxis des Bundeskartellamtes für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Stromerstabsatzmarkt nach Ihrer Auffassung künftig nicht mehr der Zeitraum eines Jahres, sondern nur die betreffende Stunde betrachtet werden? Oder schlagen Sie aufgrund Ihrer eigenen Marktkenntnis einen anderen Betrachtungszeitraum vor? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Ob ein Unternehmen auf dem Stromerstabsatzmarkt marktbeherrschend ist, kann nicht für jede Stunde gesondert betrachtet werden. Eine solche Herangehensweise ist mit den gesetzlichen Bestimmungen über den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und deren Zweck nicht zu vereinbaren. Sie vermengt zudem die Frage nach der Methode zur Feststellung von Marktbeherrschung mit derjenigen nach der richtigen Marktabgrenzung. In Bezug auf letztere geht sie von einer unzutreffenden Abgrenzung aus.

Die Monopolkommission hatte in ihrem 71. Sondergutachten[1] angeregt, Marktbeherrschung letztlich stundenweise zu bestimmen. Konkret hatte die Monopolkommission erwogen, die Marktstellung beim Handel mit Stundenprodukten separat zu betrachten und dabei in jeder Stunde einen neuen zeitlich relevanten Markt abzugrenzen. Die stündliche Marktabgrenzung zöge eine ebenfalls stundenbezogene Feststellung von Marktbeherrschung zwangsläufig nach sich.[2] In Wirklichkeit erlaubt die stündliche Betrachtung eines Indikators (wie des RSI) kein Urteil zum kartellrechtlichen Merkmal der Marktbeherrschung, sondern vielmehr nur eine Aussage zur sog. Unverzichtbarkeit der Anbieter.

Der Vorschlag der Monopolkommission zielt erkennbar darauf ab, in Knappheitssituationen strategisches Bieterverhalten auch solcher Unternehmen zu unterbinden, die nach dem bisherigen Konzept von Marktbeherrschung nicht als Adressaten des Missbrauchsverbots anzusehen sind. Diese Schutzrichtung aber ist durch das bestehende Regulierungsrecht, namentlich das Verbot von Marktmanipulationen aus Art. 5 VO (EU) Nr. 1227/2011 (REMIT) hinreichend abgedeckt.[3] Nach den von ACER hierzu veröffentlichten Leitlinien kann die Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation zu sehen sein, ohne dass es darauf ankäme, ob das betroffene Unternehmen marktbeherrschend ist oder nicht.

Vor diesem Hintergrund besteht zu einer Neubestimmung der Märkte in der vorgeschlagenen Weise keine Veranlassung. Rechtsprechung und Entscheidungspraxis des Kartellamtes haben bisher einen einheitlichen Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom abgegrenzt und von einer weiteren Binnendifferenzierung nach Termin- oder Spotprodukten abgesehen. Das ist auch sinnvoll, denn bei Strom handelt es sich um ein homogenes Produkt, sodass verschiedene Stromprodukte aus Nachfragesicht zur Deckung der Nachfra-

---

[1] Monopolkommission, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, Sondergutachten 71, 2015.

[2] Sondergutachten, a.a.O., Rz. 416.

[3] ACER, Guidance on the application of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency, 3rd Edition, Updated 3-June-2015, p. 37, 39.

ge nach Strom grundsätzlich gleichermaßen geeignet sind. Dass sich die Auswahlmöglichkeiten des individuellen Nachfragers verändern, je näher jeweils der gewünschte Erfüllungszeitpunkt rückt, liegt in der Natur der Sache und zwingt nicht zu einer differenzierteren Marktabgrenzung.

Unabhängig davon erfordert die Frage der Marktbeherrschung eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung insbesondere der Indikatoren aus § 18 Abs. 3 GWB. Die Berücksichtigung der Katalogbeispiele des § 18 Abs. 3 GWB ist dabei zwingend. Unter diesem Aspekt erscheint es zweifelhaft, Marktbeherrschung allein daran festzumachen, ob das betroffene Unternehmen in einer bestimmten Stunde unverzichtbar ist oder nicht. Der Beispielkatalog aus § 18 Abs. 3 GWB zeigt daneben, dass Marktbeherrschung ein Phänomen ist, das durch eine gewisse Nachhaltigkeit bzw. Dauer gekennzeichnet ist. Denn etliche der Indikatoren des § 18 Abs. 3 GWB zeichnen sich dadurch aus, dass sie im Regelfall eine gewisse Beständigkeit aufweisen (z. B. Finanzkraft, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, Marktzutrittsschranken). Auch die Europäische Kommission geht davon aus, dass ein Unternehmen im Regelfall dann als marktbeherrschend betrachtet werden kann, wenn es „*über einen längeren Zeitraum seine Preise gewinnbringend auf ein Niveau über dem Wettbewerbspreis erhöhen kann*“.[4] Was dabei letztlich als längerer Zeitraum zu betrachten sei, hänge dabei vom Produkt und von den Bedingungen auf dem betreffenden Markt ab; in der Regel aber seien zwei Jahre ausreichend.

Eine stündliche Betrachtung – mit Gleichsetzung von Unverzichtbarkeit und Marktbeherrschung – würde auch dazu führen, dass Marktbeherrschung stündlich wechseln kann, und hätte außerdem zur Folge, dass Marktbeherrschung nicht nur ein Ergebnis von Marktstrukturen oder Unternehmensressourcen, sondern letztlich auch von kurzzeitigen Zufälligkeiten ist, auf die das einzelne Unternehmen keinen Einfluss hat und die es normalerweise nicht einmal genügend präzise vorhersehen kann (z. B. Verfügbarkeit Erneuerbarer Energien infolge wechselnder Witterungsbedingungen, unvorhergesehene Kraftwerksausfälle, Netzstörungen, u. a.). Die stündliche Betrachtung liefert mit anderen Worten lediglich eine flüchtige und vom Zufall mitbestimmte Momentaufnahme; von Marktbeherrschung in dem oben beschriebenen Sinn kann keine Rede sein. Hinzu kommt, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit für sämtliche Marktteilnehmer entstünde, da eine ex ante stundenbezogene Bewertung einer marktbeherrschenden Stellung faktisch nicht möglich wäre, sondern erst ex post aus einer behördlichen Veröffentlichung ersichtlich wäre. Dass die stundenbezogene Feststellung der Unverzichtbarkeit dem einzelnen Unternehmen ex ante kaum möglich ist, erschwert die erfolgreiche Umsetzung einer Unverzichtbarkeit voraussetzenden Gebotsstrategie ganz erheblich.

Die fehlende Vorhersehbarkeit macht zudem deutlich, dass eine stundenweise determinierte Marktbeherrschung sich nicht als Anknüpfungspunkt für das hergebrachte Eingriffs- und Sanktionsinstrumentarium des Kartellrechts eignet. Einem Unternehmen, das seine Marktbeherrschung nicht vorhersehen konnte, wird man kein ordnungswidriges Verhalten vorwerfen

[4] Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Mitteilung der Kommission, ABl. C 45 v. 24.02.2009 S. 7 ff Rz. 11.

können. Auch eine Unterlassungsverfügung erscheint zweifelhaft, wenn das betroffene Unternehmen nicht im Voraus erkennen kann, wann es von dem Unterlassungsbefehl erreicht wird und wann nicht. Im Zweifel wird das betroffene Unternehmen sein Verhalten vorsorglich zurücknehmen, und zwar womöglich auch in Situationen, in denen eine Beschränkung objektiv gar nicht geboten ist.

3.4. Frage 4

Halten Sie die hier dargestellte Definition einer Kapazitätszurückhaltung für sachgerecht? Bitte erläutern Sie Ihre Antwort.

Die dargestellte Definition einer missbräuchlichen Kapazitätszurückhaltung ist nicht sachgerecht. Dies betrifft insbesondere den Fall, dass ein Unternehmen verfügbare Stromerzeugungskapazitäten „*nur zu einem so hohen Preis anbietet, dass die Kapazitäten bei der Zusammenführung von Angebot und Nachfrage nicht zum Zuge kommen*“. Diese Definition würde u. U. auch Fallgestaltungen umfassen, in denen in der Rückschau dem Verhalten des Unternehmens lediglich eine Fehleinschätzung zugrunde lag. Der Stromerzeuger trifft eine Vermarktungsentscheidung ex ante, der dargestellte Maßstab setzt aber auf einer ex-post-Betrachtung auf.

So ist in der Day-Ahead-Auktion, auf die das BKartA allein abstellt, zum Zeitpunkt der Vermarktungsentscheidung nicht klar, ob das Gebot den Zuschlag erhält. Es wäre deshalb verfehlt, das Vorliegen eines – möglicherweise missbräuchlichen – Nichteinsatzes allein davon abhängig zu machen, ob die angebotene Kapazität letztlich tatsächlich zum Zuge gekommen ist. Man wird dann auf die Prognose des Marktteilnehmers abstellen müssen. Zudem kann der Nichteinsatz auch durch Preise auf anderen Märkten erklärbar sein. Doch dann dürfte es sich als äußerst schwierig darstellen, hiernach zu beurteilen, wie weit das Missbrauchsverbot gelten soll. Es kann also nur auf das tatsächliche Angebot von Kapazität und nicht auf den Gebotspreis ankommen. Nicht zuletzt steht im Mittelpunkt der Definition aber die ebenfalls ex ante vorzunehmende Beurteilung, ob das Kraftwerk „im Geld“ sein wird. Hieraus folgen eine Reihe von Unsicherheiten und damit letztlich auch eine Unklarheit über die Reichweite des Missbrauchsverbots im Einzelfall. Besonders schwierig ist die Beurteilung für Anlagen zur Erzeugung oder zur Speicherung von Elektrizität, deren Einsatz nicht von kurzfristigen Grenzkosten, sondern ganz oder teilweise von Opportunitäten abhängt.

3.5. Frage 5

Sofern Sie beispielhaft weitere Rechtfertigungsgründe für eine Kapazitätszurückhaltung anführen wollen, stellen Sie diese bitte dar und begründen Sie Ihre Antwort.

Die im Bericht zur Sektoruntersuchung Strom genannten anerkannten Gründe können nur in modifizierter Form gelten. Die damals angenommene Quersubventionierung von Kraftwerken ist betriebswirtschaftlich unvernünftig und bei der heutigen Gestalt der Merit Order auch gar

nicht mehr machbar. Es sind Preissignale im Markt erforderlich, die es allen Betreibern von benötigten und effizienten Kapazitäten ermöglichen, ihre Vollkosten zu verdienen.

Mit Blick auf die Rechtfertigung „*Mark-Up ist erforderlich, um seine – bezogen auf das gesamte Kraftwerksportfolio – totalen Durchschnittskosten zu erwirtschaften*“ ist näher zu definieren, welche Anforderungen an das Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes gestellt werden. Folgende Eckpunkte sind heran zu ziehen:

- Über entscheidungsrelevante Kosten hinaus sind sämtliche Fixkosten heranzuziehen, z. B. Personalkosten, Material- und Verwaltungskosten, Kapitalkosten. Je nach Energieträger können auch die Vollkosten, die bei der Bereitstellung des Brennstoffs entstehen, herangezogen werden.
- Die Vollkostenanalyse wird für die einzelne Anlage im relevanten Markt durchgeführt (Stromgroßhandelsmarkt).
- Die Vollkostenanalyse muss „state-of-the-art“ durchgeführt werden.

Weitere Fälle können im Ergebnis wie eine Kapazitätszurückhaltung erscheinen, jedoch unzweifelhaft nicht missbräuchlich sein. Das gilt etwa, wenn das EPEX-Spot-Regelwerk Hürden aufstellt. Danach können Kapazitäten entgegen dem Willen des Marktteilnehmers dem Markt vorenthalten werden. Strukturvorgaben relevanter EPEX-Spot-Richtlinien können dazu führen, dass Kraftwerke nach einem „best guess“ Prinzip entgegen dem Wunsch des Marktteilnehmers faktisch nur in bestimmten Stunden geboten werden können (z. B. maximal 1 Startvorgang und 5 Stunden Betriebszeit pro Tag).

3.6. Frage 6

Bitte stellen Sie dar, welche Relevanz Sie § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB in Fällen etwaiger Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten beimessen. Sofern Sie die Ansicht vertreten, § 29 GWB führe in diesen Fällen zu einer Beweislastumkehr, begründen Sie bitte Ihre Rechtsauffassung.

Die Beweislastumkehr des § 29 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist im Kontext der missbräuchlichen Zurückhaltung von Kapazitäten gegenüber § 19 GWB nicht praxisrelevant. Das BKartA weist aber zu Recht selbst auf die gesteigerte Darlegungs- und Mitwirkungspflicht betroffener Unternehmen hin, die aus der Berufung auf einen sachlichen Rechtsfertigungsgrund folgt. Die Unternehmen tragen also ein signifikantes Risiko, den Darlegungsanforderungen nicht zu genügen und somit die Rechtfertigung zu verfehlen. Hier könnte ein Konzept für die Verringerung der Darlegungslast für betroffene Unternehmen helfen.

3.7. Frage 7

Über die obigen Fragen hinaus haben Sie die Möglichkeit, zu allen weiteren Aspekten Stellung zu nehmen, die Ihnen im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über eine etwaige Kapazitätszurückhaltung durch marktbeherrschende Unternehmen auf dem Stromerstabsatzmarkt relevant erscheinen.

Der Fragebogen gibt Gelegenheit auf weitere Aspekte einzugehen. Hier ist zunächst anzumerken, dass die Bewertung der Marktverhältnisse auch die Erneuerbaren Energien entsprechend ihrem Leistungsbeitrag und dem Wettbewerbsdruck, den sie auf die übrigen Kapazitäten im System ausüben, berücksichtigen muss. Daneben stehen Speicheranlagen, Maßnahmen auf Nachfrageseite, ausländische Kapazitäten etc. Eine Nichtberücksichtigung würde zu einer Fehlbewertung der Marktverhältnisse führen.

Nach wie vor nicht überzeugend ist die Pivotalanalyse, insbesondere soweit es an einer überzeugenden Begründung für den Schwellenwert von 5 Prozent der Stunden fehlt. Die Selbsteinschätzung der Marktteilnehmer ist unmöglich, auch weil die Marktdaten nur dem BKartA, nicht aber den einzelnen Marktteilnehmern vorliegen. Die Betrachtung ex post führt zudem zu Unsicherheiten und Risiken bei den Marktteilnehmern.

Ansprechpartner:

Dr. Paula Hahn
Telefon: +49 30 300199-1517
paula.hahn@bdew.de