

Forum Energierecht – Der neue Leitfaden zur Missbrauchsaufsicht in der Stromerzeugung

Am 3. Juni 2019 fand der erste gemeinsame Workshop des Düsseldorfer Instituts für Energierecht (DIER) und des Instituts für Energiewirtschaftsrecht der Universität zu Köln (EWIR) im Haus der Universität in Düsseldorf statt. Anlass war die vom 20. März bis 20. Mai 2019 dauernde Konsultation der Entwurfsfassung des Leitfadens für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel von Bundeskartellamt (BKartA) und Bundesnetzagentur (BNetzA).

Nach der Begrüßung durch die Direktorin des DIER, Frau *Prof. Dr. Kreuter-Kirchhof*, referierte Herr *Christian Ewald*, Vorsitzender der 8. Beschlusskammer des BKartA, zum Wettbewerb im Strommarkt 2.0. Er erläuterte zunächst den Hintergrund und die Ziele des Leitfadens. Zwar sei das BKartA nicht der Ansicht, dass das kartellrechtliche Missbrauchsverbot wie eine implizite Preisobergrenze wirke. Um derartige Bedenken auszuräumen, hatte es aber angeregt, einen Leitfaden für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich der Stromerzeugung zu veröffentlichen. Dieser soll die Zielrichtung, die Regeln für die Anwendung und die Reichweite der Missbrauchsaufsicht erläutern. Ergänzt wird der Leitfaden durch den Marktmachtbericht (§ 53 III 2 GWB) als Teil des Monitorings nach § 48 III 1 GWB.

Den Marktmachtbericht bezeichnete Herr *Dr. Roland Schwensfeier* (BKartA) in seinem Vortrag als „Aktualitäteninstrument“. Eine marktbeherrschende Stellung werde erst dann vermutet, wenn ein Stromerzeuger in min. 5% der Stunden des Jahres unverzichtbar für die Deckung der Stromnachfrage war (sog. Power-over-price-Situation). Im Rahmen der Feststellung der Marktbeherrschung sei die Grenzkuppelkapazität nicht als Kriterium geeignet, da sie die Kraftwerkskapazität überzeichne. Das Importsaldo sei dafür ein adäquates Mittel. Kennzeichen einer missbräuchlichen Zurückhaltung von Stromerzeugungskapazitäten sei der Nichteinsatz „im Geld befindlicher“ Kapazität. Der Day-Ahead-Markt gelte dabei als „Leitmarkt“. Eine fehlende Vollkostendeckung eines Anbieters aus allen Vermarktungswegen stelle z.B. einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Kapazitätszurückhaltung dar. Maßstab sei dabei der Kraftwerkspark, nicht das einzelne Kraftwerk.

Im Anschluss stellte Herr *Dr. Thomas Müller* (BNetzA) die Kernaussagen des Leitfadens zur Zulässigkeit von Preisspitzen nach der Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes (REMIT) dar. Er betonte insbesondere,

dass REMIT Preisspitzen, die im Rahmen einer freien Preisbildung entstehen, ebenso wie das Kartellrecht nicht entgegenstehe. Die Verordnung stünde auch Verkaufsangeboten, die oberhalb der Grenzkosten liegen, grundsätzlich nicht entgegen. Des Weiteren ging Herr *Müller* auf die wichtigsten Punkte der zwölf eingegangenen Stellungnahmen ein. Insgesamt habe es positives Feedback zum gemeinsamen Leitfaden gegeben. Einzelne Änderungswünsche könne man berücksichtigen. Dem Wunsch nach einer Konkretisierung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe könne man jedoch nicht nachkommen, da es sich jeweils um Einzelfallentscheidungen handele.

In den sich anschließenden Reaktionen kritisierte Herr *Dr. Peter Rosin* (White & Case LLP) aus kartellrechtlicher Perspektive die Nichtberücksichtigung von EEG-geförderten Anlagen bei der Marktabgrenzung und wies auf die abweichende Ansicht der Europäischen Kommission hin. Zudem plädierte er für eine Konkretisierung der Erheblichkeitsschwelle sowie für eine Verlagerung des Vollkostenansatzes von der Rechtfertigungs- auf die Tatbestandsebene. Herr *Dr. Groneberg* (White & Case LLP) forderte eine Klarstellung, dass Verhaltensweisen, die nach REMIT ein legitimes Verhalten darstellen, auch kartellrechtlich keinen Verstoß begründen. Überdies wünschte er sich eine klarere Positionierung im Hinblick auf das Algo-Trading. Schließlich räumte er ein, dass die Branche hohe Erwartungen hatte und stellte die grund-



sätzliche Frage der Funktion eines Leitfadens. Frau *Dr. Paula Hahn* (BDEW e.V.) arbeitete zunächst die Gründe für die unterschiedlichen Ansichten heraus: Die Kraftwerke hätten ihre Rentabilität im Blick und vertrauten nicht auf knappheits-

bedingte Preisspitzen; wohingegen die Behörden die (auch in staatlicher Verantwortung liegende) Versorgungssicherheit im Blick hätten. Frau *Hahn* schloss sich der Kritik an, dass die Daten der Sektoruntersuchung, auf die der Leitfaden Bezug nimmt, veraltet seien und fragte nach der Halbwertszeit des Leitfadens.

Unter der Leitung von *Prof. Dr. Torsten Körber* (EWIR) folgte ein Podiumsgespräch mit anschließender Diskussion. Darin sprach sich Herr *Ewald* (BKartA) für einen Leitfaden

mit hoher Halbwertszeit aus, der schon mit Blick auf die Kontrollbefugnisse der Gerichte nicht jedes Detail exakt vordefinieren könne. Herr *Schwensfeier* (BKartA) verwies u.a. auf die erhöhte Mitwirkungspflicht der Unternehmen auf der Rechtfertigungsebene. Herr *Müller* (BNetzA) betonte, dass REMIT und Kartellrecht nebeneinander stünden und separat zu prüfen seien.



Nach einer angeregten Diskussion bildete ein informelles Get Together mit einem kleinen Imbiss den Ausklang der gelungenen Abendveranstaltung. Der erste gemeinsame Workshop markiert einen der ersten Schritte der intensiven Zusammenarbeit der drei NRW-Energierechtsinstitute DIER, EWIR und IBE, die – nicht zuletzt aufgrund der sehr guten Resonanz des Workshops – in Zukunft weiter ausgebaut werden soll.