



UNIVERSITÄT
BAYREUTH

Lehrstuhl Prof. Dr. Knut Werner Lange
Zivilrecht V – Bürgerliches Recht,
deutsches und europäisches Handels-
und Wirtschaftsrecht

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Postanschrift:

Universität Bayreuth
Zivilrecht V
Universitätsstraße 30
95447 Bayreuth

Anfahrt:

Parsifalstr. 25
95445 Bayreuth

16.05.2019

**Stellungnahme zum Konsultationsentwurf eines Leitfadens zur
Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel**

Sehr geehrte Damen und Herren,

herzlichen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des Konsultationsverfahrens zur Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel. Ich bin auf das Konsultationsverfahren aufmerksam geworden, da ich zum Themenbereich „Freie Preisbildung am Strommarkt 2.0“ am Lehrstuhl Zivilrecht V an der Universität Bayreuth bei Herrn Professor Lange promoviere.

Zu Ihrem Entwurf möchte ich gerne wie folgt Stellung beziehen:

A. Zusammenfassung

- Um ein Funktionieren des Strommarkts 2.0 zu gewährleisten, sollte es generell auch marktbeherrschenden Unternehmen möglich sein, ihre Kraftwerke nicht nur zu deren Grenzkosten anzubieten, sondern im Rahmen ihrer Unternehmensstrategie Deckungsbeiträge, die einen Fixkosten- und einen Gewinnanteil enthalten,

einzuweisen. Dies kann gegebenenfalls dazu führen, dass Kraftwerke, die „im Geld“ wären nicht zum Zuge kommen. Das bedeutet nicht eine Zulassung kartellrechtlich missbräuchlicher Preise; die Kostendeckung erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung als Argument zuzulassen und diese nicht von Anfang an als legitimes unternehmerisches Ziel anzuerkennen, könnte aber falsche Signale an potentielle Investoren und Erzeuger senden.

- Eine physische Kapazitätszurückhaltung stellt eine Marktmanipulation im Sinne von Art. 2 Nr. 2 a) i) ii) REMIT dar. Bei der Gebotsabgabe am day-ahead-Markt wird konkludent miterklärt, wieviele Kapazitäten dem Erzeuger zur Verfügung stehen.
- Die finanzielle Kapazitätszurückhaltung verstößt gegen Art. 5 iVm Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT und weist eine große Nähe zu dem von der ACER als Beispiel für Marktmanipulation gem. Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT aufgeführten „market cornering“ bzw. „abusive squeeze“¹ auf. Ergänzend zu den in Rn. 91 des Konsultationsentwurfs genannten Beispielen von Marktmanipulation könnten deshalb noch die physische und finanzielle Kapazitätszurückhaltung hinzugefügt werden.

B. Missbräuchliche Kapazitätszurückhaltung aus kartellrechtlicher Sicht

Das Bundeskartellamt überprüft im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht zu Recht nicht einzelne Gebote im Stromgroßhandel.² Stattdessen führt es den Nachweis einer kartellrechtswidrigen Kapazitätszurückhaltung entweder anhand unternehmensinterner Unterlagen, die eine entsprechende Strategie des jeweiligen Unternehmens belegen, oder anhand einer Überprüfung des tatsächlichen Kraftwerkseinsatzes.³ In der Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und –großhandel“ aus dem Jahr 2011 stellte das Bundeskartellamt auf den tatsächlichen Kraftwerkseinsatz über einen Zeitraum von zwei Jahren ab.⁴ Das Bundeskartellamt geht laut Sektoruntersuchung und den bisherigen Konsultationsunterlagen davon aus, dass eine missbräuchliche Kapazitätszurückhaltung gem. Art. 102 AEUV, §§ 19, 29

¹ ACER, Leitfaden vom 20.12.2011, S. 17, 3.4.2. Price Positioning b).

² BKartA, Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016, S. 6.

³ BKartA, Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016, S. 6; BKartA/BNetzA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 27, 53.

⁴ BKartA, Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016, S. 4; BKartA/BNetzA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 27.

GWB vorliegt, wenn ein Erzeuger tatsächlich verfügbare Stromerzeugungskapazitäten, die zu einem Preis über den jeweiligen kurzfristigen Grenzkosten verkauft werden könnten, entweder nicht am Markt anbietet oder nur zu einem so hohen Preis, dass die Kapazitäten bei Zusammenführung von Angebot und Nachfrage nicht zum Zuge kommen.⁵ Ausgangshypothese dabei ist, dass unter den Voraussetzungen vollkommenen Wettbewerbs im Gleichgewicht der erzielbare Preis den Grenzkosten entspricht.⁶ Das Bundeskartellamt geht somit davon aus, dass Erzeuger ihre Kapazitäten zu den jeweiligen Grenzkosten anbieten bzw. die Kraftwerksbetreiber ihre Gebote mit den individuellen Grenzkosten limitieren.⁷

Unter Grenzkosten berücksichtigt das Bundeskartellamt neben den variablen Kosten (Brennstoff- und Transportkosten, Betriebsmittelkosten, Emissionskosten und Anfahrtkosten⁸) begrüßenswerterweise grundsätzlich auch Opportunitätskosten.⁹ Opportunitätskosten in Form von Verdienstmöglichkeiten auf alternativen Vermarktungswegen wie dem intra-day-Markt oder dem Regenergiemarkt sollten allerdings nicht erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung berücksichtigt werden.¹⁰ Aber selbst unter Einbeziehung der Opportunitätskosten ist es unter ökonomischen Gesichtspunkten und vor dem Hintergrund des Strommarktgesetzes¹¹ zweifelhaft, ob tatsächlich von einer kartellrechtswidrigen Kapazitätzurückhaltung ausgegangen werden kann, wenn marktbeherrschende Kraftwerksbetreiber ihre Gebote nicht mit den individuellen Grenzkosten limitieren.

Zum einen setzt die Ausgangshypothese, dass Kraftwerksbetreiber Kapazitäten grundsätzlich zu ihren Grenzkosten anbieten, vollkommenen Wettbewerb voraus. Obwohl es sich bei Strom um eine börsenmäßig gehandelte Ware handelt, liegt dennoch kein vollkommener Wettbewerb vor: Es fehlt vor allem an der Freiheit von staatlichen Eingriffen. EEG-Anlagen decken

⁵ BKartA, Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016, S. 6; BKartA/BNetzA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 51.

⁶ BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel 2011, S. 56.

⁷ BKartA, Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016, Folie 8.

⁸ BKartA/BNetzA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 54.

⁹ BKartA/BNetzA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 54; BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel 2011, S. 189: „Aus Perspektive der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht ist der Ansatz von Opportunitätskosten *jedenfalls im Grundsatz* nicht zu beanstanden“.

¹⁰ So BKartA in BKartA/BNetzA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 56, 60.

¹¹ BGBl. I 2016, 1786.

inzwischen über ein Drittel des Stromverbrauchs.¹² Dank der EEG-Umlage ist ihr Einspeiseverhalten unabhängig von herkömmlichen Marktmechanismen.¹³ Hierdurch hat sich auch durch die Direktvermarktung nichts geändert. Wenn ein Drittel eines Marktes aufgrund staatlicher Eingriffe weitgehend wettbewerbsunabhängig ist, liegt kein vollkommener Wettbewerb vor. Deshalb kann das Modell des vollkommenen Wettbewerbs auch nicht 1:1 auf den Strommarkt übertragen werden; ihm kann höchstens eine hypothetische Bedeutung zukommen.¹⁴

Zum anderen führte, wenn die Kraftwerksbetreiber ausschließlich die Grenzkosten ihres Kraftwerks verdienen würden, dies dazu, dass keine Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden und folglich weder Fixkosten gedeckt, noch Gewinne erwirtschaftet werden könnten; der Kraftwerksbetreiber müsste über kurz oder lang Insolvenz anmelden. Deshalb sollten auch im Strommarkt die Grundlagen der praxisorientierten Preisbestimmung herangezogen werden. Bei der Deckungsbeitragsrechnung bilden die variablen Produktionskosten den Ausgangspunkt. Auf sie wird ein Bruttogewinnzuschlag berechnet, der sowohl den beabsichtigten Gewinnanteil als auch einen Beitrag an fixen Kosten enthält.¹⁵ Eine andere Möglichkeit ist die Vollkostenrechnung, wonach sämtliche für das Produkt verursachte Kosten verrechnet werden.¹⁶ Ergebnis ist jeweils ein Angebotspreis über den jeweiligen Grenzkosten. Auch bei der Betrachtung eines Schaubilds zur break-even-Analyse, das die Auswirkungen unterschiedlicher Gewinnziele auf den Preis und auf die Kapazitätsauslastung darstellt, wird deutlich, dass erst im break-even-point die Kosten durch den Erlös genau gedeckt, also weder Gewinn noch Verlust erzielt werden.¹⁷ Erst ab Erreichen dieses Punktes (der wiederum von der Höhe der erzielten Deckungsbeiträge abhängt) macht das Unternehmen mit der Erzeugung einer weiteren Einheit Strom Gewinn, auch wenn es diese „nur“ zu den Grenzkosten anbietet.¹⁸ Das Erzeugerunternehmen muss seinen Preis also mindestens so ansetzen, dass es den break-even-point erreichen kann.

¹² Der Anteil von Strom aus Erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch ist 2017 auf über 36% angestiegen, *BNetzA/BKartA*, Monitoringbericht Energie 2018, S. 5.

¹³ So auch *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 41.

¹⁴ Vgl. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. Auflage 2017, S. 105.

¹⁵ *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. Auflage 2017, S. 110.

¹⁶ *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. Auflage 2017, S. 111.

¹⁷ *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. Auflage 2017, S. 111.

¹⁸ S.h. Schaubild Abb. 8.13 und Beispiel Abb. 8.14 in

Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. Auflage 2017, S. 111 f.

Das Bundeskartellamt betont in seiner Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und –großhandel“ aus dem Jahr 2011¹⁹ zwar zurecht den der Preisbildung am day-ahead-Markt zugrundeliegenden Auktionsmechanismus, der dazu führt, dass bis auf das Grenzkraftwerk tatsächlich alle Kraftwerke einen Deckungsbeitrag erwirtschaften können²⁰:

So können insbesondere Grund-, aber auch Mittellastkraftwerke im Rahmen der day-ahead-Auktion Deckungsbeiträge in Höhe der Differenz ihrer eigenen Grenzkosten und derjenigen des letzten einspeisenden Kraftwerks erwirtschaften. Natürlich gibt es auch weitgehend abgeschriebene Kraftwerke.²¹ Auch typische Grenzkraftwerke, wie Gaskraftwerke, haben die Möglichkeit, Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, da nicht immer dasselbe Gaskraftwerk Grenzkraftwerk ist.²² Deshalb bieten wohl die meisten Kraftwerksbetreiber ihren Strom tatsächlich zu ihren Grenzkosten an.

Kraftwerksbetreiber sollten sich aber nicht darauf verlassen müssen, nicht die Grenzkraftwerke zu stellen. Auch marktbeherrschende Kraftwerksbetreiber sollten nicht auf eine Quersubventionierung angewiesen sein. Deshalb wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass auch marktbeherrschende Unternehmen in Nicht-Knappheitssituationen einen Deckungsbeitrag (Fixkosten/Gewinn) auf ihre Grenzkosten aufschlagen dürfen, verbunden mit dem Risiko keinen Zuschlag zu erhalten. Es geht dabei nicht um die Zulassung missbräuchlich überhöhter Preise im Sinne von Art. 102, §§ 19, 29 GWB. Unter Wettbewerbsbedingungen machen Unternehmen die Ausgestaltung ihres Preisgestaltungsspielraums davon abhängig, welchen Erlös sie erzielen müssen, um zu erwartende Kosten zu decken und eine möglichst hohe Rendite zu erwirtschaften, andererseits aber auch zu verhindern, dass Kunden wegen zu hoher Preise zu einem Wettbewerber wechseln.²³ Ein Unternehmen, das nicht davon ausgehen kann, seine erwarteten Kosten zu decken und Rendite zu erwirtschaften, wird erst gar nicht am Markt teilnehmen.

Deshalb ist es vor allem unter Berücksichtigung des Absinkens der Benutzerstundenzahl konventioneller Kraftwerke aufgrund des fortschreitenden EEG-Ausbaus²⁴ und kaum

¹⁹ *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel 2011, S. 191 f.

²⁰ *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel 2011, S. 193; auch *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 30.

²¹ *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel 2011, S. 194.

²² So auch *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel 2011, S. 194.

²³ BGH, BeckRS 2012, 16890 Rn. 15.

²⁴ *BNetzA/BKartA*, Monitoringbericht Energie 2018, S. 7: Die Erzeugung aus nicht erneuerbaren Energien ist 2017 überproportional um 24,6 TWh gesunken, während die Erzeugung aus Erneuerbaren Energien um 24,6 TWh stark angestiegen ist.

vorhandener Preisspitzen²⁵ im Hinblick auf Investitionen notwendig, Gebote nicht bei den Grenzkosten zu deckeln.

Das Bundeskartellamt gibt zwar an, dass einzelne Gebote nicht überprüft werden. Dadurch, dass von einer finanziellen Kapazitätszurückhaltung ausgegangen wird, wenn verfügbare Kapazitäten zu einem so hohen Preis angeboten werden, dass die Kapazitäten bei Zusammenführung von Angebot und Nachfrage nicht zum Zuge kommen, in Kombination mit der Annahme, dass Erzeuger grundsätzlich zu ihren Grenzkosten anbieten, besteht aber eine implizite Deckelung. Deshalb wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass auch marktbeherrschende Unternehmen ihre Kraftwerke nicht zu ihren Grenzkosten anbieten müssen, sondern eine Preisstrategie verfolgen dürfen, mit der jedes Kraftwerk unabhängig von Quersubventionierungen einen Deckungsbeitrag erwirtschaften kann. Dass erst auf Ebene der sachlichen Rechtfertigung die fehlende Vollkostendeckung für den Kraftwerkspark eines Anbieters aus allen Vermarktungswegen vorgebracht werden kann, greift zu kurz.²⁶ Im Rahmen der Ausführungen zur REMIT hat die Bundesnetzagentur begrüßenswerterweise auch ausdrücklich geschrieben, dass Verkaufsangebote, die oberhalb der Grenzkosten der Gestehung liegen, in einem Energy Only Markt ein legitimes Anbieterverhalten zur Erwirtschaftung von Deckungsbeiträgen darstellen können.²⁷

Wenn also das Konzept Strommarkt 2.0 ernstgenommen, Marktmechanismen gestärkt und Investitionen über den Strommarkt angereizt werden sollen, müssen Erzeuger und Investoren mit einer Preisstrategie kalkulieren dürfen, die es ihnen ermöglicht, ihre Fixkosten zu decken und eine Rendite zu erzielen.

Dafür spricht insbesondere auch der mit dem Strommarktgesetz neu eingeführte § 1a Abs. 1 EnWG, wonach sich der Preis für Elektrizität nach wettbewerblichen Grundsätzen frei am Markt bildet und die Begrenzung von Preisen durch eine regulatorische Preisobergrenze ausgeschlossen ist. Hierdurch soll der Zweck des EnWG, eine sichere, preisgünstige und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität sicherzustellen, gewährleistet werden, vgl. § 1 Abs. 1 EnWG. Gleichzeitig - und das ist ein wesentlicher Punkt - soll über den Marktmechanismus auch die Planungs- und Investitionssicherheit gewährleistet werden²⁸: Die Versorgungssicherheit hängt davon ab, dass sich die benötigten Kapazitäten über den

²⁵ *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 22.

²⁶ So das *BKartA*, *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 59.

²⁷ *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 83.

²⁸ Bt-Drs. 18/7317, S. 54, 76.

Marktmechanismus refinanzieren können.²⁹ Der Marktmechanismus und die Investitionssicherheit spielen damit eine entscheidende Rolle dafür, dass das Konzept Strommarkt 2.0 aufgeht: „Der Kern eines weiterentwickelten Strommarktes ist das Preissignal. Denn über die Strompreise können sich am Strommarkt die benötigten Kapazitäten refinanzieren. Dabei sollen Marktpreissignale möglichst unverzerrt wirken. Dazu werden in das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) die Ziele und Grundprinzipien des weiterentwickelten Strommarktes aufgenommen. Die Regelungen sichern die freie wettbewerbliche Preisbildung ab und lassen Preisspitzen an den Strommärkten zu.“³⁰ Die Zulassung von Preisspitzen ist für die Funktionsfähigkeit des Strommarkts 2.0 von essentieller Bedeutung.³¹ Denn (zu) niedrige Preise führen dazu, dass nicht investiert wird. Ein unteroptimales Investitionsniveau hätte eine Gefährdung der Versorgungssicherheit zur Folge.³²

Deshalb ist davon auszugehen, dass Investoren, die sich entschließen ein Kraftwerk zu errichten, bei der Planung davon ausgehen können müssen, langfristig ihre Fixkosten decken zu können und auch Gewinn zu erwirtschaften. Anders können keine Investitionsanreize, die aber nach dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes eine Schlüsselrolle spielen, geschaffen werden, da Grenzkraftwerke ansonsten nicht wirtschaftlich betrieben werden könnten. Den Erzeugern muss es also in jedem Fall gestattet sein, in ihrer Strategie eine Vollkostendeckung anzuvisieren, unabhängig davon, ob sie marktbeherrschend sind oder nicht. Mit der Aussicht, nur zu den Grenzkosten anbieten zu können, wird niemand im „freien Markt“ ein Grenzkraftwerk errichten wollen. Ein solches würde sich in diesem Fall nur dann lohnen, wenn es wiederum außerhalb des Wettbewerbs fest vergütet würde. Das liefe aber dem Konzept Strommarkt 2.0 zuwider, wonach sich Kapazitäten ausdrücklich über den Strommarkt finanzieren können sollen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch bewusst gegen einen Kapazitätsmarkt entschieden. Ein „zuverlässiger Rahmen zur Refinanzierung der benötigten Kapazitäten“³³ setzt voraus, dass Kraftwerksbetreiber nicht nur „zufällig“ über den Auktionsmechanismus bei selten auftretenden Preisspitzen Deckungsbeiträge erwirtschaften können. Der Erzeuger soll nicht darauf hoffen müssen, nicht das Grenzkraftwerk zu stellen. Die Kraftwerksbetreiber müssen vielmehr im Rahmen ihrer Unternehmensstrategie schon Deckungsbeiträge in ihre Gebote einpreisen dürfen. Ansonsten ist es aus unternehmerischer Sicht denkbar unattraktiv, in Spitzenlastkraftwerke zu investieren, die aber angesichts der zunehmend volatilen Stromerzeugung sehr wichtig sind.

²⁹ Bt-Drs. 18/7317, S. 56, 59 f.

³⁰ Bt-Drs. 18/7317, S. 2.

³¹ Bt-Drs. 18/7317, S. 75.

³² *Monopolkommission*, Sondergutachten 77 vom 06.10.2017, S. 31 Rn. 43.

³³ Bt-Drs. 18/7317, S. 75.

C. Beurteilung physischer und finanzieller Kapazitätszurückhaltungen nach der REMIT

Unabhängig von der Frage, ab wann von einer kartellrechtlich missbräuchlichen physischen oder finanziellen Kapazitätszurückhaltung auszugehen ist, stellt sich die Frage, ob eine physische oder finanzielle Kapazitätszurückhaltung auch missbräuchlich im Sinne der REMIT³⁴ ist. Im Unterschied zum kartellrechtlichen Missbrauchsverbot, dass sich ausschließlich an marktbeherrschende Unternehmen richtet, adressiert die REMIT alle Marktteilnehmer. Außerdem sind theoretisch auch einzelne Gebote Gegenstand der Missbrauchsaufsicht nach REMIT.

Die physische Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation iSd Art. 2 Nr. 2 a) i) ii) REMIT

Es stimmt, dass die REMIT keine spezifischen Vorgaben hinsichtlich der Gebotsabgabe macht.³⁵ Das bedeutet jedoch nicht, dass eine physische Kapazitätszurückhaltung nicht missbräuchlich im Sinne der REMIT sein kann.

Hierbei könnte es sich um den Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte handeln, der falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten gibt, Art. 2 Nr. 2 a) i) REMIT: Indem ein Stromerzeuger seine Kapazitäten nicht anbietet, sondern zurückhält, könnte er ein falsches bzw. irreführendes Signal für das Angebot senden. Als falsch gilt ein Signal, wenn es in seinem Aussagegehalt von der Wirklichkeit abweicht. Irreführend ist ein Signal, wenn es beim relevanten Betrachter eine Fehlvorstellung hervorruft.³⁶

Bei der physischen Kapazitätszurückhaltung könnte sowohl das falsche als auch irreführende Signal hervorgerufen werden, dass weniger Kapazitäten verfügbar sind, als dies tatsächlich der Fall ist. Allerdings ist fraglich, ob das Nichtanbieten von Kapazitäten von Art. 2 Nr. 2 a) i) Var. 1 REMIT umfasst ist, denn der Wortlaut setzt ausdrücklich den Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags voraus. Das Unterlassen einer Transaktion reicht damit gerade nicht aus, um eine Marktmanipulation zu begehen, vielmehr ist eine positives Tun

³⁴ VO Nr. 1227/2011 des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts, ABl. L 326 v. 8.12.2011.

³⁵ *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 82.

³⁶ Siehe Anhang I Abschnitt A der Marktmissbrauchsverordnung, im Folgenden MAR (VO Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Marktmissbrauch); genauer dazu Art. 4 sowie Anhang II Abschnitt 1 der delegierten VO 2016/522; die Definitionen aus dem Kapitalmarktrecht sind auf den Energiegroßhandel übertragbar; vgl. *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 575.

erforderlich.³⁷ Die entsprechende Vorschrift aus dem Kapitalmarktrecht, Art. 12 Abs. 1 a) MAR³⁸, die mit Art. 2 a) i-iii) REMIT weitestgehend übereinstimmt, umfasst dagegen nach wohl herrschender Meinung auch ein Unterlassen von Handlungen.³⁹ Diese Wertung ist allerdings nicht ohne Weiteres auf den Strommarkt übertragbar. Insbesondere gibt es in der REMIT keine mit Art. 2 Abs. 4 MAR vergleichbare Vorschrift, wonach die Verbote der MAR für Handlungen und Unterlassungen gelten. Ein Beispiel, in dem eine Tathandlung nach Art. 12 Abs. 1 a) MAR in einem Unterlassen besteht, ist das Verschweigen von kursrelevanten Informationen trotz bestehender Rechtspflicht zur Offenbarung.⁴⁰ Das Unterlassen ist damit auch nach der MAR nur dann eine missbräuchlich Marktmanipulation im Sinne des Art. 12 MAR, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln (nämlich zur Offenbarung) besteht. Hier können Parallelen zum Strafrecht gezogen werden: Auch dort ist ein Unterlassen nur dann strafbar, wenn der potentielle Täter eine Garantenstellung innehat, er also rechtlich dafür einzustehen hat, dass ein bestimmter Erfolg nicht eintritt. Anders gewendet: den Täter trifft nur in bestimmten Situationen eine Handlungspflicht. In solchen Fällen könnte man darüber nachdenken, auch in Art. 2 Nr. 2 a) REMIT das Unterlassen eines Handelsauftrags dem Erteilen eines solchen gleichzusetzen. Allerdings gibt es keine Rechtspflicht, vorhandene Kapazitäten auf dem Spotmarkt anzubieten. Deshalb kann auf ein Unterlassen im Rahmen des Art. 2 a) REMIT nicht abgestellt werden. Es kommt bei der Frage danach, ob eine physische Kapazitätszurückhaltung eine Marktmanipulation iSd Art. 2 Nr. 2 lit. a i) REMIT ist, deshalb darauf an, ob beim Abschluss einer Transaktion bzw. beim Erteilen eines Handelsauftrags konkludent miterklärt wird, dass die angebotenen den tatsächlich verfügbaren Kapazitäten entsprechen.

Hierzu muss man sich nochmals den Ablauf des Auktionsverfahren am day-ahead-Markt vergegenwärtigen: Der Preis bzw. die Preise werden im Wege einer einmaligen Auktion ermittelt⁴¹, was bedeutet, dass das letzte (und damit teuerste) Kraftwerk, welches zur Deckung der Nachfrage erforderlich ist, preissetzend ist (Merit-Order-Prinzip). Die Auktionen finden stündlich (also 24 Mal) statt, so dass für jede Stunde (nur) ein Preis ermittelt wird. Dass 24 Auktionen stattfinden, also 24 einzelne Preise ermittelt werden, bedeutet allerdings nicht, dass von den Erzeugungsunternehmen lauter einzelne, voneinander unabhängige Gebote abgegeben werden: Stattdessen werden am day-ahead-Markt umfassende aufeinander abgestimmte Gebote, die die nächsten 24 Stunden umfassen, abgegeben. Die Börse erhält dazu von den

³⁷ *Kramer/Selke/Biegert/Rohlje* in Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht Band 3, 4. Aufl. 2017/2018, Art. 2 REMIT-VO, Rn. 19.

³⁸ VO Nr. 596/2014.

³⁹ *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 574 f., 580.

⁴⁰ *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 575.

⁴¹ *Pilgram* in Schwintowski (Hrsg.), Handbuch Energiehandel, 3. Aufl. 2014, S. 372 Rn. 789.

Börsenteilnehmern und den anerkannten Brokern Exel-ähnliche Tabellen. In der ersten Spalte der Tabelle sind die Stunden des Folgetages aufgeführt und in der ersten Zeile die Preisschritte mit den technischen Limits (- 1000 €/MWh und 3000 €/MWh).⁴² Jeder Handelsteilnehmer gibt nun an, welche Menge bei welchem Preis von ihm ge- oder verkauft werden soll.⁴³ Es entspricht damit nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, dass einzelne Kraftwerke angeboten werden und andere nicht, also ein positives Tun auf der einen und ein Unterlassen auf der anderen Seite vorliegt. Stattdessen liegen den Geboten komplexe Handelsstrategien zugrunde, wobei die Händler im Voraus planen, welche Kapazitäten sie wie, wo und wann anbieten/einsetzen.

Damit werden an der EPEX SPOT im day-ahead-Handel nicht einzelne Gebote abgegeben (also: einzelne Handelsaufträge erteilt), sondern es wird aus Sicht des Erzeugers erklärt, wieviele Kapazitäten er für welchen Preis in den nächsten 24 Stunden anzubieten bereit ist. Gleichzeitig erklärt er über diese Kapazitäten in der angebotenen Form zu verfügen; eine mögliche Kapazitätszurückhaltung ist in dieser Erklärung somit implizit enthalten.

Natürlich ist auch hierbei, wie schon im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, zu berücksichtigen, dass ein Erzeuger einplanen kann, einen Teil seiner Kapazitäten anderweitig (zB intra-day-Markt, Regelenenergiemarkt) zu vermarkten. Auch das hat er aber bei Abgabe seines Angebots am day-ahead-Markt schon berücksichtigt, so dass sich dadurch an dem Erklärungsgehalt nichts ändert. Lässt ein Erzeuger bei der Abgabe seiner Angebotsaufstellung somit bewusst Kapazitäten außen vor (die nicht anderweitig eingeplant sind), indem er sie erst gar nicht in seine Gebotstabelle aufnimmt, sendet er damit sowohl falsche als auch irreführende Signale für das Angebot von Strom. Das Angebot scheint knapper als es tatsächlich ist. Es überzeugt deshalb, die physische Kapazitätszurückhaltung unter Art. 2 Nr. 2 a) i) REMIT zu subsumieren.

Für die Einordnung der Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation spricht auch, dass die REMIT, als Gegenstück zur MAR für den Kapitalmarkt, die Intension hat, den Strommarkt umfassend vor Missbrauch zu schützen.⁴⁴ Auf dem Strommarkt besteht die Gefahr des Missbrauchs durch Kapazitätszurückhaltung. Durch eine künstliche Verknappung des Angebots auf der Erzeugungsebene lässt sich der Preis auf dem Stromgroßhandelsmarkt manipulieren. Es liefe dem Sinn und Zweck der REMIT zuwider, wenn hier eine Regelungslücke vorläge. Auch trifft das Argument nicht zu, die Manipulation fände auf Erzeugungs- und nicht auf Handelsebene statt und eine Regelung in der REMIT sei deshalb

⁴² Beispiel eines Gebots bei *Pilgram* in Schwintowski (Hrsg.), Handbuch Energiehandel, 3. Aufl. 2014, Abb. 3, S. 380 Rn. 798.

⁴³ *Pilgram* in Schwintowski (Hrsg.), Handbuch Energiehandel, 3. Aufl. 2014, S. 380 Rn. 798.

⁴⁴ Erwägungsgrund (1) REMIT.

verfehlt.⁴⁵ Denn Erzeugung und Handel hängen unmittelbar miteinander zusammen, da am day-ahead-Markt physische Lieferungen gehandelt werden. Über die Steuerung der Produktion können Erzeuger direkten Einfluss auf das Handelsgeschehen nehmen.

Dass der europäische Gesetzgeber bei der REMIT physische Kapazitätszurückhaltungen nicht außen vorlassen wollte, ergibt sich außerdem aus Erwägungsgrund (13) der Verordnung, in dem explizit steht, dass eine Manipulation vorliegt, wenn der Anschein erweckt wird, dass die verfügbare Stromerzeugungskapazität eine andere ist, als die tatsächlich technisch verfügbare Kapazität.⁴⁶ Dass die physische Kapazitätszurückhaltung keinen Eingang in die Verordnung gefunden hat, kann man deshalb nicht sagen. Die Erwägungsgründe sind neben dem Wortlaut vorrangig zur Auslegung heranzuziehen.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die physische Kapazitätszurückhaltung eine Marktmanipulation gem. Art. 2 Nr. 2 a) i) REMIT ist, so ist sie gleichzeitig auch eine Manipulation iSd Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT. Zurückgehaltene Kapazitäten sorgen dabei nicht nur für ein irreführendes Signal für das Angebot (Art. 2 Nr. 2 a) i) REMIT), sondern auch für ein höheres und damit künstliches Preisniveau iSd Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT. Auch die ACER hat in ihrem Leitfaden⁴⁷, in dem sie Beispiele für Marktmanipulationen im Sinne der REMIT nennt⁴⁸, die physische Kapazitätszurückhaltung als Marktmanipulation gem. Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT eingeordnet: „Actions undertaken by persons that artificially cause prices to be at a level not justified by market forces of supply and demand, including actual availability of production, storage or transportation capacity, and demand (physical withholding): This is for example the practice where a market participant decides not to offer on the market all the available production, storage or transportation capacity, without justification and with the intention to shift the market price to higher levels, e.g. not offering on the market, without justification, a power plant whose marginal cost is lower than the spot prices, misusing infrastructure, transmission capacities, ect., that would result in abnormal high prices.“⁴⁹

Der Leitfaden ist zwar rechtlich nicht bindend. Allerdings ist es gem. Art. 16 Abs. 1 S. 2 REMIT, die Aufgabe der ACER, gegebenenfalls unverbindliche Leitlinien zur Anwendung der

⁴⁵ In diese Richtung zielt die Befürchtung des *BKartA*, welches vor Behinderungen hinsichtlich der strukturellen Entwicklungen im Erzeugerbereich warnt, *BKartA*, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und –großhandel2011, S. 287.

⁴⁶ Erwägungsgrund (13) REMIT.

⁴⁷ ACER, Leitfaden vom 20.12.2011, „Guidance on the application of the definitions set out in Article 2 of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency“, im Folgenden ACER, Leitfaden vom 20.12.2011, S.

⁴⁸ Die Fallgruppen orientieren sich dabei an der ehemaligen MAD (Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation) bzw. an der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG der MAD, die in Art. 4 und 5 konkrete Beispiele nennt.

⁴⁹ ACER, Leitfaden vom 20.12.2011, S. 18, 3.4.2. Price Positioning d).

Begriffsbestimmungen in Artikel 2 zu veröffentlichen. Diesem Auftrag ist die ACER nachgekommen, indem sie einen Leitfaden mit Beispielen zur Marktmanipulation veröffentlicht hat.⁵⁰ Hinsichtlich der physischen Kapazitätszurückhaltung entspricht die Formulierung des Leitfadens weitgehend dem bereits angesprochenen Erwägungsgrund (13) REMIT, in dem Maßnahmen, wie das vorsätzliche Erwecken des Anscheins, dass die verfügbare Stromerzeugungskapazität eine andere als die tatsächlich technische verfügbare Kapazität ist und welche auf diese Weise ein künstliches Preisniveau erzeugen, ausdrücklich als Marktmanipulationen bezeichnet werden.⁵¹ Das Beispiel der ACER lässt sich damit unmittelbar auf einen Erwägungsgrund der REMIT zurückführen.

Finanzielle Kapazitätszurückhaltung als REMIT-Verstoß

Die finanzielle Kapazitätszurückhaltung kann man dagegen vergleichsweise einfach unter Art. 5 iVm Art. 2 Nr. 2 ii) REMIT subsumieren: Werden Kapazitäten zu überhöhten Preisen angeboten⁵², liegt unstreitig die Erteilung eines Handelsauftrags vor. Sorgen die überhöhten Preise für ein künstliches Preisniveau, liegt ein Verstoß gegen Art. 5 iVm Art. 2 Nr. 2 ii) REMIT vor. In den vom Bundeskartellamt beschriebenen Knappheitssituationen⁵³ kommt eine finanzielle Kapazitätszurückhaltung von vornherein nicht in Betracht. Die finanzielle Kapazitätszurückhaltung weist eine sehr große Nähe zu dem von der ACER als Beispiel für Marktmanipulation gem. Art. 5 iVm Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT aufgeführten „market cornering“ bzw. „abusive squeeze“⁵⁴ auf: Hierbei hat eine Marktseite erheblichen Einfluss auf das Angebot oder die Nachfrage und nutzt diese Position aus, um den Preis zu verzerren, da die Marktgegenseite auf das Produkt angewiesen ist. Tatsächlich wird in den allermeisten Fällen sowohl bei der finanziellen als auch bei der physischen Kapazitätszurückhaltung ein künstliches Preisniveau iVm Art. 2 Nr. 2 a) ii) REMIT nur erzielt werden, wenn sich ein oder mehrere Marktteilnehmer gemeinsam eine sehr große Angebotsposition auf dem Strommarkt sichern, bzw. erhebliche Mengen zurückgehalten werden. Bei einem „normalen“ Handelsablauf fallen überbeuerte Angebote nicht ins Gewicht, sie kommen nicht zum Zuge und haben damit keine

⁵⁰ Leitfäden der ACER zur REMIT abrufbar unter <https://documents.acer-remit.eu/guidance-on-remit-2/>, zuletzt aufgerufen am 16.05.2019.

⁵¹ Erwägungsgrund (13) REMIT.

⁵² Nach der hier vertretenen Ansicht darf der Angebotspreis neben den Grenzkosten (zu denen auch die Opportunitätskosten gezählt werden) allerdings auch einen Deckungsbeitrag enthalten; Gebote oberhalb der Grenzkosten bedeuten grundsätzlich nicht, dass eine finanzielle Kapazitätszurückhaltung vorliegt, sondern sind ein legitimes Mittel zur Erwirtschaftung von Deckungsbeiträgen, so auch *BKartA/BNetzA*, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel, Konsultationsentwurf vom 20.03.2019, Rn. 83.

⁵³ *BKartA*, Konsultation zur Erstellung eines Leitfadens für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung vom 01.04.2016, Folie 10, 11.

⁵⁴ ACER, Leitfaden vom 20.12.2011, S. 17, 3.4.2. Price Positioning b).

Auswirkungen auf das Preisniveau. Genauso wenig hätten vereinzelt zurückgehaltene Kapazitäten einen spürbaren Einfluss, sie würden durch andere Kapazitäten ausgeglichen.