HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

HU Berlin | Juristische Fakultät | Prof. Dr. H.-P. Schwintowski | 10099 Berlin

Juristische Fakultät

Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Bundeskartellamt
8. Beschlussabteilung
Kaiser-Friedrich-Str. 16,
53113 Bonn

Konsultation-leitfaden-preisspitzen@bundeskartellamt.bund.de

Datum:
10. Mai 2016

Bearbeiter/in:
Jana Kosuch

Postanschrift:
Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3313
Telefax +49 [30] 2093-3412

hps@rewi.hu-berlin.de
www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt

Sitz:
Ziegelstraße 13a
Raum 405 (3. Etage)
10117 Berlin

Verkehrsanbindungen:
S- und U-Bahn: Friedrichstraße
S-Bahn: Oranienburger Straße
U-Bahn: Oranienburger Tor

Missbräuchliche Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir haben die von Ihnen erbetene Konsultation zur Erarbeitung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung (vom 01.04.2016) im Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK) zum Anlass genommen, eine umfangreiche Diskussion zu Ihren Fragen durchzuführen. An dieser Diskussion haben neben mir selbst teilgenommen: Prof. Dr. Siegfried Klaue, FU Berlin, vormals BKartA, Dr. Mirko Sauer, Frau Maria Pustlauk, Hanno Meyer, Philipp Strauß und Alexander Todorovic.

Wir sind wie Sie der Auffassung, dass es nicht um gelegentliche Preisspitzen geht, sondern ausschließlich um die Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Position missbräuchlich ausnutzt.

1. Marktbeherrschende Stellung

Nach § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen als Anbieter auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt marktbeherrschend, wenn es ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Dabei wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40% hat (§ 18 Abs. 4 GWB). Zwei oder mehr Unternehmen können marktbeherrschend sein, wenn die Voraussetzungen von § 18 Abs. 5 GWB vorliegen, eine Gesamtheit von Unternehmen kann als marktbeherrschend unter den Bedingun-

gen des § 18 Abs. 6 GWB sein. Die Marktherrschaftsvermutung kann unter bestimmten Voraussetzungen widerlegt werden.

Insoweit gehen wir davon aus, dass es sich sachlich um den **Stromerstabsatzmarkt**, so wie er über die Börse abgebildet wird, handelt. Grundgedanke ist, dass die Nachfrager nach Strom, die über die Börse kaufen, auf einem Markt tätig sind, der das Nachfrage- und ebenso das Angebotsverhalten in einer ganz bestimmten Art und Weise strukturiert und der sich vom OTC-Markt unterscheidet.

Die spezifische Preisbildung an der Börse ist durch die Merit-Order geprägt. Angebote werden zu einem bestimmten Zeitpunkt am Vortag für eine bestimmte Verbrauchsstunde des Tages danach in das Preisbildungssystem der Börse gemeldet und mit der jeweiligen Nachfrage gematcht. Infolgedessen werden Preise für die jeweilige Stunde des Folgetages gebildet. Konsequenz: sowohl die Anbieter als auch die Nachfrager haben volle Transparenz über die Preisbildung für die jeweilige Stunde an der Börse. Weitere Konsequenz: Anbieter können Kapazitäten bewusst zurückhalten, z.B. um den Preis für die jeweilige Stunde pro mW/h hochzutreiben.

Daraus folgt, dass die **sachliche Marktabgrenzung** für Strom, der an der Börse gehandelt wird, durch die Börsenusancen geprägt ist. Es handelt sich also nicht um Strom im Allgemeinen (dazu würde auch der OTC-Strom gehören), sondern es handelt sich spezifisch um den Strom, der an der Börse nach den dortigen Regeln und Gewohnheiten gehandelt wird. Da man an der Börse Strom nur für bestimmte, zeitlich vorgegebene Stunden kaufen kann, ist dieser Mechanismus für die sachliche Marktabgrenzung prägend. Die jeweilige Stunde eines Tages bildet folglich nach § 18 Abs. 1 GWB/ Art. 102 AEUV den aus der Sicht eines verständigen Nachfragers sachlich relevanten Markt.

Wir haben lange Zeit darüber diskutiert, ob man diese Art der sachlichen Marktabgrenzung nach dem Wortlaut der eben genannten Normen oder ihrem Sinn und Zweck verändern könnte. Wir sind im Ergebnis zu dem Schluss gekommen, dass wir dafür keine Anhaltspunkte finden. Wir glauben deshalb, dass es auf der Grundlage des geltenden nationalen und europäischen Kartellrechtes nicht möglich ist, den Markt durch eine Stundenbündelung sachlich/ zeitlich abzugrenzen. Der Grund dafür ist, dass es diese Bündelung im Preisbildungsmechanismus der Börse nicht gibt. Ein Unternehmen, das zwischen 12 und 13 Uhr mittags ein Angebot stellt, das beispielsweise die 40%-Grenze überschreitet, ist damit marktbeherrschend. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn dies die einzige Stunde innerhalb eines Jahres sein sollte. Wir können beim allerbesten Willen nicht erkennen, wie wir zu einer Stundenbündelung kommen sollten, die letztlich dazu führt, dass Unternehmen dann und nur dann marktbeherrschend sind, wenn es 438 Stunden pro Jahr „unverzichtbar für die Deckung der Stromnachfrage“ war. Wir verstehen auch nicht, warum Sie an das Merkmal „Unverzichtbarkeit für die Deckung der Stromnachfrage“ anknüpfen, denn im geltenden Recht wird an den **Marktanteil** eines Unternehmens (zumindest für die Vermutungswirkung) abgestellt. Darüber hinaus darf nach § 18 Abs. 3 GWB auch noch auf andere Kennziffern zurückgegriffen werden, wie etwa die Finanzkraft oder die Verflechtung mit anderen Unternehmen.

Wir sind deshalb der Auffassung, dass es aus der Sicht des Bundeskartellamtes gar keine andere Möglichkeit gibt als sich am Wortlaut des § 18 GWB / Art. 102 AEUV zu orientieren. Ein Stromanbie-

ter ist folglich immer dann marktbeherrschend, wenn er zu einer bestimmten Stunde des Tages 40% oder mehr Strom für diese Stunde im Vergleich zu allen anderen Anbietern anbietet.

Eine solche Betrachtung entspricht dem geltendem Recht, sie ist aber auch nach unserer Auffassung für das Bundeskartellamt praktizierbar, denn die Zahlen, Daten und Fakten über das Angebots- und Nachfrageverhalten an der Börse sind digital gesteuert, sodass sie ohne weiteres nachprüfbar und kontrollierbar sind. Da das Amt ansonsten ein ***Aufgreifermessen*** hat, muss es nicht etwa in jedem einzelnen Fall ein Anhörungsverfahren eröffnen, sondern kann sich auf die Fälle beschränken, die für die gesamte wettbewerbliche Entwicklung im Strommarkt von Relevanz sind.

2. Missbrauch

Hinzu kommt, dass nicht jede Kapazitätszurückhaltung eines marktbeherrschenden Unternehmens innerhalb einer bestimmten Stunde eines Tages automatisch ein Missbrauch ist. Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach § 19 Abs. 1 GWB verboten. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn Entgelte gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Ein Missbrauch kann auch dann vorliegen, wenn die leicht modifizierenden Voraussetzungen des § 29 GWB vorliegen. Die bloße Kapazitätszurückhaltung für sich allein genommen ist folglich kein Missbrauch. Entscheidend ist, dass Entgelte durchgesetzt werden, die erheblich von jenen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb – z.B. auf Vergleichsmärkten – bilden oder die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

Hieraus folgt, dass die *Grenzkosten* für die Erzeugung einer MW/h mit Blick auf den Missbrauchsvorwurf **keine** Rolle spielen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich um eine kurzfristige Grenzkostenbetrachtung handelt, die die Fixkosten nicht mit einbezieht oder ob es um eine mittel- und langfristige Grenzkostenbetrachtung geht, bei der eine Vollamortisation der Anlagen angestrebt wird. Beide Fälle sind für die Frage, wann die Missbrauchsgrenze erreicht ist, irrelevant – nach unserer Auffassung kann man über eine Missbrauchs**vermutung** dann reden, wenn der Preis innerhalb einer Stunde gegenüber dem Vergleichspreis um 25% höher ist. Zurückgegriffen werden kann auf das klassische Vergleichsmarktkonzept. Denkbar wäre es aber auch an Vergleichspreise aus vergleichbaren Stunden in mehreren Monaten zuvor anzuknüpfen und den Durchschnitt zu bilden. Ebenso könnte man an Durchschnittskosten anknüpfen, wobei diese dann auf den gesamten Kraftwerkspark des Anbieters bezogen sein müssen. Eine **Vermutung** für ein missbräuchliches Verhalten bei der Zurückhaltung von Kapazität läge nach unserer Auffassung vor, wenn die **25%-Grenze** überschritten wäre.

3. Rechtfertigung

Auch in diesen Fällen ist eine Rechtfertigung möglich insbesondere dann, wenn der Anbieter nachweisen kann, dass jeder vernünftige Kaufmann die infrage stehende Kapazität genauso zurückgehalten hätte, wie er es getan hat. Verfügt ein Anbieter beispielsweise über ein Braunkohlekraftwerk als Notfallreserve, so wird niemand verlangen, dass dieses Kraftwerk permanent must-run läuft. Das wäre völlig unverhältnismäßig und kaufmännisch unvernünftig, denn ein solches Kraftwerk würde

ständig Brennstoff verbrauchen, ohne eine einzige kW/h womöglich zu verkaufen. Für eine möglicherweise entstehende Preisspitze an einer einzigen Stunde eines Wochentages würde niemand erwarten, dass ein solches Kraftwerk permanent in Betrieb ist. Es fehlt in diesen Fällen bereits an der missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung. Der Missbrauch setzt somit voraus, dass der Betreiber eines Kraftwerkes die Kapazität **frei verfügbar** hat und diese zum fraglichen Zeitpunkt Deckungsbeiträge erzielen könnte, sie aber trotzdem nicht nutzt. Der Anbieter würde also genau das Gegenteil dessen tun, was ein vernünftiger Kaufmann im Unternehmensinteresse täte, wenn er **keine** marktbeherrschende Position hätte. Ein solcher Kaufmann würde keine Erzeugungsanlagen in Betrieb nehmen oder in Betrieb halten, wenn es für die damit erzeugte Kapazität keine oder nur eine sehr geringe Nachfrage gäbe, aber bei freien Kapazitäten mitbieten.

4. Beweislastverteilung

Kartellrecht ist, soweit es von Kartellbehörden angewandt wird, öffentliches Recht. Im öffentlichen Recht, insbesondere im Bußgeldrecht, um das es hier geht, obliegt dem Amt die Beweislast. An dieser Beweislastverteilung sollte schon aus rechtstaatlichen Gründen nicht gerüttelt werden. Das ändert nichts daran, dass von bestimmten Grenzen an eine Vermutung für einen Missbrauch sprechen kann. Es ist dann Aufgabe des Amtes durch Aufklärung des Sachverhaltes mit den Unternehmen über die Frage nachzudenken, ob die Vermutung im Einzelfall entkräftet werden kann. An diesen Grundsätzen sollte festgehalten werden.

Vielen Dank für die Möglichkeit zu Ihren Überlegungen Stellung zu nehmen.

Mit freundlichen Grüßen,

Ihr

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Geschäftsführender Direktor des EWeRK