Bonn, den 10.10.2012

Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas

I. Zusammenfassung

Das Bundeskartellamt (BKartA) begrüßt das Vorhaben der Bundesregierung, die Energiegroßhandelsmärkte und den Kraftstoffbereich einer wirksameren behördlichen Aufsicht zu unterstellen. So kann das Vertrauen der Nachfrager in die Integrität der Preisbildung durch eine bessere Marktbeobachtung gestärkt werden.

Kraftstoffmärkte

Die im Gesetzentwurf angelegte Marktbeobachtung im Kraftstoffbereich kann den Wettbewerb stärken, indem missbräuchliche Verhaltensweisen mit einer breiten Datengrundlage einfacher aufgedeckt werden können. Gleichwohl entsteht durch die im Gesetzentwurf vorgesehenen Meldepflichten ein erheblicher bürokratischer Aufwand für die Branche. Daher befürwortet das BKartA, die Einkaufspreise von Kraftstoffen lediglich anlassbezogen in Verdachtsfällen zu erheben, wie es in Vorschlägen gegenüber dem ursprünglichen Gesetzentwurf diskutiert wird.

Zudem spricht sich das BKartA dafür aus, die von verschiedenen Seiten vorgeschlagene Veröffentlichung der Verkaufspreise von Kraftstoffen an Tankstellen zu übernehmen. Dadurch kann die zulasten der Nachfrager bestehende Informationsasymmetrie bezüglich der Kraftstoffpreise an Tankstellen verringert werden. Die der Markttransparenzstelle gemeldeten Kraftstoffpreise könnten für Nachfrager transparent zugänglich gemacht werden. Transparente Informationen über die Kraftstoffpreise können den Nachfragern eine bessere Grundlage für ihre Auswahlentscheidung eröffnen.

Energiegroßhandel

Der Gesetzentwurf greift die in der europäischen Verordnung über die Integrität und Transparenz der Energiegroßhandelsmärkte (REMIT-Verordnung) enthaltenen Beobachtungsaufgaben auf und fügt sich gut in den europäischen Rechtsrahmen ein. Für die Meldepflichtigen wird aufgrund der engen Abstimmung zwischen der Markttransparenzstelle, den nationalen und europäischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden sowie der Agentur für die Koordination der Regulierungsbehörden (ACER) weitgehend gewährleistet, dass es nicht zu Doppelerhebungen von Informationen kommt. Der bürokratische Aufwand wird so auf Seiten der Meldepflichtigen reduziert.

Eine kontinuierliche Marktbeobachtung der Energiegroßhandelsmärkte kann positive Wirkungen auf die Märkte entfalten. Die Markttransparenzstelle kann in einem ersten Schritt wesentliche Daten zur Analyse der Marktmacht der Marktteilnehmer sammeln und auswerten. In einem zweiten, nachgelagerten Schritt ist zu prüfen, wie weit die deutschen und europäischen Regulierungsbehörden mit der Kontrolle des Großhandels auf Basis der REMIT-Verordnung fortgeschritten sind, um damit koordiniert etwaige kartellrechtliche Konzepte der Missbrauchsaufsicht fortzuentwickeln und zu implementieren.

Vor dem Hintergrund der Energiewende und der sich abzeichnenden Schwerpunktverschiebung der Funktion der Markttransparenzstelle erscheint es sachgerecht, die Markttransparenzstelle bei der Bundesnetzagentur anzusiedeln und sie dort gemeinsam mit dem BKartA zu betreiben.

II. Im Einzelnen

1. Beobachtung der Kraftstoffmärkte

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass mit der im Gesetzentwurf vorgesehenen kontinuierlichen Marktbeobachtung der Kraftstoffmärkte ein Instrument bereit gestellt werden soll, um die identifizierten Wettbewerbsdefizite in diesem Bereich wirksamer auf-

zugreifen. Die fortlaufende Marktbeobachtung der Kraftstoffmärkte und die umfangreiche Datensammlung durch die Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt können den Kartellbehörden eine Verfahrensführung in Fällen der Behinderung freier Tankstellen erleichtern.

Allerdings versursacht der im Gesetzentwurf vorgesehene Umfang der zu meldenden Daten – insbesondere in Bezug auf die gemäß § 47k Abs. 5 GWB-RegE mitzuteilenden Kraftstoffabgabepreise von Vorlieferanten - bei den Meldepflichtigen einen erheblichen bürokratischen Aufwand, der nach Auffassung des Bundeskartellamts nicht im Verhältnis zum möglichen Zusatznutzen bei der Wettbewerbsaufsicht steht. Insofern begrüßt das Bundeskartellamt die diskutierten Änderungen, wonach Herstellerabgabepreise von Kraftstoffen lediglich im Verdachtsfall auf Anforderung an die Markttransparenzstelle übermittelt werden sollen. Ein Anfangsverdacht für das Vorliegen von Preis-Kosten-Scheren ließe sich nach Auffassung des Bundeskartellamts auch durch den Vergleich der Verkaufspreise von Kraftstoff an Tankstellen mit veröffentlichten Notierungen für Raffinerieerzeugnisse (Diesel- und Superkraftstoffe)[1] herleiten. Wenn sich aufgrund dieses Vergleichs Hinweise auf missbräuchliche Verhaltensweisen ergeben, sollte die Markttransparenzstelle die Herstellerabgabepreise für Kraftstoffe gezielt von den im Fokus stehenden Meldepflichtigen abfragen können. Eine solche anlassbezogene Abfrage der Einkaufspreise würde den bürokratischen Aufwand für die Meldepflichtigen erheblich reduzieren, ohne dass der Informationszugang der Kartellbehörden gegenüber der derzeit im Gesetzentwurf angelegten Regelung erschwert würde.

Transparente Kraftstoffpreise für Nachfrager

Darüber hinaus befürwortet das Bundeskartellamt, dass gegenüber dem ursprünglich vorgelegten Gesetzentwurf die Anregungen verschiedener Stellen aufgegriffen werden sollen, die Kraftstoffpreise an Tankstellen transparent zu veröffentlichen. Nach Auffassung des Bundeskartellamts kann so die derzeit zulasten der Nachfrager be-

[1] Denkbar wäre der Rückgriff auf die Notierung des am weitesten verbreiteteten Oil Market Report (www.omr.de), der u.a. tagesaktuelle Preisnotierungen für Kraftstoffe für den Raum Antwerpen-Rotterdam-Amsterdam (ARA) veröffentlicht.

stehende Informationsasymmetrie abgebaut werden. Die Kraftstoffpreise an Tankstellen könnten von der Markttransparenzstelle transparent und zeitnah, z. B. über eine Internetseite, zur Verfügung gestellt werden. Eine solche Datengrundlage könnte Nachfragern eine bessere Auswahlentscheidung ermöglichen. Wenn sich die Kraftstoffpreise an Tankstellen allerdings untertägig mehrfach ändern, besteht die Gefahr, dass eine vom Nachfrager getätigte Datenbankabfrage innerhalb kürzester Zeit schon nicht mehr aktuell ist. Wirkung und Akzeptanz der Datenbank könnten hierdurch erheblich beeinträchtigt werden. Es erscheint daher erwägenswert, die Volatilität der Kraftstoffpreise in geeigneter Weise einzuschränken.

Das Bundeskartellamt hält die Vorhaltung von Mengenangaben bei den Kraftstoffabgabepreisen für wünschenswert und sinnvoll, aber für Verfahren bzgl. der unbilligen Behinderung freier Tankstellen nicht zwingend für erforderlich.

Mit der in den Änderungsvorschlägen zum Gesetzentwurf vorgesehenen Veröffentlichung der Kraftstoffpreise an Tankstellen gehen entsprechende Änderungen bei den Vorgaben zur Meldepflicht nach § 47k Abs. 4 GWB-RegE einher. Konkret wäre es dann nicht mehr ausreichend, die Daten wöchentlich an die Markttransparenzstelle zu übermitteln, sondern vielmehr wäre es notwendig, die Daten unverzüglich und „in Echtzeit“ zu melden.

2. Beobachtung der Energiegroßhandelsmärkte

Das Bundeskartellamt hat eine umfangreiche Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel für die Jahre 2007 und 2008 durchgeführt. Auch wenn konkrete missbräuchliche Verhaltensweisen nicht nachgewiesen werden konnten, kam die Untersuchung für diese Jahre zu dem Ergebnis, dass die Unternehmen Anreize und Möglichkeiten hatten, missbräuchlich zu agieren und dadurch den Stromgroßhandelspreis zum Nachteil der Nachfrager zu beeinflussen. Einschätzungen von Marktteilnehmern bestätigen das Bundeskartellamt darin, dass von einer kontinuierlichen Marktbeobachtung bereits eine erhebliche Abschreckungswirkung auf die untersuchte Branche ausgeht. Unzulässigen Einwirkungen auf die Preisbildung kann

damit bereits präventiv entgegengewirkt und so das Vertrauen der Öffentlichkeit und der Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit der Handelsmärkte gestärkt werden.

Ermittlungskonzepte

Die Erfahrungen aus der Sektoruntersuchung zeigen, dass die Marktmachtanalyse und die Aufdeckung missbräuchlicher Praktiken ausgesprochen aufwendig sind. Hierfür ist eine große Fülle von Kraftwerkseinsatzdaten notwendig. Datenerhebung und Datenauswertung sind außerordentlich komplex. Werden die Daten erst im Nachhinein im Rahmen von Verfahren oder Sektoruntersuchungen erhoben, besteht das Problem, dass die notwendigen Daten oft nicht mehr oder zumindest nicht in der erforderlichen Detaillierung vorliegen. Durch eine kontinuierliche Erhebung von im Vorhinein festgelegten Daten, wie sie im Gesetzentwurf vorgesehen ist, würde eine deutlich bessere Datenqualität erreicht und gewährleistet, dass die Daten den Aufsichtsbehörden unmittelbar zur Verfügung stehen.

Die Datenerhebungen bilden zunächst die Grundlage für die Feststellung von Marktmacht mittels der in der Sektoruntersuchung erstmals angewandten Pivotalanalyse. Eine solche Marktmachtanalyse ist zum einen ein notwendiger erster Schritt im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Zum zweiten wird auf die Marktmachtanalyse bei der Bearbeitung von Fusionskontrollfällen zurückgegriffen. Sie ist somit ein wertvolles Instrument in der konkreten Fallbearbeitung. Angesichts der gravierenden Änderungen im Energiemarkt, die sich seit dem Abschluss der Sektoruntersuchung infolge der Energiewende ergeben haben, ist eine Marktmachtanalyse auf der Grundlage aktueller Daten notwendig. Da für die Pivotalanalyse umfangreiche Kraftwerkseinsatzdaten erhoben und ausgewertet werden müssen, ist diese Analysemethode in konkreten Fusionskontrollverfahren innerhalb der kurzen Fristen nicht durchführbar. Durch die kontinuierlichen Datenerhebungen und –auswertungen der Markttransparenzstelle würde gewährleistet, dass dem Bundeskartellamt stets eine aktuelle Marktmachtanalyse zur Verfügung steht.

Sofern davon auszugehen ist, dass auch unter den veränderten Rahmenbedingungen des Energiemarktes Stromerzeuger in Zukunft marktmächtig sind, ist die Preisbildung auf dem Stromgroßhandelsmarkt auf ihre kartellrechtliche Missbräuchlichkeit

hin zu untersuchen (Stichwort missbräuchliche Zurückhaltung von Kapazitäten). Hier kann das Bundeskartellamt an die Konzepte der Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel anknüpfen. Da sich die Marktbedingungen seit der Durchführung der Sektoruntersuchung stark verändert haben, ist es jedoch erforderlich, die Analysemethoden grundlegend zu überarbeiten und weiterzuentwickeln. Auch gilt es zu analysieren, welche Rolle das Konzept der Zurückhaltung von Kapazitäten angesichts des veränderten Marktumfelds mit einem immer größer werdenden Anteil Erneuerbarer Energien in Zukunft spielt und inwieweit es noch unter den veränderten Rahmenbedingungen begründet ist.

Abgestuftes Vorgehen in der Umsetzung

Es ist daher sachgerecht, sich in einer ersten Phase auf die Marktmachtanalyse zu fokussieren und erst darauf aufbauend in einer zweiten Phase bei einem positiven Marktbeherrschungsbefund die sehr aufwendigen Konzepte zur Aufdeckung von Kapazitätszurückhaltung mit Bezug auf die bestehenden Marktverhältnisse zu entwickeln. Durch dieses zweistufige Vorgehen würde auch der Bedarf an erforderlichen Daten zunächst, d.h. während der ersten Phase der Marktmachtanalyse, deutlich geringer ausfallen. Erst wenn in einer ersten Phase das Vorliegen von Marktmacht festgestellt wird, würde in einer zweiten Phase mit der Prüfung von Missbrauchsszenarien begonnen und die hierzu erforderlichen weiteren Daten erhoben werden. Dieses gestufte Verfahren hätte auch den Vorteil, dass zu diesem – zwangsläufig späteren – Zeitpunkt die Datenerhebung durch ACER bereits deutlich fortgeschritten sein dürfte und etwaige weitere Datenbedarfe der Markttransparenzstelle besser in das Gefüge der Datenerhebungen durch ACER eingepasst werden können. Auch ließen sich zu diesem Zeitpunkt die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht sowie die Marktüberwachung gemäß REMIT durch ACER und die Bundesnetzagentur besser aufeinander abstimmen und Dopplungen in der Marktaufsicht vermeiden.

Änderung der Organisationsstruktur

Inzwischen ist erkennbar, dass sich angesichts des starken Anstiegs der Erneuerbaren Energien und der Verdrängung der konventionellen Energieerzeugung der Schwerpunkt von Fragen der missbräuchlichen Kapazitätszurückhaltung materiell auf

Fragen der wettbewerblichen Organisation des Energiemarktes und der Sicherstellung der Energieversorgung verschiebt. Die Energiewende dominiert das Geschehen auf den Energiemärkten und wird die Marktteilnehmer und die Behörden auch noch langfristig beschäftigen. Hier können die von der Markttransparenzstelle erhobenen Daten wertvolle Erkenntnisse liefern.

Da die Fragestellungen der Energiewende vor allem die Netzstabilität und die Versorgungssicherheit betreffen, ist eine Verschiebung der Schwerpunkte bei der Aufgabenverteilung in der Markttransparenzstelle für Strom und Gas in Betracht zu ziehen. Es erscheint sachgerecht, die Markttransparenzstelle für die Überwachung des Energiegroßhandels bei der Bundesnetzagentur anzusiedeln und sie gemeinsam mit dem Bundeskartellamt zu betreiben.

Die Ansiedlung der Markttransparenzstelle für den Energiegroßhandel bei der Bundesnetzagentur hätte zudem den Vorteil, dass durch die enge Verzahnung der Bundesnetzagentur mit dem REMIT-Umsetzungsprozess und ACER auf europäischer Ebene eine enge Abstimmung der Datenerhebungen der Markttransparenzstelle mit ACER noch effektiver gewährleistet werden kann. So können Doppelmeldungen von Daten auf nationaler Ebene einerseits und auf europäischer Ebene andererseits vermieden werden. Datendefinitionen und -formate sollten möglichst konsistent sein, um den bürokratischen Aufwand auf Seiten der Meldepflichten zu begrenzen. Schließlich ist gerade die Vermeidung von Doppelerhebungen ein Kernanliegen der Markttransparenzstelle.

Die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe sollte weiterhin beim Bundeskartellamt angesiedelt werden, da die Kompetenzen der Bundesnetzagentur nicht berührt sind.

Keine Datenweitergabe an Dritte

Das Bundeskartellamt spricht sich gegen die in § 47c Abs. 4 GWB-RegE vorgesehene Möglichkeit aus, wonach die Markttransparenzstelle von ihr erhobene Daten zum Zweck der wissenschaftlichen Analyse unmittelbar an Bundesministerien bzw. mittelbar an Dritte weitergeben „darf“. Selbst wenn die Daten in anonymisierter Form und nur dann weitergegeben werden dürfen, sofern kein Rückschluss auf die Daten einzelner Unternehmen möglich ist, hat das Bundeskartellamt erhebliche rechtliche und

tatsächliche Bedenken gegen eine Datenweitergabe an Dritte. Diese Bedenken lassen sich auch dadurch nicht ausräumen, dass Dritte ihre Fachkunde gegenüber den Bundesministerien nachweisen und die vertrauliche Behandlung der Daten zusichern müssen. Die Markttransparenzstelle, bei der Daten zusammengeführt werden, die einerseits von ihr selbst und andererseits, zur Vermeidung von Doppelerhebungen, von ACER im Rahmen der REMIT-Verordnung erhoben werden, kann auf diese Weise die Datensicherheit bei einer Weitergabe an Dritte nicht gewährleisten. Für die Meldepflichtigen ist die Datensicherheit jedoch ein zentraler Prüfstein für die Akzeptanz der Erhebungen. Es ist damit zu rechnen, dass die Meldepflichtigen bei bestehenden Sorgen hinsichtlich der Gewährleistung der Datensicherheit die Datenerhebung gerichtlich – mit Aussicht auf Erfolg - überprüfen lassen und so der Erfolg des Projekts von vornherein in Frage gestellt würde.

Stellenbedarf

Um die Marktaufsicht entsprechend des vorliegenden Gesetzentwurfs effektiv wahrnehmen zu können, benötigt das Bundeskartellamt zusätzliche Stellen im Energiebereich. Es ist ausgeschlossen, dass das Bundeskartellamt mit dem bereits im Energiebereich tätigen Personal die Aufgaben der Markttransparenzstelle wahrnimmt.