

# **UNIPER Stellungnahme zur Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung - Missbräuchliche Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten**

**Düsseldorf, 31.05.2016**

Uniper begrüßt die Konsultation des Bundeskartellamtes (**BKartA**) zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung.

Die Stromerzeugungsmärkte waren in den letzten Jahren fundamentalen Veränderungen ausgesetzt: Der Anteil der Erneuerbaren Energien hat deutlich zugenommen, die Märkte in Zentralwesteuropa (CWE) sind stärker zusammengewachsen, die Marktkonzentration auf dem sog. Stromer Absatzmarkt ist deutlich zurückgegangen. Zuletzt sind infolge der gegenwärtigen Überkapazitäten, die insbesondere durch den subventionierten Zubau an erneuerbarer Erzeugungskapazität bei annähernd unveränderter Nachfrage entstanden sind, die Betriebsstunden der konventionellen Kraftwerke stark zurückgegangen, mit der Folge, dass diese ihre betrieblichen Fixkosten (OPEX) nicht mehr ohne weiteres decken können. Insgesamt entsprechen damit sowohl das Marktumfeld als auch die wettbewerblichen Verhältnisse nicht mehr denen der Jahre 2007/2008, die das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“ zuletzt untersucht hat. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung setzen aber mangels neuerer Indikationen nach wie vor den Verhaltensmaßstab in der Branche. Eine klarstellende Anpassung ist daher erforderlich. Angesichts der Rolle, die die vorherrschenden Marktbedingungen auch bei der Analyse der (fehlenden) Rechtfertigung von Mark-Ups in den Ausführungen des Bundeskartellamts<sup>1</sup> eingenommen hat, stellt sich offenkundig die Frage, wie Mark-Ups in den derzeitigen Rahmenbedingungen zu bewerten sind und mit welcher Methode Marktbeherrschung nachgewiesen werden kann. Auch wenn Uniper im Sinne der zuletzt klaren Äußerungen der Monopolkommission nicht mehr Normadressat des Missbrauchsverbots ist, begrüßen wir insoweit ausdrücklich eine Klarstellung für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung in Form von Leitlinien und nehmen gerne die Gelegenheit wahr, hierfür im Sinne der Praxistauglichkeit, Klarheit und Verlässlichkeit der künftigen Leitlinien Stellung zu nehmen.

Neben einer Klarstellung durch das BKartA ist allerdings eine gleichgerichtete Klarstellung zur Anwendung von REMIT, wonach Marktmanipulation völlig unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung verboten ist, zwingend erforderlich.

Die Leitlinien für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung sollten wir folgt ausgestaltet sein:

- Die Regelungen zur Ermittlung der Marktmacht müssen praxistauglich sein.
- Marktteilnehmer müssen ex-ante in der Lage sein zu ermitteln, ob sie marktbeherrschend sind oder nicht.
- Marktbeherrschung muss sachgerecht ermittelt und die zur Berechnung des Kriteriums herangezogenen Daten den Marktteilnehmern zur Verfügung gestellt werden.
- Die Regelung muss es auch dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglichen, die Vollkosten seiner Erzeugungskapazitäten zu erwirtschaften.
- Bei der Ermittlung des Marktmissbrauchs sind sämtliche Vermarktungskanäle der Stromerzeugung sowie die Opportunitäten aus diesen Kanälen zu berücksichtigen.

---

<sup>1</sup> Abschlussbericht des Bundeskartellamtes zur Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel, Januar 2011, im Folgenden: Bericht Sektoruntersuchung, S. 193 ff..

Zu den einzelnen Fragen der Konsultation nehmen wir wie folgt Stellung:

**Frage 1:**

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

Nach Auffassung des BKartA soll die Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung verhindern, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen die Durchschnittspreise im Stromgroßhandel künstlich erheblich in die Höhe treibt. Ziel soll ausdrücklich nicht sein, Preisspitzen zu verringern, da eine Kappung knappheitsbedingter Preisspitzen die Gefahr zu geringer Investitionen in Spitzenlastkraftwerke berge. Gegenstand der Missbrauchsaufsicht sei hingegen nicht eine direkte Überprüfung der Stromgroßhandelspreise oder einzelner Gebote von Kraftwerksbetreibern<sup>2</sup>.

Wir begrüßen die klare Äußerung des BKartA, dass über die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle keine Preisspitzen verhindert werden sollen. Die Bundesregierung hat sich im Rahmen des Weißbuchs und des darauffolgenden Entwurfs des Strommarktgesetzes gegen die Einführung eines Kapazitätsmechanismus und für einen verbesserten Energiemarkt ausgesprochen. Somit ist die Möglichkeit zur Ausnutzung von Preisspitzen elementar für die Stromversorgung in Deutschland. Dies gilt aber nicht nur wie zu Zeiten höherer Marktpreise im Hinblick auf Neuinvestitionen in Erzeugungskapazität. Bereits zur reinen Deckung der Vollkosten - und damit für einen wirtschaftlichen Betrieb überhaupt - ist eine freie Preisbildung (Angebot und Nachfrage) erforderlich. Dies gilt für den gesamten Kraftwerkspark und nicht nur für die Spitzenlast.

Die Diskussion um die Zulassung von Mark-Ups im Bereich der Stromerzeugung könnte durch die Einführung eines wettbewerblichen und diskriminierungsfreien Kapazitätsmarktes deutlich vereinfacht werden. Angesichts der derzeitigen politischen Entscheidungslage hat die Ausgestaltung des Energy Only Marktes, und dort insbesondere die Möglichkeit zur Bildung von Preisspitzen durch Einpreisung von Mark-Ups, aber umso größere Bedeutung für funktionierende Strommärkte.

Der in der Konsultation skizzierte Ansatz des BKartA führt aber im Ergebnis zumindest faktisch zu einer Beibehaltung des Mark-Up-Verbots, die ohne Anpassung zur Folge haben wird, dass sich weiter keine Preisspitzen bilden werden und eine freie Preisbildung unterdrückt wird. Denn eine missbräuchliche Kapazitätszurückhaltung liegt nicht schon allein dann vor, wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist und ein Kraftwerk in einer Stunde nicht einsetzt, obwohl dieses am Day-Ahead-Markt im Geld war. Diesem Ansatz ist zwar zu Gute zu halten, dass er berücksichtigt, dass eine Überprüfung einzelner Angebote wegen der Portfoliovermarktung nicht möglich ist, er greift aber deutlich zu kurz und hätte zur Folge, dass kein als marktbeherrschend angesehenes Unternehmen mehr Neuinvestitionen in Kraftwerke vornehmen würde, auch wenn keine Überkapazitäten vorhanden sind.

---

<sup>2</sup> Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016 (**Konsultation**), S. 3.

Wenn die Zielrichtung des Verbots missbräuchlicher Kapazitätszurückhaltung ist zu verhindern, dass Preise im Stromgroßhandel künstlich erheblich in die Höhe getrieben werden, muss das BKartA im Rahmen möglicher Ermittlungen zusätzlich nachweisen, dass die Zurückhaltung einen – im Übrigen näher zu definierenden – nicht unerheblichen Preiseffekt hat, der dem marktbeherrschenden Unternehmen zu Gute kommt. Es kann nicht einfach aus dem Nichteinsatz und der marktbeherrschenden Stellung auf einen Missbrauch schließen. Steht einem Unternehmen etwa zur Day-ahead-Vermarktung nur noch ein Kraftwerksblock zur Verfügung, weil alle anderen Blöcke etwa bereits im Forward-Markt vermarktet worden sind, kann ein Nichteinsatz dieses Blocks gar nicht zu einer Margenerhöhung bei dem Unternehmen führen. Im Gegenteil verdient das Unternehmen weniger als im Falle eines Einsatzes. Der Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs kann hier nicht erfüllt sein.

Aus Uniper-Sicht muss die Anwendung des Missbrauchsverbots auch einem marktbeherrschenden Unternehmen folgende Verhaltensspielräume lassen:

1. Auch dem Marktbeherrscher muss es erlaubt sein, seine Angebote mit einem Aufschlag auf die Grenzkosten vorzusehen, der zumindest eine **Fixkostendeckung in Höhe der Vollkosten der jeweiligen Anlage** ermöglicht. Wenn dem Marktbeherrscher eine Berücksichtigung von Vollkosten in seinen Geboten nicht erlaubt ist und dies einen Missbrauch darstellt, käme es Zeiten hoher Nachfrage zu eigentümlichen Ergebnissen: Ein Ausbeutungsmissbrauch (also ein Fordern von Entgelten mit unangemessen hohem Preis-Kosten-Abstand iSd § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB) wäre bereits dadurch verwirklicht, dass ein Anbieter nur geringe Mark-Ups fordert, mit denen noch nicht einmal seine Vollkosten decken kann. Eine Kostenunterdeckung würde so einen Preishöhenmissbrauch darstellen. Dies ist absurd. Eine Überprüfung, ob eine Anlage ihre Vollkosten bereits verdient hat oder noch Deckungsbeiträge erzielen muss, ist zwar komplex, aber nicht ausgeschlossen. Als Vollkosten sind dabei neben den Erzeugungskosten, die Fixkosten zur Bereitstellung der Kapazität, die Abschreibungen und die Kapitalkosten zu berücksichtigen. Im Einzelnen wäre die Methodik zum Nachweis der Höhe der Vollkosten und den bereits erzielten Fixkostendeckungsbeiträgen näher mit dem BKartA abzustimmen. Vorstellbar wäre etwa, vereinfachend auf eine Jahresbetrachtung abzustellen und eine Methodik zur Prognose der jährlichen Benutzungsstunden und der Anzahl der Stunden, in denen Preisspitzen erwartet werden, festzulegen.
  
2. Bei der Betrachtung der Vermarktung sind **alle Vermarktungskanäle** über die Börsen, OTC oder die Netzbetreiber (Regelleistung) für alle jeweiligen Produkte (insbesondere Forward und Intraday) zu berücksichtigen. Insbesondere möchten wir auf die seit Dezember 2014 bestehende zweite Day-Ahead Auktion um 15 Uhr hinweisen, mit der nun über die Auktion um 12 Uhr mit den bekannten stundenweisen Angeboten eine weitere Auktion mit Angeboten im Viertelstunden-Raster besteht. Diese Auktion ist zwar bereits Teil des Intraday-Marktes, muss aber, selbst wenn man ausschließlich die Day-Ahead-Märkte betrachten wollte, in die Analyse einbezogen werden, weil sie die 12 Uhr Auktion ergänzt. Als relevanter räumlicher Markt ist infolge der fortschreitenden Integration der Raum CWE zu berücksichtigen.

3. Jedes rational handelnde Unternehmen berücksichtigt bei der Vermarktung **Opportunitäten aus anderen Vermarktungskanälen**. D.h., dass zum Beispiel ein Angebot am Day-Ahead-Markt die (höheren) Preiserwartungen im Intraday-Markt widerspiegeln darf, wenn das Unternehmen damit rechnet, im Intraday-Markt höhere Erlöse zu erzielen als im Day-Ahead-Markt. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot kann nicht dazu führen, dass ein Unternehmen verpflichtet ist, unvorteilhafte Vermarktungskanäle zu wählen. Die Wahl des subjektiv als aussichtsreichsten empfundenen Vermarktungskanales kann aber dazu führen, dass das Kraftwerk zwar bei einem Angebot zu Grenzkosten Day-Ahead im Geld gewesen wäre, aber dennoch nicht eingesetzt wird, weil sich die Preiserwartung auf dem Intraday-Markt nicht realisiert. Wenn das Unternehmen sich bei der Wahl der Vermarktungskanäle verschätzt, stellt dies aber ohne weiteren Nachweis einer absichtlichen Preismanipulation keinen Missbrauch dar, sondern die bloße Realisierung unternehmerischen Risikos.
  
4. In Zeiten, in denen der **Markt knapp** zu werden droht, wird besonders deutlich, dass ein Mark-Up-Verbot den freien Wettbewerb hindert und nicht schützt. Denn nur wenn die Angebote die drohende Knappheit auch durch entsprechend hohe Preise widerspiegeln, wird die Nachfrage auch entsprechenden Anreiz haben, hierauf zu reagieren. Vor diesem Hintergrund erscheinen Uniper auch für diese Situation gesonderte Regeln angezeigt. Denkbar wäre etwa, dass ab einem bestimmten Verhältnis zwischen prognostizierter Nachfrage und prognostiziertem Angebot Mark-Ups unabhängig von einer möglichen Marktbeherrschung unbeschränkt möglich sind, möglicherweise auch in gestaffelter Höhe, je nach sich abzeichnender Knappheit. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Marktbeherrscher in einer solchen Situation nicht am Wettbewerb teilnehmen sollte, indem er ebenso wie seine Wettbewerber Angebote legt, die sich an der Nachfrage orientieren, und damit an dem, was der Nachfrager bereit ist zu zahlen. Wettbewerbslich ist es gerade wichtig, dass in solchen (drohenden) Knappheitssituationen alle Anbieter gleichermaßen am Markt in Ansehung der Knappheitssituation teilhaben können, damit sich ein fairer Knappheitspreis bildet. Eine taugliche Grenze für die Angebote eines Marktbeherrschers wäre in dieser Situation allenfalls der sog. Value of Lost Load (VoLL), der wiedergibt, ab wann ein Nachfrager seine Nachfrage im Falle hoher Preise anpasst.

**Frage 2:**

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

Es ist Kern unternehmerischen Handelns, dass ein Anbieter Leistungen nur zu einem Preis anbietet, der ihm zumindest seine Vollkostendeckung ermöglicht. Dies ist auf den Stromerzeugungsmärkten derzeit nicht möglich. Das durch den Ausbau der Erneuerbaren entstandene Überangebot erlaubt keine Vollkostendeckung und führt zusätzlich aufgrund der EEG-Förderung und der niedrigen Grenzkosten (OPEX) der Erneuerbaren Energien zu einem regulatorisch beeinflussten sehr niedrigem Preisniveau. Ein wirtschaftlicher Betrieb nicht subventionierter Kapazitäten ist unter diesen Rahmenbedingungen langfristig nicht möglich. In den derzeitigen Marktbedingungen wäre eine weitergehende Kostendeckung nur dann möglich, wenn sich in den Stunden, in denen die Nachfrage

nur knapp oder gar nicht durch das Angebot gedeckt werden kann, Preisspitzen bilden können. Es kann auch nicht nicht-marktbeherrschenden Anbietern überlassen bleiben, unter Übernahme des vollen Risikos Aufschläge auf die Grenzkosten vorzunehmen, um die nach dem Spiel von Angebot und Nachfrage angemessenen Preise für alle zu generieren.

Die Notwendigkeit für ein Mark-Up ergibt sich aber nicht erst in der Situation „echter“ Knappheit, d.h. also, wenn die Nachfrage auch nach Ausschöpfung aller Demand-Response-Maßnahmen durch das Angebot nicht gedeckt werden kann. Nach der vorgeschlagenen Regelung würden die Marktpreise erst dann auf eine sich abzeichnende Verknappung reagieren, wenn die Verknappung bereits eingetreten ist (etwa, weil weitere Kraftwerke mangels Profitabilität stillgelegt worden sind). Die Regelung verhindert somit, dass bereits vor Auftreten der tatsächlichen Knappheit sich entsprechende Preissignale im Markt abzeichnen und der Markt über eine Möglichkeit einer entsprechenden Anpassung verfügt. Von einem funktionierenden Spiel von Angebot und Nachfrage kann nicht die Rede sein. Dem Markt wird so jede Möglichkeit genommen, den Eintritt der Knappheit abzuwenden und Angebot und Nachfrage wieder ins Gleichgewicht zu bringen.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass gerade die Situation, in der die Nachfrage noch knapp gedeckt werden kann, wichtige wettbewerbliche Zeichen und Anreize setzen muss. Dies passiert im gegenwärtigen Marktumfeld nicht. Diese Zeichen und Anreize werden auch nicht – wie vom BKartA unterstellt – durch die unstreitig nicht marktbeherrschenden Anbieter gesetzt. Denn diese wissen (angesichts der bestehenden Unklarheiten für die möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmen), dass diese kein Mark-Up auf ihre Grenzkosten einpreisen werden. Das Risiko, sich in einem nur möglicherweise knappen Markt aus dem Markt zu preisen und nicht zum Zuge zu kommen, trifft daher die traditionell nicht marktbeherrschenden Anbieter umso stärker. Vor diesem Hintergrund werden auch diese nur zu ihren Grenzkosten anbieten, selbst wenn sie eine Knappheit für möglich halten. Im Ergebnis spiegelt der Marktpreis dann auch in einer Situation, in der die Nachfrage tatsächlich nur knapp gedeckt werden kann, dies nicht wieder und gibt nicht die nötigen Preissignale in den Markt. Von einem funktionierenden Markt kann hier keine Rede sein.

**Frage 3:**

Sollte in Abkehr von der 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 Marktkenntnis einen anderen Betrachtungszeitraum vor? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Uniper ist der Auffassung, dass die Leitlinien zur *ex post* Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung nicht nur Klarstellungen im Hinblick auf die behördliche Missbrauchskontrolle enthalten sollten, sondern vor allem den Erzeugungsunternehmen klare Leitlinien an die Hand geben müssen, anhand derer diese *ex ante* hinreichende Klarheit für ihr Bietverhalten erhalten. Dies erscheint angesichts der neuen Methoden zur Marktmachtmessung, allen voran der Pivotanalyse, zunehmend unpraktikabel. Vor diesem Hintergrund wäre, wie oben bereits dargestellt, eine Klarstellung, dass und wann auch ein marktbeherrschendes Unternehmen Mark-Ups einpreisen darf, dringend erforderlich.

Kritisch bewertet Uniper insbesondere die Möglichkeit, eine Selbsteinschätzung anhand der vom BKartA nun favorisierten Pivotanalyse vorzunehmen. Zwingende Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass die Methodik der Pivotanalyse korrekt und transparent festgelegt wird und sich auf für die Unternehmen zugängliche Daten beschränkt. Entsprechend dem Zweck und der Methodik der Pivotanalyse muss diese insbesondere sämtliche Wettbewerbspotentiale korrekt erfassen und darf sich nicht darauf beschränken, eine bloße nachträgliche Nachbildung des tatsächlichen Wettbewerbs zu sein (hierzu unter 1). Keinesfalls ist es sachgerecht, eine marktbeherrschende Stellung für nur einzelne Stunden anzunehmen (hierzu unter 2.). Selbst eine methodisch einwandfreie Pivotanalyse ist aber aus Uniper-Sicht ungeeignet, um eine im Rahmen der Selbsteinschätzung erforderliche ex ante Marktbewertung vorzunehmen (hierzu unter 3.).

### **1. Nur eine methodisch korrekte Pivotanalyse ist überhaupt zur Marktmachtmessung geeignet**

Bereits nach Veröffentlichung des Berichts zur Sektoruntersuchung hat die Konzernmutter von Uniper, E.ON, umfassend zur unserer Auffassung nach in der Sektoruntersuchung fehlerhaft angewandten Pivotanalyse Stellung genommen. Sollte das BKartA zukünftig eine Pivotanalyse nach derselben Methodik und Auslegungslogik vornehmen, gelten weiterhin insbesondere folgende Anmerkungen:

#### **a) Anwendung korrekter Prämissen geboten**

Nach unserem Verständnis ist Gegenstand dieser Konsultation nicht in erster Linie die Methodik der Pivotanalyse, sondern die vorgelagerte Frage, ob diese überhaupt zur Marktmachtmessung Anwendung finden kann.

Daher möchten wir nur kurz auf die wesentlichen Faktoren eingehen, die bei einer methodisch sauberen Durchführung einer Pivotanalyse berücksichtigt werden müssen:

- **Richtige räumliche Marktabgrenzung**

Aufgrund der auch seit 2011 noch weiter fortgeschrittenen Marktintegration ist eine auf Deutschland und Österreich begrenzte Pivotanalyse nicht sachgerecht. Vielmehr müsste diese Angebot und Nachfrage im gesamten CWE-Gebiet berücksichtigen.

- **Richtige Berücksichtigung von Importkapazitäten**

Die reine Existenz von Importkapazitäten übt eine massiv disziplinierende Wirkung auf Marktteilnehmer aus. Ein Nachfrager wird immer versuchen, Strom zu importieren, wenn dies günstiger ist als den Strom im Inland zu kaufen. Zudem erfolgt der Preisausgleich im Rahmen der Kopplung der Märkte bis zur maximalen Auslastung der Grenzübergangskapazität. Rein die Möglichkeit zum Import ist daher als marktmachtbeschränkendes Potential bei der Pivotanalyse zwingend zu berücksichtigen. Es greift zu kurz, nur auf die tatsächlich erfolgten NTC-Importe zurückzugreifen.

- **Berücksichtigung aller Anlagen**  
Bei einer Pivotanalyse müssen alle Erzeugungsanlagen berücksichtigt werden, auch kleinere Anlagen, da ansonsten das zur Verfügung stehende Angebot nicht korrekt abgebildet wird. In Summe kann das Angebot von kleineren Anlagen durchaus ein bedeutsames Gegengewicht für das Angebot durch größere Marktteilnehmer darstellen mit entsprechenden Auswirkungen auf die Ergebnisse der Pivotanalyse.
- **Berücksichtigung von Demand Response**  
Nachfrageelastizität nimmt auch in den Strommärkten immer weiter zu. Die Möglichkeiten der Nachfrager, ihre Nachfrage im Falle hoher Preis anzupassen, muss bei der Gesamtnachfrage berücksichtigt werden.
- Außerdem muss auch **EEG-Strom** korrekt berücksichtigt werden.

#### **b) Auslegung der Ergebnisse der Pivotanalyse erforderlich**

Zu einer sauberen Durchführung einer Pivotanalyse gehört auch, dass von einer Pivotalität in einer bestimmten Anzahl von Stunden nicht automatisch auf Marktbeherrschung geschlossen werden kann.

Das BKartA hat in der Sektoruntersuchung unwiderleglich vermutet, dass ein Marktteilnehmer der einen RSI von mehr als 1,2 hat, marktbeherrschend ist. Für einen Marktteilnehmer, der in 5% der Stunden eines Jahres einen RSI von mehr als 1,0 hat, wurde vermutet, dass er marktbeherrschend sei.

Für diese Vermutungswirkungen bestehen keinerlei gesetzliche Grundlage oder empirische Begründungen. Es ist Aufgabe des BKartA eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen. Dieser Nachweis kann nicht alleine durch die Feststellung der Pivotalität in einer bestimmten Anzahl von Stunden bestehen. Diese kann allenfalls der Ausgangspunkt der Analyse sein. Weiterer Analyse muss insbesondere die Feststellung vorbehalten bleiben, ob es in dem konkreten wettbewerblichen Umfeld Anreize für einen Marktmissbrauch gibt.

#### **2. Keine stundenweise Marktbeherrschung**

Uniper teilt die Auffassung des BKartA, dass Marktbeherrschung nicht an einzelne Stunden anknüpfen kann. Die Monopolkommission begründet ihre Überlegungen zu einer stundenweisen Analyse damit, dass „die Marktverhältnisse im Stromhandel mit den Schwankungen der Nachfrage sehr kurzfristig wechseln können<sup>3</sup>“. Das ist richtig. Genau diese wechselnden Marktverhältnisse zeigen aber gerade, wie ausgeprägt der Wettbewerb im Stromhandel derzeit ist. Wenn in einem Markt in jeder Stunde ein anderer Marktteilnehmer unverzichtbar sein kann, ist dies der beste Ausdruck für funktionierenden Wettbewerb und dafür, dass schlicht kein Unternehmen Marktmacht

---

<sup>3</sup> Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2015, Rz. 416.



hat. Dies zum Anlass zu nehmen, Marktbeherrschung stundenweise zu erfassen, scheint nicht sachgerecht.

Dies bestätigt auch die vom BKartA angestellte Kontrollüberlegung: Bei einer stundenweisen Analyse wäre in einer Knappheitssituation (Nachfrage > Angebot) jeder Marktteilnehmer pivotal und damit marktbeherrschend. Nach der wettbewerblichen Theorie müsste man annehmen, dass es in dieser Situation große Verhaltensspielräume für die einzelnen Anbieter gäbe. Genau in dieser Knappheitssituation bestehen aber für die Marktteilnehmer, wie vom BKartA dargestellt, gar keine Verhaltensspielräume, weil die Höhe der Angebote schlicht für die Preisbildung unerheblich ist.

In der Situation, in der die Nachfrage nur noch knapp erfüllt werden kann und der Markt die Chance auf die zum wirtschaftlichen Betrieb der Kraftwerke dringend benötigten Preisspitzen hätte, gilt Vergleichbares: Nahezu jeder Marktteilnehmer wäre marktbeherrschend. Wenn dann noch das Mark-Up-Verbot uneingeschränkt weitergelten sollte, käme dies einem umfassenden Verbot von Mark-Ups gleich und damit im Ergebnis einem Verbot einer wettbewerblichen Preisbildung auf den Strommärkten, die Knappheitssignale ausnutzen darf.

### **3. Möglichkeiten zur Selbsteinschätzung**

Uniper hält die Pivotanalyse für ungeeignet, eine Selbsteinschätzung zur eigenen Marktstellung vorzunehmen. Dies liegt nicht nur daran, dass die Methodik hochkomplex ist und nur kleine Unterschiede in der Methodik bereits zu erheblichen Verwerfungen im Ergebnis führen können. Dies ließe sich möglicherweise durch eine Abstimmung zur Methodik und Veröffentlichung der Methodik vermeiden.

Hinzu kommt, dass den Marktteilnehmern selbst gar nicht in stundenscharfer Granularität die für die Durchführung einer Pivotanalyse benötigten Daten vorliegen. Ein Abstellen auf Durchschnittswerte oder öffentlich verfügbare Daten dürfte die Verwertbarkeit der Ergebnisse aber beeinträchtigen.

Nicht lösbar scheint aber jedenfalls, dass die Pivotalität nach dem Ansatz des BKartA nur ex post für das vergangene Jahr ermittelt werden kann. Das heißt, dass erst am 31.12. eines Jahres feststeht, ob der Marktteilnehmer zu Anfang des Jahres pivotal war und zu diesem Zeitpunkt kartellrechtlichen Restriktionen für sein Bietverhalten unterlag. Auch eine fortlaufende Erfassung der Pivotalität löst dieses Problem nicht, selbst wenn man unterstellt, dass es möglich wäre, dass jeder Marktteilnehmer im Laufe des Jahres mitverfolgt, ob er pivotal ist oder nicht. Hierdurch könnte man allenfalls erreichen, dass ein Anbieter sich bewusst ist, wann er die 5%-Grenze überschreitet. Wenn er bereits in 437 Stunden pivotal war, kann er zwar sein Bietverhalten ab der 438. Stunde ändern, nicht aber mehr das in den ersten 437 Stunden. Aus der Marktbeherrschungsanalyse des BKartA ergibt sich aber, dass ein Anbieter, der mehr als 437 Stunden im Jahr pivotal ist, im ganzen Jahr kartellrechtlichen Restriktionen unterliegt und nicht nur aber der 438. pivotalen Stunde.

Eine hinreichend zuverlässige Selbsteinschätzung ließe sich auf dieser Basis vermutlich nur erreichen, wenn die Anbieter sich auf öffentliche Untersuchungen der Vergangenheit stützen können, um ihre aktuelle Marktstellung zu bewerten. So würden sich die Marktteilnehmer aktuell zum Beispiel auf die deutliche Aussage der Monopolkommission im Sondergutachten 2015 stützen können, dass im Jahr 2015 kein Anbieter marktbeherrschend war und dies zumindest soweit keine fundamentalen Marktveränderungen eintreten auch als Maßstab für das laufende Jahr nehmen.

**Frage 4:**

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

Die dargestellte Definition für eine Kapazitätzurückhaltung ist zu stark vereinfachend und verschiebt damit faktisch die Beweislast unzulässiger Weise auf die Unternehmen.

**1. Unzureichender Nachweis der Missbräuchlichkeit**

Eine unzulässige Kapazitätzurückhaltung soll nach Auffassung des BKartA offensichtlich bereits dann vorliegen, wenn ein Kraftwerk nicht eingesetzt wird, obwohl es im Geld ist. Einen weiteren Nachweis scheint das BKartA nicht für erforderlich zu halten. Vielmehr müsste das Unternehmen nachweisen, dass eine Rechtfertigung für dieses Verhalten besteht (siehe Frage 4). Angesichts der vom BKartA definierten Zielrichtung des Missbrauchsverbots ist dies unzureichend.

Ein Marktmissbrauch liegt erst vor, wenn das BKartA nachweist, dass der Nichteinsatz zu einer Erhöhung der Durchschnittspreise geführt hat und das Unternehmen hiervon profitiert hat. Der Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB setzt voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben hätten. Dies ist nicht allein dadurch der Fall, weil ein Unternehmen ein Mark-Up auf die Grenzkosten nimmt. Vielmehr gesteht das BKartA nicht marktbeherrschenden Unternehmen ja gerade zu, dass diese Mark-Ups einpreisen dürfen. In Situationen, in denen ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen Mark-Ups einpreist, muss dies daher auch dem marktbeherrschenden Unternehmen möglich sein, weil dies Teil des wirksamen Wettbewerbs ist. Erst Recht gilt dies in Anwendung des § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB, wonach der Missbrauchstatbestand daran anknüpft, dass Entgelte mit einem unangemessenen hohen Preis-Kosten-Abstand gefordert werden. Sieht man jedes Mark Up als unangemessen an, wären auch solche Preise unangemessen, die unterhalb der Kosten liegen (bei einem Mark-Up unterhalb der Höhe der Vollkosten).

Der Nichteinsatz trotz Marktpreisen über Grenzkosten mag daher zwar eine notwendige Voraussetzung für eine missbräuchliche Kapazitätzurückhaltung sein, er ist aber mitnichten eine hinreichende Bedingung. Es ist Aufgabe des BKartA zu definieren und nachzuweisen, wann der Nichteinsatz trotz Marktpreisen über Grenzkosten missbräuchlich ist, weil er zur Erhöhung der Marktpreise erfolgt. Für die in Frage 1 dargestellten Fälle muss in jedem Fall eine Klarstellung erfolgen, dass ein solches Bietverhalten nicht missbräuchlich ist.

**2. Richtige Berücksichtigung von Grenzkosten und Restriktionen des Kraftwerkseinsatzes**

Der Vollständigkeit halber möchten wir darauf hinweisen, dass für die Beurteilung des Nichteinsatzes die einzelnen Grenzkostenparameter sowie die richtige Berücksichtigung von Restriktionen des Kraftwerkseinsatzes und alternativen Vermarktungskanälen wesentlich ist.

Besondere Bedeutung kommt hierbei der Verfügbarkeit der Kapazitäten zu. Zu Recht weist das BKartA darauf hin, dass technische Restriktionen (Nichtverfügbarkeiten, Nichtbeanspruchbarkeiten, nicht beeinflussbare Außeneinflüsse, Mindestlauf- und -stillstandszeiten, Anfahrgradien etc.) sowie Vorhaltung von Regel- und Reserveleistung umfassend zu berücksichtigen sind.

Auch die kurzfristigen Grenzkosten müssen korrekt berücksichtigt werden, d.h., dass alle variablen Kostenelemente enthalten sein müssen, also zum Beispiel auch Anfahrkosten oder variable Instandhaltungskosten.

Im Einzelnen möchten wir hier nicht auf die einzelnen zu berücksichtigenden Komponenten eingehen, sondern verweisen auf die Sektoruntersuchung Strom. Angesichts der Vielzahl von technischen und sonstigen Einflüssen, die die Verfügbarkeit und die Leistung von Kraftwerksblöcken beeinflussen, bietet es sich aus Uniper-Sicht an, nach den Erfahrungen des BKartA regelmäßig auftretende Restriktionen des Kraftwerkseinsatzes in Form von Regelbeispielen zu benennen. Der Katalog sollte aber so offen formuliert sein, dass auch nicht ausdrücklich benannte Restriktionen berücksichtigt und den Umständen des Einzelfalls hinreichend Rechnung getragen werden kann.

**Frage 5:**

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

Uniper teilt die Auffassung des BKartA, wonach eine Benennung von oder gar abschließende Aufzählung von Rechtfertigungsgründen angesichts der Vielzahl denkbarer Einzelfälle nicht sinnvoll ist.

Wie bereits oben dargestellt, weisen wir aber darauf hin, dass die vereinfachte Auslegung des Missbrauchstatbestands im Sinne eines „Nichteinsatzes trotz Marktpreis über Grenzkosten“ nicht dazu führen darf, dass alle Umstände, die eigentlich bereits den Tatbestand einer Kapazitätszurückhaltung und damit einen Missbrauch ausschließen, auf die Rechtfertigungsebene verlagert werden. So ist auch die Frage der (fehlenden) Vollkostendeckung keine Frage der Rechtfertigung, sondern eine vom BKartA nachzuweisende Frage der Tatbestandsmäßigkeit des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Gleiches gilt für die anderen oben bei Frage 1 genannten Fallgruppen zulässiger Mark-Ups.

**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.

Uniper begrüßt ausdrücklich die Klarstellung des BKartA, dass § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB für die Fälle der Kapazitätszurückhaltung keine Relevanz besitze. Diese Norm setzt einen Vergleich mit Entgeltforderungen „anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten“ voraus. Ein solcher Vergleich werde jedoch nach Aussage des BKartA in Fällen etwaiger Kapazitätszurückhaltung auf dem Stromer Absatzmarkt nicht durchgeführt. Mit dieser Klarstellung wird nunmehr die Unsicherheit im Markt bezüglich der Anwendung des § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB und der damit verbundenen Beweislastumkehr beseitigt. Da die Norm des § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB demgegenüber schon keine Beweislastumkehr vorsieht, bewirkt der § 29 GWB insgesamt keine

Veränderung der Beweislastverteilung oder des materiellen Beurteilungsmaßstabes. Von daher wäre es wünschenswert, wenn das BKartA diese Klarstellung auch ausdrücklich in den Leitfaden aufnimmt, um für alle Marktteilnehmer ein gewisses Maß an Sicherheit herzustellen.

Darüber hinaus vertritt Uniper die Auffassung, dass § 29 GWB keinesfalls über 2017 hinaus verlängert werden sollte, da insbesondere die Durchführung einer Kostenkontrolle nach § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB in den Fällen etwaiger Kapazitätszurückhaltung nicht mehr notwendig erscheint. In einem Strommarkt 2.0 mit ausgeprägtem Wettbewerb sollte vielmehr die freie Preisbildung am Markt im Vordergrund stehen. Die Anwendung der Kostenkontrolle nach § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB steht dem jedoch diametral entgegen und belässt die bisher schon für die Marktteilnehmer bestehende Unsicherheit.

\* \* \*