



Bundesnetzagentur



Bundeskartellamt

Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel

– Preisspitzen und ihre Zulässigkeit –

27.09.2019

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	2
I.	Anlass und Verfahren zur Veröffentlichung des Leitfadens	2
II.	Relevantes Marktumfeld	4
1.	Refinanzierung von Kapazitäten.....	4
2.	Die Bedeutung der freien und wettbewerblichen Preisbildung im Stromgroßhandel	6
B.	Kartellrechtliche Bewertung von Preisspitzen	9
I.	Zielrichtung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.....	10
II.	Preisbildung in Knappheitssituationen	11
III.	Preisspitzen und Marktmachtmissbrauch.....	12
1.	Marktbeherrschende Stellung.....	13
2.	Missbrauch und Kapazitätszurückhaltung	19
3.	Sachliche Rechtfertigung.....	23
4.	Beweislastverteilung.....	24
C.	Zulässige Preisspitzen im Strommarkt nach REMIT	25
I.	Hintergrund.....	25
II.	REMIT verbietet Marktmanipulation	26
III.	Anwendung von REMIT auf den deutschen Stromgroßhandel.....	28
IV.	Freie Preisbildung und zulässige Preisspitzen nach REMIT.....	29
V.	Marktüberwachung und Anhaltspunkte für Marktmanipulation	30

A. Einleitung

I. Anlass und Verfahren zur Veröffentlichung des Leitfadens

- 1 Mit dem Strommarktgesetz¹ hat sich der Gesetzgeber für die Weiterentwicklung des bestehenden Strommarktdesigns und gegen einen Kapazitätsmarkt entschieden. Ein wesentlicher Inhalt des weiterentwickelten Strommarktes (Strommarkt 2.0) ist die Stärkung von Marktmechanismen, um zu gewährleisten, dass Erzeugung und Verbrauch ausgeglichen sind. Dies umfasst eine Stärkung der Anreize zur Bilanzkreistreue sowie den Abbau von Marktzutrittsbarrieren für Anbieter von Flexibilitätsoptionen. Die mit dem Strommarktgesetz eingeführte Kapazitätsreserve nach § 13e EnWG steht hingegen dauerhaft außerhalb der Strommärkte. Anders als z.T. in anderen europäischen Staaten besteht in Deutschland ferner keine Andienungspflicht für Betreiber von Erzeugungsanlagen.
- 2 Der Gesetzgeber hat damit zugleich entschieden, dass sich die benötigten konventionellen, d.h. insbesondere nicht nach dem EEG geförderten Stromerzeugungskapazitäten weiterhin in erster Linie über Marktmechanismen und -preise refinanzieren sollen. Auch die benötigten Spitzenlastkraftwerke sollen und können² ihre Investitionskosten durch wettbewerblich gebildete Preise oberhalb ihrer spezifischen Grenzkosten decken. Der durch das Strommarktgesetz neu eingeführte § 1a Abs. 1 EnWG unterstreicht dementsprechend die freie Preisbildung nach wettbewerblichen Grundsätzen und schließt die Begrenzung von Preisen durch eine regulatorische Preisobergrenze aus.
- 3 Bei einer freien Preisbildung, die Preisspitzen nach wettbewerblichen Grundsätzen zulässt, bleiben die allgemein geltenden gesetzlichen Regeln zu beachten. Dies gilt für europäisches und deutsches Kartellrecht ebenso wie für die energiegroßhandelsrechtlichen Regeln des WpHG³ und der REMIT-Verordnung⁴. So ist das Herbeiführen von Preisspitzen mittels Kartellabsprachen oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bzw. Insiderhandel oder Marktmanipulation verboten.
- 4 Für das Funktionieren des Strommarktes 2.0 ist ein zutreffendes Verständnis der Reichweite dieser Verbote bei den Marktakteuren förderlich. Falls Marktakteure die Reichweite

¹ BGBl. I 2016, 1786.

² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Juli 2015, Ergebnispapier „Ein Strommarkt für die Energiewende“ (Weißbuch), S. 37 ff.

³ Die Auslegung des WpHG wird im Folgenden nicht näher ausgeführt.

⁴ Verordnung (EU) 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, 1.

dieser Verbote überschätzen, könnte dies im Ergebnis systematisch zu Preisen unterhalb des wettbewerblich zulässigen Niveaus, in der Folge zu Fehleinschätzungen hinsichtlich der Erlösaussichten und auf dieser Grundlage möglicherweise zu verzerrten Stilllegungs- bzw. Investitionsentscheidungen führen. Das Bundeskartellamt hat daher im Zuge der politischen Diskussion zum Strommarkt 2.0 vorgeschlagen, einen Leitfaden für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich der Stromerzeugung zu veröffentlichen.⁵ Auch teilweise von Marktakteuren vorgetragene Unsicherheiten können damit ausgeräumt werden. Die Bundesregierung hat diesen Vorschlag aufgegriffen.⁶

- 5 Im Jahr 2016 hat das Bundeskartellamt eine erste Konsultation zu den aus Sicht der Marktakteure für die Erstellung des Leitfadens relevanten kartellrechtlichen Fragestellungen durchgeführt. Hierbei wurde angekündigt, dass das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur beabsichtigen, einen gemeinsamen Leitfaden zu erstellen. Der Leitfaden soll damit neben Ausführungen zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf dem Stromerstattmarkt auch Auslegungsfragen der REMIT-Verordnung umfassen. Letztere waren jedoch nicht Gegenstand der vom Bundeskartellamt durchgeführten Konsultation. In dieser Konsultation haben drei Stromerzeugungsunternehmen, zwei Strombörsen, ein Universitätsinstitut und zwei Verbände Stellungnahmen abgegeben.⁷ Einige dieser Stellungnahmen sehen ebenfalls Bedarf für Klarstellungen im Hinblick auf die energiegroßhandelsrechtlichen Regeln der REMIT-Verordnung.
- 6 Eine Entwurfsfassung des Leitfadens wurde am 20. März 2019 veröffentlicht und bis zum 20. Mai 2019 konsultiert. In der Konsultation des Leitfadens wurden insgesamt 12 Stellungnahmen von Stromerzeugungsunternehmen, Verbänden, Strombörsen, einer nationalen Regulierungsbehörde sowie einem wissenschaftlichen Institut abgegeben.⁸ In der Mehrzahl der Stellungnahmen wurden sowohl der kartellrechtliche als auch der energiegroßhandelsrechtliche Teil des Leitfadens kommentiert. Zwei Stellungnahmen fokussieren sich auf die Kommentierung des kartellrechtlichen Teils. Drei Stellungnahmen fokussieren sich auf die Kommentierung des energiegroßhandelsrechtlichen Teils. Zum kartellrechtlichen Teil wurde teils sehr detailliert kommentiert. Stellungnahmen sind – wo sinnvoll – in den Fußnoten referenziert. Viele Kernaussagen zum energiegroßhandelsrechtlichen Teil finden grundsätzlich Zustimmung. An mehreren Stellen wurde der Wunsch nach noch

⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Diskussionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Grünbuch) „Ein Strommarkt für die Energiewende“, 27. Februar 2015, S. 7.

⁶ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Juli 2015, Ergebnispapier „Ein Strommarkt für die Energiewende“ (Weißbuch), S. 61.

⁷ EnBW, Statkraft und Uniper; EEX und EPEX SPOT; EWERK; BDEW und EFET – im Folgenden je zitiert als „Stellungnahme zum Konsultationsdokument“.

⁸ EnBW, MVV, RWE, Statkraft, Uniper, BDEW, EFET, EEX, EPEX SPOT, NordPool, NVE, Uni Bayreuth – im Folgenden jeweils zitiert als „Stellungnahme zum Konsultationsentwurf“.

konkreteren Auslegungshinweisen der REMIT sowie Hinweisen zur Abgrenzung von REMIT und Kartellrecht geäußert. Diesem Gedanken wurde durch die Ergänzung von Abgrenzungshinweisen zwischen Kartellrecht und REMIT Rechnung getragen. Eine weitere Konkretisierung hat jedoch Grenzen. Die Feststellung der (Un-)Bedenklichkeit bestimmter Sachverhalte muss letztlich der Einzelfallentscheidung der Behörden und Gerichte vorbehalten bleiben und kann im Rahmen eines Leitfadens nicht geleistet werden.

- 7 Der vorliegende Leitfaden beschreibt in getrennten Abschnitten den ordnungsrechtlichen Gehalt der energiegroßhandelsrechtlichen Aufsicht über den Stromgroßhandel (Abschnitt C.) sowie der kartellrechtlichen Aufsicht über den Stromerstabsatz (Abschnitt B.).⁹ Dieser Gehalt wird naturgemäß von dem maßgeblichen Marktumfeld geprägt (Abschnitt A., Unterabschnitt II.).
- 8 Kartellrecht und REMIT verfolgen unterschiedliche wirtschaftsordnungsrechtliche Ziele und stehen zueinander schon im Ausgangspunkt nicht in einem Verhältnis von sachlicher Hierarchie, Subsidiarität oder Spezialität. Auch unterscheiden sich die Anknüpfungspunkte von Kartellrecht und REMIT fundamental. Während das Kartellrecht auf längerfristige, strukturelle Faktoren abzielt, setzt REMIT an der einzelnen Transaktion oder dem einzelnen Handelsauftrag an. Sie sind daher grundsätzlich nebeneinander anwendbar. In Einzelfällen ist dennoch eine Überlappung der Tatbestände denkbar. Eine Handlung kann gegen Kartellrecht oder gegen REMIT oder gegen beide Normen verstoßen. Eine Schlussfolgerung, wonach ein Verhalten, welches aus kartellrechtlicher Sicht zulässig ist, somit keinen Verstoß gegen REMIT darstelle oder umgekehrt, kann nicht gezogen werden. Für Praktiken, die tateinheitlich gegen REMIT und Kartellrecht verstoßen, stellt Art. 1 Abs. 2 Satz 3 REMIT mit Blick auf das normhierarchisch höherrangige europäische Wettbewerbsrecht klar, dass dessen Anwendung von REMIT nicht berührt wird.

II. Relevantes Marktumfeld

1. Refinanzierung von Kapazitäten

- 9 Seit der Strommarktliberalisierung im Jahr 1998 tätigten Marktteilnehmer umfangreiche Kraftwerksinvestitionen und hielten bundesweit betrachtet stets ausreichende Kapazitäten

⁹ Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur haben die in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich liegenden Fragestellungen eigenverantwortlich bearbeitet.

vor. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie geht im Weißbuch von nicht unerheblichen Überkapazitäten aus.¹⁰ In jüngerer Vergangenheit wurden ferner durch die fortschreitende Marktkopplung¹¹ die Integration der europäischen kurzfristigen Stromgroßhandelsmärkte und damit die bessere, kurzfristige Ausnutzung der Grenzkuppelkapazitäten weiter vorangetrieben und so latente Bedarfsdeckungsmöglichkeiten erschlossen.

- 10** Die marktliche Bereitstellung ausreichender Stromerzeugungskapazitäten setzt voraus, dass die Anbieter dieser Kapazitäten hinreichend hohe Deckungsbeiträge und mithin Erlöse oberhalb der spezifischen Grenzkosten einer Anlage erzielen können. Preisspitzen bei der wettbewerblichen Vermarktung des erzeugten Stroms tragen grundsätzlich zur Erzielung dieser hinreichend hohen Erlöse bzw. Deckungsbeiträge bei. Spitzenlastkraftwerke¹² dienen u.a. der Deckung von Lastspitzen und haben relativ niedrige Kapitalkosten, dafür aber relativ hohe Grenzkosten. Die Möglichkeit, dass sich Preisspitzen oberhalb der relativ hohen Grenzkosten dieser Kraftwerke bilden können, trägt wesentlich zur Finanzierung einer ausreichenden Bereitstellung solcher Spitzenlastkapazitäten bei.
- 11** Für Stromerzeugungsanlagen und für flexible Stromverbrauchsanlagen bestehen im Strommarkt 2.0 verschiedene, konkurrierende Vermarktungswege und Erlösmöglichkeiten. Dabei wird die Leistungsvorhaltung teilweise direkt vergütet, teilweise indirekt über Flexibilitätsoptionen und teilweise implizit in der Höhe der Arbeitspreise. Direkte Erlösmöglichkeiten bestehen insbesondere bei der Vergütung der Vorhaltung von Regelleistung und bei Verträgen zur Besicherung der Kraftwerksleistung Dritter.¹³ Bei Optionsverträgen und flexiblen Stromlieferverträgen ist die Leistungsvorhaltung ebenfalls ein wesentlicher preisbildender Faktor. Auch bei Stromlieferverträgen im Großhandel wird jedoch ein Leistungsanteil implizit im Arbeitspreis mit vergütet, insoweit der Lieferant eine unbedingte Lieferverpflichtung gegenüber dem Kunden im Umfang der Arbeit für eine bestimmte Zeiteinheit der Lieferperiode eingeht und damit gegenüber dem Kunden die Vorhaltung einer für die Vertragserfüllung hinreichenden Kapazität gewährleistet.

¹⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Juli 2015, Ergebnispapier „Ein Strommarkt für die Energiewende“ (Weißbuch), S. 34 und 37; seither wurden im Saldo weitere konventionelle Erzeugungskapazitäten zugebaut und es könnte erst perspektivisch mit einem Abbau der Überkapazitäten zu rechnen sein, vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2018, S. 54 und 56.

¹¹ Vgl. dazu nur jüngst die Einführung des European Cross-Border Intraday Market (XBID) am 12. Juni 2018, durch die der grenzüberschreitende Intraday-Handel noch enger gekoppelt wurde.

¹² Z.B. Gasturbinen- oder Gasmotorenkraftwerke.

¹³ Daneben gibt es auch eine Preiskomponente für Leistungsvorhaltung bei der Beschaffung von Redispatchpotential im Wege des Interessenbekundungsverfahrens nach §§ 4 ff. NetzResV, das faktisch nur von ausländischen Erzeugungsanlagen genutzt wird.

- 12** Seit Beginn der Liberalisierung befindet sich der Strommarkt im Hinblick auf die bestehenden Erlösmöglichkeiten in einem beständigen Wandel, der inzwischen besonders von der Energiewende geprägt ist. In den vergangenen Jahren erfolgte ein erheblicher Ausbau der finanziell geförderten Stromerzeugung¹⁴ aus erneuerbaren Energiequellen nach dem EEG. Nach dem EEG geförderte Erzeugung befriedigt schon allein wegen der – mit Ausnahmen von Biogas-Verstromung – sehr geringen Grenzkosten die Stromnachfrage vorrangig. Für andere, nicht nach dem EEG vergütete Kapazitäten verbleibt zur Erzielung hinreichender Erlöse lediglich die Deckung der Residualnachfrage. Die Erlösmöglichkeiten von nicht nach dem EEG geförderten Kraftwerken haben sich entsprechend reduziert.
- 13** Umgekehrt haben Atomkraftwerke in der jüngeren Vergangenheit erheblich zur Deckung der nicht von EEG vergüteten Anlagen befriedigten Residualnachfrage beigetragen. Durch den Atomausstieg werden bis Ende 2022 weitere ca. 8,5 GW an nicht nach dem EEG vergüteter Grundlastkapazität aus dem Markt ausscheiden. Ihr Ausscheiden aus dem Markt wird zu einer steileren Merit-Order führen und kann sich mithin positiv auf die Erlösmöglichkeiten der verbliebenen Kraftwerke auswirken.
- 14** Der erreichte erhebliche Ausbaustand der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen nach dem EEG hat ferner kurzfristige, dargebotsabhängige Veränderungen der geographischen Lage der geleisteten Erzeugung zur Folge, die hohe Anforderungen an das Übertragungsnetz und dessen Steuerung stellen. Diesen wird im europarechtlich vorgegebenen zonalen Preismodell zunehmend¹⁵ mit Redispatch begegnet, d. h. durch steuernde Eingriffe der Übertragungsnetzbetreiber vorrangig in die nicht nach EEG vergütete Stromerzeugung. Ihre Vergütung ist für inländische Erzeugungsanlagen darauf ausgelegt, den Betreiber der Anlage wirtschaftlich weder besser noch schlechter zu stellen, als er ohne die Maßnahme stünde (§ 13 Abs. 2 Satz 1 EnWG).

2. Die Bedeutung der freien und wettbewerblichen Preisbildung im Stromgroßhandel

- 15** Funktionierende Stromgroßhandelsmärkte sind von entscheidender Bedeutung für einen kurzfristig effizienten Kraftwerkseinsatz und eine langfristig effiziente Vorhaltung ausreichender Kraftwerkskapazitäten. Dabei spielen Spotmärkte, auf denen kurzfristig benötigte

¹⁴ Mit der Einführung der Direktvermarktung bzw. des Marktprämienmodells erfolgte eine Annäherung des Verlaufs der Förderhöhe an den Marktwert des produzierten Stroms. Mit der Einführung einer wettbewerblichen Ermittlung der finanziellen Förderung von neuen EEG-Projekten durch von der Bundesnetzagentur durchzuführende Ausschreibungen nach dem EEG 2017 konnte eine wesentliche Absenkung der Förderhöhe erreicht werden.

¹⁵ Vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2018, S. 123 ff., und Vorjahre.

bzw. nicht benötigte Strommengen beschafft bzw. abgesetzt werden können, und Terminmärkte, die u.a. eine mittel- und langfristige Absicherung von Preis- und Mengenrisiken ermöglichen, gleichermaßen eine wichtige Rolle. Hinzu kommen den Stromgroßhandel flankierende, auf diesem aufbauende Derivate und Finanzprodukte. Preissignale geben Anreize für eine bedarfsgerechte Anpassung der Kapazitäten durch Neubauten, Erweiterungen, Modernisierungen oder Wiederinbetriebnahmen ebenso wie durch die Terminierung geplanter Wartungen, saisonale Konservierungen, vorübergehende Kraftwerksschließungen oder endgültige Stilllegungen. Eine Verzerrung der freien, wettbewerblichen Preisbildung führt zu einer ineffizienten Zusammensetzung des Kraftwerksparks und zu entsprechenden Wohlfahrtsverlusten.

- 16** Teilnehmer am Stromgroßhandel sind neben Kraftwerksbetreibern insbesondere Stromgroß- und -einzelhändler (darunter auch Stadtwerke und Finanzinstitute), Großverbraucher – auch als Anbieter von Flexibilität – sowie Netzbetreiber (letztere insbesondere zur Vermarktung von nach dem EEG vergüteter Erzeugung und zur Beschaffung von Verlustenergie). Dabei sind Anbieter im Stromgroßhandel nicht mit Kraftwerksbetreibern gleichzusetzen bzw. Nachfrager nicht mit Verbrauchern. Betreiber von Kraftwerken agieren bei der Vermarktung ihrer Erzeugungskapazitäten in einem zeitlich gestreckten Optimierungsprozess, angefangen mit der langfristigen Vermarktung bis zum letztendlichen Kraftwerkseinsatz. Dabei treten sie sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager im Stromgroßhandel auf.¹⁶ Liegt der Preis am Spotmarkt über den Grenzkosten des eigenen Kraftwerks, kann ein Kraftwerksbetreiber durch die Veräußerung von Strommengen in Höhe der noch freien Kapazität einen zusätzlichen Deckungsbeitrag erzielen. Umgekehrt ist es aus Sicht eines Kraftwerksbetreibers sinnvoll, eine eingegangene Lieferverpflichtung¹⁷ nicht mit dem eigenen Kraftwerk zu erfüllen, sondern durch den Zukauf von Strommengen abzudecken, wenn der Preis am Spotmarkt unterhalb der Grenzkosten liegt.
- 17** Im mengenmäßigen Handelssaldo treten Verbraucher (bzw. deren Nachfrage bündelnde Stromeinzelhändler) im Stromgroßhandel jeweils als Nachfrager und Kraftwerksbetreiber jeweils als Anbieter auf. Die Kraftwerke bringen im Wege dieses Stromerstabsatzes die letztlich im Handelssaldo realisierte Strommenge in den Markt.
- 18** Volumenmäßig dominiert wird der Stromgroßhandel vom Terminhandel, der großteils bilateral über Brokerplattformen im Rahmen des OTC-Marktes abgewickelt wird. So betrug

¹⁶ Hinzu kommen Aktivitäten in anderen Vermarktungskanälen – wie z.B. Regelenergie oder Reservevorhaltung, ggf. auch Wärmeauskopplung – oder für andere Zwecke – wie z.B. Redispatch.

¹⁷ Typischerweise werden im Umfang eines großen und auf den Erfüllungszeitraum hin zunehmenden Teils der Erzeugungskapazität bereits am Terminmarkt Lieferverpflichtungen eingegangen.

2017 das Handelsvolumen an Brokerplattformen in etwa das 19-fache des Handelsvolumens der kurzfristigen Day-Ahead- und Intraday-Märkte.¹⁸

- 19** Trotz des geringeren Volumens kommt der börslichen Day-Ahead-Auktion¹⁹ aufgrund von Arbitragemöglichkeiten eine zentrale Bedeutung für die Preise von längerfristigen Stromgroßhandelsprodukten wie beispielsweise bilateralen Terminprodukten zu.²⁰ Besonders hervorzuheben ist hier die Day-Ahead-Auktion um 12:00 Uhr.²¹ Die Ergebnisse der Day-Ahead-Auktion besitzen den Charakter von Referenzpreisen auch für andere längerfristige Stromgroßhandelsprodukte.
- 20** Der Day-Ahead-Auktion nachgelagert erfolgt ein ebenfalls physisch zu erfüllender börslicher Intraday-Stromhandel.²² Der räumliche Bezug der Intraday-Vermarktung wird mit herannahendem Erfüllungszeitpunkt enger. Die Intraday-Eröffnungsauktion der EPEX SPOT um 15:00 Uhr²³ und der kontinuierliche Handel beziehen sich zunächst auf das gesamte Marktgebiet.²⁴ Nach der Schließung des gebotszonenübergreifenden Intraday-Marktes an gekoppelten Grenzen²⁵ 60 Minuten vor der Erfüllung ist der Regelverbund (d.h. das Gebiet der vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber) der Bezugspunkt und ab 30 Minuten bis 5 Minuten vor der Erfüllung die Regelzone des jeweiligen Übertragungsnetzbetreibers.²⁶
- 21** Im kurzfristigen Day-Ahead- und Intraday-Handel streuen die Preise für die verschiedenen (Viertel-) Stunden im Zeitverlauf. Die Ursachen hierfür sind vielfältig. So schwankt der Stromverbrauch in Abhängigkeit u.a. von der Jahreszeit, der Uhrzeit, dem Wochentag und der Außentemperatur. Zudem ändern sich die Stromerzeugungsbedingungen kurzfristig u.a. aufgrund von Kraftwerksverfügbarkeiten und von Wetterlagen (Wind, Sonne, Wasser).

¹⁸ Vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2018, S. 226 ff.

¹⁹ Teilweise werden die Day-Ahead-Preise auch direkt referenziert, vgl. beispielhaft für PHELIX-DE-Futures <https://www.eex.com/en/products/power-derivatives-market/phelix-de-futures>.

²⁰ Vgl. Strommarktdesign - Preisbildungsmechanismus im Auktionsverfahren für Stromstundenkontrakte an der EEX, Gutachten im Auftrag der European Energy Exchange AG zur Vorlage an die Sächsische Börsenaufsicht, Ockenfels, Grimm, Zoettl, 2008, S. 4. Nordpool, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 2.

²¹ Für das Marktgebiet Deutschland/Luxemburg durchgeführt von EPEX SPOT und EXAA.

²² Derzeit für das deutsche Marktgebiet EPEX SPOT und Nord Pool. Broker spielen hier eine zu vernachlässigende Rolle, vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2018, S. 247.

²³ 15 Minuten-Intraday-Auktion mit Lieferung in den deutschen Regelzonen durchgeführt von EPEX SPOT; Gleiches gilt für die im April 2018 eingeführten, bisher vom Volumen her nicht sonderlich gewichtigen zwei Stundenauktionen mit Lieferung für Deutschland um 10:00 Uhr und um 22:00 Uhr durchgeführt von Nord Pool.

²⁴ Durch die Einführung des European Cross-Border Intraday Market (XBID) am 12. Juni 2018 wurde der grenzüberschreitende Intraday-Handel noch enger gekoppelt.

²⁵ Vgl. https://www.epexspot.com/de/produkte/intradaycontinuous/intraday_vorlaufzeit.

²⁶ Vgl. Art. 59 der Verordnung (EU) 2015/1222 der Kommission vom 24. Juli 2015 zur Festlegung einer Leitlinie für die Kapazitätsvergabe und das Engpassmanagement, ABl. L 197 v. 25.7.2015, 24; vgl. zu den Zeitfenstern https://www.epexspot.com/de/produkte/intradaycontinuous/intraday_vorlaufzeit; vgl. <http://www.epexspot.com/en/product-info/intradaycontinuous/germany>.

Die Preise für längerfristige Stromprodukte ändern sich zudem in deren jeweiligem Handelsverlauf teils erheblich mit den sich ändernden Erwartungen der Marktteilnehmer. Für die längerfristigen Preiserwartungen spielen insbesondere Änderungen der Brennstoffpreise und des CO₂-Emissionszertifikatspreises, saisonale Schwankungen der Residuallast sowie mittel- bis langfristig die Veränderungen in der Zusammensetzung des Kraftwerksparks eine erhebliche Rolle.

- 22** Die europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) und der Rat der europäischen Regulierer (CEER) stellen in ihrem Monitoringbericht der europäischen Strommärkte die Häufigkeit des Auftretens von Preisspitzen dar.²⁷ Für die Zwecke dieses Monitorings definiert sie Preisspitzen als einen stündlichen Day-Ahead-Preis, der mindestens das Dreifache der synthetisierten variablen Kosten eines Gaskraftwerks beträgt. Speziell in Deutschland traten Preise oberhalb dieses Schwellenwertes in den letzten Jahren äußerst selten auf.

B. Kartellrechtliche Bewertung von Preisspitzen

- 23** Preisspitzen generell zu verhindern oder ein bestimmtes „richtiges“ Preisniveau herbeizuführen ist nicht die Zielrichtung des Kartellrechts. Preisspitzen können allerdings durch verschiedene Formen von kartellrechtswidrigem und damit verbotenem Verhalten gezielt herbeigeführt werden. Das Kartellrecht stellt dabei unmittelbar anwendbare Verbotstatbestände auf, die unmittelbar zivilrechtswirksam sind und Unterlassungs- und – bei Verschulden – Schadensersatzansprüche auslösen. Sie werden von Kartellbehörden auf Landes-, Bundes- und europäischer Ebene sowie von Zivilgerichten angewendet.
- 24** Preisspitzen könnten auch durch wettbewerbsbeschränkende, nicht freigestellte Kartellabsprachen von Unternehmen bewirkt oder bezweckt werden, auch wenn die beteiligten Unternehmen nicht marktbeherrschend sind. Hierzu könnten vor allem Hard-Core-Absprachen über Gebote geeignet sein.²⁸ Hier gelten die allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätze. Das Kartellverbot (Art. 101 AEUV und §§ 1, 2 GWB) schützt dabei das unabhängige unternehmerische Handeln im Wettbewerb, ohne dass es auf die Bewirkung von Preisspitzen ankäme. Der Schwerpunkt des Abschnitts B. liegt jedoch auf der Abgrenzung von durch Knappheit verursachten Preisspitzen von solchen, die im Wege eines unilateralen Verhaltens eines marktbeherrschenden Anbieters durch eine marktmachtmissbräuchliche Kapazitätszurückhaltung verursacht werden.

²⁷ Vgl. ACER/CEER „Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Gas Markets in 2017: Electricity Wholesale Markets Volume“, Oktober 2018, S. 20.

²⁸ Vgl. hierzu https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html.

I. Zielrichtung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots

- 25** Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot soll verhindern, dass marktbeherrschende Unternehmen die Durchschnittspreise im Stromgroßhandel künstlich erheblich in die Höhe treiben. Es zielt hingegen nicht auf eine Begrenzung der Preisstreuung oder eine Verringerung der im Stromgroßhandel derzeit nur sehr selten auftretenden Preisspitzen ab. Preisspitzen sind – für sich genommen – kein hinreichendes Indiz für missbräuchlich überhöhte Preise im Stromgroßhandel, denn für Stromkunden ist nicht von Bedeutung, ob sich der durchschnittliche Großhandelspreis aus stark streuenden oder gleichmäßigen (Viertel-)Stundenpreisen zusammensetzt.
- 26** Entsprechend haben Europäische Kommission und Bundeskartellamt keine kartellrechtlichen Verfahren aufgrund des Auftretens von Preisspitzen geführt. So hat z.B. die Europäische Kommission Beschwerden wegen mehrerer Preisspitzen auf dem französischen Stromgroßhandelsmarkt von bis zu 3.000 Euro/MWh in den Jahren 2007-2009 nicht aufgegriffen und hierbei u.a. auf die geringe Relevanz dieser Preisspitzen für die durchschnittlichen Großhandelspreise hingewiesen.²⁹
- 27** Eine direkte Überprüfung der Höhe von Stromgroßhandelspreisen oder einzelner Gebote von Kraftwerksbetreibern ist nicht das Ziel der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Dementsprechend stellte das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“ nicht auf das Strompreinsniveau oder auf das Gebotsverhalten von Stromerzeugern ab, sondern auf den tatsächlichen Kraftwerkseinsatz in einem Zeitraum von zwei Jahren (2007-2008).
- 28** Im Bereich der Stromerzeugung sind die Ausbeutungsmissbrauchsverbote in der Fallgruppe der Zurückhaltung von Erzeugungskapazitäten von praktischer Relevanz. Das kartellrechtliche Verbot missbräuchlicher Kapazitätszurückhaltung ist auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen nicht anwendbar.³⁰ Es stellt für diese daher keine Verhaltensregeln auf und zielt nicht auf eine Verhinderung von Kapazitätszurückhaltung durch nicht-marktbeherrschende Unternehmen ab. Denn diese Unternehmen verfügen – im Vergleich zu marktbeherrschenden Unternehmen – über weitaus geringere Möglichkeiten und Anreize zur Kapazitätszurückhaltung. Unternehmen, die nicht marktbeherrschend sind, unterliegen in ihrer Kraftwerksnutzung bzw. Preissetzung unter Missbrauchsgesichtspunkten daher keinen Einschränkungen nach Kartellrecht. Es ist demnach nicht zu beanstanden, wenn

²⁹ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 17. Juli 2014, COMP/39.594; abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39594/39594_71_6.pdf.

³⁰ Nach § 20 GWB sind zwar bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen auch im Falle von relativer oder überlegener Marktmacht verboten. Die Anwendung des § 20 GWB kommt jedoch in den hier relevanten Fallkonstellationen nicht in Betracht.

ein nicht-marktbeherrschendes Unternehmen seine Stromerzeugungskapazitäten unilateral zurückhält. Somit lässt das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nicht-knappheitsbedingte Preisspitzen zu, die von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen im Stromgroßhandel gezielt herbeigeführt werden. Von solchen Preisspitzen profitieren in der börslichen Einheitspreisauktion marktbeherrschende und nicht-marktbeherrschende Anbieter gleichermaßen.

II. Preisbildung in Knappheitssituationen

- 29** Preisspitzen bilden sich insbesondere bei ausgeprägter Knappheit aus. Dabei ergeben sich beim Großhandel mit Strom einige Besonderheiten. Sie resultieren aus der sehr eingeschränkten Speicherbarkeit von Strom und aus der Schwierigkeit, in einem öffentlichen Stromnetz Nachfrageverzicht über Marktprozesse kurzfristig zu koordinieren.
- 30** Bei der Day-Ahead-Auktion als Einheitspreisauktion ergibt sich für jede Stunde ein einheitlicher Preis. Grundlage hierfür sind die unlimitierten und limitierten Gebote der Käufer und Verkäufer, wobei eine Verkaufsoffer nicht nach oben und eine Kauforder nicht nach unten limitiert werden kann. Wenn nicht alle unlimitierten Gebote ausgeführt werden können, greift ein technisches Limit der Börse. Für die Refinanzierung von Spitzenlastkapazitäten ist vor diesem Hintergrund bedeutsam, unter welchen Bedingungen am Spotmarkt Preise jenseits der Grenzkosten dieser teuersten Erzeugungseinheiten eintreten können und so über die übrigen zur Verfügung stehenden Erlösquellen hinaus³¹ auch auf diesem Markt Deckungsbeiträge erzielt werden können.
- 31** Es ist ein Charakteristikum der Nachfrage nach Strom, wie es sich in Verbrauch repräsentierender Nachfrage am Spotmarkt widerspiegelt, dass die maximale Zahlungsbereitschaft in der Regel deutlich oberhalb der Grenzkosten der teuersten Erzeugungseinheit liegt. Aufgrund des in Rn. 16 dargestellten Optimierungskalküls ergibt sich in Nicht-Knappheitssituationen der Preis aus den ggf. limitierten Kauf- und Verkaufsgeboten der Kraftwerksbetreiber. Etwaige hohe Limits einzelner Stromverbraucher haben somit keinen Einfluss auf den Preis. Sofern einzelne Kraftwerksbetreiber ihre jeweiligen Gebote mit einem Mark-up über den individuellen Grenzkosten der Erzeugungsanlage limitieren, können sie dadurch einen Anstieg des Einheitspreises über die Grenzkosten der letzten tatsächlich zur Deckung der Nachfrage benötigten Einheit bewirken.
- 32** In Zeiten besonders hoher Nachfrage oder geringen Wind- und Sonnendargebots, wenn

³¹ Spitzenlastkraftwerke werden häufig auch zur Vorhaltung von Regelleistung eingesetzt und verdienen dort Deckungsbeiträge (vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 194). Außerdem können im Einzelfall z.B. Erträge aus der Vermarktung von Abwärme bei Kraft-Wärme-Kopplung möglich sein.

also die verfügbare Spitzenlastkapazität zur Neige geht, könnte man umgangssprachlich bereits von Knappheit sprechen. In solchen Knappheitssituationen sind unterhalb des technischen Limits die limitierten Nachfragegebote preissetzend; soweit es sich bei dieser Nachfrage um flexible Nachfrage handelt, sind ihre Nachfragegebote entsprechend nach oben limitiert. Knappheit im engeren Sinne ungedeckter Nachfrage liegt allerdings erst vor, wenn die unlimitierten Kaufgebote mengenmäßig sämtliche limitierten und unlimitierten Verkaufsgebote übersteigen. In diesen Fällen setzen die technischen Limits der Börse eine Preisobergrenze. Diese wurde in Deutschland jedoch noch nie erreicht und würde nach Ausführung der Börsen³² bei wiederholtem Erreichen bis zum sog. Value of Lost Load gesteigert werden.³³ Ob Erzeuger in einer der Einheitspreisauktionen das untere Limit ihrer Verkaufsgebote mit einem Mark-Up auf die Grenzkosten versehen, hat in Knappheitssituationen daher keinen Einfluss auf die Höhe des Einheitspreises. Preisspitzen oberhalb der Grenzkosten auch der Spitzenlastkraftwerke ergeben sich vielmehr bereits aus den preisbestimmenden Limits der Kaufgebote bzw. den technischen Limits. Die aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot ableitbaren Anforderungen an marktbeherrschende Anbieter beim Setzen unterer Limits in der börslichen Einheitspreisauktion können sich nicht auf das Ausmaß knappheitsbedingter Preisspitzen auswirken (vgl. Rn. 21 ff.).

III. Preisspitzen und Marktmachtmissbrauch

- 33** Die Feststellung einer missbräuchlichen und nach Kartellrecht verbotenen Kapazitätszurückhaltung erfordert kumulativ, dass (1.) das betreffende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, dass es (2.) Stromerzeugungskapazitäten missbräuchlich zurückgehalten hat und dass (3.) dies nicht im Einzelfall sachlich gerechtfertigt gewesen ist. Dies gilt für alle potentiell anwendbaren Normierungen des Verbots des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 102 AEUV, § 19 GWB und § 29 GWB.
- 34** Zu allen drei Tatbestandsmerkmalen liegen eine umfassende Rechtsprechung und Verwaltungspraxis sowie unzählige akademische Abhandlungen vor. Das gilt für das Marktmachtmissbrauchsverbot im Allgemeinen aber auch für den besonderen, hier relevanten Kontext des Stromerstabsatzmarktes; insoweit ist unverändert insbesondere auf den Ab-

³² Vgl. EEX, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 6, und EPEX SPOT, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 7.

³³ Siehe auch Annex I der „Decision of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators No 04/2017 of 14 November 2017 on the Nominated Electricity Market Operators’ Proposal for Harmonised Maximum and Minimum Clearing Prices for Single Day-Ahead Coupling“, in welcher die Methode zur Bestimmung von technischen Limits an den Börsen genehmigt wurde.

schlussbericht der Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“ des Bundeskartellamtes zu verweisen.³⁴ Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde ein vertieftes Verständnis des Stromer Absatzmarktes erarbeitet, marktbeherrschende Stellungen anhand des Residual-Supply-Index ermittelt und der tatsächliche Kraftwerkseinsatz auf einen Preishöhenmissbrauch mittels missbräuchlicher Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten untersucht. Die Sektoruntersuchung soll im Rahmen dieses Leitfadens nicht umfassend aufgearbeitet werden. Der Fokus liegt im Folgenden vielmehr auf den Fragen, deren Beantwortung für die Abgrenzung von zulässigen, knappheitsbedingten Preisspitzen gegenüber im Wege einer kartellrechtlich missbräuchlichen Kapazitätzurückhaltung verursachten Preisspitzen ausschlaggebend ist.

1. Marktbeherrschende Stellung

35 Erst wenn ein Unternehmen über ein Ausmaß an Marktmacht verfügt, das eine kritische Schwelle übersteigt, ist es im kartellrechtlichen Sinne marktbeherrschend. Seine Marktstellung verschafft ihm nach der Rechtsprechung die Möglichkeit, *„sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten“*.³⁵ Dies ist gleichbedeutend mit der Feststellung, dass *„das marktbeherrschende Unternehmen unternehmerische Entscheidungen treffen kann, die nicht hinreichend durch die Reaktionen seiner Wettbewerber, Kunden und Lieferanten beschränkt werden. Hierzu zählen insbesondere Entscheidungen über Preise, produzierte Mengen, die Qualität sowie andere marktrelevante Parameter wie z.B. die Höhe der Investitionen in neue Technologien oder Forschung und Entwicklung.“*³⁶

a) Marktmachtbericht

36 Die tatsächlichen Marktverhältnisse auf dem Stromer Absatzmarkt³⁷ unterliegen immer wieder Veränderungen (vgl. oben Rn. 12 ff.). Während in den Jahren 2007 und 2008 noch drei bzw. vier Unternehmen als marktbeherrschend eingestuft wurden, sind die Marktmachtstendenzen seit 2009 tendenziell rückläufig.³⁸ Flankierend zum Strommarkt 2.0 hat der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt aufgegeben, regelmäßig einen Marktmachtbericht im Rahmen seiner Monitoringtätigkeit im Energiebereich zu veröffentlichen (§ 53 Abs. 3

³⁴ Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“.

³⁵ EuGH, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 65 – United Brands.

³⁶ Bundeskartellamt, 29. März 2012, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz. 9.

³⁷ Zur Marktabgrenzung siehe unten bei Rn. 40.

³⁸ Vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2018, S. 38-47.

Satz 2 GWB). Er soll auf Analysen und Bewertungen der einschlägigen Daten der Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas aufsetzen,³⁹ sobald diese vorliegen. Damit wird eine hohe Aktualität der Analyse gewährleistet. Der Marktmachtbericht kann unabhängig vom umfassenderen Monitoringbericht und damit zeitnah veröffentlicht werden. So wird zusätzliche Transparenz über das Vorliegen von Marktbeherrschung geschaffen.

- 37** Der Marktmachtbericht ist im kartellrechtlichen Kontext ohne Beispiel. Für gewöhnlich obliegt es den Unternehmen, ihre Marktstellung mit Blick auf die Anwendbarkeit der Vorschriften der Missbrauchsaufsicht selbst einzuschätzen und die nötigen Konsequenzen hieraus zu ziehen. Soweit Unternehmen in der Konsultation zu diesem Leitfaden geltend gemacht haben, dies sei ihnen nicht möglich und nicht zumutbar,⁴⁰ verkennen sie den Charakter der Missbrauchstatbestände als unmittelbar wirkende Verbote, wie sie in allen Branchen gelten. Dieser steht nicht zur Disposition einer rechtsanwendenden Behörde und in Bezug auf Art. 102 AEUV auch nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers. Das Missbrauchsverbot entfaltet auch bereits ohne behördliche Feststellung von Marktbeherrschung unmittelbare Wirkung. Gerade marktstarke Unternehmen, die eine detaillierte Marktkenntnis und zumeist erhebliche unternehmerische Größe haben, können die Marktentwicklungen laufend und recht genau einschätzen. Der Marktmachtbericht wird sie im Hinblick auf ihre Selbsteinschätzung noch zusätzlich unterstützen.
- 38** Der Marktmachtbericht bietet weiterhin einen geeigneten Rahmen, Veränderungen der Marktrealitäten ggf. im Kontext von Veränderungen des Regulierungsrahmens in Bezug auf die Marktabgrenzung und die Marktmachtfeststellung zu berücksichtigen und zu kommunizieren. Einige mögliche Einflussfaktoren werden jedoch bereits im Folgenden kurz angesprochen.

b) Marktabgrenzung und Marktanteile

- 39** Die Marktabgrenzung ist ein dienender Zwischenschritt für die Bestimmung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem Markt. Ein wichtiger Indikator der Wettbewerbsverhältnisse

³⁹ BT-Drs. 18/7317, 134; vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Juli 2015, Ergebnispapier „Ein Strommarkt für die Energiewende“ (Weißbuch), S. 61.

⁴⁰ Vgl. z.B. Uniper, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 9.

sind die Marktanteile, für deren Bestimmung generell auf die geleistete Erzeugung abzustellen ist,⁴¹ im Zusammenhang mit Strom also auf die geleistete Arbeit.⁴²

- 40** Das Bundeskartellamt grenzt einen sachlich relevanten Markt für die Erzeugung und den erstmaligen Absatz von Strom ab (Stromerstabsatzmarkt).⁴³ Dieser Markt umfasst den erstmaligen Absatz aller Elektrizitätsversorger aus eigener, nicht nach dem EEG vergüteter Erzeugung.⁴⁴ Diesem Angebot steht die Strom-Residualnachfrage nach nicht nach dem EEG vergütetem Strom gegenüber. Nach EEG geförderte Strommengen befriedigen die Stromnachfrage vorrangig. Nur die verbleibende Stromnachfrage wird auf dem Stromerstabsatzmarkt wirksam. Im- und Exporte werden gemäß ihrer tatsächlichen Menge berücksichtigt.
- 41** Die Erzeugung und Einspeisung von EEG-Strom erfolgt weitgehend losgelöst von den Stromgroßhandelspreisen und unterliegt insoweit nicht dem Wettbewerb der übrigen Stromerzeugung. Mit Einführung der Direktvermarktung und von Wettbewerb um Förderhöhen bei Neubauprojekten begann sich deren Vergütung dem Großhandelspreisverlauf bzw. -niveau anzunähern. Für die Zwecke des Kartellrechts besteht allerdings unter den gegenwärtigen Marktumständen noch kein Anlass, EEG-geförderte Anlagen in der verpflichtenden Direktvermarktung in den Erstabsatzmarkt einzubeziehen.⁴⁵ Über tatsächliche und rechtliche Veränderungen informiert ggf. der Marktmachtbericht (oben, Rn. 36 ff.).
- 42** Einspeisungen für die Erbringung von Regelarbeit sind nicht Teil des Erstabsatzmarktes,⁴⁶ sondern Ausfluss der Vorgänge auf den selbständigen Regelenenergiemärkten.⁴⁷ Perspektivisch werden jedoch neben die kurzfristige physische Intraday-Vermarktung im Stromgroßhandel Regelarbeitsmärkte treten (Art. 24 (2) lit. b NC BAL⁴⁸). Die beabsichtigte Einführung von Regelarbeitsmärkten könnte in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung insoweit zu einer Verschiebung der sachlichen Marktgrenzen führen, worüber ebenfalls im Marktmachtbericht zu informieren sein wird.

⁴¹ Kommission, Bekanntmachung vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 Rn. 53; Bundeskartellamt, Leitfaden v. 29. März 2012 zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 28.

⁴² BGH, B. v. 11. November 2008, KVR 60/07 – E.ON Eschwege.

⁴³ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 69 ff.; Bundeskartellamt, B. v. 8. Dezember 2011, B8-94/11 – RWE/SW Unna, Rn. 22 ff.

⁴⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 73 f.; Bundeskartellamt, B. v. 5. Juli 2017, B4-80/17, Rn. 94 – EnBW/MVV.

⁴⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht v. 31.5.2019, B8-28/19, S. 5 – RWE/E.ON.

⁴⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 71 ff.

⁴⁷ Vgl. zur Marktabgrenzung Bundeskartellamt, B. v. 5. Juli 2017, B4-80/17, Rn. 107 ff. – EnBW/MVV.

⁴⁸ Verordnung (EU) 2017/2195 der Kommission vom 23. November 2017 zur Festlegung einer Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem, ABl. L 312 v. 28.11.2017, 6.

43 In den vergangenen Jahren haben die Strommengen, die von grundsätzlich am Erstabmarkt eingesetzten Anlagen auf Anweisung der ÜNB für die Zwecke des Redispatch geleistet bzw. nicht geleistet werden, erheblich zugenommen und eine relevante Größe erreicht.⁴⁹ Für den Stromerstabmarkt sind die zum Fahrplan angemeldeten Einspeisungen vor der Redispatchanweisung relevant; die tatsächlich geleisteten Einspeisungen werden demnach um die Redispatchanweisungen korrigiert. Stromerzeugungskapazitäten, die dem Stromgroßhandel nicht zur Verfügung stehen, weil sie der Netzreserve, der Sicherheitsbereitschaft oder der Kapazitätsreserve zugeordnet sind, sind ebenfalls nicht Teil des Stromerstabmarktes.⁵⁰

44 Derzeit grenzt das Bundeskartellamt den Stromerstabmarkt räumlich entsprechend dem Marktgebiet ab. Er umfasste bis zum 30. September 2018 Luxemburg, Deutschland und Österreich. Ausschlaggebend hierfür war, dass im gemeinsamen Marktgebiet einheitliche Preise und Marktverhältnisse herrschten. Diese Verhältnisse haben sich insb. durch die Engpassbewirtschaftung an der Grenze zwischen Deutschland und Österreich in Folge der Einführung eines Net Transfer Capacity-Wertes am 1. Oktober 2018 geändert.⁵¹ Konsequenzen für die räumliche Marktgrenzung sind anhand der Marktwirkungen im Rahmen der Marktmachtberichte zu beurteilen. Bei jeder der denkbaren geographischen Marktgrenzungen wird zudem Wettbewerb von außerhalb des abgegrenzten Marktes spätestens in der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt (vgl. unten, Rn. 47).

c) Pivotalanalyse und Beurteilungszeitraum

45 Bei der Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung betrachtet das Bundeskartellamt wegen der Besonderheiten des Strommarktes insbesondere auch den Grad der Unverzichtbarkeit eines Anbieters für die Deckung der Nachfrage. Hierfür kommt es insbesondere auf das Ausmaß noch verfügbarer, freier Kapazität im Markt an. Im Rahmen dieser Beurteilung werden daher nach dem EEG geförderte Erzeugungsmengen umfassend berücksichtigt, da sie insb. wegen ihrer Kosten- und Erlösstruktur zu entsprechenden freien, nicht nach dem EEG vergüteten Kapazitäten führen. Bei der Beurteilung schließt das Bundeskartellamt ferner nicht von einzelnen (Knappheits-) Situationen auf die Unverzichtbarkeit eines Anbieters, sondern betrachtet typischerweise den Zeitraum eines Jahres.

46 Der Stromerstabmarkt weist im Vergleich zu anderen Märkten Besonderheiten auf, die

⁴⁹ Zur wettbewerblichen Einordnung von Redispatch vgl. Bundeskartellamt, B. v. 5. Juli 2017, B4-80/17, Rn. 124 ff. – EnBW/MVV.

⁵⁰ Entgegen BDEW, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 5 f.; RWE, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 7.

⁵¹ Vgl. die Genehmigungsverfahren Bundesnetzagentur, BK6-18-056 bis 059.

das Vorliegen von Marktmacht begünstigen.⁵² Im Gegensatz zu den meisten anderen Handelswaren ist Strom nur in sehr eingeschränktem Umfang lager- bzw. speicherbar. Es muss stets die Menge an Strom ins Netz eingespeist werden, die zu diesem Zeitpunkt verbraucht wird. Kurzfristig ist die Stromnachfrage ferner in hohem Maße unelastisch. Diese Eigenschaften des Stromer Absatzmarktes führen dazu, dass jeder Anbieter zu jedem Zeitpunkt, in dem seine eigene Kapazität notwendig ist, um die Gesamtnachfrage zu decken, über erhebliche Marktmacht verfügt.⁵³ Daher können auch mehrere Anbieter – jeweils unabhängig voneinander – über erhebliche Marktmacht verfügen.⁵⁴

47 Aufgrund der besonderen Eigenschaften des Strommarktes hat das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung den sog. Residual-Supply-Index (RSI) ermittelt und den Marktbeherrschungsbefunden zugrunde gelegt.⁵⁵ Er beziffert, ob und inwieweit ein Unternehmen zur Deckung der Nachfrage unverzichtbar bzw. in welchem Umfang ein Unternehmen hierfür erforderlich ist. Demnach wurden im Rahmen der kurzfristigen Berechnung der verwendeten bzw. verfügbaren Stromerzeugungskapazitäten für die Zwecke des RSI Erzeugungsanlagen, soweit sie technischen Restriktionen unterliegen, herausgerechnet; diese umfassen insb. auch kurzfristig für den Redispatch gebundene Kapazitäten. Ebenfalls herausgerechnet wurden Kapazitäten, die der Regelleistungsvorhaltung und der Leistungsbesicherung bzw. Reservevorhaltung dienen. Der im zweijährigen Berichtszeitraum beobachtete Höchstwert der Nettoimporte wurde dem Markt kapazitätsseitig zugerechnet.⁵⁶ Dieser Ansatz scheint unverändert zielführend. Insbesondere steigern weitergehende Integrationserfolge im Binnenmarkt⁵⁷ oder zunehmende Stromflüsse in Folge der Energiewende diesen Höchstwert, etwa nach einer Verbesserung der Marktkopplung⁵⁸ oder einer Steigerung der Kapazitäten an den Marktgebietsgrenzen. Der Ansatz des beobachteten Höchstwerts der Nettoimporte ist jedoch zugunsten potentiell marktbeherrschender Unternehmen konservativ, denn er führte bei einer gleichzeitigen Anwendung auf alle räumlich relevanten Stromer Absatzmärkte in Europa zu einer systematischen Überzeichnung der

⁵² Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 38-40, 96-97.

⁵³ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 97.

⁵⁴ Vgl. BGH, U. v. 3. März 2009, KZR 82/07 WuW/E DE-R 2708, Tenor b) und Rn. 32 – Reisestellenkarte.

⁵⁵ Zum Konzept und zur Berechnung ausführlich Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 98 ff.

⁵⁶ Vgl. zu den Importen Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 99, sowie zur Ermittlung S. 55 und 239 ff.

⁵⁷ Vgl. EEX, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 2

⁵⁸ Vgl. EEX, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 5, RWE-Gutachten, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 12 ff.

gleichzeitig zur Verfügung stehenden Kapazität. Das Bundeskartellamt beobachtet die wissenschaftliche Debatte und wird auch weiterhin insb. neue oder andere Indizes auf ihre Eignung zur Marktmachtfeststellung prüfen und über Veränderungen des Ansatzes in den Marktmachtberichten informieren.

- 48** Einen Anbieter schon dann als marktbeherrschend einzustufen, wenn dessen Kapazität in einer einzelnen (Viertel-)Stunde notwendig für die Deckung der Gesamtnachfrage ist⁵⁹ bzw. war, würde der Zielrichtung der Missbrauchsaufsicht und den Besonderheiten auf dem Strommarkt nicht gerecht. Erst wenn ein Unternehmen in einer signifikanten Anzahl der Stunden eines Jahres unverzichtbar für die Deckung der Stromnachfrage ist, ist ein Ausmaß an Marktmacht erreicht, das die Marktbeherrschungsschwelle überschreitet und die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften verhältnismäßig erscheinen lässt. Dementsprechend stellt insb. § 18 Abs. 3 GWB für die Feststellung der Marktbeherrschung wesentlich auf längerfristige, strukturelle Faktoren ab, die mit dauerhaften Verhaltensspielräumen korrespondieren. Allein für diese sind die kartellrechtlichen Rechtsfolgen und -behelfe vorgesehen. Zeitlich singuläre Situationen erlauben demgegenüber auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Stromerstabatzmarktes keinen Rückschluss auf strukturell die Verhaltensspielräume eines Unternehmens begrenzende Faktoren und werden damit dem Zweck der Marktabgrenzung und Marktbeherrschungsprüfung bei der Kartellrechtsanwendung nur begrenzt gerecht. Hingegen erscheint eine längerfristige, insbesondere aber nicht ausschließlich jährliche Betrachtung hinreichend, um strukturelle Positionen zu identifizieren, die missbräuchliches Verhalten ermöglichen. Der Ansatz, dass eine marktbeherrschende Stellung nur auf der Grundlage einer mehrjährigen Betrachtung festgestellt werden kann,⁶⁰ würde den Aspekt der Dauerhaftigkeit solcher strukturellen Positionen überbetonen und damit die tatsächlich bestehenden marktmachtbedingten Spielräume für ein missbräuchliches Verhalten unterschätzen.
- 49** In der Sektoruntersuchung wurde eine marktbeherrschende Stellung vermutet, wenn ein Stromerzeuger in mindestens 5 % der Stunden eines Jahres (d.h. in mindestens 438 Stunden eines Jahres – nicht notwendig eines Kalenderjahres) unverzichtbar für die Deckung der Stromnachfrage war.⁶¹ Dieser Schwellenwert entspricht dem allgemein in der wissenschaftlichen Debatte verwendeten Wert. Er erscheint daher unverändert die richtige Grö-

⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2015, Rn. 416-417; dies., Sondergutachten Energie 2017, Rn. 76 ff.; Monopolkommission, Sektorgutachten Energie 2019, Rn. 51 ff.

⁶⁰ Vgl. z.B. Statkraft, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 5 f.

⁶¹ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 98-109.

Benordnung zu adressieren. Im Übrigen weist er naturgemäß den Nachteil jedes Schwellenwertes auf, dass im unmittelbaren Umfeld des Schwellenwertes eine marginale Veränderung der Eingangsgröße zu einer Änderung der Bewertung führen kann. Es ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass die Marktbeherrschungsbefunde in der Sektoruntersuchung für die beiden damals größten Unternehmen auf eine Überschreitung dieses Schwellenwertes um rund 500 % bis 1000 % gestützt wurden,⁶² sodass es auf die genaue Bemessung des Schwellenwertes nicht ankam. Heute können für eine marktbeherrschende Stellung in Frage kommende, große Erzeugungsunternehmen ihre aktuelle Markstellung anhand vielfältiger, für alle Unternehmen zugänglicher Transparenzdaten⁶³ und der Kenntnisse aus dem eigenen Kraftwerksgeschäft in Echtzeit zudem hervorragend selbst einschätzen; dies gilt auch für den Zeitpunkt der Überschreitung einer 5%-Schwelle. Das Bundeskartellamt wird daher zunächst weiterhin die in der Sektoruntersuchung dargestellten Grundsätze anwenden.⁶⁴

2. Missbrauch und Kapazitätszurückhaltung

- 50** Der Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs im deutschen und europäischen Kartellrecht erfasst einerseits Verhaltensweisen zur Verdrängung von Wettbewerbern („Behinderungsmissbrauch“) und andererseits das Ausnutzen von Marktmacht gegenüber Verbrauchern, Kunden oder Lieferanten („Ausbeutungsmissbrauch“). Eine missbräuchliche Kapazitätszurückhaltung ist der Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs zuzuordnen. Die künstliche Angebotsverknappung bewirkt nicht eine Verdrängung von Wettbewerbern (anderen Stromerzeugern), sondern eine Erhöhung der Stromgroßhandelspreise.⁶⁵
- 51** Bei normalem, wettbewerblich geprägtem Marktgeschehen wäre zu erwarten, dass jedwede Kapazität, die über ihren kurzfristigen Grenzkosten verkauft werden kann, auch am Markt angeboten wird, da der Anbieter hierdurch einen zusätzlichen Deckungsbeitrag erzielen kann.⁶⁶ Europäische Kommission und Bundeskartellamt gehen daher von einer Kapazitätszurückhaltung im Sinne von Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB und ggf. § 29 GWB

⁶² Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 105.

⁶³ Vgl. nur die Internetangebote transparency.entsoe.eu, smard.de, www.netztransparenz.de, www.regelleistung.net, www.marktstammdatenregister.de.

⁶⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 106 ff.

⁶⁵ Vgl. zu den Wirkweisen die Darstellung in Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 115 ff., und anschaulich Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2017, Rn. 58 ff.

⁶⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 115; vgl. BDEW, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 4; implizit auch Uniper, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 6.

aus, wenn ein Unternehmen tatsächlich verfügbare Stromerzeugungskapazitäten, die zu einem Preis über den jeweiligen kurzfristigen Grenzkosten verkauft werden könnten, nicht am Markt anbietet („physische Kapazitätszurückhaltung“) oder nur zu einem so hohen Preis anbietet, dass die Kapazitäten bei der Zusammenführung von Angebot und Nachfrage nicht zum Zuge kommen („finanzielle Kapazitätszurückhaltung“).⁶⁷

- 52** Notwendiges und hinreichendes Kennzeichen einer Kapazitätszurückhaltung ist der Nichteinsatz tatsächlich verfügbarer Stromerzeugungskapazitäten, die zu einem Preis über den jeweiligen kurzfristigen Grenzkosten hätten verkauft werden können. Hinsichtlich der tatsächlichen Verfügbarkeit hat das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung technische Restriktionen (z. B. Mindeststillstandszeiten, maximale Anzahl Starts pro Tag) sowie Vorhaltung von Regel- und Reserveenergie umfassend berücksichtigt.⁶⁸ Entsprechendes gilt für Redispatch.
- 53** Der Nachweis einer Kapazitätszurückhaltung kann z.B. anhand unternehmensinterner Unterlagen, die eine entsprechende Strategie des Unternehmens belegen, oder anhand einer Überprüfung des tatsächlichen Kraftwerkseinsatzes erfolgen. Durch diesen Ansatz können knappheitsbedingte Preisspitzen klar von etwaigen Preisspitzen unterschieden werden, die durch Kapazitätszurückhaltung zu Stande kommen. Dagegen wäre eine Überprüfung einzelner Gebote im Stromgroßhandel weder erfolgversprechend noch sinnvoll. Ein solcher Ansatz müsste sämtliche Stromhandelsaktivitäten des betroffenen Unternehmens umfassend abbilden. Einzelne Handelsaktivitäten von Stromerzeugungsunternehmen können in der Regel – insbesondere auch an der Strombörse – nicht einzelnen Kraftwerken zugeordnet werden und lassen somit keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Kosten- und einen etwaigen Preishöhenmissbrauch zu; ein Anknüpfen an die Höhe einzelner Gebote oder an die Höhe der Deckungsbeiträge wäre entsprechend fehlerträchtig.⁶⁹
- 54** Im Falle der Überprüfung des tatsächlichen Kraftwerkseinsatzes werden die Grenzkosten der vom marktbeherrschenden Unternehmen nicht eingesetzten Kraftwerke den kurzfristigen Strompreisen gegenübergestellt. Bei der Berechnung der Grenzkosten einer Anlage sind zunächst Brennstoff- und Transportkosten, Betriebsmittelkosten, Emissionskosten

⁶⁷ Vgl. Europäische Kommission, 26. November 2008, COMP/39.388, Rn. 26-40 – Deutscher Stromgroßhandelsmarkt; Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 115-119.

⁶⁸ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 208-239.

⁶⁹ So kann man z.B. einem hohen Preis/Deckungsbeitrag für sich genommen nicht „ansehen“, ob dieser durch Knappheit oder durch Kapazitätszurückhaltung zu Stande kam, vgl. z.B. Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2015, Rz. 382-411.

und Anfahrtkosten zu berücksichtigen.⁷⁰ Hinzu kommen grundsätzlich auch Opportunitätskosten,⁷¹ insb. für Speicherkraftwerke.⁷² Darüber hinaus kann grundsätzlich auch eine Risikoausfallprämie zur finanziellen Absicherung gegen Kraftwerksausfälle anerkannt werden.⁷³ Diese dürfte aber in aller Regel keine quantitativ erhebliche Rolle spielen. Solange keine Knappheitssituation vorliegt und die Nachfrage damit nicht preissetzend wird, ist die Risikoausfallprämie nahezu Null, da das Grenzkosteninkrement zur nächstteureren Erzeugungseinheit klein und in Verbindung mit der geringen Wahrscheinlichkeit eines Ausfalls zwischen Day-Ahead-Vermarktung und Erfüllung sehr gering wird. Für die Zwecke des kartellbehördlichen Aufgreifermessens kann die Risikoausfallprämie daher mit Null angesetzt werden. Die Höhe einer angemessenen Risikoausfallprämie wird ganz überwiegend von unternehmensspezifischen Faktoren bestimmt (u.a. Ausfallwahrscheinlichkeiten, Netzlage, Reservekonzept). Sie wird daher auf Ebene der Rechtfertigung (siehe unter Rn. 58) im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes unter gesteigerter Mitwirkungspflicht des betroffenen Unternehmens geprüft (siehe unter Rn. 59 f.).

- 55** Mögliche Redispatcheinsätze von inländischen Marktkraftwerken sind bei der Berechnung der Grenzkosten für die Zwecke der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über den Erstabatzmarkt hingegen generell nicht zu berücksichtigen. Nach § 13a Abs. 2 Satz 1 EnWG stellt Redispatch „den Betreiber der Anlage wirtschaftlich weder besser noch schlechter“. Sollten perspektivisch Redispatchmärkte eingeführt werden,⁷⁴ wäre diese Frage im Lichte eines geänderten Regulierungsrahmens und seiner Marktwirkungen neu zu bewerten.
- 56** Die Grenzkosten werden mit den Ergebnissen der gekoppelten Day-Ahead-Auktion verglichen. Dieser Preis ist unverändert der quantitativ wichtigste implizite oder explizite Referenzpunkt für viele längerfristige Stromhandelsverträge.⁷⁵ Außerdem bietet nur⁷⁶ der Day-Ahead-Markt die Möglichkeit, komplexe Blockgebote abzugeben, welche die physischen

⁷⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 161 ff.

⁷¹ Auszunehmen sind insb. rechtlich missbilligte Opportunitätskalküle. Ein Optimieren in die Ausgleichsenergie (Vorschlag Statkraft, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 3) verstieße gegen Pflichten zum Bilanzkreisausgleich; die Vermarktung von Grünzertifikaten für EEG-Strom (Vorschlag MVV, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 3) könnte gegen das entsprechende Verbot in § 80 Abs. 2 EEG verstoßen.

⁷² Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 183 ff.

⁷³ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 190 f.; vgl. zu entsprechenden Forderungen EnBW, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 7 f.; BDEW, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 4.

⁷⁴ Vgl. den Legislativvorschlag der Kommission im Rahmen des sog. Winterpakets in Art. 12 des Entwurfs der Strommarktverordnung im Verfahren 2016/0379/COD zuletzt ST 5834 2018 REV 6.

⁷⁵ So auch Nordpool, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 2.

⁷⁶ Broker spielen im Intraday-Handel keine wahrnehmbare Rolle (vgl. Nachweise zu Rn. 20).

Gegebenheiten des Kraftwerksparks näherungsweise nachbilden können. Die Intraday-Märkte dienen hingegen vorrangig der Residualoptimierung. Mögliche make-or-buy-Entscheidungen auf Basis des Handels an den Intraday-Märkten oder durch In-sich-Geschäfte unterliegen einer unternehmensindividuellen Strategie. Ihre Ermittlung erfordert die gesteigerte Mitwirkung des betroffenen Unternehmens. Sie werden auf Ebene der sachlichen Rechtfertigung berücksichtigt (siehe unter Rn. 60). Kapazitätszurückhaltungen nur auf den Intraday-Märkten könnten auch marktmachtmissbräuchlich sein, wirken aber nicht so direkt auf das Gesamtpreisniveau zurück und werden daher hier nicht vertieft.

57 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Prüfung von Preisbildungsfaktoren neben möglichen Sicherheitszuschlägen wegen nicht ausgeräumter Unsicherheiten der Ermittlungsergebnisse auch ein Erheblichkeitszuschlag anzusetzen.⁷⁷ Unerhebliche, marginale Fehlplanungen, wie sie mit vorausschauendem, unternehmerischem Handeln⁷⁸ zwangsläufig einhergehen,⁷⁹ stellen schon vor diesem Hintergrund keinen verbotenen Missbrauch dar. Dies gilt auf für zulässige Opportunitätskalküle. Es ist allerdings zu erwarten, dass solche marginalen Fehlplanungen auf Grundlage einer objektiven Methode und eines definierten Risikoprofils⁸⁰ erfolgen und symmetrisch streuen so, dass sie sich über einen längeren Betrachtungszeitraum ausgleichen. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Markt sehr gut einzuschätzen vermag, sodass unbeabsichtigte, quantitativ erhebliche und zudem systematisch in die Richtung eines Nichteinsatzes gehende Fehlplanungen grundsätzlich nicht zu erwarten sind. Im Rahmen der Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt trotz einer festgestellten Kapazitätszurückhaltung unter Berücksichtigung der damaligen Marktverhältnisse und Ermittlungsmöglichkeiten kein Missbrauchsverfahren eingeleitet.⁸¹ Ausschlaggebend hierfür war, dass der festgestellte Umfang des Nichteinsatzes von Kraftwerken, die „im Geld“ waren, unter Berücksichtigung der Unsicherheiten bei dessen Identifizierung bzw. sachlichen Rechtfertigung vor dem Hintergrund der damaligen Marktverhältnisse zu gering war, um für den untersuchten Zeitraum konkrete Missbrauchsverfahren einzuleiten.

⁷⁷ BGH, B. v. 15. Mai 2012, KVR 51/11, WuW/E DE-R 3622, Rn. 26 – Wasserpreise Calw I; ausdrücklich auch zu § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB: BGH, B. v. 14. Juli 2015, KVR 77/13, Rn. 63 des Umdrucks – Calw II.

⁷⁸ Vgl. dazu insb. Uniper, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 9.

⁷⁹ So schon Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 24.

⁸⁰ So NVE, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 4.

⁸¹ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 23 und 148 ff., insb. 157 f.

3. Sachliche Rechtfertigung

- 58** Eine Kapazitätszurückhaltung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann im Einzelfall nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und ggf. § 29 GWB sachlich gerechtfertigt sein. Das betroffene Unternehmen kann grundsätzlich verschiedenste Rechtfertigungsgründe vortragen; das Gesetz sieht hier keinen abschließenden Kanon vor. Eine abschließende Behandlung dieses Tatbestandmerkmals ist im Rahmen dieses Leitfadens aus mehreren Gründen nicht möglich: Die in einem etwaigen Verfahren vom betroffenen Unternehmen ggf. vorgetragenen Rechtfertigungsgründe sind naturgemäß nicht vorhersehbar. Ferner hat die Kartellbehörde alle Umstände des konkreten Einzelfalls zu würdigen. Zudem ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung eine umfassende Interessenabwägung unter besonderer Berücksichtigung der wettbewerbsschützenden Zielrichtung des Kartellrechts vorzunehmen.⁸² Schließlich liegt bislang keine einschlägige Fallpraxis zur Rechtfertigung einer Kapazitätszurückhaltung vor.⁸³ Im Folgenden werden daher lediglich einzelne denkbare bzw. im Rahmen der Konsultation angeführte Rechtfertigungsgründe adressiert.
- 59** Das Bundeskartellamt hält an seiner im Bericht zur Sektoruntersuchung vertretenen Ansicht fest, dass die fehlende Vollkostendeckung für den Kraftwerkspark eines Anbieters aus allen Vermarktungswegen einen sachlichen Rechtfertigungsgrund darstellt. Unter besonderen Umständen kann die Situation eintreten, dass ein marktbeherrschender Anbieter die Vollkosten seines gesamten Kraftwerksparks nur decken kann, wenn er einen Teil seiner Kapazitäten zurückhält. In dieser Situation wäre eine Kapazitätszurückhaltung durch einen marktbeherrschenden Anbieter sachlich gerechtfertigt.⁸⁴ Ausschlaggebend hierfür ist, dass es auch einem marktbeherrschenden Anbieter möglich sein muss, seine effizienten Kosten zu decken. Dabei ist die gesamte Tätigkeit auf dem relevanten Markt, hier Stromer Absatzmarkt zu betrachten. Ein Abstellen auf einzelne Kraftwerke wäre zur Rechtfertigung ungeeignet. Denn im Falle der Kapazitätszurückhaltung erzielt das betroffene Kraftwerk keine Erlöse, obwohl es profitable Einsatzmöglichkeiten gegeben hätte (vgl. Rn. 51-52). Einen Beitrag zur Deckung seiner Vollkosten kann die Zurückhaltung des Kraftwerks nicht leisten, im Gegenteil verschlechtert sich dadurch seine Profitabilität. Vor diesem Hin-

⁸² St. Rspr., siehe nur BGH, U. v. 12. April 2016, KZR 30/14, WuW 2016, 427, Rn. 48 – Netcologne.

⁸³ In der Entscheidung zum einzigen bislang einschlägigen Fall (Europäische Kommission, 26. November 2008, COMP/39.388 – Deutscher Stromgroßhandelsmarkt) sind keine Ausführungen zur sachlichen Rechtfertigung enthalten.

⁸⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 195; vgl. Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Auflage, § 19 Rn. 318 mit Nachweisen insb. der differenzierten BGH-Rechtsprechung, vgl. insb. auch BGH, U. v. 22.7.1999, KVR 12/98, BGHZ 142, 239 – Flugpreisspaltung.

tergrund bleiben die in der Konsultation von einzelnen Marktteilnehmern getätigten Ausführungen zur Betrachtung einzelner Anlagen⁸⁵ unverständlich.

- 60** Auf Ebene der sachlichen Rechtfertigung sind ferner make-or-buy-Entscheidungen auf den Intraday-Märkten⁸⁶ zu berücksichtigen (s. oben, Rn. 56).⁸⁷ Aufgrund der Daten zu Intraday-Geschäften zwischen verschiedenen Marktteilnehmern, die der Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas zur Verfügung stehen, ist eine Überprüfung der Handelsgeschäfte marktbeherrschender Unternehmen ohne erheblichen zusätzlichen Aufwand möglich. Die Unternehmen können ihrer gesteigerten Mitwirkungspflicht im Rahmen der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung daher im Wesentlichen durch bloße Erfüllung ihrer ohnehin bestehenden Meldepflichten nachkommen.
- 61** Ferner kann der Ansatz einer Risikoausfallprämie im Einzelfall den Nichteinsatz eines ansonsten „im Geld“ befindlichen Kraftwerks sachlich rechtfertigen. Die insoweit besondere Herausforderung besteht darin, dass eine entsprechende Leistungsbesicherung eines marktbeherrschenden Stromerzeugers i.d.R. konzernintern und über den gesamten Kraftwerkspark hinweg durchgeführt wird. Aus diesem Grund ist zur Substantiierung eines solchen Rechtfertigungsvortrags die Vorlage einer nachvollziehbaren Kostenrechnung und -schlüsselung erforderlich. Dabei zu berücksichtigen sind (1.) die Ausfallwahrscheinlichkeiten der einzelnen Kraftwerke des betroffenen Unternehmens, (2.) nicht als verfügbar unterstellte Reservekapazitäten (s. oben, Rn. 47), die der Betreiber selbst oder durch (Tausch-)Verträge mit Dritten zur Leistungsbesicherung vorhält sowie der Merit-Order-Effekt dieser Reservevorhaltung und seine kompensatorische Wirkung, (3.) die übrigen, nicht vermarkteten Kapazitäten des Erzeugers selbst bzw. Dritter im geographischen Markt, (4.) die Auslastung der Grenzkuppelstellen und die Knappheit im elektrisch benachbarten Ausland sowie (5.) die Kosten von Ersatzbeschaffungen am Intraday-Markt, Ausgleichsenergie, Kapazitätsreserve und (fernliegend) Sicherheitsbereitschaft. Die Risikoausfallprämie muss ferner methodisch konsequent über den gesamten Kraftwerkspark geschlüsselt und im Zeitverlauf konsistent angewendet worden sein.

4. Beweislastverteilung

- 62** Im kartellbehördlichen Verfahren trifft die Kartellbehörde die Beweislast für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sowie einer Zurückhaltung von Stromerzeugungskapa-

⁸⁵ Vgl. RWE, Stellungnahme zum Konsultationsentwurf, S. 12 f.

⁸⁶ Vgl. Uniper, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 4 f.; EFET, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 7; BDEW, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 8.

⁸⁷ Vgl. Bundeskartellamt, Januar 2011, Sektoruntersuchung „Stromerzeugung und -großhandel“, S. 158.

pazitäten. Eine gesteigerte Darlegungs- und Mitwirkungspflicht hat das betroffene Unternehmen im Bereich der sachlichen Rechtfertigung, da die Kartellbehörde bezüglich etwaiger Rechtfertigungsgründe auf einen substantiierten Vortrag des Unternehmens angewiesen ist. Die Kartellbehörde ist nach dem Amtsermittlungsgrundsatz aber auch hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung verpflichtet, alle relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu untersuchen.

- 63** Eine von Art. 102 AEUV und § 19 GWB abweichende Beweislastverteilung hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der sachlichen Rechtfertigung sieht § 29 GWB nur für das Vergleichsmarktkonzept vor (Satz 1 Nr. 1 – „Forderung von im Vergleich ungünstigeren Entgelten oder Geschäftsbedingungen“), nicht aber für die sog. Kostenkontrolle (Satz 1 Nr. 2 – „Forderung von Entgelten mit einem unangemessen hohen Preis-Kosten-Abstand“).⁸⁸ Die Beurteilung einer Kapazitätszurückhaltung auf dem Stromer Absatzmarkt wird nicht nach dem Vergleichsmarktkonzept des § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB ermittelt und hat damit für die Beweislastverteilung keine Praxisrelevanz.⁸⁹

C. Zulässige Preisspitzen im Strommarkt nach REMIT

I. Hintergrund

- 64** Im Dezember 2011 wurde die Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes (REMIT) erlassen. Im Dreiklang mit den kartellrechtlichen und finanzmarktrechtlichen Bestimmungen gewährleistet dieser europarechtliche Rahmen, dass Marktteilnehmer auf die Integrität der Strom- und Gasmärkte vertrauen können. Hierzu gehört insbesondere, dass die auf den Energiegroßhandelsmärkten gebildeten Preise ein faires und auf Wettbewerb beruhendes Zusammenspiel zwischen Angebot und Nachfrage widerspiegeln und dass aus dem in REMIT näher definierten Marktmissbrauch keine unrechtmäßigen Gewinne gezogen werden können.⁹⁰
- 65** Kernelemente sind die Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation (Art. 3 und 5 REMIT). Die Begriffsbestimmungen sowie die Verbotstatbestände orientieren sich an den finanzmarktrechtlichen Regelungen und berücksichtigen dabei die Besonderheiten der

⁸⁸ Begründung der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses im Gesetzgebungsverfahren zur Preismissbrauchsnovelle, BT-Drs. 16/7156, 11.

⁸⁹ So auch BDEW, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 9; siehe auch Uniper, Stellungnahme zum Konsultationsdokument, S. 7.

⁹⁰ Siehe hierzu Erwägungsgrund 1 REMIT.

Energiegroßhandelsmärkte.⁹¹ Sie werden durch Koordinationsmechanismen mit den zuständigen Finanzbehörden flankiert (Art. 16 Abs. 3 REMIT). Der Gesetzgeber möchte dadurch Kohärenz zwischen den finanz- und energiegroßhandelsrechtlichen Vorschriften erreichen.⁹² Zu den Besonderheiten der Energiegroßhandelsmärkte gehören hingegen insbesondere die Berücksichtigung energierechtlicher Vorgaben und energiewirtschaftlicher Pflichten auch hinsichtlich der Versorgungssicherheit.

- 66** Die Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas⁹³ bei der Bundesnetzagentur überwacht gemäß Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2 REMIT die deutschen Energiegroßhandelsmärkte. Sie sucht – soweit hier relevant – nach Anhaltspunkten für Verstöße gegen die Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation.⁹⁴ Die Bundesnetzagentur setzt die Verordnung durch und verfolgt solche Anhaltspunkte.
- 67** Nachfolgend stellt die Bundesnetzagentur ihr Verständnis des Marktmanipulationsverbots in Bezug auf zulässige Preisspitzen im deutschen Stromgroßhandel dar, um auf mögliche im Markt bestehende Unsicherheiten einzugehen.⁹⁵ Darüber hinaus weist sie an dieser Stelle auf die Pflicht der Marktteilnehmer zur rechtzeitigen und effektiven Veröffentlichung von Insider-Informationen und das Insiderhandelsverbot hin.⁹⁶

II. REMIT verbietet Marktmanipulation

- 68** Das Marktmanipulationsverbot ist in Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 REMIT definiert. REMIT unterscheidet zwischen der handelsgestützten Marktmanipulation (Art. 2 Nr. 2 lit. a i und ii), der handlungsgestützten Marktmanipulation (Art. 2 Nr. 2 lit. a iii) und der informationsgestützten Marktmanipulation (Art. 2 Nr. 2 lit. b).
- 69** Die handelsgestützte und die handlungsgestützte Marktmanipulation setzen den Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte voraus. Von handelsgestützter bzw. handlungsgestützter Marktmanipulation

⁹¹ Siehe hierzu Erwägungsgründe 3 und 13 REMIT.

⁹² Siehe hierzu Erwägungsgrund 16 REMIT.

⁹³ Für Hintergrundinformationen siehe deren Website www.markttransparenzstelle.de.

⁹⁴ Die weiteren Aufgaben der Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas sind in § 47b GWB niedergelegt.

⁹⁵ In diesem Zusammenhang ist auch auf die Konkretisierung von Auslegungsfragen der REMIT durch ACER in der ACER non-binding Guidance zu verweisen: Guidance on the application of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency 4th Edition Updated 22-March-2018.

⁹⁶ Siehe hierzu Bundesnetzagentur, Merkblatt 1 – Effektive und rechtzeitige Veröffentlichung von Insider-Informationen gemäß Art. 4 Abs. 1 REMIT, 22. Juli 2014, und Merkblatt 2 – Aufschiebung der Veröffentlichung von Insider-Informationen gemäß Art. 4 Abs. 2 REMIT, 16. September 2014, und Merkblatt 3 – Ausnahme vom Insiderhandelsverbot gemäß Art. 3 Abs. 4 b) REMIT, 16. September 2014, <https://remit.bundesnetzagentur.de/REMIT/DE/Informationen/Dokumente/Merkblaetter/start.html>.

ist zunächst auszugehen, wenn der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrages

- I. falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten, die Nachfrage danach oder ihren Preis gibt oder geben könnte,
- II. den Preis eines oder mehrerer Energiegroßhandelsprodukte so beeinflusst, dass ein künstliches Preisniveau entsteht, oder
- III. unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung erfolgt, die falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten, die Nachfrage danach oder ihren Preis geben oder geben könnten.

Anders als die kartellrechtlichen Vorgaben setzt das Verbot der handels- bzw. handlungsgestützten Marktmanipulation gemäß REMIT folglich immer an der einzelnen Transaktion oder dem einzelnen Handelsauftrag oder an einer Folge von Transaktionen bzw. Handelsaufträgen an.

70 Die informationsgestützte Marktmanipulation betrifft die Verbreitung von Informationen, die falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Preis von Energiegroßhandelsprodukten geben oder geben könnten. Solche Informationen können Gerüchte und falsche oder irreführende Nachrichten sein. Konkrete Beispiele stellen die Verbreitung falscher oder irreführender Informationen in Bezug auf die Verfügbarkeit von physischen Kapazitäten unter Verwendung dringender Marktnachrichten (sog. UMMs – Urgent Market Messages) oder die Unterlassung der entsprechenden Marktnachrichten dar.⁹⁷ Dies könnte bedeuten, dass ein Marktteilnehmer in Zeiten hoher Nachfrage vortäuscht, dass Kraftwerke z.B. aus technischen Gründen nicht zur Verfügung stehen und dass ein verknapptes Angebot besteht, welches zu höheren Preisen führt. Ebenso ist hierunter zu nennen, dass eine Ausfallmeldung eines Kraftwerks bestehen bleibt, obwohl das entsprechende Kraftwerk bereits wieder verfügbar ist. Der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrages sind keine Tatbestandsvoraussetzung dieser Variante.

71 Der personelle Geltungsbereich des Manipulationsverbots ist in REMIT nicht beschränkt. Es gilt für jedermann. Insbesondere ist REMIT sowohl auf marktbeherrschende als auch auf nicht marktbeherrschende Unternehmen anzuwenden.

72 Das Verbot der Marktmanipulation bezieht sich auf jeden Marktplatz und Vermarktungsweg in der Europäischen Union, auf dem Energiegroßhandelsprodukte (Verträge über die

⁹⁷ Siehe hierzu Erwägungsgrund 13 REMIT.

Lieferung von Strom oder Erdgas, über den Transport von Strom oder Erdgas sowie jeweils entsprechende Derivate) gehandelt werden. Abgedeckt sind damit alle Handelszeiträume (insbes. Intraday, Day-Ahead sowie längerfristige Verträge), alle Handelsarten (kontinuierlicher Handel und Auktionen) sowie alle Handelsorte (u.a. geregelte Märkte, multilaterale Handelssysteme, außerbörsliche Transaktionen (OTC) und bilaterale Verträge, die direkt oder über Broker abgewickelt werden).

73 Die energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht erstreckt sich auf alle Marktbereiche und Energiegroßhandelsprodukte. Der Geltungsbereich von REMIT ist allerdings hinsichtlich derjenigen Energiegroßhandelsprodukte, die Finanzinstrumente sind, eingeschränkt (Art. 1 Abs. 2 REMIT); die Reichweite des Begriffs der Finanzinstrumente ist in Art. 2 Marktmissbrauchsverordnung⁹⁸ definiert. Für den Handel mit solchen Energiegroßhandelsprodukten, gilt stattdessen das Marktmissbrauchsverbot gemäß Art. 14 und Art. 15 der Marktmissbrauchsverordnung.⁹⁹ Ein Beispiel für ein solches Energiegroßhandelsprodukt stellt ein an einer Börse gehandelter finanzieller Future dar, welcher sich auf den Stromspotmarktpreis zukünftiger Lieferperioden im deutschen Marktgebiet bezieht.

III. Anwendung von REMIT auf den deutschen Stromgroßhandel

74 REMIT unterscheidet nicht zwischen „normalen“ und „außergewöhnlichen“ Marktsituationen. Sie verbietet Insiderhandel und Marktmanipulation generell und in allen denkbaren Marktkonstellationen.

75 Allerdings kann sich eine marktmissbräuchliche Handlung im Sinne von REMIT in einer „außergewöhnlichen“ Marktsituation, in der beispielsweise die bestehenden Erzeugungskapazitäten bereits stark ausgelastet sind, weitreichender auswirken. Eine solche Marktsituation zeichnet sich durch hohe Preise und möglicherweise durch eine hohe Preisvolatilität aus. Hier kann ein manipulatives Verhalten zu stärkeren Preisänderungen führen, als dies in anderen Marktsituationen der Fall wäre. Dementsprechend ließe sich auch eine bestimmte Preiseinwirkung mit einfacheren Mitteln herbeiführen.

76 Ähnliches gilt für Insiderhandel. Eine Insider-Information kann bei starker Auslastung der bestehenden Erzeugungskapazitäten und hohen Preisen „wertvoller“ sein. Sie wirkt sich dann womöglich weitreichender aus. Bestimmte Informationen (wie beispielsweise der Ausfall einer kleineren Erzeugungseinheit), die sich in alltäglichen Marktsituationen nicht auf Energiegroßhandelspreise auswirken würden, können in einer solchen Marktsituation

⁹⁸ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung), ABl. L 173 v. 12.6.2014, S. 1.

⁹⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 REMIT.

den Kriterien einer Insider-Information (Art. 2 Nr. 1 REMIT) genügen. Die Bundesnetzagentur empfiehlt daher, dass Marktteilnehmer die ihnen vorliegenden Informationen im Einzelfall auf deren Insidergehalt prüfen.

77 In Marktsituationen mit hohen Preisen ist die Marktüberwachung durch die Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas daher besonders wichtig, um die Integrität des Marktes zu gewährleisten und das Vertrauen der Marktteilnehmer in verlässliche Preissignale sicherzustellen. REMIT leistet insofern einen wichtigen Beitrag zum Funktionieren des Strommarktes 2.0.

IV. Freie Preisbildung und zulässige Preisspitzen nach REMIT

78 Die Bundesnetzagentur betont insbesondere nachfolgende Punkte bezüglich des zulässigen Handelsverhaltens:

79 Preisspitzen, die als Ergebnis der freien Preisbildung ein faires und auf Wettbewerb beruhendes Zusammenspiel zwischen Angebot und Nachfrage widerspiegeln, sind Teil des normalen Marktgeschehens im kurzfristigen Stromgroßhandel. Solchen Preisspitzen steht REMIT nicht entgegen.

80 Künstlich überhöhte Preise, die nicht Ergebnis der freien Preisbildung und tatsächlichen Wettbewerbssituation sind, sondern durch Marktmanipulation herbeigeführt wurden, sind hingegen nach REMIT verboten. Anhaltspunkte hierfür werden in Abschnitt V. dargestellt.

81 Neben REMIT geben Marktregeln und weitere Gesetze den rechtlichen Rahmen der Strom- und Gasgroßhandelsmärkte vor. Auch die Marktteilnehmer gehen davon aus, dass sich alle an diese halten. Dies umfasst auch das Kartellrecht oder bspw. regulatorische Vorgaben bzw. Börsenregeln o.ä. Dies wird bei der Anwendung der REMIT mit in den Blick genommen.

82 Die REMIT, die deutschen Marktregeln oder regulatorische Vorgaben machen keine spezifischen Vorgaben bezüglich der Gebotsabgabe bei Auktionen oder dem kontinuierlichen Handel (keine Andienungspflicht in einem bestimmten Marktsegment).

83 Verkaufsangebote, die z.B. oberhalb der Grenzkosten der Gestehung liegen, können in einem Energy Only Markt ein legitimes Anbieterverhalten zur Erwirtschaftung von Deckungsbeiträgen darstellen. Ein solches Gebotsverhalten steht den Vorgaben der REMIT nicht grundsätzlich entgegen.

V. Marktüberwachung und Anhaltspunkte für Marktmanipulation

- 84** Das Ziel der Marktüberwachung nach REMIT ist es unter anderem, festzustellen, ob Marktpreise aufgrund der tatsächlichen Wettbewerbssituation oder aufgrund von Marktmanipulation zustande gekommen sind.
- 85** Das Abschließen von Transaktionen oder das Erteilen von Handelsaufträgen, die irreführende Signale bezüglich des Angebots von Energiegroßhandelsprodukten, der Nachfrage danach oder des Preises geben oder geben könnten oder ein künstliches Preisniveau schaffen, erfüllen den Tatbestand der handelsgestützten Marktmanipulation gemäß REMIT.
- 86** Ein Signal kann nach Einschätzung der Bundesnetzagentur irreführend sein, wenn es einen verständigen Marktteilnehmer bezüglich des Angebots von Energiegroßhandelsprodukten, der Nachfrage danach oder ihres Preises täuscht oder hierzu geeignet ist.
- 87** Ein künstliches Preisniveau bedeutet das manipulative Herbeiführen eines Marktpreises durch einen Marktteilnehmer, der oberhalb oder unterhalb des Marktpreises liegt, der sich ohne diese Manipulation eingestellt hätte. Die Abgrenzung eines künstlichen Preisniveaus von einem „natürlichen“ Preisniveau muss immer einzelfallspezifisch erfolgen. So kann grundsätzlich jeder Abschluss eines Energiegroßhandelsgeschäftes die Marktpreise verändern, ohne dass dabei von einem künstlichen Preisniveau und Marktmanipulation ausgegangen werden kann. Vor diesem Hintergrund heißt es weiter in der Verordnung, dass keine Marktmanipulation vorliegt, wenn der Marktteilnehmer nachweisen kann, dass er legitime Gründe für sein Handelsverhalten hatte und die entsprechende Transaktion und der Handelsauftrag nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden Energiegroßhandelsmarkt verstößt (Art. 2 Nr. 2. lit. a ii REMIT).
- 88** Die Bundesnetzagentur trennt klar zwischen Marktmanipulation und Spekulation. Bei der Spekulation („Wette“) besteht die Absicht darin, nach Erwerb eines Gutes von eintretenden Preisänderungen zu profitieren, ohne diese selber herbeigeführt zu haben. Der spekulierende Marktteilnehmer hat keinen Vorteil gegenüber anderen Marktteilnehmern und unterliegt den gleichen Unsicherheiten. Die Spekulation erfüllt daher nicht den Tatbestand der Marktmanipulation und ist daher nicht verboten. Im Gegensatz dazu wird bei der Marktmanipulation die Preisänderung durch das manipulative Handelsverhalten herbeigeführt.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Vgl. hierzu die Bewertungsmaßstäbe aus der Finanzmarktregulierung, die aus Sicht der Bundesnetzagentur auf den Energiegroßhandelsmärkten analog angewendet werden können, z.B. Mock/Stoll in: Hirte/Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Auflage 2014, § 20a WpHG, Rn. 15.

89 Bei der Marktüberwachung nach REMIT ermittelt die Bundesnetzagentur Anhaltspunkte für falsche oder irreführende Signale oder ein künstliches Preisniveau. Dazu analysiert sie unter anderem, ob und inwieweit das Verhalten der Marktteilnehmer wirtschaftlich rational begründbar ist. Zur Identifizierung eines möglichen Verstoßes gegen das Marktmanipulationsverbot orientiert sich die Bundesnetzagentur unter anderem auch an den Indikatoren, die im Finanzmarkt in der Marktmissbrauchsverordnung beschrieben werden.¹⁰¹

90 Anhaltspunkte für eine weitergehende Analyse durch die Bundesnetzagentur können beispielsweise Transaktionen oder Handelsaufträge sein, die

- einen signifikanten Anteil des Handelsvolumens eines Produkts ausmachen.
- eine signifikante Preisänderung bewirken.
- den wirtschaftlichen Eigentümer nicht ändern.
- innerhalb einer kurzen Zeitspanne getätigt werden und zu kurzfristigen Preisausschlägen führen.
- eine steigende/sinkende Nachfrage / ein steigendes/sinkendes Angebot suggerieren und später mit entsprechenden Gegengeschäften umgekehrt werden.
- in zeitlich engem Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Festlegung von Referenzpreisen erfolgen.

Auch Verlustgeschäfte, die für sich genommen irrational erscheinen und preisbeeinflussend wirken, sieht die Bundesnetzagentur als einen Indikator für einen möglichen Verstoß. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn der Marktteilnehmer selber oder ein Dritter anderweitig eine (physische oder finanzielle) Position hält, die bei entsprechender Preisänderung durch das Verlustgeschäft gewinnbringend ist. Je nach Art der Marktmanipulation kann die gewinnbringende Position auf dem gleichen oder auch auf einem anderen Marktplatz bzw. in einem anderen Energiegroßhandelsprodukt bestehen. Solche Auffälligkeiten würden ggf. eine weitergehende Analyse des Handelsverhaltens des entsprechenden Marktteilnehmers durch die Bundesnetzagentur auslösen.

¹⁰¹ Anhang I der Marktmissbrauchsverordnung; Anhang II der Delegierten Verordnung (EU) 2016/522 der Kommission vom 17. Dezember 2015 zur Ergänzung der [Marktmissbrauchsverordnung] im Hinblick auf eine Ausnahme für bestimmte öffentliche Stellen und Zentralbanken von Drittstaaten, die Indikatoren für Marktmanipulation, die Schwellenwerte für die Offenlegung, die zuständige Behörde, der ein Aufschub zu melden ist, die Erlaubnis zum Handel während eines geschlossenen Zeitraums und die Arten meldepflichtiger Eigengeschäfte von Führungskräften, ABl. L 88 v. 5.4.2016, S. 1.

91 Aus den eigenen bisherigen Marktüberwachungserfahrungen und aus dem Bereich der Finanzmarktaufsicht weist die Bundesnetzagentur hinsichtlich ausgewählter Beispiele von Manipulationstatbeständen noch auf folgende Punkte hin:

- Manipulation von Referenzwerten:

Das Einstellen von Handelsaufträgen oder Abschließen von Geschäften am Ende des Handelszeitraums (oder des Zeitraums der Preisfeststellung) mit dem Ziel, einen Referenzwert wie beispielweise Schlusskurse, Settlement Preise oder die Ergebnisse von Auktionen zu beeinflussen, kann einen Verstoß gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a i oder Art. 2 Nr. 3 lit. a i (irreführende Signale) oder gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a ii oder Art. 2 Nr. 3 lit. a ii (künstliches Preisniveau) darstellen. Ein solches Verhalten kann prinzipiell an jedem Handelstag auftreten, jedoch insbesondere an Fälligkeitstagen von Optionen oder Futures oder bestimmten Referenzzeitpunkten (Quartal, Jahr) zur Bewertung von Indizes oder Portfolios.

- Layering, Spoofing:

Layering und Spoofing umfasst insbesondere das Einstellen von Orders bzw. ggf. auch den Abschluss von Transaktionen, die die tatsächlichen Handelsabsichten verschleiern und potentiell irreführende Signale an andere Marktteilnehmer senden. Andere Marktteilnehmer können hierdurch über die tatsächliche Angebots- und Nachfragesituation oder den Preis eines Energiegroßhandelsprodukts getäuscht werden. Ob diese Täuschung gelingt, hängt vom konkreten Einzelfall ab.

Handelsaufträge werden dabei z.B. auf einer Seite des Orderbuchs eingestellt, um Nachfrage zu suggerieren. Sodann werden auf der anderen Seite des Orderbuchs Handelsaufträge eingestellt, deren Ausführung nun zu verbesserten Konditionen möglich ist. Sobald diese Aufträge ausgeführt sind, erfolgt eine Löschung der zunächst eingestellten Aufträge. Indiz für eine derartige, manipulative Handelsstrategie kann z.B. ein sehr hoher Anteil von Orderlöschungen im Vergleich zu Orderausführungen sein, jedoch muss nicht zwingend eine Löschung von Orders vorliegen.

Das Einstellen von Handelsaufträgen, die die tatsächlichen Handelsabsichten verschleiern, stellt einen Verstoß gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a i oder Art. 2 Nr. 3 lit. a i (irreführende Signale) dar. Unter bestimmten Umständen kann auch ein Verstoß gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a ii oder Art. 2 Nr. 3 lit. a ii (künstliches Preisniveau) vorliegen.

- Quote Stuffing:

Diese Handelspraktik kann einen Verstoß gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a i oder Art. 2 Nr. 3 lit. a i (irreführende Signale) oder gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a ii oder Art. 2 Nr. 3 lit. a ii (künstliches Preisniveau) darstellen, soweit Handelsteilnehmer eine große Anzahl von Aufträgen erteilen und/oder die spätere Modifikation bzw. Stornierung von Handelsaufträgen mit dem Ziel veranlassen, Unsicherheit bei anderen Teilnehmern zu erzeugen, deren Prozesse zu verlangsamen und/oder die eigene Strategie zu verschleiern.¹⁰²

- Scheingeschäfte (Wash Trades):

Scheingeschäfte oder sog. „Wash Trades“ liegen vor, wenn bei Geschäften derselbe Marktteilnehmer sowohl auf der Kauf- als auch der Verkaufsseite steht (ggf. auch über Dritte).¹⁰³ Es kommt mithin aufgrund des Handelsgeschäfts nicht zu einem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentums am betroffenen Energiegroßhandelsprodukt oder zu einem Transfer von Marktrisiko. Sofern die Marktregeln solche Transaktionen zulassen, können sie auch aus REMIT-Perspektive legal sein. Die Bundesnetzagentur weist jedoch darauf hin, dass diese Handelspraktik einen Verstoß gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a i oder Art. 2 Nr. 3 lit. a i darstellen kann, sofern hierbei irreführende Signale ausgesendet werden oder ausgesendet werden könnten, was das Angebot, die Nachfrage oder den Preis eines Energiegroßhandelsprodukts betrifft. Diese Handelspraxis kann auch einen Verstoß gegen Art. 5 in Verbindung mit den Begriffsbestimmungen nach Art. 2 Nr. 2 lit. a ii oder Art. 2 Nr. 3 lit. a ii darstellen, sofern hierbei ein künstliches Preisniveau erzielt wurde oder der Versuch unternommen wurde, ein künstliches Preisniveau zu erzielen.

¹⁰² Vgl. Anhang II der Delegierten Verordnung (EU) 2016/522 der Kommission, Nr.4 lit. e).

¹⁰³ Vgl. hierzu auch ACER Guidance Note 1/2017 on the Application of Article 5 of REMIT on the Prohibition of Market Manipulation – Wash Trades^{1st} Edition 19-June-2017.