

# Stellungnahme der EnBW Energie Baden-Württemberg AG

zur Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens  
für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in  
der Stromerzeugung

- Missbräuchliche Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten

Karlsruhe, Mai 2016

## 0 Vorbemerkung

EnBW hat nach eigener Überzeugung keine marktbeherrschende Stellung auf dem Stromerzeugungsmarkt. Da die Feststellung einer solchen Marktstellung im Rahmen der Missbrauchsaufsicht jedoch stark von der gewählten Definition der Marktbeherrschung und von der Methode zu deren Messung abhängt, herrscht Unsicherheit, ob Unternehmen wie die EnBW nach Auffassung des BKartA zu den marktbeherrschenden Unternehmen gerechnet werden und dementsprechend dem sogenannten Mark-Up Verbot unterliegen. Insofern begrüßen wir, dass das BKartA einen entsprechenden Leitfaden erstellt und nehmen gerne die Möglichkeit wahr, hierzu Stellung zu beziehen. In diesem Rahmen erlauben wir uns den grundsätzlichen Hinweis, dass auch der Leitfaden nur eine Hilfslösung sein kann; eine Abschaffung des § 29, Satz 1 Nr. 2 GWB wäre nach unserer Auffassung sachgerechter gewesen, weil die Norm in ihrer praktischen Anwendung immer problematisch bleiben und damit hinsichtlich der Effizienz des Stromerzeugungsmarktes negative Effekte haben wird.

## 1 Bitte erläutern Sie, welche Zielrichtung dem kartellrechtlichen Verbot missbräuchlicher Kapazitätszurückhaltung aus Ihrer Sicht beigemes- sen werden sollte.

Die Zielrichtung, nicht auf das Auftreten einzelner Preisspitzen oder das Gebotsverhalten, sondern auf den tatsächlichen Kraftwerkseinsatz abzustellen, ist im Grundsatz richtig. Preisspitzen sind in einem funktionierenden Energy-Only-Markt ein normales und für seine dauerhafte Funktionsfähigkeit unvermeidliches Phänomen. Das Auftreten von Preisspitzen ist per se kein Kennzeichen missbräuchlichen Verhaltens. Es wäre daher verfehlt, wenn die Missbrauchsaufsicht darauf abstellen würde. Im Gegenteil: wenn Marktteilnehmer Sanktionen fürchten müssten, wenn sie Mark-Ups bieten, würde der Markt verzerrt und die Preisbildung auf die kurzfristigen Grenzkosten limitiert. Der Markt wäre damit in dynamischer Hinsicht nicht effizient.

Wichtig dabei ist auch anzuerkennen, dass Preisspitzen nicht zwingend seltene Ausnahmephänomene sein müssen. Wird ein Markt knapper, treten sie häufiger auf. Auch dies ist nicht missbräuchlichem Verhalten geschuldet, sondern muss so oft geschehen, bis

Investoren zu der Überzeugung kommen, dass sich Investitionen in neue Erzeugungs- oder Lastflexibilisierungsmaßnahmen lohnen.

Grundsätzlich kann eine Zurückhaltung von Erzeugungskapazitäten gegenüber dem Markt durchaus Ausdruck missbräuchlichen Verhaltens sein. Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist zu Recht wettbewerbsrechtlich verboten. Gleichzeitig ist es aber in diesem Zusammenhang essentiell, dass die gesamte Komplexität des Marktes und der entsprechenden möglichen Gebotsstrategien der Marktteilnehmer bei einer Nachweisführung Berücksichtigung finden.

So haben mit dem rasanten Ausbau der Erneuerbaren die kurzfristigen Märkte (insbesondere die Intraday-Märkte) erheblich an Bedeutung gewonnen. Mit dem weiteren Ausbau der Erneuerbaren und den Weichenstellungen zum EOM 2.0 werden sich weitere strukturelle Veränderungen im Strommarkt ergeben (u.a. Kraftwerksstilllegungen). Situationen mit physikalischer Knappheit sind nicht ausgeschlossen und auch deshalb wird die Bedeutung der Kurzfristmärkte für die Preisbildung weiter steigen. Entscheidungsrelevante Grenzkosten müssen deshalb Opportunitätskosten (inkl. Ausfallrisikokosten) beinhalten - und zwar unabhängig davon, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist oder nicht. Knappheit am Day-ahead Markt bedeutet, dass Marktteilnehmer damit rechnen, dass physikalische Knappheit möglich ist, und die Intraday-Preise und/oder die Ausgleichsenergiepreise sehr hoch steigen können. Dies bedeutet auch, dass die Opportunitätskosten und Ausfallrisikokosten stark steigen können. Deswegen steigen Grenzkosten, wenn Knappheit erwartet wird. Und deswegen entstehen Knappheitspreise am Day-Ahead Markt.

Deshalb kann es sein, dass der Einsatz einer Anlage zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht allein von dem zu diesem Zeitpunkt herrschenden Preis abhängt und auch selbst dann unterbleiben kann, wenn sich in diesem Moment ein Deckungsbeitrag erzielen ließe. Vielmehr kann sich der Betreiber entscheiden, etwa seinen Speicher später einzusetzen, wenn er eine noch weitere Preisverbesserung erwartet.

---

## **2 Bitte stellen Sie dar, wie Sie diesen ökonomischen Zusammenhang bewerten.**

Die im Leitfaden zugrunde gelegte Definition von Knappheit ist u.E. nicht korrekt. Es wird davon ausgegangen, dass entweder die Börse das technische Preislimit setzt, weil die Kaufgebote die Verkaufsgebote übersteigen („Knappheit im engeren Sinne“) oder dass

Preise durch die Verbraucher gesetzt werden („Knappheit im weiteren Sinne“). Nicht berücksichtigt wird der Fall, dass ein Verkaufsgebot mit Mark-Up ein verbrauchsseitiges Gebot verdrängt, d.h. bspw. dass ein Erzeuger bereit wäre, für 2.500 EUR/MWh zu produzieren, um die letzte Einheit der Last zu decken, während die nächstverfügbare Lasteinheit, die zur Verbrauchsreduktion um diese Lasteinheit bereit wäre, dies erst bei 2.501 EUR/MWh täte. In diesem Fall hätte das Mark-Up Einfluss auf die Preisbildung und infolgedessen auch das kartellrechtliche Missbrauchsverbot. Die Anwendung des Missbrauchsverbots hätte in diesem Fall zudem die Ersetzung einer Erzeugung- durch eine Verbrauchseinheit zur Folge – im gewählten Beispiel sogar mit der Folge einer Preiserhöhung.

In diesem Kontext ist auch zu klären, wie mit der Nachfrage durch die Erzeuger umzugehen ist. Wie seitens des BKartA richtig erkannt wird, stellen auch diese Kaufgebote ein, um ihren eigenen Kraftwerkseinsatz zu optimieren und ggf. Strom zuzukaufen. Eine Nachfrage auf dem Markt kann bspw. auch dann entstehen, wenn ein Anbieter seine Erzeugung vorbörslich physisch verkauft hat und im Rahmen der Auktion zurückkauft. Insofern ist aber die Definition von Knappheit i.w.S. kritisch, denn im Rahmen der aggregierten Gebote ist nicht ersichtlich, ob es sich um einen Einspeiser oder einen Verbraucher handelt.

Die in diesem Zusammenhang verwendete Knappheitsdefinition (Nachfrageüberhang bei einem Preis von Null) halten wir darüber hinaus für kaum umsetzbar. Die Probleme bei der Anwendung beginnen bereits damit, dass sich Angebot und Nachfrage praktisch nicht separieren lassen. So fragen Kraftwerksbetreiber bei niedrigen Preisen selbst in erheblichem Umfang nach. Darüber hinaus ist die zur Verfügung stehende (installierte) Kapazität bei fluktuierenden Einspeisungen keine geeignete Größe und wäre dynamisch abhängig von der Wetterprognose und (langfristigen) meteorologischen Schwankungen zu definieren.

**3 Sollte in Abkehr von Fallpraxis des Bundeskartellamtes für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Stromer Absatzmarkt 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.**

Ein Abstellen auf die jeweilige Stunde würde zu sachlich nicht gerechtfertigten Resultaten führen und wäre aus unserer Sicht daher vollkommen verfehlt. So kann es bspw.

sein, dass etwa die Nachfrageflexibilität eines einzelnen mittelständischen Betriebes in einer einzelnen „knappen“ Stunde dazu führt, diesen als „marktbeherrschend“ einzustufen, obwohl er niemals zuvor in dieser Lage war und sich die Situation auch wahrscheinlich nicht wiederholt. „Marktbeherrschung“ wäre in dieser Sichtweise vom bloßen Zufall abhängig, würde stundenweise wechseln und wäre für den einzelnen Marktteilnehmer überhaupt nicht prognostizierbar.

Es liegt auf der Hand, dass eine stundenweise Unentbehrlichkeit eines Marktteilnehmers nicht sinnvoll als „Marktbeherrschung“ aufgefasst werden kann, denn für eine Marktbeherrschung ist eine gewisse Dauer notwendig, über die hinweg ein Unternehmen gewinnbringend Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus setzen kann. Dies lässt sich in einer Stundenbetrachtung nicht beurteilen.

In seinem Urteil vom 14.02.1978 im Fall United Brands hat der EuGH den Ausbeutungsmissbrauch danach bemessen, ob der Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung die sich daraus ergebende Möglichkeit benutzt hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er in einem normalen und hinreichenden Wettbewerb nicht erhalten hätte. Wird das Intervall zu kurz gewählt, kann u.E. daher nicht mehr von einem Ausnutzen einer (bereits bestehenden) marktbeherrschenden Stellung im vorgenannten Sinne gesprochen werden.

Selbst die Wahl eines Jahres als relevanter Betrachtungszeitraum ist aus unserer Sicht zu kurz, um zu einem verlässlichen Urteil zu kommen. Die Windausbeute schwankt zwischen den Jahren erheblich und für die Zukunft wird - allein schon aufgrund klimatischer Veränderungen - mit einem deutlichen Wachstum dieser Volatilität gerechnet. Damit wäre in einer einjährigen Betrachtung das Überschreiten des 5%-Schwellenwertes bei der Pivotalität eines Anbieters dem Zufall unterworfen.

Da die Anbieter damit erst ex post feststellen können, ob sie im betreffenden Jahr als marktbeherrschend gegolten haben, werden sie im Zweifel darauf verzichten, Mark-Ups in ihren Geboten zu berücksichtigen. Das Bietverhalten auch nicht marktbeherrschender Anbieter ist damit bereits durch die Bedrohung mit wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen beeinflusst („de facto Mark-Up Verbot“). Erst eine mehrjährige Betrachtung führt zu einem stabilen und aussagefähigen Pivotalitätswert und schafft für den Bieter Gewissheit, ob er Mark-Ups berücksichtigen kann.

Der Marktmachtindex selbst ist eine problematische Größe, deren Bestimmung im Rahmen der Leitlinien und exakter und geeigneter Weise erfolgen sollte. So lässt sich aufzeigen, dass die Ausprägung des Index sehr stark von Annahmen bezüglich

- der Einbeziehung der Erneuerbaren Energien

- der Im- und Exportkapazitäten
- der Verfügbarkeit der Erneuerbaren
- der räumlichen Marktabgrenzung
- der Einbeziehung von industrieller Eigenerzeugung

abhängt. So reicht es keinesfalls aus, den relevanten Markt allein auf das Marktgebiet Deutschland/Österreich zu beschränken, wie dies im Rahmen der Sektoruntersuchung von 2011 geschehen ist, weil auch in inländischen Knappheitssituationen immer bedeutende Importkapazitäten zur Verfügung standen. Die Festlegung der zu berücksichtigenden Menge an Erneuerbaren muss deren tatsächliche Verfügbarkeit in Knappheitssituationen berücksichtigen, wie sie sich etwa in einem mehrjährigen Mittel und unter Berücksichtigung des weiteren Ausbaus der Erneuerbaren anhand der vorgegebenen Ziele darstellt. Es wäre daher bspw. unangemessen restriktiv, die Leistungskredite der Erneuerbaren (also den Anteil der gesicherten Leistung, der ex ante sicher zur Verfügung steht) anzusetzen.

Kritisch betrachten wir weiterhin die bisherige Praxis, nach der immer ex post, also nach Ablauf des fraglichen Jahres, überhaupt festgestellt wird, ob ein Anbieter marktbeherrschend war. Da die Einstufung als marktbeherrschendes Unternehmen direkte Konsequenzen für das Bietverhalten haben kann, führt diese Praxis zur Verunsicherung von Unternehmen, die nicht einschätzen können, ob sie nachträglich als marktbeherrschend eingestuft werden. Wir regen daher an, Anbieter anhand von Daten der Vorjahre für das jeweils folgende Jahr als „marktbeherrschend“ einzustufen und dies vorab zu publizieren.

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

Die hier angesetzte Definition von Kapazitätszurückhaltung ist u.E. in der Praxis nicht anwendbar und geht an den Realitäten des Marktes vorbei. Insbesondere die Fallgruppe der finanziellen Kapazitätszurückhaltung halten wir unter den gegebenen Umständen für nicht sachgerecht. Die Vermarktungsentscheidung muss zwar ex-ante erfolgen, sie soll aber nach einem Maßstab bewertet werden, der erst ex-post feststeht.

Ein Ansetzen am jeweiligen Gebot wäre in der Tat nicht sinnvoll. Es liegt im Wesen eines Gebotes oberhalb der kurzfristigen Grenzkosten, dass der Mark-Up die Wahrscheinlichkeit reduziert, dass das Gebot einen Zuschlag erhält. Ob dies der Fall sein wird, erweist sich jedoch erst nach Abschluss der betreffenden Auktion und ist für den Bieter nicht sicher vorherzusagen. Eine Definition der finanziellen Kapazitätszurückhaltung, die am jeweiligen Gebot ansetzt, würde darauf hinauslaufen, dass ein Gebot mit Mark-Up dann nicht als Kapazitätszurückhaltung eingestuft würde, wenn sich ex post herausstellen sollte, dass es einen Zuschlag erhalten hat. Demgegenüber kann auf Kapazitätszurückhaltung befunden werden, wenn ein Zuschlag nicht erfolgt ist. In der Praxis wird dies darauf hinauslaufen, dass ein Bieter von (notwendigen) Aufschlägen auf die kurzfristigen Grenzkosten immer absieht, weil er befürchten muss, keinen Zuschlag zu erhalten und dass dies dann als Kapazitätszurückhaltung eingestuft werden könnte.

Auch ein Ansetzen am Kraftwerkseinsatz wirft große Probleme auf. Der tatsächliche Kraftwerkseinsatz ergibt sich in der Regel auf der Grundlage des Intraday-Preises. Gleichzeitig ist festzustellen, dass die ausschließliche Orientierung am Intraday-Preis ebenfalls zu falschen Schlussfolgerungen führen kann, da nicht notwendigerweise immer der Intraday-Preis das relevante Einsatzsignal für Kraftwerke darstellt, sondern weitere Randbedingungen für den tatsächlichen Einsatz betrachtet werden müssen. Dazu zählen sowohl regulatorische (z.B. bei dezentralen Einspeisungen - vermiedene Netzentgelte) als auch technische Restriktionen (z.B. maximale Anzahl an Starts pro Tag).

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

Neben den in der Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel genannten und anerkannten Gründe für nicht verfügbare Kapazitäten, ist aus unserer Sicht ein Schwerpunkt auf das Thema Opportunitätskosten zu legen. Wir begrüßen, dass das BKartA das Opportunitätskalkül grundsätzlich als wesentliches Entscheidungskriterium anerkennt. Weitere Ausführungen des BKartA hierzu wären wünschenswert.

Die Entscheidung über den Einsatz von Erzeugungsleistung geschieht auch unter Berücksichtigung nachgelagerter Opportunitäten. So ist es wirtschaftlich sinnvoll (und effizient), dass Leistung auch bei erwarteten Preisen oberhalb der kurzfristigen Einsatzkosten nicht day-ahead angeboten wird, weil für die nachgelagerten Märkte (Intraday-Auktion, kontinuierlicher Intraday-Handel, ggf. zukünftig kurzfristiger Regelarbeitsmarkt) eine bessere wirtschaftliche Nutzung der Leistung erwartet wird: Dieses Oppor-

tunitätskalkül muss zulässig sein, auch wenn es sich bei einer ex-post-Betrachtung als Fehlprognose erweisen kann. Auf diesen Zusammenhang wurde auch bereits im Rahmen der Sektoruntersuchung des BKartA zu Recht hingewiesen. Dieses Thema sollte deshalb in den Leitfaden aufgenommen werden. Dazu gehören im Übrigen auch Risikoprämien (z.B. für Kraftwerksausfälle).

**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.**

§ 29 Satz 1 GWB regelt zwei unterschiedliche Tatbestandsalternativen. Während Satz 1, Nr. 1 das Vergleichsmarktkonzept regelt und eine Beweislastumkehr für die sachliche Rechtfertigung enthält, ist in Satz 1 Nr. 2 das Gewinnbegrenzungskonzept geregelt. Die gesetzliche Regelung in Satz 1 Nr. 2 enthält keine ausdrückliche Regelung zur Beweislastumkehr.

Nach § 29 Satz 2 GWB dürfen Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne Satz 1 nicht berücksichtigt werden. § 29 Satz 2 GWB bezieht sich auf beide Tatbestandsalternativen.

Bei einem Verfahren nach § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB liegt die formelle und die materielle Beweislast bei der Behörde bzw. bei demjenigen der sich auf das Vorliegen eines Missbrauchs beruft. Das gilt auch dann, wenn sich die Angemessenheitsprüfung nach Nr. 2 mit der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung nach Nr. 1 überschneidet (Immenga-Mestmäcker § 29 Rn 135, Bechtold § 29 Rn 29). Soweit ein hinreichender Anfangsverdacht besteht, kann die Kartellbehörde nach § 59 GWB das Versorgungsunternehmen auffordern, ihre Kosten, deren Aufschlüsselung sowie die Kalkulationsgrundlagen darzulegen. Bleiben nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten nicht aufklärbare Zweifelsfragen, so ist es bei Anwendung von § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB Aufgabe der Behörde bzw. des Klägers, die Vermeidbarkeit bestimmter Kosten bzw. die Unangemessenheit des Verhältnisses von Entgelten und Kosten nachzuweisen.

In der Praxis ist gleichwohl mit erheblichen Nachteilen für das betroffene Versorgungsunternehmen zu rechnen.



Da für die Überprüfung der Kosten auf internes Zahlenmaterial des betroffenen Unternehmens zurückzugreifen ist, wird sich die Kartellbehörde darauf berufen, dass das Unternehmen eine erhöhte Darlegungslast trifft.

Unter Berücksichtigung von § 29 Satz 2 GWB (Nichtberücksichtigung von wettbewerbsfremden Kosten) und der Ausgangshypothese des Bundeskartellamts, dass ein Mark-Up auf die kurzfristigen Grenzkosten (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 29 GWB) stets unzulässig ist, führt dies de facto dazu, dass das betroffene Unternehmen für sämtliche Positionen jenseits der kurzfristigen Grenzkosten darlegungs- und beweispflichtig ist.

Folgt man der Darstellung des Bundeskartellamts in der Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel (B10-9/09) vom Januar 2011, so gilt dies sowohl für die Anerkennung von Opportunitätskosten, die Anerkennung einer Risikoausfallprämie und weiterer Kostenbestandteile einschließlich von Knappheitsaufschlägen zur Vollkostendeckung neuer Anlagen.

In der Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel wird ausgeführt:

- Die Beschlussabteilung geht im Ergebnis davon aus, dass es bei Zugrundlegung des geltenden Auktionsmechanismus und der gegebenen Marktverhältnisse den Normadressaten der §§ 19, 29 GWB, Art. 102 AEUV (nur marktbeherrschende Unternehmen) grundsätzlich verwehrt ist, zu einem Preis oberhalb ihrer Grenzkosten anzubieten, es sei denn das Unternehmen weist nach, dass ein entsprechender Mark-Up erforderlich ist, um seine – bezogen auf das gesamte Kraftwerksportfolio – totalen Durchschnittskosten zu erwirtschaften (Sektoruntersuchung Seite 26 und Seite 195).
- Zur Berücksichtigung einer Risikoausfallprämie: Nach der Systematik des § 29 GWB liegt die Darlegungslast für die Rechtfertigung dieser Differenz bei dem Unternehmen, das die Risikoprämie einpreist (Sektoruntersuchung Seite 191).
- Zur Vollkostendeckung: Aus Sicht der Beschlussabteilung vermögen – jedenfalls in der gegenwärtigen Marktsituation – diese Gesichtspunkte keinen Freibrief für den Aufschlag zusätzlicher Mark-Ups durch die vier großen Erzeugungsunternehmen zu begründen (Sektoruntersuchung Seite 193).
- Zum Absinken der Benutzungsstundenzahl konventioneller Kraftwerke: Zuzugeben ist der Argumentation der großen Erzeugungsunternehmen freilich, dass es auch Marktbeherrschern möglich sein muss, ihre totalen Durchschnittskosten –

bezogen auf ihren gesamten Kraftwerkspark – zu decken. Dies kann unter besonderen Umständen (flache Merit-Order im preissetzenden Bereich in Ländern mit nur einem dominierenden Brennstofftyp, dramatisches Absinken der Benutzungsstundenzahl konventioneller Kraftwerke nach weit fortgeschrittener Verwirklichung des EEG-Ausbaus) auch einen Aufschlag auf die Grenzkosten des Grenzkraftwerks bedingen. Eine derartige besondere Situation ist auf dem deutschen Markt aber derzeit nicht zu erkennen und auch für die nähere Zukunft nicht absehbar (Sektoruntersuchung Seite 195).

In diesem Zusammenhang ist aus heutiger Sicht aber zu vermerken, dass per 2016 diese genannten Voraussetzungen bereits eingetreten sind; d.h. eine Vollkostendeckung aufgrund der veränderten Marktlage nicht mehr gegeben ist.

Vor diesem Hintergrund und der Ausgangshypothese, Mark-Ups auf die kurzfristigen Grenzkosten seien per se unzulässig, birgt dies die große Gefahr, dass die betroffenen Versorgungsunternehmen in der Praxis die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass ein evtl. Aufschlag auf die kurzfristigen Grenzkosten gerechtfertigt ist. In diesem Sinne kann von einer „Beweislastumkehr“ gesprochen werden.

Nach diesseitiger Ansicht ist das Postulat der Begrenzung auf die kurzfristigen Grenzkosten nicht zutreffend. So vertritt auch Immenga/Mestmäcker (§ 29 Rn 126) die Ansicht, dass Preise oberhalb der kurzfristigen Grenzkosten nicht missbräuchlich sind, solange die Erlöse die wettbewerbsanalogen Vollkosten nicht unangemessen überschreiten.

**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 Stromer Absatzmarkt relevant erscheinen.**

Das Mark-Up-Verbot hat u.E. auf lange Sicht einen selbstverstärkenden Marktschädigungseffekt, der den im Strommarktgesetz gerade gestärkten Energy-Only-Markt unterminieren kann.

Wir erwarten, dass ein Mark-Up-Verbot für Unternehmen, die als marktbeherrschend eingestuft werden, dazu führt, dass diese – im Vergleich zu einer Situation ohne Mark-Up-Verbot – zusätzliche Erschwernisse erwarten, die Vollkosten ihrer Anlagen (sowohl

Bestands-, als auch Neuanlagen) zu decken. Sie werden davon ausgehen, dass ihre Anlagen bei einem Angebot nach (kurzfristigen) Grenzkosten ihre Vollkosten nicht verdienen können; insofern bleibt der Investitionsanreiz für jedes marktbeherrschende Unternehmen aus.

In der Folge treten in wachsendem Ausmaß Situationen ein, in denen die Frage der Marktbeherrschung überhaupt erst relevant wird, weil die Kapazitätsknappheit zunehmend dazu führt, dass Unternehmen unentbehrlich zur Lastdeckung werden. Der Effekt verstärkt sich langfristig selbst: da Mark-Ups auch in dem sich dann zunehmend verknappenden Markt immer weiter eingeschränkt werden, kann es dauerhaft zu Unterinvestitionen und damit wiederum zu Knappheiten kommen. In der Folge wird der Energy-Only-Markt selbst unterminiert und der Reservebedarf steigt.

Das Mark-Up-Verbot bleibt damit u.E. im Energy-Only-Markt dauerhaft systemfremd, was durch eine Korrektur im Rahmen eines Leitfadens nur bedingt zu beheben sein dürfte. Insofern ist eine ersatzlose Streichung des § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB sachlich weiterhin geboten.