



UNIPER SE

Legal & Compliance
Holzstr.6
40221 Düsseldorf

www.uniper.energy

UNIPER Stellungnahme zur Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel – Preisspitzen und ihre Zulässigkeit

Düsseldorf, 20.05.2019

UNIPER begrüßt ausdrücklich die Konsultation der Marktteilnehmer vor der Veröffentlichung eines Leitfadens des Bundeskartellamtes (BKartA) für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel. UNIPER erachtet auch weiterhin eine Klarstellung für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung in Form von Leitlinien als notwendig. Mit Verweis auf unsere Stellungnahme zur Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 31. Mai 2016 möchte UNIPER daher zum Entwurf des Leitfadens Stellung nehmen.

A. Kartellrechtliche Bewertung von Preisspitzen

UNIPER teilt die Ansicht uneingeschränkt, dass das Funktionieren des Strommarktes 2.0 ein zutreffendes Verständnis über das Herbeiführen von Preisspitzen mittels Kartellabsprachen oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bzw. mittels Insiderhandel oder Marktmanipulation voraussetzt. Marktakteure sollten mit Hilfe des Leitfadens in der Lage sein, die Reichweite dieser Verbote richtig einzuschätzen, damit nicht infolge von Fehlbewertungen des rechtlichen Rahmens Strom zu Preisen unterhalb des wettbewerbsrechtlich zulässigen Niveaus angeboten wird und eine Verzerrung bei Stilllegungs- bzw. Investitionsentscheidungen vermieden wird.

Im nachstehenden möchte UNIPER daher nochmals auf wesentliche Punkte eingehen, damit das zuvor aufgeführte Ziel des Leitfadens erreicht werden kann.

I. Marktbeherrschende Stellung

Vor dem Hintergrund, dass das kartellrechtliche Verbot missbräuchlicher Kapazitätszurückhaltung nur auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbar ist, ist eine ausreichend genaue ex-ante Bestimmung der Marktmacht für Erzeugungsunternehmen unerlässlich.

UNIPER nimmt zur Kenntnis, dass nach dem Entwurf des Leitfadens der Marktmachtbericht ein wichtiger Indikator für die Selbsteinschätzung der Marktmacht der Akteure sein kann. Diese Aussage beinhaltet eine wichtige Klarstellung. Dennoch möchten wir darauf hinweisen, dass die Bewertung der Marktstellung anhand der Pivot-Analyse Stromerzeuger vor erhebliche praktische Schwierigkeiten stellt, die mit der Selbsteinschätzung der Marktmacht in anderen Sektoren nicht vergleichbar ist. Denn nach der im Leitfaden angelegten und der Sektoruntersuchung Strom angewandten Logik könnte eine Marktbeherrschung rückblickend für ein ganzes Jahr entstehen, auch wenn die pivotalen Stunden erst geballt gegen Ende des Jahres, etwa zu Beginn des Winters, auftreten. Dies kann kein tauglicher Maßstab für eine ex-ante Bewertung der Marktmacht und daraus folgenden Restriktionen für die Preissetzung sein. Klarheit können hier zutreffenderweise nur allgemeinere Marktbewertungen, wie sie etwa in dem Marktmachtbericht oder dem Monitoringbericht erfolgen, bringen.

Damit Marktteilnehmer ihre Marktmacht korrekt einschätzen können, ist aus unserer Sicht weiterhin zwingende Voraussetzung, dass die Methodik der Pivotanalyse korrekt und transparent festgelegt wird und sich auf für 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, denn nur eine methodisch korrekte Pivotanalyse ist überhaupt zur Marktmachtmessung geeignet. Der Leitfaden sollte in diesem Punkt zumindest eine ausreichende Hilfestellung geben, damit ein Unternehmen bewerten kann, ob dieses marktbeherrschend war oder nicht.

Des Weiteren ist eine konkrete räumliche Marktabgrenzung sowie die Berücksichtigung aller Anlagen essentiell bei einer methodisch sauberen Durchführung einer Pivotanalyse. Bei der Abgrenzung auf die Preiszone Luxemburg und Deutschland ist insbesondere die richtige Berücksichtigung von Importkapazitäten geboten. Die Beschäftigung der Importkapazität bis zur maximalen Auslastung der Grenzübergangskapazität ist ein Ergebnis der Marktkopplung. Angebot und Nachfrage in beiden Zonen bestimmen den Fluss. Bei der Bestimmung der Marktmacht muss dementsprechend die technische verfügbare Kapazität berücksichtigt werden, denn diese steht bei einer entsprechenden Nachfrage bzw. Knappheit zur Verfügung. Allein auf den beobachteten Höchstwert der Nettoimporte abzustellen, würde zu kurz greifen. Schließlich müssen aus unserer Sicht alle Arten von Anlagen berücksichtigt werden. Hierzu gehören auch kleinere Anlagen, da ansonsten das zur Verfügung stehende Angebot und die zur Verfügung stehende Nachfrage nicht korrekt abgebildet würden. Beispielsweise sind Speicher oder die Nachfrageflexibilität von Verbrauchern und Prosumern entsprechend zu berücksichtigen. Gleiches gilt für Anlagen der Sektorkopplung (Power-to-X Anlagen), die künftig ebenfalls Einfluss auf die Nachfrage haben werden.

II. Missbräuchliches Zurückhalten von Kapazitäten und sachliche Rechtfertigung

In diesem Zusammenhang sollte im Leitfaden klargestellt werden, dass alle Auswertungen auf den Ergebnissen des Marktes oder den tatsächlichen Messwerten beruhen. Die einzelne Entscheidung basierte jedoch auf Prognosen oder Erwartungen bzw. Einschätzungen des Marktes. Die entsprechenden Unsicherheiten oder der aufgeführte Erheblichkeitszuschlag sollten daher konkreter ausgeführt werden.

Denn 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 sollte nicht dazu führen, dass ein Unternehmen verpflichtet ist, unvorteilhafte Vermarktungskanäle zu wählen oder nur ein definiertes Risiko (Spekulation) eingehen zu dürfen. Die Wahl des subjektiv aussichtsreichsten Vermarktungskanals 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. Insoweit begrüßt UNIPER die Klarstellung, dass make-or-buy-Entscheidungen, wenn auch nur auf der Ebene der Rechtfertigung, getroffen werden können.

Auch der Ansatz, dass die fehlende Vollkostendeckung für den Kraftwerkspark einen sachlichen Rechtfertigungsgrund darstellt, ist hilfreich. Allerdings sollte dieser richtige Gedanke aus unserer Sicht detaillierter ausgeführt werden. Wir würden es begrüßen, falls der Leitfaden zumindest das grundsätzliche Verständnis des BKartA in Bezug auf die zeitliche Abgrenzung der Vollkosten enthalten würde.

B. Zulässige Preisspitzen im Strommarkt nach REMIT

Wir begrüßen, dass der Entwurf eines gemeinsamen Leitfadens Preisspitzen als Teil des normalen Marktgeschehens anerkennt und unter REMIT ebenfalls als zulässig erachtet. Dieser Ansatz gewährleistet mehr Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer.

I. Anlehnung an die Vorgaben aus dem Finanzsektor

Wir stimmen grundsätzlich zu, dass Indikatoren aus der Marktmissbrauchsverordnung und Erfahrungswerte aus dem Finanzmarkt auch zur Auslegung der Marktmanipulations- sowie Insiderdatbestände der REMIT herangezogen werden können.

Allerdings betrachten wir die strikte Orientierung an den auf den Kapitalmarkt zugeschnittenen Vorschriften als nicht immer ausreichend und sehen die Gefahr, dass die Komplexität der Energiemärkte und der physikalisch-technischen Realitäten unberücksichtigt bleiben. Unseres Erachtens ist daher eine energiesektorspezifische Klarstellung und Auslegung der REMIT, die mit dem jeweiligen Marktsegment und Marktdesign kompatibel ist, geboten. Zudem sollten energierechtliche Vorgaben, energiewirtschaftliche Pflichten sowie die Versorgungssicherheit berücksichtigt werden. Im Rahmen einer Abwägung im Sinne einer „praktischen Konkordanz“ sollte es zu einer sachgerechten Anwendung aller den Energiemarkt betreffenden Regelungen kommen. Die angestrebte Kohärenz zwischen den finanz- und energiegroßhandelsrechtlichen Vorschriften sollte insofern nur dann gelten, als es sich um vergleichbare Marktsituationen, Marktsegmente und Marktmechanismen handelt.

Zulässige Marktpraktiken hinsichtlich des Energiegroßhandelsmarktes sind von nationalen und / oder regionalen Marktpraktiken abhängig, müssen von zuständigen nationalen Behörden definiert werden und nach REMIT als legitim oder illegitim eingestuft werden. Insofern wäre die Definition legitimer Gründe sowie zulässiger, auf den Energiesektor zugeschnittenen Marktpraktiken wünschenswert.

In diesem Zusammenhang wäre auch eine Konkretisierung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe zu begrüßen. REMIT enthält eine Vielzahl abstrakter Formulierungen, die viele praktische Fragestellungen offenlassen, obgleich Ordnungswidrigkeiten- bzw. Straftatbestände definiert werden.

II. Zulässigkeit von Preisspitzen

UNIPER unterstützt den Ansatz, nach dem der Leitfaden den neuen § 1a Abs. 1 EnWG berücksichtigt, welcher die Begrenzung von Preisen durch eine regulatorische Preisobergrenze ausschließt und klarstellt, dass die benötigten Spitzenlastkraftwerke ihre Investitionskosten durch freie, wettbewerblich gebildete Preise oberhalb ihrer spezifischen Grenzkosten decken können.

Die Möglichkeit, dass die Anbieter von Spitzenlastkapazitäten hinreichend hohe Deckungsbeiträge und Preisspitzen oberhalb der Grenzkosten erzielen können, ist wesentlich für die Finanzierung und marktliche Bereitstellung solcher Spitzenlastkapazitäten.

Als zentraler Bezugspunkt hierbei sollten die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse herangezogen werden. Darunter fallen insbesondere das marktgerechte Angebot, die marktgerechte Nachfrage und der marktgerechte Preis, wobei sich letzterer im Rahmen der anerkannten Preisbildungsmechanismen bildet und der tatsächlichen Situation von Angebot und Nachfrage im Zeitpunkt der Preisbildung entspricht.

UNIPER begrüßt den Ansatz, dass als Anhaltspunkte für etwaige falsche oder irreführende Signale in erster Linie analysiert wird, ob und inwieweit das Verhalten des Marktteilnehmers wirtschaftlich begründbar ist. Dieser Ansatz führt dazu, dass keine Marktmanipulation vorliegt, wenn der Marktteilnehmer nachweisen kann, dass er legitime Gründe für sein Handelsverhalten hatte und die entsprechende Transaktion und der Handelsauftrag im Rahmen des vorgegebenen Marktdesigns und der Marktpraxis erfolgt.

Es ist eine autonome Entscheidung eines Marktteilnehmers, innerhalb des bestehenden Marktdesigns die Preise für seine Gebote unter Berücksichtigung einer Abrufwahrscheinlichkeit festzulegen. UNIPER befürwortet insofern die Klarstellung, dass REMIT solchen Preisspitzen nicht entgegensteht. Die REMIT bietet nach unserem Verständnis keine rechtliche Grundlage dafür, die Angebote oder Preise für ihre generelle Angemessenheit zu überprüfen.

Wir stimmen zu, dass als legitimer Grund für die Preissetzung insbesondere der wirtschaftliche Einsatz der Kraftwerke anerkannt wird. Dieser erfolgt, um einen Erlös zur Deckung der Kosten bzw. Deckungsbeiträge für die Kraftwerke zu erzielen.

Insbesondere befürworten wir den Ansatz, dass in einem Energy Only Markt, der keine Kapazitätszahlungen kennt und in dem zeitgleich dennoch gewährleistet werden soll, dass Kraftwerke eingesetzt werden und auch einen Beitrag erzielen können, um die Vollkosten zu decken, es als legitim erachtet wird, wenn eine auf Gewinnerzielung gerichtete und sich an der Abrufwahrscheinlichkeit orientierende Strategie angewendet wird, welche auf das freie Zusammenspiel der Marktkräfte keine Auswirkung hat.

III. Abgrenzung spekulativer Handel / Marktmanipulation

UNIPER erachtet es als positiv, dass – zulässiger – spekulativer Handel ausdrücklich von der – unzulässigen – Marktmanipulation abgegrenzt wird.

Wir stimmen zu, dass das Abgrenzungskriterium vor allem darin zu sehen ist, dass entweder eine gezielte Einwirkung auf den Preisbildungsmechanismus durch einen Marktteilnehmer erfolgt (Marktmanipulation) oder ob vielmehr ein passives Verhalten des Marktteilnehmers im Vordergrund steht, welches als ein Handeln am Markt mit der Absicht eines Geschäftsabschlusses und einer Gewinnerzielungsabsicht unter Kenntnis bestehender Unsicherheiten zu betrachten ist (Spekulation).

Marktmanipulation ist hingegen in der Vornahme von Handelsaktivitäten begründet, denen objektiv ein Markttäuschungscharakter zuzuschreiben ist und bei denen zumindest eine ernst zu nehmende Wahrscheinlichkeit einer Signalwirkung gegeben ist. Marktmanipulation, die mit der Vornahme fiktiver Geschäfte gleichzusetzen ist, zeichnet sich durch einen Mangel wirtschaftlicher Relevanz aus und ist nicht auf den Abschluss eines Geschäfts ausgerichtet, sondern z.B. auf Vortäuschung von Liquidität. Ein künstliches Preisniveau darf allerdings nur dann angenommen werden, wenn die ermittelten Preise nicht das Ergebnis eines unbeeinflussten Marktgeschehens abbilden und somit der marktgerechte Preis verfehlt wird.

Die Besonderheiten der Regelenergiemärkte als eigenständige sachliche Märkte sollten bei der Analyse der initialen Indikatoren ebenfalls berücksichtigt werden.

IV. Manipulation von Referenzwerten

Im Zusammenhang mit der Manipulation von Referenzwerten sollte zudem klargestellt werden, dass es keine nachteiligen Auswirkungen für einen Marktteilnehmer haben darf, sofern dieser sich als Market Maker vertragskonform verhält, sich als Market Maker / Liquidity Provider im Rahmen der vom jeweiligen Marktplatz für das jeweilige Produkt vorgegebenen Preise / Spreads bewegt sowie seine Systeme und sein Handelsverhalten auf die Erfüllung dieser vertraglichen Pflichten ausrichtet.