

4. Die Aufsichtsinstrumente des Staates

Das Amt begrüßt die Einführung der Markttransparenzstelle (MTS) und die Ansiedlung bei ihm. Daneben soll aber jetzt die von der Kommission mit REMIT propagierte Regulierung des Stromgroßhandels treten, die nach Ansicht des Amtes MTS-verträglich gestaltet werden müsse. Schließlich ist auch noch die Marktintegration der Erneuerbaren Stromerzeugung zu berücksichtigen, mit der sich das Amt ebenfalls befasst. Es propagiert „eine stärkere Marktintegration der EEG-Erzeugung“ (294). Nötig sei ein „Anreizsystem“, etwa indem „die EEG-Erzeuger ihren Strom selbst am Markt vermarkten und zusätzlich einen Bonus erhalten (Marktprämienmodell)“ (294). Das Modell müsse „ausreichend Anreize zum Ausstieg aus der garantierten Förderung“ geben. Zugleich müsse sie „kostenneutral ausgestaltet sein, damit die EEG-Umlage und damit der Strompreis ... nicht weiter erhöht werden“ (295).

Die Etablierung des Marktprämienmodells als EEG-affine Maßnahme dürfte in der Zuständigkeit des Bundesumweltministeriums liegen. Die Frage ist, wer das Instrument handhaben soll. Das EEG nimmt, was Informations- und Überwachungsaufgaben angeht, die Bundesnetzagentur in die Pflicht. Nach § 51 EEG müssen der Bundesnetzagentur Daten mitgeteilt werden, die – insbesondere – die „tatsächlich geleisteten Vergütungszahlungen“ beinhalten (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 EEG). Die Bundesnetzagentur muss ferner nach § 61 Abs. 1 EEG überwachen, dass den EVUs nur die nach § 35 gezahlten Vergütungen abzüglich der vermiedenen Netzentgelte berechnet werden etc. Nach § 61 Abs. 1 S. 2 unterstützt die Bundesnetzagentur das BMU bei der Evaluierung des Gesetzes und der Erstellung des Erfahrungsberichts.

Da nach REMIT voraussichtlich die Bundesnetzagentur die zuständige Überwachungsbehörde wird und sie nach dem EEG sachgerechterweise für die Bemessung der Marktprämien zuständig werden sollte, stellt sich die Frage, ob die MTS als weitere Behörde überhaupt eingerichtet werden soll. Das ist zweifelhaft:

- Die MTS benötigte „die Kenntnis einer Fülle von Kraftwerkseinsatzdaten für jeden der 340 Kraftwerksblöcke für jede einzelne Viertelstunde eines Jahres sowie die Möglichkeit einer effektiven Überprüfung der häufig variierenden und sich jeweils aus einer Vielzahl einzelner Kostenpositionen zusammensetzenden Grenzkostenangaben der Unternehmen“ (284), eine vom Typus her energie-wirtschaftliche Überwachungsaufgabe,
- mehrere zuständige Behörden erzeugen Abstimmungsprobleme, wie bei der Aufsicht über die Energiebörse durch das sächsische Wirtschaftsministerium und BaFin erkennbar,

reizes für Marktzutritte Dritter nicht mehr zu rechtfertigenden Preisstellungen der etablierten Versorger“ reduziere³².

Das ist auch die Linie der Kommentierung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, die der vormalige Vorsitzende der 8. Beschlussabteilung Schultz verfasst hat³³, die sich kritisch mit der Netzentgeltentscheidung gegen die TEAG³⁴ befasst hat, die im Rahmen des Gewinnbegrenzungskonzepts zu einer Kontrolle der Kalkulation der Netzentgelte gegriffen hatte. Diese Entscheidung war vom OLG Düsseldorf aufgehoben worden³⁵. Das Amt trauete sich nicht in die Revision, bekam aber später vom Kartellisenat des BGH die Billigung für ein neues, viel weniger abgesichertes Verfahren als das Vergleichsmarkt- oder das Gewinnbegrenzungskonzept³⁶.

Schultz kommentiert die TEAG-Entscheidung des Amtes resignativ wie folgt: *„Die Entscheidung macht das ganze Dilemma deutlich, in dem sich die KartB seit der Liberalisierung der Strommärkte im Jahr 1998 unter Anwendung des Prinzips des verhandelten Netzzugangs ... befanden. Der Gesetzgeber erwartete von ihnen quasi-regulatorische Tätigkeiten, ohne sie mit einem entsprechenden Instrumentarium ausgestattet zu haben.“* In diesem Zusammenhang wendet er sich gegen Engelsing, seinerzeit Leiter der Prozessabteilung des Amtes, der das zeitliche Vergleichsmarkt- und das Gewinnbegrenzungskonzept propagiert hatte³⁷. Ein Trauerspiel!

Schultz ist zugute zu halten, dass es zur Zeit seiner Kommentierung den § 29 GWB noch nicht gab. Jetzt ist er – mit dem Gewinnbegrenzungskonzept – geltendes Recht, das „Instrumentarium“ ist da! Besser kann doch eine Fakten- und Rechtslage gar nicht sein, um endlich § 29 Abs. 1 Nr. 2 GWB vollständig anzuwenden. Bei der Anwendung des Vergleichsmarktprinzips auf den Gasmarkt hat das Amt doch auch Entschlossenheit gezeigt. Wieso waltet auf dem Strommarkt diese unbegreifliche Nachsicht?

Auch wenn das Amt möglicherweise überfordert sein sollte, wenn es in der denkbaren Vielzahl von Fällen Missbrauchsverfügungen erlassen müsste, könnte es doch bei der privaten Verfolgung des Kartellrechts Hilfestellung leisten und so die konstruktiven Mängel des § 29 GWB abzumindern helfen.

³² S. 12

³³ In: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006

³⁴ BKartA, B. v. 14.02.2003 „TEAG“, WuW/E DE-V 722, 279

³⁵ OLG Düsseldorf, B. v. 11.02.2004 „TEAG“, WuW/E DE-R 1239, 1243

³⁶ BGH, U. v. 28.06.2005 (Stadtwerke Mainz), RdE 2005, 228, mit Anmerkung von Markert

³⁷ Engelsing, ZNER 2003, 111 ff.

Schließlich befürchtet das Amt die Schaffung von „Doppelzuständigkeiten von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, soweit missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen betroffen ist“. Somit würde es zu einer Doppelkontrolle von Energieregulierungs- und Wettbewerbsbehörden kommen können. Das lehnt das Amt ab. Zuständig solle allein die Markttransparenzstelle werden. REMIT bedürfe daher zu den erwähnten Punkten „noch einer Nachjustierung“ (288).

d. Keine überzeugende Begründung für die Zurückhaltung

Das Amt lehnt eine Regulierung der Großhandelsmärkte ab, weil sie „wettbewerblich organisiert“ seien. Befürwortet werden nur „allgemein ... Verbesserungsmöglichkeiten hinsichtlich der Struktur der in Rede stehenden Märkte“ (284). Aber was ist die „wettbewerbliche Organisation“ der Großhandelsmärkte? Die wichtigste Exponentin dieser „wettbewerblichen Organisation“ ist die Börse. Aber: Sie funktioniert nur „bei hinreichend wettbewerblichem Verhalten der Marktteilnehmer“³⁰. Für die marktmächtigen Unternehmen sei „die strategische Zurückhaltung von Erzeugungskapazitäten geradezu eine gebotene Strategie“. Ja, sie ist nicht nur eine gebotene Strategie, sondern sie wurde – was hinreichend feststeht – auch angewandt.

Außerdem war der Spotmarkt zur Untersuchungszeit 2007 und 2008 nicht behördlich überwacht; das Manipulationsverbot ist erst 2009 eingeführt worden. Auch nach der Flucht des EEX-Spotmarktes, der sich wohl der Aufsicht entziehen wollte, an die EPEX in Paris blieb es bei den Überwachungsmängeln. Dazu kommt, dass der OTC-Markt nicht wahrnehmbar überwacht wird. Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass das Amt jemals versucht haben könnte, Transparenz auf dem OTC-Markt herzustellen. Fazit: Die Begründung des Amtes setzt auf die Umsetzung der Empfehlungen und damit auf die Zukunft.

3. Rechtliche Konsequenzen

Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des § 29 GWB – in Kraft seit November 2007 – auf diese Fakten (hellsichtig) reagiert und dem Amt substantiierte Tatbestände und Eingriffsermächtigungen geliefert. Nur: Das Amt bedient sich ihrer allenfalls verhalten. Das wird sogar in einer Monographie³¹ gerechtfertigt, die die Amtslinie wiedergeben dürfte. In ihr heißt es, dass sich der ordnungspolitische Gehalt des § 29 auf den „Schutz der Nachfrage vor überschießenden, auch unter dem Gesichtspunkt des An-

³⁰

Monopolkommission, Sondergutachten Strom und Gas 2009, Rz 180

³¹

Becker/Blau, Die Preismissbrauchsnovelle in der Praxis 2010 (Becker ist Vorsitzender der 8. Beschlussabteilung beim Amt, Blau ist Referentin)

dann den jeweiligen Behörden, z. B. der BaFin – die nach dem WpHG die zuständige Überwachungsbehörde ist, aber gerade für den maßgeblichen Spotmarkt keine ausreichenden Überwachungsinstrumente besitzt – zur Verfügung stehen.

b. Selbstverständnis der Markttransparenzstelle

Mit dieser Stelle will das Amt „das Vertrauen der Verbraucher in die Funktionsfähigkeit der Energiemärkte wiederherstellen bzw. stärken“ (286). Jedoch sei die Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsebene – anders als die Netzebene – *„wettbewerblich organisiert. Die Ansiedlung der Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt ist daher ein wichtiges Signal, dass die Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsebene auch in Zukunft wettbewerblich organisiert bleibt und nicht reguliert werden soll.“*

c. Geplante REMIT-Verordnung der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission will mit REMIT die Grundlage für eine EU-weite Marktüberwachung schaffen, um Fälle von Insider-Handel und handelsspezifischen Marktmanipulationen aufzudecken und zu ahnden. Zuständig werden solle die Europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER). Das Amt begrüßt das dem REMIT-Entwurf zugrundeliegende Anliegen zur Sicherung von Integrität und Transparenz im Energiehandel. Allerdings betreffe der Entwurf auch *„Regelungen, die auch die Energieerzeugung betreffen. Ohne dass dem Entwurf die intendierte Regulierung des Stromgroßhandels unterstellt werden kann, eröffnen jedenfalls einige im Entwurf vorgesehene weitgehende Ermächtigungsnormen die Möglichkeit einer Regulierung der wettbewerblich organisierten Märkte, die sich nachhaltig negativ auf die künftige Entwicklung der Marktstruktur im Erzeugungsbereich auswirken würde.“* Definiert sei dort ausdrücklich der Tatbestand der Kapazitätszurückhaltung. Dies eröffne den Behörden *„die Möglichkeit, die Preissetzung und die Kosten der Erzeugungsunternehmen einer detaillierten Prüfung zu unterziehen und preisrelevante Parameter zu definieren. Betroffen wären alle Erzeuger, unabhängig von ihrer Marktmacht, d. h. insbesondere auch neu auf den Markt getretene kleinere Anbieter. Dies birgt das Risiko administrativ veranlasster Fehlsteuerungen, die sich letztlich auch auf die Investitionsbereitschaft kleinerer Anbieter ... und damit auch ungünstig auf die Entwicklung der Marktstruktur auswirken kann.“* Daher müsse der REMIT-Entwurf *„auf sein eigentliches Ziel zurückgeführt werden, Manipulationen zu erfassen, die sich aus dem Handelsgeschäft selbst ergeben. Nicht dagegen dürfe er Maßgaben ermöglichen, die die strukturelle Entwicklung des Erzeugungsbereiches zu behindern geeignet sind“* (287).

- Die Monopolkommission gelangt im Sondergutachten Strom und Gas 2009²⁸ „zu der Einschätzung, dass sowohl Anreize als auch Möglichkeiten zur missbräuchlichen Ausnutzung von Erzeugermacht auf dem Stromgroßhandel gegeben sind. Aus der Perspektive eines Gewinn maximierenden Erzeugers ist die strategische Zurückhaltung von Erzeugungskapazitäten geradezu eine gebotene Strategie. Daher stellt sich die Frage, warum die marktmächtigen Verbundunternehmen diese Situation nicht mindestens in Spitzenlastzeiten zu ihren Gunsten umsetzen sollen.“
- Die Sektoruntersuchung schließt sich an: „Nach wie vor haben nach Auffassung der Beschlussabteilung einige Erzeugungsunternehmen aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung sowie ihrer diversifizierten Kraftwerksportfolien sowohl einen Anreiz als auch die Fähigkeit, den Preis für Strom in Deutschland maßgeblich, etwa durch Zurückhaltung von Erzeugungskapazitäten, zu beeinflussen“; nur – leider, leider: Konkrete Belege wurden nicht gefunden, wegen des „Abschreckungseffektes“.

Es kann keinen vernünftigen Zweifel daran geben, dass das Preisniveau des Spotmarktes an der EEX in den Jahren 2003 bis 2005 manipulativ nach oben geschoben wurde. Ohne behördliches Eingreifen bliebe es unangetastet. Diese Fragestellung richtet sich in die Vergangenheit.

2. Die Handlungsempfehlungen der Untersuchung

Die Empfehlungen beziehen sich auf zwei Ebenen:

- Die der erforderlichen Daten
- und die zum Umgang mit REMIT, der Regulation on Energy Market Integrity and Transparency²⁹.

a. Die Daten

Für die Markttransparenzstelle strebt das Amt eine Marktüberwachung „in Echtzeit“ an. Es müsse ex ante festgelegt werden, welche Daten zu welchen Zeitpunkten zu übermitteln sind. Sinnvoll erscheine insoweit eine tägliche Abfrage mittels elektronischer Übertragungswege.

Unter dem Gesichtspunkt der Entbürokratisierung sei es sinnvoll, mit Hilfe der Markttransparenzstelle überlappende Datenanforderungen unterschiedlicher Behörden zu vermeiden. Sie solle daher als zentrale Sammelstelle für diejenigen Daten fungieren, die für die Überwachung des Stromgroßhandels relevant seien. Diese Daten könnten

²⁸ Rz 180

²⁹ Vorschlag für eine entsprechende Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.12.2010, KOM (2010), 726 NG

III. Konsequenzen für Vergangenheit und Zukunft

1. Die Faktenlage nach langjährigen kartellbehördlichen Untersuchungen

Die Fakten sprechen für sich:

- Zwischen 1999 und 2002 gibt es erbitterten Preiswettbewerb auf dem Strommarkt: Die Preise für die reine Energie reduzieren sich auf ein Drittel.
- Von 2002 bis 2006 verdreifachen sich die Preise wieder.
- Die Kommission untersucht auf der Basis des Gutachtens von London Economics das missbräuchliche Verhalten der Kapazitätszurückhaltung und findet dafür offensichtlich zahlreiche Indizien.
- Insbesondere wird das SPP-Eigenhandelsbuch von E.ON gefunden, mit dem E.ON selbst unmissverständlich beschreibt, wie die Preise an der Börse manipuliert werden können und wie sie manipuliert worden sind.
- Die Sensibilität des börslichen Spotmarktes für solche Eingriffe ist dadurch extrem gesteigert worden, dass die Konzerne entschieden haben, 80 % ihres Handels OTC abzuwickeln, so dass über die Börse nur ein geringer Marktanteil gehandelt werden kann, der äußerst empfindlich auf die verschiedenen Formen der Manipulation reagiert (Kapazitätszurückhaltung, strategisches Kaufen und Verkaufen in für die Konzerne transparenten Situationen, Insider-Handel).
- Aber: Die staatlichen Aufsichtsbehörden können dieses Verhalten nicht erkennen, weil der Spotmarkt der EEX behördlich mangels Meldepflichten nicht transparent ist und weil das rechtliche Instrumentarium für die Integrität des Börsenhandels fehlt: Verbote des Insider-Handels und der Marktmanipulation (Strafbarkeit), bezüglich der EEX teilweise erst 2009 korrigiert²⁶, der an die EPeX verlagerte Spotmarkt wird ebenfalls bis heute nicht direkt überwacht²⁷.
- Trotzdem stellten die Kommission das Verfahren gegen E.ON wegen Kapazitätszurückhaltung
- und das Amt das Verfahren gegen RWE wegen missbräuchlicher CO²-Einpreisung ein; allerdings beide gegen Auflagen.
- Aber im Abschlussbericht der Kommission heißt es, dass RWE, E.ON und Vattenfall „eine gemeinsame Preiserhöhungsstrategie vereinbart haben“ könnten, sie könne „aufgrund der bestehenden strukturellen Verbindungen in der Stromerzeugung aufgrund der großen Transparenz umgesetzt werden ...“.

²⁶ Vgl. dazu Verf., Rechtsfolgen regulatorischer Mängel des Stromhandels, WuW 2010, 398
²⁷ Canty/Lüdemann, FAZ v. 19.11.2010

der vier Konzerne). Dieses Faktum spricht ganz stark für missbräuchliche Nichteinsätze – allein: ausreichende Nachweise konnte die BA mangels Ressourcen nicht finden.

Dennoch ist die Beschlussabteilung von ausschließlich unilateralem Verhalten der Stromerzeuger ausgegangen. Es wurde also unterstellt, dass ein Unternehmen allein durch autonomes Verhalten den Marktpreis beeinflussen könnte. Hinweise auf koordiniertes Verhalten ergaben sich nicht. Bei den Kraftwerksarten hatten die Braunkohlekraftwerke den wesentlichen Anteil an der ermittelten nicht eingesetzten Leistung. An dieser Stelle fragt sich der Leser, warum die Angaben anonymisiert sind.

Im Ergebnis fand die Abteilung zwar Hinweise auf Kapazitätszurückhaltung, aber nicht in dem Umfang, der für die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gereicht hätte. Das wird mit einem Abschreckungseffekt erklärt. *„Diese Vermutung wird auch durch die Tatsache gestützt, dass die Europäische Kommission in ihrem Verfahren gegen E.ON insbesondere in den ersten und mittleren Jahren des dortigen Untersuchungszeitraums Kapazitätszurückhaltungen nachweisen konnte, während derartige Hinweise zum Ende hin kaum noch gefunden werden“* (158): Auffällig die direkte Rede. Insgesamt vermutet die Untersuchung, dass sich die Unternehmen bei der Zurückhaltung komplexer Strategien bedient haben. Insbesondere die größeren Erzeuger hätten über ein hohes Maß an Expertise bezüglich der Preisbildung auf den Strommärkten verfügt (158). Aber: *„Die Identifizierung solcher Angebots- bzw. Zurückhaltungsstrategien erfordert ... extrem komplexe Analysen, die mit den Mitteln der Beschlussabteilung in der verfügbaren Zeit nicht durchführbar waren“* (160).

Das Amt stößt also immer wieder an die Grenzen seiner Datenerhebung und der Ressourcen. Deswegen fordert es *„die Einrichtung einer personell und sachlich gut ausgestatteten speziellen Markttransparenzstelle. ... In Zukunft [sei] eine fortlaufende wettbewerbliche Kontrolle auf dem Erstabsatzmarkt für Strom notwendig“* (160).

Im Ergebnis hat sich das Amt mit der Untersuchung einen wesentlichen Erkenntnisgewinn verschafft, nämlich

- bezüglich der marktbeherrschenden Stellung der vier Konzerne,
- bezüglich der Fahrweise der Kraftwerke,
- bezüglich deren Grenz- und Fixkosten und
- bezüglich des Andienungsverhaltens an der Börse.

Damit hat es für die Zukunft eine wesentlich bessere Transparenz geschaffen, um im Zukunft mit dem erforderlichen Eingriffsinstrumentarium und – vor allem – mit den erforderlichen Ressourcen Missbrauch zu verhindern. So weit, so gut. Aber welche Empfehlungen gibt das Amt?

ter Zuhilfenahme eines Sachverständigen geleistet wurde. Im- und Exporte konnten dabei allerdings nicht berücksichtigt werden, weil dem Bundeskartellamt weder bekannt war, zu welchen Grenzkosten welche Mengen importiert, noch welche Mengen zu welchen Grenzkosten exportiert wurden. Jedoch wurde bei den Exporten unterstellt, dass diese die teuersten einspeisenden Kraftwerksblöcke betreffen, bei denen es sich weitgehend um Einspeisungen oberhalb des day ahead-Preises der EEX-Spotmarkt-Preises handelt (133).

Die Untersuchung führte zu der Erkenntnis, dass ein Zusammenhang zwischen den an der Börse abgegebenen Geboten und dem Angebot eines einzelnen Kraftwerks in einem Kraftwerksportfolio nicht ohne weiteres herstellbar ist. Deswegen konnte das Angebotsverhalten der Erzeugungsunternehmen nicht unmittelbar überprüft werden. Die Beschlussabteilung hat daher näherungsweise aus der tatsächlichen Erzeugung der einzelnen Blöcke am Erfüllungstag auf das Gebotsverhalten day-ahead geschlossen (134, vgl. auch 59 ff., wo die Gründe für den fehlenden Zusammenhang erläutert werden).

Besonders bedeutsam war der Kraftwerksnichteinsatz, für den das Amt in Zusammenarbeit mit einem externen Sachverständigen einen Algorithmus²⁵ entwickelt hat. Mit ihm wurden die Grenzkosten eines Kraftwerks und der maßgebliche Börsenpreis zu einem bestimmten Zeitpunkt verglichen. Die durch die Veränderung der Fahrweise des Kraftwerks resultierenden Veränderungen des Börsenpreises als Resultat der Verschiebung der merit order konnte der Algorithmus allerdings nicht berücksichtigen (136). Nicht untersucht wurden wärmegeführte Heizkraftwerke und Pumpspeicherkraftwerke, weil deren Einsatz nicht von börslichen Anforderungen gesteuert wird.

Bei der Analyse der nicht eingesetzten Leistung stellt das Amt in großem Umfang Ungereimtheiten fest. Der wesentliche Teil der nicht eingesetzten Leistung betraf konventionelle thermische Kraftwerke, insbesondere Braun- und Steinkohlekraftwerke. Alle anderen Kraftwerksarten waren nicht oder nur in untergeordnetem Umfang beteiligt (149). Ein Unternehmen konnte die Verwendung freier Leistung, die dem Markt hätte zugeführt werden können, nicht erklären. Ein Unternehmen wies eine deutlich geringere nicht eingesetzte Leistung als die anderen drei auf. Insgesamt seien 2007 vierundzwanzig Prozent und 2008 fünfundzwanzig Prozent der Kraftwerke aufgrund technischer Restriktionen nicht verfügbar gewesen. Die „fringe“-Anbieter – also die nicht den Konzernen zugehörigen – wiesen deutlich geringere Restriktionen auf: In 2007 nur zwanzig Prozent, in 2008 nur siebzehn Prozent (gegenüber sechsundzwanzig Prozent

²⁵ Für den Algorithmus werden vier Vektoren benötigt, nämlich der Reallaufvektor für das Kraftwerk, ferner der Deckungsbeitragsvektor, der Einspeisevektor und der Freie-Leistungs-Vektor.

Markt anbietet, dass sie bei der Zusammenführung von Angebot und Nachfrage nicht zum Zug kommen (117); gewissermaßen Spielmaterial.

Dafür gibt es auch ein Beispiel: Neben dem Verfahren gegen E.ON, das die Kommission ohne verbindliche Feststellung eines Verstoßes eingestellt hat, gab es auch ein Verfahren gegen ELSAM, in dem die dänische Kartellbehörde mit Entscheidung vom 20.06.2007 den Missbrauch in einem Fall finanzieller Kapazitätszurückhaltung festgestellt hat (122). Die Analyse der dänischen Kartellbehörden hat bezeugt, dass die von ELSAM verlangten Preise in einer hohen Anzahl von Stunden erheblich über den totalen Kosten (Fix- und variable Kosten) einschließlich eines geschätzten mark-ups gelegen hätte. Die Behörde wertete den Fall als eine Form des Preishöhenmissbrauchs. Ähnliche Untersuchungen gab es auch durch die italienischen und britischen Kartellbehörden. Die Behörden haben sich im Juni 2010 in Brüssel einmal über ihr Vorgehen und die rechtliche Bewertung bei Verdacht von Kapazitätszurückhaltung ausgetauscht. Das zeigt, dass diese Form der Manipulation eines Börsenpreises wahrscheinlich ein europaweites Phänomen ist.

Die Untersuchung ging so vor, dass Daten zur Erzeugung und zum Kraftwerkseinsatz erhoben wurden. Es wurde nach dem technischen Einsatz von Kraftwerksblöcken gefragt, und zwar nach der Nettoleistung, der nicht verfügbaren Leistung von Netz- bzw. technischen Restriktionen und nach der Netto-Netzeinspeisung. Dazu traten weitere Parameter (124 f.). Mit Hilfe dieser Daten konnte der Einsatz jedes Kraftwerks zu jedem einzelnen Zeitpunkt des Untersuchungszeitraumes nachvollzogen werden, also der 340 Blöcke, von denen 250 den Konzernen gehören.

Weiterer Kernuntersuchungspunkt war die Erhebung der spezifischen Grenzkosten; dabei besonders bedeutsam, ob die spezifischen Grenzkosten kleiner sind als der erzielbare Marktpreis. Gefragt wurde nach den kurzfristigen Grenzkosten, insbesondere den variablen Kosten, aber auch nach den Fixkosten, die ggf. durch die Unternehmen verlangte mark-ups über die reinen Grenzkosten, die der Höhe nach zu plausibilisieren waren (128). Solche Kostendaten seien grundsätzlich erforderlich, um zu ermitteln, ob marktbeherrschende Anbieter Entgelte verlangen, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten (128). Damit wurde allerdings der Tatbestand des Grenzkostenkonzepts angestreut, den die Behörde nach ihrem Untersuchungskonzept nicht umsetzen wollte. Festzuhalten bleibt, dass dem Amt jedenfalls die Vollkosten der Jahre 2007 und 2008 zur Verfügung stehen. Aus diesen Grenzkosten ergibt sich der day ahead-Angebotspreis für die Börse.

Diese Daten sind – neben den Ergebnissen zur Marktbeherrschung – die zweite große Erkenntnisleistung des Amtes, für die eine eigene Datenbank und Datenvalidierung un-

sichtigung der Entwicklungen nach 2009 (112) kommt das Amt zu dem Ergebnis, dass individuelle Marktbeherrschung nach 2008 vorliege. Insbesondere EnBW habe durch Zukäufe Kapazitätsanteile hinzugewonnen und könne auch auf die Erzeugungskapazitäten von EDF zurückgreifen (112). Schließlich sei zu berücksichtigen, dass allein die vier großen Erzeugungsunternehmen über Kapazitäten entlang der gesamten Merit Order verfügen, was die Möglichkeit, die Preisbildung etwa durch Zurückhaltung von Kapazitäten im eigenen Interesse zu beeinflussen, wesentlich begünstigt.

Was die Marktstellung von E.ON angeht, ruft das Amt die Feststellung der Europäischen Kommission in Erinnerung, nach der es E.ON insbesondere 2003 und 2004 möglich war, eine erfolgreiche Strategie der gezielten Kapazitätszurückhaltung zu verfolgen, auch ohne auf mögliche Reaktionen der Wettbewerber Rücksicht zu nehmen oder mit diesen abstimmen zu müssen (113).

4. Untersuchung wettbewerblicher Verhaltensweisen, insbesondere Kapazitätszurückhaltung

Schwerpunkt der Analyse ist die Suche nach Beweisen für Kapazitätszurückhaltung, die *eine Form* des Missbrauchs nach Art. 102 AEUV, §§ 19 Abs. 4 Nr. 2, 29 GWB ist, also die manipulative Steuerung des Börsenkurses durch gezielte Vorenthaltung billiger bzw. bewusste Andienung teurer erzeugter Strommengen: eine „smoking gun“. Genau das war auch der Schwerpunkt der Kommissionsuntersuchung. Möglicherweise fehlten der Kommission letzte entscheidende Beweisstücke – was das Amt wissen müsste, weil es diese Akten kennt, zu denen wohl auch der Entwurf des Bußgeldbescheides der Kommission zählt. Es war deswegen sachgerecht, wenn das Amt hier einen Schwerpunkt noch nötiger Aufklärung sah. Allerdings stand das Amt vor zwei Problemen:

- Es konnte bezüglich der Kapazitätszurückhaltung nicht erneut der Zeitraum 2002 bis 2006 untersuchen, sondern nur danach liegende Zeiträume,
- das Kommissionsverfahren hat wahrscheinlich einen Abschreckungseffekt erzeugt (158); mit der Folge des Fehlens flagranter Verhaltensweisen.

Die Studie definiert zunächst die physische Kapazitätszurückhaltung: Ein marktbeherrschender Anbieter hält Kapazität, die er über ihren kurzfristigen Grenzkosten verkaufen könnte, in der Erwartung zurück, durch die Verknappung der Angebotsmenge eine Verschiebung der Merit Order und damit einen höheren EEX-Spotmarkt-Preis zu bewirken, um so Zusatzgewinne durch höhere Deckungsbeiträge für sein übriges Kraftwerksportfolio zu erzielen (115).

Daneben gibt es die finanzielle Kapazitätszurückhaltung, bei der ein Erzeuger Kapazitäten, die nach ihren Grenzkosten „im Geld“ sind, mit einem Aufschlag dergestalt am

wird auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts I. Instanz im Urteil „Airtours/Kommission“²³ verwiesen. Danach setzt ein Oligopol voraus, dass

- der Markt so transparent ist, dass jeder Oligopolist mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Oligopolisten auf dem Markt in Erfahrung bringen kann,
- genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen und
- die voraussichtliche Reaktion der aktuellen und potentiellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt.

Diese Bedingungen werden vom Amt für den deutschen Strommarkt bejaht. Darüber hinaus prüft das Amt aber, ob die vier Konzerne nicht auch *individuell* Marktbeherrscher seien. Auch diese Frage wird vom Amt bejaht, und zwar anhand einer Prüfung der Frage, ob unter bestimmten besonderen Umständen Wettbewerber nicht in der Lage seien, das Verhalten des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens wirksam einzuschränken. Dabei greift das Amt auf die Mitteilung der Europäischen Kommission zur Erläuterung ihrer Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EG (Rz 14) zurück. Solche besonderen Umstände liegen vor, wenn die Einspeisungen aller vier Konzerne für den Stromabsatz maßgeblich sind. Zu einer solchen Feststellung kann es nur kommen, weil Strom nicht speicherbar ist und deswegen ständig produziert werden muss. Diese Frage wird anhand einer Analyse der Produktionsverhältnisse, nach der die vier Konzerne achtzig Prozent des Angebots stellen, bejaht.

Daneben greift das Amt auf zwei Verfahren der ökonomischen Wettbewerbsanalyse zurück, nämlich den *Privotal Supplier Index* (PSI) und den *Residual Supply Index* (RSI) (97). Beide Indizes messen, wie entscheidend ein Anbieter für die Befriedigung der Nachfrage ist. Dafür werden die Angebots- und Nachfragesituation im Markt untersucht. Die Berechnung des Indikators auf Stunden- oder sogar Viertelstundenbasis berücksichtigt Veränderungen der Verhältnisse. Die Erhebungen haben das Amt in die Lage versetzt, RSI und PSI zu berechnen. Auf dieser Grundlage kommt es zu dem Ergebnis, dass neben RWE und E.ON auch Vattenfall und für das Jahr 2007 auch EnBW individuell marktbeherrschend sind, weil sie in einer signifikanten Zahl der Stunden unverzichtbare Anbieter waren (105). Bezüglich EnBW wird damit die Feststellung noch in der Fusionskontrollentscheidung EnBW/EWE²⁴ relativiert, EnBW sei nicht marktbeherrschend. Sie liefert die Basis für die Umsetzung in der Fusionskontrolle. In der Berück-

²³ U. v. 06.06.2002, WuW/E EU-R 559 ff., 562 f.

²⁴ Beschluss vom 6. Juli 2009 - B 8 96/08 - EnBW/EWE

2. Der Gang der Untersuchung

Vor dem Einstieg in das Thema Marktbeherrschung untersucht das Amt zunächst die Erzeugung (37 ff.)²¹. Dazu werden die Erzeugungsverhältnisse von 340 Kraftwerksblöcken, davon 250 der Konzerne, mit einem differenzierten Fragebogen abgefragt. Daraus ergibt sich ein komplexes Einsatzbild, dem der Spotmarkt der Börse gegenübergestellt wird (48 ff.). In diesem Zusammenhang sind zwei Feststellungen wichtig: Der weitaus größte Teil des Handels, an dem auch Banken und Spekulanten teilnehmen, wird über das OTC-Geschäft abgewickelt (48). Trotz technischer Restriktionen des Kraftwerkseinsatzes, die hohe fünfundzwanzig Prozent ausmachen (44), wird viel Strom exportiert (55). Nur im Sommer überwiegt der Import. Fazit: Ein hoher Kapazitätsüberhang, der durch den Zubau von EEG-Anlagen ständig wächst.

Für die Preisbildung an der Börse sind der Kraftwerkseinsatz und die Grenzkosten des jeweiligen Kraftwerks maßgeblich (56). Die Anbieter der Konzerne stünden bei der Preisbildung vor „komplexen organisatorischen Aufgaben“ (62). Jedoch wiesen die Händler „ein hohes Maß an Expertise für die Preisbildung am Strommarkt“ auf; sie könnten „kurzfristige Entwicklungen ... relativ gut antizipieren“ (158).

Wegen dieser Ableitung der Grenzkosten für die Preisbildung sind der zweite Schwerpunkt die Grenzkosten. An dieser Stelle findet sich die wichtige Feststellung, dass nach Art. 102 EUV, § 29 GWB, marktbeherrschende Unternehmen nicht zu einem Preis oberhalb ihrer Grenzkosten anbieten dürfen (26, 195).

3. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

Für die sachliche Marktabgrenzung maßgeblich sind die Erstabsatzmengen der Anbieter. Damit wird die vom BGH bestätigte Marktabgrenzung aus dem Fusionskontrollverfahren E.ON/Eschwege übernommen, der die Marktuntersuchung 2002/03 des Amtes zugrunde lag²². Kernbestandteil dieser Untersuchung war die Feststellung, dass sich alle vier Konzerne, aber vor allem E.ON und RWE, weder Binnen- noch Außenwettbewerb machten und sich vielfältig absprachen – die Basis der Duopolthese.

In der Sektoruntersuchung wird diese Duopolthese aufgegeben, und zwar anhand der Oligopol-Rechtsprechung des EuGH und anhand ökonomischer Wettbewerbsanalysen.

Das Amt kommt zu dem Ergebnis, dass der deutsche Strommarkt *jedenfalls* durch *gemeinsame Marktbeherrschung* (§ 19 Abs. 2. S. 2 GWB) gekennzeichnet sei (88). Dabei

²¹ Die Seitenzahlen sind jeweils die der Untersuchung.

²² ZNER 2008, 345

schauen". Das spricht dafür, dass jedenfalls derzeit die Marktmechanismen greifen. Daraus ergeben sich Konsequenzen in zwei Blickrichtungen: § 29 GWB könnte eingesetzt werden für das Abschöpfen von Preiserhöhungen in der Vergangenheit. Für die Zukunft muss das Verhältnis zwischen den in der Diskussion befindlichen Instrumenten – Kartellaufsicht, Regulierung des Stromhandels, Marktintegration der Erneuerbaren – geregelt werden. Hier hilft die Sektoruntersuchung weiter, und zwar mit einer sehr sorgfältigen und erkenntnisreichen Untersuchung, die eine Basis liefert für die Bekämpfung missbräuchlicher Kapazitätszurückhaltung in der Zukunft. Aber es bleiben Fragen offen.

II. Die Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel 2007/08

1. Anlass der Untersuchung

Die Europäische Kommission hatte sich am 26.11.2008 entschieden, das Verfahren gegen E.ON mit der Annahme von Verpflichtungszusagen zu beenden. Schon zuvor hatte das Amt das CO²-Verfahren gegen die RWE AG in gleicher Weise beendet. Beide Entscheidungen konnten die Industrie, die wegen der Strompreise auf den Barrikaden war, nicht befriedigen. Daher musste das Amt handeln. Im März 2009 fiel die Entscheidung für die Sektoruntersuchung, die mit dem zu untersuchenden Zeitraum 2007/08 an das letzte von der Kommission untersuchte Jahr 2006 anschloss. Es drängte sich außerdem auf, gerade denjenigen Bereich zu untersuchen, der für die exzessiven Strompreissteigerungen in erster Linie verantwortlich gemacht wurde, die Preisbildung für den Spotmarkt an der Börse. Das Hauptbeeinflussungsinstrument war die Kapazitätszurückhaltung, wie die Kommission im einzelnen festgestellt hatte. Das Amt war über die Akten der Kommission informiert, wie der Schriftsatz im Fusionskontrollverfahren E.ON/Eschwege vom 30.11.2006¹⁹ zeigt. Aber der Kommission fehlten Daten über das „Management“ der Kapazitätszurückhaltung. Diese Lücke musste geschlossen werden; deswegen der Untersuchungsgegenstand „Stromerzeugung, Stromgroßhandel“. Zugleich konnte das Amt der Frage der Marktbeherrschung näher nachgehen, die mit der Duopolthese – E.ON und RWE als marktbeherrschende Unternehmen, gebilligt vom BGH im Fusionskontrollverfahren E.ON/Eschwege²⁰ - im Grunde unvollständig abgearbeitet war. Denn alle vier Stromkonzerne stellen achtzig Prozent des deutschen Stromabsatzes sicher und dominieren den börslichen Handel. Deswegen musste der Frage nachgegangen werden, ob nicht auch Vattenfall und EnBW marktbeherrschend waren bzw. sind.

¹⁹ ZNER 2009, 78; Verf., Aufstieg und Krise der deutschen Stromkonzerne, Anhang I, 285 ff.
²⁰ BGH, B. v. 11.11.2008, ZNER 2009, 357

Diese kartellrechtliche Preishöhenkontrolle wurde in der Praxis des Bundeskartellamts nur beim Vergleichsmarktpinzip des § 29 GWB und in der Vergangenheit nur gegenüber Gaspreisen und beim Heizstrom angewandt¹⁴; das noch dazu ohne bußgeldbewehrte Preissenkungsverfügungen, wie Markert moniert¹⁵. Das Gewinnbegrenzungskonzept des § 29 wurde bisher überhaupt nicht angewandt. Das Amt will allenfalls „überschießende, auch unter dem Gesichtspunkt des Anreizes für Marktzutritte Dritter nicht mehr zu rechtfertigende Preisstellungen der etablierten Versorger“ beanstanden¹⁶. Denn, so Präsident Heitzer unmittelbar nach Amtsantritt im April 2008: „Wir sind keine Preisregulierungsbehörde.“¹⁷

Diese Ergebnisse der kartellbehördlichen Untersuchungen waren also für die Stromkunden höchst unbefriedigend: Die Kommission beschränkte ihre Tätigkeit auf das Phänomen Kapazitätszurückhaltung, suchte also die „smoking gun“. Eine kartellrechtliche Preishöhenkontrolle fand nicht statt. Das Bundeskartellamt, das der Gesetzgeber mit dem neuen § 29 GWB ausdrücklich zum Tätigwerden aufgefordert und ihm im Vergleich zum früheren Recht tatbestandlich und verfahrensrechtlich besser ausgestattet hatte, hatte die Herausforderung nicht angenommen. Die Stromkunden hatten bisher das Nachsehen.

4. Aber: Markt und kartellbehördlicher Druck wirken

Die Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/09 hat zu einer nachlassenden Nachfrage nach Strom geführt. Außerdem sind neue Kraftwerke ans Netz gegangen. Schließlich verdrängen die zunehmenden EE-Mengen konventionell erzeugten Strom. LBD kommt in einer aktuellen Studie¹⁸ zu der Einschätzung, „die hohe Wettbewerbsintensität, verursacht durch wachsende Überkapazitäten in der Stromerzeugung, eine über Erdgas-, GuD- und Steinkohlekraftwerke hinweggehende sehr flache Merit-Order und verändertes Marktverhalten der Akteure, hat das Strompreisniveau auf das Niveau des Jahres 2005 zurückfallen lassen. Der Marktausblick 2011 und 2012 zeigt seitwärts. ... Im grenzkostenorientierten Wettbewerb [können] weder Erdgas-, GuD-Kraftwerke noch Steinkohlekraftwerke ihre betriebsgebundenen Kosten decken, geschweige denn Deckungsbeiträge auf Kapitalkosten erwirtschaften. ... Überkapazität bei Einspeisungen in das Übertragungsnetz erfordern 22.000 MW Stilllegungen.“

Dazu kommt der Abschreckungseffekt: Die Konzerne werden bei ihren Aktivitäten im börslichen Stromhandel bedenken, dass ihnen die Kartellbehörden „auf die Finger

¹⁴ Vgl. dazu Becker/Blau, Die Anwendung der Preismissbrauchsnovelle in der Praxis, 2010
¹⁵ Münchener Kommentar, Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, GWB, § 29, Rz 39
¹⁶ Becker/Blau, Die Anwendung der Preismissbrauchsnovelle in der Praxis, 2010, 12
¹⁷ Brand 1 4/2008
¹⁸ EXPLORER markttrends, Spezial 12.2010 Erzeugung

Monitum des VIK war, dass die Konzerne die Zertifikate kostenlos erhalten hätten, aber den Zertifikatspreis als „Opportunitätskosten“ (nicht realisierte, aber realisierbare Vermarktungschancen) auf die Strompreise aufschlugen. Das Amt stellte in seiner Untersuchung, die gegen die RWE AG gerichtet war, fest, dass RWE die zugeteilten Zertifikate restlos brauchte, sie also gar nicht hätte vermarkten können. Dasselbe habe für die Vattenfall AG gegolten. Dazu kam, dass der Preisaufschlag auch für Strom aus Kraftwerken galt, die – wie Wasser- und Atomkraftwerke – überhaupt nicht am Emissionshandel teilnehmen. Auch steuerlich waren die Zertifikate im Zeitpunkt ihrer Ausgabe mit null Euro zu bewerten¹². Aber: Die RWE zugestellte Abmahnung¹³ mündete nicht in einen Bußgeldbescheid ein. Vielmehr einigten sich Amt und RWE. Auch diesmal hatten die Kunden von der Untersuchung allenfalls geringfügige Preisverbesserungen.

3. Die kartellrechtlichen Instrumente

Schlüsselvorschrift ist § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Nach dieser Vorschrift dürfen marktbeherrschende Unternehmen nur Preise verlangen, die sich *„bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen“* (sogenannter Als-Ob-Maßstab). Daneben trat im November 2007 ein neuer § 29 GWB, mit dem der Bundestag auf die zahlreichen Missbrauchsvorwürfe reagierte. Danach ist es marktbeherrschenden Unternehmen – wie E.ON und RWE – verboten, ihre Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem sie Preise verlangen, die sich bei wirksamem Wettbewerb nicht bilden würden (Vergleichsmarktprinzip), bzw. Entgelte fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten (Gewinnbegrenzungskonzept). Beim Vergleichsmarktprinzip war zudem für das Bundeskartellamt eine Beweiserleichterung vorgesehen: Die Beweislast dafür, dass sich die Preise auch bei wirksamem Wettbewerb auf anderen Märkten gebildet hätten, liegt beim betroffenen Unternehmen. Diese Beweiserleichterung kam danach Privaten, die sich im Zivilprozess dieses Instruments bedienen wollten, nicht zugute, obwohl gerade sie besonders darauf angewiesen waren; das Amt kennt Markt und Instrumente ja viel besser. Dazu kommt, dass beim Gewinnbegrenzungskonzept gar keine Beweiserleichterung vorgesehen ist: Der Kunde muss im Kartellprozess also die Einzelheiten der Preisbildung, insbesondere der Kosten, vortragen und beweisen; eine Last, der er kaum Genüge tun kann. Diese Beweisregeln dürften gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen. Dabei ist die Ungleichbehandlung von Amt und Privaten bei der Anwendung des Vergleichsmarktprinzips zu beachten.

¹² Vgl. dazu im einzelnen Verf., *Aufstieg und Krise der deutschen Stromkonzerne*, 158 ff.

¹³ V. 18.12.2006, ZNER 2007, 448

2. Die Missbrauchsverfahren der Kommission und des Amtes

Die Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission leitete in den Jahren 2004/2005 eine Untersuchung der Strompreisbildung in Deutschland ein. Im Mai und Dezember 2006 fanden „Nachprüfungen“ in den Zentralen der vier Stromkonzerne statt. Allein im Mai 2006 fielen etwa 60.000 Asservaten an. Aufschlussreiche Ergebnisse dieser Durchsichtung sind in einem Schriftsatz des Bundeskartellamts im Fusionskontrollverfahren E.ON/Eschwege vom 30.11.2006⁹ zusammengefasst. Daraufhin fokussierte sich die Tätigkeit der Kommission auf die Untersuchung des Themas Kapazitätszurückhaltung und die dadurch bewirkte Manipulation der Preisbildung an der Börse: Werden der Börse gezielt die besonders günstigen Strommengen aus Braunkohle- und Kernkraftwerken vorenthalten, bilden sich die Börsenpreise nach der sogenannten Merit-Order – Einsatz der Kraftwerke nach der Kostengünstigkeit, das teuerste, gerade noch zum Zuge gekommene Kraftwerk wirkt preisbildend – nach den Grenzkosten von Steinkohle- und Gaskraftwerken. Ein sprechendes Indiz für die Manipulation des Handels war das „SPP-Eigenhandelsbuch“, ein Instrument der E.ON-Stromhändler zur finanziellen Beeinflussung des Handels¹⁰, wo es heißt: „Von März bis Juni 2003 hat ein intensiver Einsatz des SPP-Eigenhandelsbuchs zur Initiierung von Marktpreissprüngen und zur Absicherung von Marktpreiseinbrüchen beigetragen. ... EST [das E.ON Handelsunternehmen] hat als Treiber des Marktes sehr großen Anteil am Durchstoßen eines Zielpreises. ... Wenig Eingriff durch EST notwendig, um Marktpreis auf hohem Niveau zu stabilisieren.“ Daneben muss es viele Hinweise auf Kapazitätszurückhaltung gegeben haben, also die gezielte Vorenthaltung kostengünstig erzeugter Strommengen gegenüber der Börse. Das Ergebnis der Kommissionsuntersuchung war nach Berichten in der Presse die Androhung eines „milliardenschweren Bußgeldes“¹¹, auf die E.ON mit dem – geschickten – Angebot reagierte, gegen Einstellung des Verfahrens einen Teil seiner Kraftwerkskapazitäten und das Höchstspannungsnetz zu verkaufen. Ergebnis: Das Verfahren wurde eingestellt; monetäre Vorteile für die Kunden gab es nicht, allenfalls – nur längerfristig wirksame – strukturelle. Das Verfahren bei der Kommission bedeutete für das Bundeskartellamt, dass eine gleichgelagerte Untersuchung der Vorgänge in den Jahren 2002 bis 2006 blockiert war. Allerdings dürfte sich die Blockade auf den Untersuchungsschwerpunkt der Kommission beschränken: Die Kapazitätszurückhaltung.

Parallel hat das Amt die deutsche Strompreisbildung untersucht, nachdem der VIK die Einpreisung der CO²-Zertifikate ab 01.01.2005 moniert hatte. Das sehr verständliche

⁹ ZNER 2009, 78; Becker, Aufstieg und Krise der deutschen Stromkonzerne, 2010, 285 ff.

¹⁰ Vgl. dazu den Schriftsatz des Bundeskartellamts, abgedruckt bei Becker, Aufstieg und Krise der deutschen Stromkonzerne, 294 (Anhang 1)

¹¹ FAZ v. 29.02.2008

Das Instrument für die Preissteigerungen war die Einführung des Stromhandels auf dem Spot- und dem Terminmarkt der LPX/EPX, der ab 2002 Fahrt aufnahm. Maßgeblich war zunächst eine Marktaufteilung durch die Konzerne: Sie handelten – im Mittel und über die Jahre – nur zwanzig Prozent des Stroms an der Börse, den Rest in bilateralen Verträgen „over the counter“ (OTC-Handel). Der Haupt-Preissetzer ist der Spotmarkt an der Börse, der physische Lieferungen für den „day ahead“ betrifft. Sein Marktanteil betrug anfangs nicht mehr als zehn Prozent, so dass kleine Handelstranchen der Konzerne ausreichten, um die Preisbildung zu steuern. Was das Verhältnis zwischen Spot- und Terminmarkt angeht, besteht Einigkeit, dass der Spotmarkt der wesentliche Preissetzer ist³.

Trotz dieser Markerfunktion wurde der Spotmarkt an der Börse bisher nicht behördlich überwacht: Im Spotmarkt bestanden keine Meldepflichten und keine ad-hoc-Publizität von Insider-Informationen. Die Überwachung von Marktpreismanipulationen funktionierte nur eingeschränkt, Insider-Handel sei erlaubt⁴. Der zuständige sächsische Wirtschaftsminister Thomas Jurk beklagte das Fehlen „nichtbörslicher Marktinformationen, die für einen effizienten Handel entscheidende Bedeutung haben. ... Leider sind wir von guten und verbindlichen Informationsstandards im Stromgroßhandel doch weit entfernt. ... An der Diskussion über die EEX-Preise zeigt sich beispielhaft, dass der Vorwurf des Marktmissbrauchs weder belegt noch klar widerlegt werden kann, denn es fehlt an wirksamen Kontrollmöglichkeiten, um mögliche Marktmanipulationen aufdecken zu können: ... Meldepflichten und ... Insider-Regeln, wie sie etwa im Aktienhandel üblich sind“⁵. Deswegen forderte der Bundesrat vom Gesetzgeber, „die Aufsichtsstandards für Waren- und Warenderivatebörsen, besonders im rasch wachsenden Energiehandel, weiterzuentwickeln und an die Behördenstandards im Wertpapierbereich anzugleichen“⁶. Aber erst im Jahre 2009 wurde ein Manipulationsverbot im Wertpapierhandelsgesetz eingeführt⁷. Daraufhin entzog sich der Spotmarkt der behördlichen Überwachung durch die Flucht ins Ausland, nämlich zur deutsch/französischen Gemeinschaftsbörse EPEX. Aber auch dort fehlt bis heute ein Aufsichtsinstrumentarium, wie es für den börslichen Aktienhandel Standard ist⁸.

³ Bundesrat: Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 15.12.2006, BR-Drs. 833/06 (Beschluss), Ziff. 6; Monopolkommission, Sondergutachten Strom und Gas 2007, Rz 201; Sektoruntersuchung, 49; Ockenfels/Grimm/Zoettl, Strommarktdesign, Preisbildungsmechanismen im Auktionsverfahren für Stromstundenkontrakte an der EEX, 2008, 15 (Gutachten im Auftrag der EEX zur Vorlage bei der Sächsischen Börsenaufsicht)

⁴ MR Flaskamp, Leiter der Sächsischen Börsenaufsicht, in einem Vortrag am 25.01.2007 beim VIK

⁵ Handelsblatt v. 10.07.2007

⁶ Jurk, a.a.O.

⁷ Vgl. Verfasser, WuW 2010, 398

⁸ Canty/Lüdemann, FAZ v. 19.11.2010

Die Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel des Bundeskartellamts: Ausgezeichnete Analyse, unzureichende Konsequenzen

von Rechtsanwalt Dr. Peter Becker*

Das Amt stand vor einer schwierigen Aufgabe: Sind die deutschen Preise für elektrische Energie im Großhandel – kartellrechtlich gesehen – missbräuchlich überhöht? Wenn ja, was sind die Konsequenzen? Die Untersuchung schließt an an zwei Verfahren, die für die Stromkunden ergebnislos endeten: Die Missbrauchsverfahren der Kommission gegen E.ON und die des Amtes gegen RWE, die beide eingestellt wurden. Deswegen waren die Erwartungen an das Amt hoch. Gerechtfertigt wurde die Untersuchung der eingeschränkten Fragestellung, nicht gerechtfertigt wird sie dem gesetzlichen Auftrag. Offen bleibt auch die Frage nach den Instrumenten und deren Verhältnis zueinander.

I. Der Stromgroßhandel nach der Liberalisierung: Tatsachen, kartellrechtliche Instrumente

1. Die Strompreisentwicklung nach der Liberalisierung

Die Liberalisierung hatte mit einem Paukenschlag begonnen, der zwar ohne die rechtliche Marktöffnung nicht möglich war, der aber auf das Verhalten von insbesondere zwei Stromkonzernen zurückging, von denen man Wettbewerb eigentlich nicht erwartet hatte: EnBW und RWE bekriegten sich in einem derartigen Preiswettbewerb um Großkunden aus der Stadtwerkslandschaft und der Industrie, dass die Preise innerhalb von drei Jahren auf nur noch ein Drittel des Niveaus der Monopolzeit fielen¹. Die Einzelheiten dieses Preiskampfes sind in der sehr instruktiven Abmahnung des Amtes gegen die RWE AG wegen Einpreisung der CO²-Zertifikatkosten vom 18.12.2006² zusammengestellt. Festzuhalten bleibt, dass Industrie und Stadtwerke zwischen den Jahren 2002 bis spätestens 2004 Preise von ca. 20 Euro/MWh für die reine Energie zu zahlen hatten. Diese Preise hatten sich in den Jahren 2003 und 2004 mehr als verdoppelt, um dann ab dem 01.01.2005 unter dem Einfluss der Einführung des CO²-Zertifikatehandels nochmals zuzulegen, bis auf 60 Euro/MWh: eine Verdreifachung der Preise in nur drei Jahren. Dieser Ablauf ist auch rechtlich bedeutsam.

* Schriftleiter der ZNER, Partner of Counsel bei Becker Büttner Held – Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

¹ Vgl. dazu im einzelnen Peter Becker, Aufstieg und Krise der deutschen Stromkonzerne, 2010, 5. Kapitel, Die Strompreisbildung: Der Verbraucher hatte immer das Nachsehen, 135 ff., 139 ff.; ders., Kartellrechtliche Kontrolle von Strompreisen, ZNER 2008, 289 ff.; ders., Rechtsfolgen regulatorischer Mängel des Stromhandels, WuW 2010, 398

² ZNER 2007, 448