

**KURZGUTACHTEN**  
**WETTBEWERBS – UND ENERGIEPOLITISCHE LÜCKEN DER**  
**SEKTORUNTERSUCHUNG „STROMERZEUGUNG,**  
**STROMGROßHANDEL“ DES BUNDESKARTELLAMTES**  
**VOM JANUAR 2011**

**im Auftrag der**

Bundestagsfraktion der Partei Bündnis 90/Die Grünen, Platz der Republik 1, 10557 Berlin

**erstellt durch**

Dr. Dörte Fouquet, Rechtsanwältin

Angela Seidenspinner, Rechtsanwältin

Priv.-Doz. Dr. Jens Thomas Füller, Rechtsanwalt

**Von**

**BBH**  
*Becker Büttner Held*

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Untere Weidenstr. 5, 81543 München  
Tel. 089 / 23 11 64-0  
Fax 089 / 23 11 64-570  
E-mail: [muenchen@bbh-online.de](mailto:muenchen@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. BBH stimmt einer Weitergabe an Dritte hiermit ausdrücklich zu. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird; § 334 BGB ist anwendbar. Ferner weisen wir darauf hin, dass bei der Weitergabe dieses Gutachtens an Dritte ein vertragsähnliches Verhältnis mit dem Dritten zu Stande kommen könnte. Auch in diesem Falle gelten unsere Haftungsbeschränkungen gemäß Mandatsvertrag und zwar für alle Dritten insgesamt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Dritten vor der Weitergabe darauf hinzuweisen.

<b>I. Gutachtenauftrag und Einführung in das Untersuchungsthema</b>	<b>5</b>
1. Auftrag	5
2. Einführung in das Untersuchungsthema	5
<b>II. Zum Missbrauchstatbestand</b>	<b>7</b>
1. Allgemeine Kennzeichen einer Kapazitätszurückhaltung	7
a. Physische Kapazitätszurückhaltung und Missbrauchstatbestand	9
b. Zur finanziellen Kapazitätszurückhaltung	10
2. Unvollständige Subsumtion unter den Missbrauchstatbestand	10
<b>III. Kritische Analyse der Sektoruntersuchung</b>	<b>13</b>
1. Ermittlungslücke bei der sachlichen Rechtfertigung für zurückgehaltene Kapazitäten	13
2. Fehlende ausreichende Berücksichtigung von Lauf- und Pumpspeicherkraftwerken	14
3. Defizitäre Erfassung von Regel- und Reserveenergie	16
<b>IV. Rückschlüsse auf die Ausgestaltung der Markttransparenzstelle</b>	<b>18</b>
<b>V. Zusammenfassung und zentrale Schlussfolgerungen</b>	<b>21</b>

## **I. Gutachtauftrag und Einführung in das Untersuchungsthema**

### **1. Auftrag**

Gemäß § 32e Abs. 3 GWB gehört es unter anderem zu den Aufgaben des Bundeskartellamtes, Sektoruntersuchungen durchzuführen. So hat das Bundeskartellamt im März 2009 eine Sektoruntersuchung des Stromgroßhandels eingeleitet, dessen Abschlussbericht im Januar diesen Jahres veröffentlicht wurde.

Das Kartellamt weist zwar in der Sektoruntersuchung selbst darauf hin, „dass einige Erzeugungsunternehmen aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung sowie ihrer diversifizierten Kraftwerksportfolien sowohl einen Anreiz als auch die Fähigkeit haben, den Strompreis maßgeblich zu beeinflussen“. Dennoch war es dem BKartA im Rahmen der Untersuchung nicht möglich, einen klaren Nachweis für diese Aussage zu erbringen.

Das Kurzugutachten soll vor diesem Hintergrund und aufbauend auf der vom Bundeskartellamt erstellten „Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromhandel“ die Möglichkeiten zur Marktmanipulation im deutschen Strommarkt analysieren, gegebenenfalls durchgeführte Manipulationen in ihrer grundsätzlichen Struktur durch intensivere Informationen aufdecken und deren preisbeeinflussende Wirkung im Grundsatz ermitteln.

Das Kurzugutachten wird deshalb an ausgewählten Stellen die Untersuchung des Bundeskartellamts einer kritischen Analyse unterziehen. Dies erfolgt insbesondere im Hinblick auf die absehbar einzurichtende Markttransparenzstelle, die beim Bundeskartellamt angesiedelt werden und künftig kontinuierlich die Marktüberwachung sicherstellen soll. Dabei sollen auch die Möglichkeiten der Behörde zur Überprüfung von Daten und Berechnungen der Energieversorger in Bezug auf die zukünftige Markttransparenzstelle berücksichtigt werden. Es ist zu unterstreichen, dass das Gutachten aufgrund der Kürze der Zeit sich zunächst allein auf die aus Gutachtersicht besonders kritischen Punkte beschränkt.

### **2. Einführung in das Untersuchungsthema**

Gegenstand der Sektoruntersuchung durch das Bundeskartellamt sind die Wettbewerbssituation und die Preisbildung auf den deutschen Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmärkten in den Jahren 2007 und 2008.

Damit knüpft das Bundeskartellamt an die von der Europäischen Kommission für die Jahre 2003 bis 2005 durchgeführte Sektoruntersuchung an, die zum damaligen Zeitpunkt zu mehreren Missbrauchsverfahren gegen in Deutschland operierende Stromerzeugerunternehmen

führte (namentlich E.ON<sup>1</sup>, RWE und Vattenfall)<sup>2</sup>. Im Mittelpunkt der Untersuchung der europäischen Kommission stand damals das Problem einer möglicherweise missbräuchlichen Zurückhaltung von Kapazitäten. Das „Vorläufer-Verfahren“ der Kommission endete mit einer gütlichen Einigung der Kommission und E.ON und es kam somit nicht zu einer Entscheidung in der Missbrauchsfrage selbst. E.ON musste zur Erreichung der Verfahrenseinstellung sein Übertragungsnetz verkaufen und deutsche Kraftwerke mit einer Leistung von 4000 Megawatt an andere Unternehmen abgeben. Allerdings hatte die Kommission zum Abschluss des Verfahrens im November 2008 festgestellt, es "bestehe Grund zu der Annahme, dass zwischen 2002 und 2007 verfügbare Erzeugungskapazität über Hunderte von Stunden, das heißt wiederholt und andauernd über mehrere Jahre, zurückgehalten worden sein könnte (...), um damit einen Anstieg der Strompreise zum Nachteil der Verbraucher zu bewirken"<sup>3</sup>.

Auch die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes widmet sich dieser Problematik, kann aber ein missbräuchliches Verhalten nicht zweifelsfrei nachweisen. Im Rahmen der Untersuchung gelangt das Bundeskartellamt zu dem klaren Ergebnis, dass die Erzeugerstruktur in Deutschland nach wie vor „vermachtet“ sei und die bestehende Marktstruktur Anreize dafür setze, durch nicht gerechtfertigte Kapazitätszurückhaltungen Einfluss auf die Preisbildung zu nehmen (S. 30). Mit seinen derzeitigen Kapazitäten sehe sich das Bundeskartellamt allerdings nicht in der Lage, missbräuchliche Verhaltensweisen nachzuweisen. So heißt es auf Seite 160 der Sektoruntersuchung, dass die Identifizierung solcher Angebots- bzw. Zurückhaltungsstrategien extrem komplexe Analysen erfordere, die mit den Mitteln der Beschlussabteilung in der verfügbaren Zeit nicht durchführbar waren. Einige Zeilen weiter unten weist das BkartA erneut darauf hin, dass „die vorgenannten Punkte [...] sehr aufwendige Analysen [erfordern], die mit den Ressourcen einer normalen Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes kaum umsetzbar sind. Um derartige Analysen innerhalb eines vertretbaren Zeitraums vornehmen zu können, wäre die Einrichtung einer personell und sachlich gut ausgestatteten speziellen Markttransparenzstelle [...] zu begrüßen.“ Das Bundeskartellamt plädiert wegen des Mangels an der für die Erfüllung ihrer Aufgaben ausreichenden personellen und sachlichen Mittel für eine künftig effektiver gestaltete Missbrauchsaufsicht. Dies solle zunächst institutionell geschehen. Dem Energiekonzept der Bundesregierung entsprechend, empfiehlt die Sektoruntersuchung daher, baldmöglichst eine Markttransparenzstelle innerhalb des

---

<sup>1</sup> „E.ON soll Strombörse manipuliert haben“, in DIE ZEIT, 31.07.2009.

<sup>2</sup> E.ON hatte sich wegen des Verdachts der missbräuchlichen Kapazitätszurückhaltung 2008 der Kommission gegenüber dazu verpflichtet, Stromerzeugungskapazitäten in Höhe von 5.000 MW abzugeben, woraufhin das Verfahren eingestellt wurde (Entscheidung vom 26.11.2008, COMP/39.388, 39.389). Die Verfahren gegen RWE und Vattenfall wurden hingegen ohne weitere Zugeständnisse eingestellt.

<sup>3</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.11.2008. COMP/39.388, 39.389, Deutscher Stromgroßhandelsmarkt und Deutscher Regelenergiemarkt (E.ON)

Bundeskartellamts einzurichten<sup>4</sup>. Fraglich ist, wie die Einrichtung einer solchen Stelle sinnvoll ausgestaltet werden kann. Um sich einer Beantwortung dieser Frage anzunähern, soll dieses Kurzgutachten einen Beitrag leisten, die Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit einer derartigen Markttransparenzstelle rechtspolitisch zu bewerten.

Eine Regulierung der Stromerzeugungs- und Stromgroßhandelsmärkte lehnt die Sektoruntersuchung ab (S. 31). Offenbar vertraut das Bundeskartellamt auf den Wettbewerb und schlägt vor, Genehmigungsverfahren zur Errichtung von konventionellen Kraftwerken zu beschleunigen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der zwischenzeitlich beschlossene Atomausstieg der Bundesregierung in der Sektoruntersuchung keine Berücksichtigung findet.

## **II. Zum Missbrauchstatbestand**

### **1. Allgemeine Kennzeichen einer Kapazitätszurückhaltung**

In der Vergangenheit haben verschiedene europäische Kartellbehörden Missbrauchsverfahren wegen einer physischen oder finanziellen Kapazitätszurückhaltung eröffnet<sup>5</sup>.

Dabei besteht über die rechtliche Definition des Missbrauchs Einigkeit: Ein Unternehmen handelt danach missbräuchlich im Sinne des § 19 GWB, Art. 102 AEUV, wenn es zum Schaden des Verbrauchers die eigene Erzeugung oder den eigenen Absatz einschränkt, um trotz entsprechender Nachfrage durch die künstliche Verknappung des Angebots die Preise hochzuhalten<sup>6</sup>. Eine Spielart sind Kapazitätszurückhaltungen auf dem Strommarkt. Hierzu schreibt Dausen im Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts unter Hinweis auf den Fall E.ON: „Vor allem aber auf den Energiemärkten scheinen derartige Praktiken lohnend und deshalb verbreitet zu sein. Ein „schönes“ Beispiel ist die Zurückhaltung von Versorgungskapazitäten auf dem Großhandelsmarkt für Strom durch eines der großen Verbundunternehmen – mit der unmittelbaren Folge eines Anstiegs der Verbraucherpreise für Strom, ein weiteres die Beschränkung der Beschaffung von Sekundärregelenergie auf das eigene Netz (unter Ablehnung des günstigeren Angebots Dritter), um die Kosten künstlich zu erhöhen“<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Vergleiche hierzu auf europäischer Ebene die durch Verordnung (EG) Nr. 713/2009 gegründete Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden und ihre durch den Vorschlag für eine Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts bestimmten Aufgaben (KOM(2010) 726 endgültig).

<sup>5</sup> So bspw. die Elsam- Entscheidung des dänischen Konkurrenz- og Forbrugerstyrelsen vom 20.6.2007 oder das Verfahren, das die italienische Autorità garante della concorrenza e del mercato derzeit gegen Enel und Edipower führt.

<sup>6</sup> Jung, in Grabitz/ Hilf/ Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 102, Rn. 347 ff.

<sup>7</sup> Dausen, in Emmerich (Hrsg.), Handbuch des EU- Wirtschaftsrecht, 2011, H.I.§ 3, Art. 102 AEUV, Rn. 76.

Ein wettbewerbsbehindernder Umstand ist danach beispielsweise dann gegeben, wenn über Einheitspreisauktionen (wie an der Energiehandelsbörse European Energy Exchange (EEX)) „Spielräume für Kapazitätszurückhaltung mit dem Ziel höherer Preise“ eröffnet werden<sup>8</sup>. Der Grund dafür liegt im Mechanismus der Preisbildung an der Energiebörse. Der am Spot- bzw. „day-ahead“- Markt der EEX ermittelte Strompreis richtet sich stets danach, wie teuer die jeweils letzte Megawattstunde ist, die zur Deckung des aktuellen Bedarfs benötigt wird. Der Preis des Stroms für die einzelnen Stunden des nächsten Tages kommt also dadurch zustande, dass aus der am Vortag angebotenen und nachgefragten Strommenge (Spitzenlast) und dem daran gekoppelten Preislimit der einheitliche Marktpreis und die gehandelte Leistung für die nachgefragte Stunde am Tag darauf ermittelt wird<sup>9</sup>. Dabei haben unterschiedliche Kraftwerkstypen unterschiedliche Kosten. Laufwasserkraftwerke und längst abgeschriebene Kernkraftwerke sind beispielsweise wesentlich kostengünstiger als Gas- und Speicherkraftwerke<sup>10</sup>. Wenn die Betreiber nun ihre kostengünstigen Kraftwerke nicht mit voller Last betreiben und so ein Teil der Kapazität erst gar nicht auf den Markt kommt, wird umso mehr (teurer) Spitzenlaststrom benötigt, dessen Preis das teuerste eingesetzte Kraftwerk bestimmt<sup>11</sup>. Dies wiederum erhöht den Preis für die gesamte verkaufte Strommenge und damit die auf dem EEX erzielbaren Gewinne der ganzen Branche. Im idealisierten Fall würde ein dominierendes Unternehmen dementsprechend so viele Kapazitäten zurückhalten, dass es maximalen Gewinn erzielt<sup>12</sup>. Marktchtausübung durch Kapazitätszurückhaltung kann also Stromkosten erhöhen und die produktive Effizienz beeinträchtigen.“<sup>13</sup>

Dabei ist zwischen zwei verschiedenen Arten einer Kapazitätszurückhaltung zu unterscheiden:

- Es wird Strom aus tatsächlich verfügbaren Kapazitäten, der zu einem Preis über den Grenzkosten abgesetzt werden könnte, ohne sachlichen Grund nicht am Markt angeboten (**physische Kapazitätszurückhaltung**). Dies geschieht in erster Linie, indem Kraftwerkskapazitäten von vornherein nicht in die Börse eingestellt und mithin dem Marktmechanismus nicht zur Verfügung gestellt werden. Mit anderen Worten wird das jeweilige Kraftwerke dem Markt entzo-

---

<sup>8</sup> Siehe hierzu Jungbluth, Christian/ Borchert, Jörg: „Möglichkeiten der Strombeeinflussung im oligopolistischen Markt“, in ZNER 2008, S. 216 ff.

<sup>9</sup> Jungbluth, Christian/ Borchert, Jörg: „Möglichkeiten der Strombeeinflussung im oligopolistischen Markt“, in ZNER 2008, S. 216, 218, E.ON soll Strombörse manipuliert haben“, in DIE ZEIT, 31.07.2009, Seite 1

<sup>10</sup> „E.ON soll Strombörse manipuliert haben“, in DIE ZEIT, 31.07.2009, Seite 1

<sup>11</sup> Becker, Peter, „Kartellrechtliche Kontrolle von Strompreisen, 2008, S. 15

<sup>12</sup> Jungbluth, Christian/ Borchert, Jörg: „Möglichkeiten der Strombeeinflussung im oligopolistischen Markt“, in ZNER 2008, S. 216, 219

<sup>13</sup> Ockenfels, Axel, Marktchtmessung im deutschen Strommarkt in: Theorie und Praxis – kritische Anmerkungen zur London-Economics-Studie, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 57 (2007) S. 2, 17; zur Einschätzung der Stellungnahme von Ockenfels, siehe Becker, Peter, „Kartellrechtliche Kontrolle von Strompreisen, 2008

gen. Vorausgesetzt ist dabei, dass sich die insgesamt angebotenen Kraftwerkskapazitäten im Rahmen der Nachfrage halten.<sup>14</sup>

- Missbräuchlich handelt ein Unternehmen auch dann, wenn es Kapazitäten von Kraftwerken, die oberhalb der Grenzkosten abgesetzt werden könnten, mit einem Zuschlag vermarktet, der durch das System der sog. Merit-Order möglich ist (**finanzielle Kapazitätszurückhaltung**). Diese Art der Kapazitätszurückhaltung macht sich den Börsenmechanismus zu Nutze<sup>15</sup>.
- Eine Spielart der physischen Kapazitätszurückhaltung ist es, wenn ein Unternehmen verfügbare Kraftwerkskapazitäten als überflüssige Regel- oder allgemeine Energiereserve vorhält.

Die finanzielle Kapazitätszurückhaltung ähnelt dabei einem Preismissbrauch, während für eine physische Kapazitätszurückhaltung andere rechtliche Maßstäbe angesetzt werden können. Dazu im Einzelnen<sup>16</sup>:

#### a. **Physische Kapazitätszurückhaltung und Missbrauchstatbestand**

Nach Art. 102 AEUV kann der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere bestehen: „in der Einschränkung der Erzeugung des Absatzes ... zum Schaden der Verbraucher.“ Die Sektoruntersuchung des BKartA knüpft an diese Regel an, die im Wege der europarechtskonformen Auslegung – obwohl sie in § 19 GWB nicht explizit genannt ist - auch im nationalen Recht gilt. Es ist zuzugeben, dass dieser Tatbestand praktisch nicht einfach zu handhaben ist, da einem Unternehmen der Umfang seiner Produktion grundsätzlich freistehen muss. Allerdings wird man es als missbräuchlich ansehen müssen, wenn ein vertikal integrierter Produzent grenzkostenfähige Kapazitäten zurückhält und dies mit einer zugangsbehindernden Netzpraxis verbindet. Gerade hierauf hat die Kommission in einem Parallelverfahren gegen RWE abgezielt<sup>17</sup>.

Damit ist jedenfalls in der vertikal integrierten Versorgungswirtschaft ein Missbrauch vorhanden, wenn ein marktbeherrschender Erzeuger Kapazitäten physisch zurückhält. Das Bundeskartellamt ist in der Sektoruntersuchung nicht näher auf diese Voraussetzungen eingegangen, obwohl sie sich aus der oben zitierten Entscheidung der Kommission durchaus ableiten lassen. Dies wurde auch seit langem aus Rechtskreisen gefordert. Im Hinblick auf die Ermittlungen der Kommission gegen E.ON hat anschließend das BKartA durchaus die Er-

<sup>14</sup> Jungbluth, Christian/ Borchert, Jörg: „Möglichkeiten der Strombeeinflussung im oligopolistischen Markt“, in ZNER 2008, S. 216 (219 )

<sup>15</sup> Jungbluth/Borchert, ZNER 2008, 216, 219

<sup>16</sup> Siehe hierzu auch Becker, Peter, „Kartellrechtliche Kontrolle von Strompreisen, 2008.

<sup>17</sup> vgl. Kommission vom 11.05.2007, COMP/39.402 – RWE; außerdem: Wolf, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, 2. Aufl., § 102 AEUV, Rn. 84.

mittlungen der Kommission bewertet und beschrieben, wie die Konzernabteilung "E.on Sales & Trading" (EST) über die Zurückhaltung von verfügbaren Kraftwerkskapazitäten systematisch überhöhte Preise für Strom herbeigeführt haben soll.

Die ZEIT berichtet hierzu, dass die EST-Experten auch gleich an einem Beispiel erklärt hätten, wie sich der Gewinn damit erhöhen ließe. Demnach hätten nach Darstellung des Kartellamtes "die entgangenen Deckungsbeiträge durch einen Kraftwerksstillstand minus 25 Millionen Euro betragen. Dem seinen Deckungsbeiträge in Höhe von plus 40 Millionen Euro gegenüber gestanden, verursacht durch die Verknappung und in der Folge gestiegene Marktpreise." Aus diesem Grund hätten die E.on-Strategie Experten dem Vorstand die "Fortsetzung der Strompreispolitik mit dem Ziel der Preisstabilisierung auf hohem Niveau empfehlen<sup>18</sup>.

#### **b. Zur finanziellen Kapazitätszurückhaltung**

Wie schon oben kurz skizziert, ähnelt die finanzielle Kapazitätszurückhaltung einem Preismissbrauch. Ausgangspunkt ist dabei ein Kraftwerk, das zu den Grenzkosten über die Börse am Markt angeboten werden könnte. Die Sektoruntersuchung spricht hierbei stilistisch unglücklich von einem Kraftwerk, das „im Geld“ ist. Gemeint ist damit, dass ein Kraftwerk oberhalb der Verlustzone, also mit Gewinn, am Markt angeboten werden könnte.

Wird ein Kraftwerk später an der Börse derart gehandelt, dass sich bei gesteigerter Nachfrage die Gewinnspanne erhöht, so ist dies missbrauchsverdächtig. In diesem Fall könnte der Anbieter ein Kraftwerk mit einem künstlichen Aufschlag am Markt anbieten, obwohl dieses Kraftwerk bei der Zusammenführung von Angebot und Nachfrage nicht zum Zuge kommen würde. Gleichwohl ist es preissetzend. Die Sektoruntersuchung wertet dieses Verhalten als missbräuchlich (S. 117). Sie führt jedoch dazu nichts weiter aus. Während die physische Kapazitätszurückhaltung mehr oder weniger ausführlich beschrieben wird, fehlen derartige Analysen zu einer finanziellen Kapazitätszurückhaltung.

#### **2. Unvollständige Subsumtion unter den Missbrauchstatbestand**

Wie zur physischen Kapazitätszurückhaltung beschrieben, indiziert jedes Vorhalten einer Kapazität eines vertikal integrierten Versorgungsunternehmens einen Missbrauch. Von diesem Maßstab entfernt sich die Sektoruntersuchung später. So heißt es auf Seite 148 wörtlich:

---

<sup>18</sup> „E.ON soll Strombörse manipuliert haben“, in DIE ZEIT, 31.07.2009, Seite 1.

„Daher können **nur erhebliche Mindereinsätze** von Kraftwerken in wesentlichen Zeiträumen als **valider Hinweis auf missbräuchliche Zurückhaltungen** von Kraftwerkskapazität angesehen werden.“

Dieser Schlussfolgerung geht eine methodisch eigenwillige Darstellung über die Zurückhaltung der Kraftwerkskapazitäten voraus. Nachdem das BKartA die Argumente der betroffenen Erzeuger dafür gebilligt hat, warum bestimmte Kraftwerkskapazitäten zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht eingespeist wurden, versucht es nun mit Hilfe eines Algorithmus die optimale Fahrweise für einen Kraftwerksblock zu ermitteln. Ohne auf die Einzelheiten dieser Berechnung einzugehen, müssen derartige Berechnungen aus einer rein juristischen Perspektive skeptisch betrachtet werden. Wann und ob ein Verhalten missbräuchlich ist, muss normativ beurteilt werden. Hierfür bieten Berechnungen allenfalls einen Anhaltspunkt, sie sind aber keineswegs ausschlaggebend. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Hinweis in **Fußnote 179** der Sektoruntersuchung. Diese Fußnote lautet wörtlich:

„Dabei ist anzumerken, dass es nicht Ziel des Algorithmus war, das tatsächlich im besten Fall zu erwirtschaftende Ergebnis eines Blockes zu ermitteln. Aufgabe des Algorithmus ist es in erster Linie, die optimale Fahrweise eines Kraftwerksblockes zu bestimmen. Die Beurteilung der Konsequenzen einer vom ermittelten Optimum abweichenden Fahrweise muss separat erfolgen.“

Dies widerspricht jedoch jedem ökonomischen Kalkül. Geht man nämlich davon aus, dass ein rational handelndes Unternehmen ein gewinnmaximierender Marktakteur ist, muss man zutreffender Weise auch davon ausgehen, dass ein Kraftwerksbetreiber versucht, ein Maximum an Rendite in einem jeweiligen Block zu erzielen. Der Algorithmus soll hier aber offenbar dazu dienen, die Aussagen der Unternehmen auf ihre Plausibilität zu überprüfen. Dies kann ein Algorithmus jedoch nicht leisten, denn dieser muss von wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ausgehen. Außerdem haben die befragten Unternehmen für die Kapazitätszurückhaltung in hohen Maßen u. a. technische Restriktionen angegeben. Solange es über das tatsächliche Vorliegen technischer Restriktionen keine empirischen Daten gibt, muss jeder Algorithmus zwingend unvollständig sein. Mit anderen Worten muss der Algorithmus selbst mit unklaren Variablen arbeiten, so dass es kaum verwundern kann, wenn am Ende kein belastbares und aussagekräftiges Ergebnis steht.

Zusätzlich stellt die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten nach §62 EnWG vom September 2011 fest, dass weitere Simulationen eine Identifizierung von Marktmissbrauch möglich machen könnten:

„Allerdings wäre wünschenswert gewesen, gleichfalls weiterführende verhaltensbasierte Modelle, d.h. Ex-ante- und Ex-post-Simulationen, anzuwenden. Mittels weiterer verhaltensbasierter Simulationen wäre es z.B. möglich gewesen, ex ante Anreize für einen Marktmacht-

missbrauch zu identifizieren und ex post Muster oder Abweichungen in verschiedenen Aktionsparametern aufzuspüren.“

Geht man mit der europäischen Kommission davon aus, dass in der vertikal integrierten Versorgungswirtschaft ein Missbrauch indiziert wird, wenn ein Erzeuger Kapazitäten zurückhält, so hätte es sich für das BkartA angeboten, insoweit ein Missbrauchsverfahren einzuleiten. In diesem Fall hätte es dann die sachliche Rechtfertigung eines derartigen Verhaltens untersuchen müssen. Denn unter juristischem Blickwinkel ist nicht allein die tatsächlich ausgerechnete Größe der zurückgehaltenen Kapazität, entscheidend. Auch kleine Mengen haben große Auswirkungen. So schreibt die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten nach § 62 EnWG im September 2011 auf Seite 7:

„Vor dem Hintergrund, dass eine physische Kapazitätzurückhaltung sehr viel schwieriger nachweisbar ist als eine finanzielle und in Spitzenlastzeiten bereits eine Manipulation geringer Strommengen auf Angebotsseite das Strompreisniveau an der EPEX Spot erhöhen kann, gibt der hohe Anteil ausgefallener Kraftwerkskapazitäten aufgrund technischer Restriktion der Monopolkommission Anlass zur Skepsis.“

### III. Kritische Analyse der Sektoruntersuchung

#### 1. Ermittlungslücke bei der sachlichen Rechtfertigung für zurückgehaltene Kapazitäten

Die Sektoruntersuchung geht auf der einen Seite ausführlich auf ökonomische Modelle wie dem Residual Supply Index ein, leidet aber andererseits unter einer äußerst lückenhaften Tatsachenerfassung. Dies rechtfertigt die Sektoruntersuchung oftmals mit Unsicherheiten bei der Datenermittlung und der Unzuverlässigkeit des Datenmaterials.

Für die noch näher zu beschreibende Kapazitätzurückhaltung spielt es jedoch eine entscheidende Rolle, ob sich anhand der erhobenen Daten erklären lässt, warum bestimmte Kraftwerkskapazitäten nicht angeboten wurden. Obwohl sich das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung bemüht, alle möglichen Kosten und Kostenfaktoren der Erzeugung von elektrischer Energie zu bewerten und zu erfassen liest man auf Seite 135 folgendes:

*„Als sachliche Rechtfertigungsgründe für einen Kraftwerksnichteinsatz wurden im Rahmen der Optimierung technischer Restriktionen, Netzrestriktionen, die zu einer Beschränkung der in das Netz einspeisbaren Leistungswerten, Kapazitätsvorhaltung für Reserveenergie sowie Kapazitätsvorhaltung für Regelenergie anerkannt. Diese Faktoren wurden im Rahmen der Untersuchung bereits bei der Datenerhebung separat blockscharf abgefragt und konnten bei den Analysen zur Kapazitätzurückhaltung berücksichtigt werden. Die **sachliche Richtigkeit der durch die Unternehmen gemachten Angaben wurden nicht detailliert geprüft.**“* (Hervorhebungen durch Gutachter).

Das durch die Gutachter hervorgehobene Zitat lässt an der sachlichen Rechtfertigung der Ergebnisse der Sektoruntersuchung starke Zweifel aufkommen. Gerade die Frage, ob Kapazitätzurückhaltungen tatsächlich sachlich gerechtfertigt sind, darf nämlich nicht durch die Unternehmen beantwortet werden, sondern hätte durch das Bundeskartellamt ermittelt und geprüft werden müssen. Dies ist auch keinesfalls unmöglich, denn auch der externe Berater der Europäischen Kommission, London Economics, konnte im Rahmen der Sektoruntersuchung fehlende oder unstimmgige Daten durch weitere Befragungen vervollständigen oder korrigieren<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Seite 12, Executive Summary, “Structure and Performance of Six European Wholesale Electricity markets in 2003, 2004 and 2005 prepared by London Economics in association with Global Energy Decisions”, 2007.

Zusätzlich besteht an den Angaben der Kraftwerksbetreiber ein konkreter Anlass zum Zweifeln: Die brancheninterne Statistik vom VGB, dem europäischen Fachverband für Strom und Wärmeerzeugung, liefert für den gleichen Zeitraum andere Zahlen. In seiner „Kissy Kraftwerksstatistik“, an der Kraftwerke von Eon, EnBW, Vattenfall, RWE und verschiedenen kleinere Unternehmen wie die Grosskraftwerk Mannheim AG, Stadtwerke Hannover, Bielefeld, Leipzig, etc. teilnehmen, ergeben sich zum Beispiel für Kraftwerke, welche mit Steinkohle befeuert werden, in Deutschland für 2007 15,5% und für 2008 17,5% an technischen Restriktionen. In der Sektoruntersuchung gaben die Unternehmen 22% für 2007 und 29% für 2008 an<sup>20</sup>.

Diese Umstände sprechen deutlich für die Einräumung umfassender Kompetenzen zugunsten einer künftigen Markttransparenzstelle. Diese sollte, wie oben bereits erwähnt, selbst Zugang zu allen Daten bekommen, anhand derer man überprüfen kann, ob eine Kapazitätszurückhaltung gerechtfertigt ist oder nicht.

Solange man die Übermittlung des hierfür notwendigen Datenmaterials in die Hände der Stromerzeuger gibt, wird man zu keiner effektiven Missbrauchsaufsicht auf dem Stromerzeugungsmarkt kommen.

## **2. Fehlende ausreichende Berücksichtigung von Lauf- und Pumpspeicherkraftwerken**

Die Sektorenuntersuchung blendet Laufwasserkraftwerke in ihrer Untersuchung aus. Diese Kraftwerke können nur dort eingesetzt werden, wo Wasser ein natürliches Gefälle aufweist und deswegen Turbinen antreiben kann. Wegen der geographischen Besonderheiten Deutschlands spielen Laufwasserkraftwerke im wesentlichen im Süden eine Rolle und dort in erster Linie im Voralpenland. Im Zuge der in Fußnote 2 zitierten Entscheidung, hatte sich E.ON dazu verpflichtet, Laufwasserkraftwerke an Wettbewerber abzugeben. Im Zuge dessen sind die Laufwasserkraftwerke am Inn an den größten österreichischen Stromkonzern „Verbund“ abgegeben worden. Damit konzentriert sich die Wasserkraft tatsächlich nicht mehr in den Händen der besonders marktstarken inländischen Erzeuger. Es bleibt jedoch gleichwohl unklar, warum das BKartA Laufwasserkraftwerke nicht in die Betrachtung einbezogen hat. Von der Analyse, wie sich eine Kapazitätszurückhaltung auf den Strompreis auswirkt, schließt die Sektoruntersuchung außerdem Pumpspeicherkraftwerke aus. So heißt es wörtlich auf Seite 137:

*„Die verfügbare Erzeugungskapazität dieser Kraftwerke hängt stark von besonderen Faktoren ab, wie natürlichen Zuflüssen von Wasser oder Speicherfüllständen. Ein kontinuierlicher Kraftwerkseinsatz über lange Zeiträume ist aufgrund der*

---

<sup>20</sup> Kissy Kraftwerksstatistik des VGB (europäischer Fachverband für Strom und Wärmeerzeugung). <http://www.vgb.org/shop/neuerscheinungen/neuerscheinungen-2009.html>

*beschränkten Kapazität der Oberbecken in der Regel nicht möglich. Für einen wirtschaftlichen optimalen Einsatz der Pumpspeicherkraftwerke ist es daher notwendig, ... nach Möglichkeit in besonders teuren Stunden zu erzeugen. Dies kann dazu führen, dass ... die Leistung des Kraftwerks aber für eine spätere Stunde mit höher prognostizierten Preisen bereitgehalten wurde. Ein solches Verhalten ist **prima facie** unter ökonomischen und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten **nicht grundsätzlich** zu beanstanden, könnte aber im Rahmen des Optimierungskalküls als auffällig identifiziert werden. Daher wurden Pumpspeicherkraftwerke nicht mit dem Algorithmus optimiert.“*

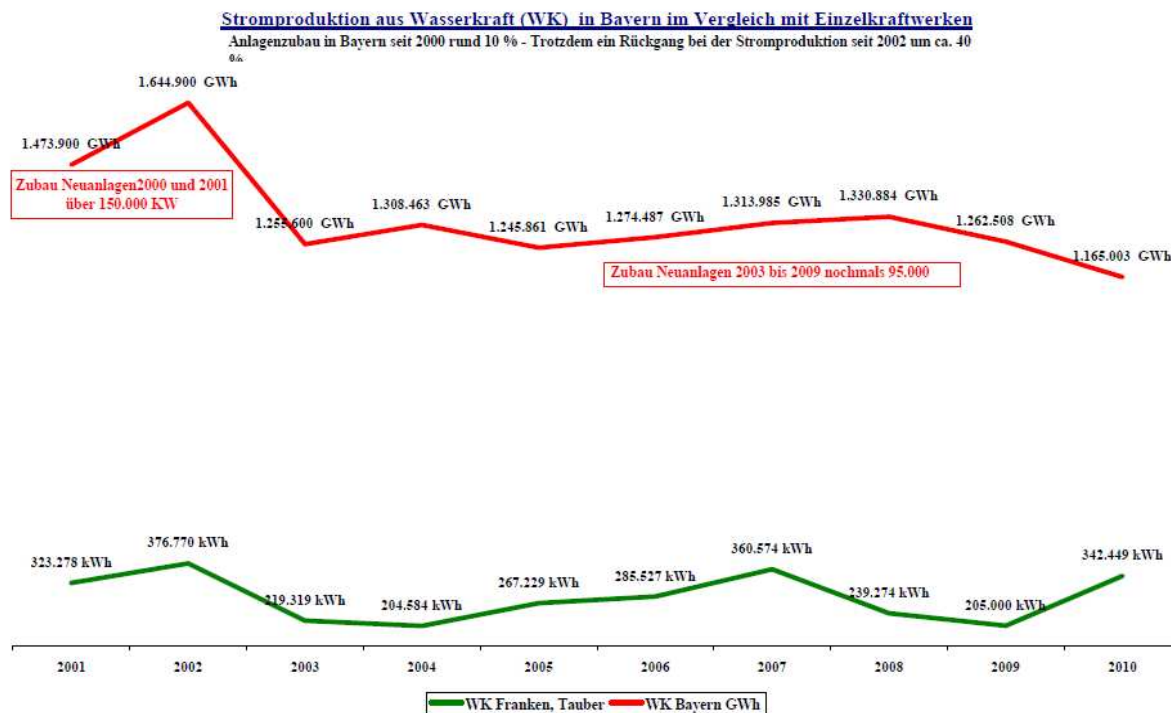
Auf den ersten Blick könnte man eine Analyse über die wirtschaftlichen Einsatzbedingungen von Wasserkraftwerken als überflüssig ansehen, da Wasserkraft nur einen geringen Anteil an der inländischen Energieerzeugung (ca. 3,4%) ausmacht. Auf den zweiten Blick überzeugt es methodisch jedoch keineswegs, Pumpspeicherkraftwerke (PSW) auszunehmen. Dabei ist zu betonen, dass es sich bei PSW um eine besondere Form von Wasserkraftwerken handelt, die potentiell abrufbare Energie speichern, indem sie eine Wassermenge in ein sog. Oberbecken pumpen. Von dort kann im Bedarfsfall das Wasser durch ein natürliches Gefälle abgelassen werden und dadurch Strom erzeugen. PSW kennzeichnet ihre sofortige Verfügbarkeit, so dass sie zur Zeit in erster Linie eingesetzt werden, um Spannungsschwankungen im Netz auszugleichen (Regelenergie). Dieses Vorgehen schließt aber den Einsatz zur Deckung der Grund- oder Spitzenlast nicht aus.

Die oben zitierte Begründung in der Sektoruntersuchung lässt sich im Ergebnis auf jedes Kraftwerk übertragen. Um den Gewinn zu optimieren, werden Kraftwerksbetreiber geneigt sein, die Leistung stets für die Stunden mit höherem Bedarf zurückzuhalten. Dies gilt unabhängig von der Art des betriebenen Kraftwerks. Auch bei Laufwasserkraftwerken wurden Kapazitätzurückhaltungen festgestellt. So heißt es auf Seite 150 der Sektoruntersuchung:

„Die unter „Sonstige“ zusammengefassten Kraftwerksarten – vor allem Laufwasserkraftwerke und GuD-Anlagen – trugen mit durchschnittlich rund 38 MW ebenfalls erheblich zur gesamten identifizierten nicht eingesetzten Leistung bei.“

Die Sektoruntersuchung kann an dieser Stelle jedoch nicht schlüssig darlegen, warum die beschriebenen Kapazitätzurückhaltungen bei den konventionellen Kraftwerken erheblich, bei den PSW und Laufwasserkraftwerken aber unerheblich sein sollen. Auch wenn die Laufwasserkraftwerke wegen des geringen Anteils an der Energieerzeugung bei einer Gesamtbetrachtung ebenfalls nicht weiter ins Gewicht fallen werden, so sollte einen doch die Tatsache stutzig machen, dass beispielsweise in Bayern trotz eines Anlagenzubaus von 10 % seit dem Jahr 2000, die Stromproduktion seit 2002 um ca. 40 % zurückgegangen ist. Eine genauere Betrachtung der Umstände wäre hier durchaus angebracht gewesen. Die Diskrepanz

zwischen Anlagenzubau und Produktionsrückgang veranschaulicht die folgende Darstellung anhand ausgewählter Laufwasserkraftwerke:



Unklar bleibt die Sektoruntersuchung auch insoweit, als sie in ihrem Ergebnis ausführt, dass eine Kapazitätzurückhaltung „nicht grundsätzlich“ zu beanstanden sei, was Ausnahmen impliziert, in denen diese doch zu beanstanden sein könnten. Hier fehlt es an einer Erläuterung was den Erkenntniswert der Sektoranalyse erheblich schmälert.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Sektoruntersuchung keine plausible Erklärung für den Ausschluss der PSW sowie der Laufwasserkraftwerke von der Analyse findet, obwohl entsprechende Erhebungen durchaus Einfluss auf das Ergebnis der Betrachtung haben könnten.

### 3. Defizitäre Erfassung von Regel- und Reserveenergie

Auf Seite 239 stellt die Sektoruntersuchung fest, dass ein nicht unerheblicher Teil der Erzeugungskapazitäten auf Grund von technischen Restriktionen und der Vorhaltung von Regel- und Reserveenergie nicht im Erstabatzmarkt zur Verfügung stehe. Dabei werden die technischen Restriktionen mit rund 25% der Gesamtnettoleistung beziffert, die Vorhaltung von Reserveenergie mit 3% und für Regelenergie mit 6%. Allerdings führt das Bundeskartellamt hierzu gleichzeitig aus, dass es die Angaben der Unternehmen nicht näher erläutern konnte. So könne in allen drei Fällen nicht ausgeschlossen werden, dass Erzeugungsunternehmen missbräuchliche Kapazitätzurückhaltungen im Rahmen der Datenerhebung als technische

Restriktion oder als Vorhaltung von Regel- und Reserveenergie ausgewiesen haben (S. 239, 2. Abs., S. 232, Absatz 2, S. 222 Absatz 4).

Unter Regelenergie (auch genannt Ausgleichsenergie) ist eine Schwankungsreserve zu verstehen, die für die Stromnetze vorgehalten werden muss, um regionale Spannungsabfälle und Stromausfälle zu verhindern. Nötig ist diese Energie, um zwischen der Einspeisung von Strom und der Entnahme auftretende Spannungsschwankungen kurzfristig auszugleichen<sup>21</sup>.

Regelenergie bildet nach der ständigen Praxis der inländischen und europäischen Kartellbehörde einen eigenen sachlich relevanten Markt<sup>22</sup>.

Während Regelenergie dazu dient, Spannungsschwankungen aufzufangen, dient Reserveenergie dazu, Kraftwerksausfälle auszugleichen, wofür es notwendig ist, eine Reserveleistung vorzuhalten. Ebenso wie die Regelenergie ist die Reserveenergie vom Erstabsatzmarkt abgekoppelt und gehört damit auch nicht zum kartellrechtlich relevanten Erstabsatzmarkt. Juristisch betrachtet, bedeutet dies, dass der Marktbeherrschungsgrad eines Erzeugungsunternehmens weder durch die Regelenergie- noch durch die Reserveenergiekapazität bestimmt wird. Ein Erzeugungsunternehmen ist damit zum einen in der Lage, seinen Marktanteil kleinzurechnen, indem es bestimmte Kapazitäten der Regel- und Reserveenergie zuweist, zum anderen eröffnen sich Manipulationsmöglichkeiten durch die Kaschierung von Kapazitätszurückhaltungen.

Auch hier scheint sich die Sektoruntersuchung also nicht festlegen zu wollen, ob der als Regel- und Reserveenergie ausgewiesene Teil der Kapazitäten auf eine missbräuchliche Kapazitätszurückhaltung hinweist. Anlass zum Zweifel gibt es gleichwohl, denn auf Seite 222 führt die Sektoruntersuchung aus, dass Besonderheiten bei der Vorhaltung positiver Regelleistung zu Inkonsistenzen und Unschärfen in den erhobenen Daten führten. Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Erzeugungsunternehmen die Vorhaltung von Regelleistung in einzelnen Kraftwerksblöcken überhöht ausgewiesen haben. Mit dem Hinweis auf unzureichendes Datenmaterial erteilt sich die Sektoruntersuchung auf Seite 231 selbst einen Dispens:

„Vor diesem Hintergrund ergeben sich aus den Ergebnissen der Untersuchung keine Anhaltspunkte dafür, dass missbräuchliche Kapazitätszurückhaltungen als Regelleistungsvorhaltung ausgewiesen sind. Allerdings lässt sich dies auf der Grundlage der vorhandenen Daten auch nicht völlig ausschließen“.

<sup>21</sup> Näher: *Füller*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 2. Aufl., 2010, § 19 GWB, Rn. 18

<sup>22</sup> Z. B. BKartA WuW/E DE-R 360364 f. – *Hein Gas*; Kommission vom 09.12.2004 – IV/N. 3440 – EDF/ENI/GDP, Rn. 51.

Eigentlich böte diese Inkonsistenz Anlass genug, ein Missbrauchsverfahren einzuleiten. Nach den bereits oben aufgeführten Grundsätzen zum Missbrauchstatbestand gilt nämlich, dass eine Kapazitätszurückhaltung missbräuchlich ist, wenn kein sachlicher Grund hierfür erkennbar ist (siehe dazu später IV). Genau dies ist hier aber der Fall, denn auch das Bundeskartellamt bemerkt in seiner Sektoruntersuchung, dass eine tatsächliche Divergenz zwischen der von den Unternehmen angegebenen Nettoleistung und der Regelleistung bestand. Auf den ersten Blick ist nicht erkennbar, dass die beschriebene Divergenz auf einem sachlichen Grund beruht, so dass das betroffene Unternehmen verpflichtet werden müsste, diese Divergenz zu erklären.

Ein ähnlich diffuses Ergebnis zeigt die Sektoruntersuchung zur Reserveenergie. Auf Seite 238 führt das Bundeskartellamt hierzu aus:

„Inwieweit diese Gründe jeweils im Einzelfall greifen, konnte im Rahmen dieser Untersuchung nicht überprüft werden. Auch wenn derzeit keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass missbräuchlich zurückgehaltene Kapazitäten als Vorhaltung von Reserveleistung ausgewiesen wurden, lässt sich dies nicht abschließend ausschließen“.

Auch hier hätte es sich angeboten, in einem Missbrauchsverfahren die Einzelheiten zu klären. Nach § 32e Abs. 2 GWB hätte das BKartA auch im Rahmen der Sektoruntersuchung dieselben Ermittlungsbefugnisse wie bei einem normalen Kartellverwaltungsverfahren. Gemäß der Gesetzessystematik umfasst dies auch Durchsuchungen und sonstige Auskunftsverlangen, § 59 GWB. Nicht abschließend geklärt ist allerdings, inwieweit diese Befugnisse durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wiederum eingeschränkt sind. Das Schrifttum vertritt eine derartige Einschränkung<sup>23</sup>.

Diese Ansicht begründet jedoch keine Regel, so dass man sich durchaus auch zu einem mutigeren Verständnis der Ermittlungsbefugnisse hätte durchringen können. Nicht zuletzt deswegen bleibt die Sektoruntersuchung hinter ihren Möglichkeiten zurück.

#### **IV. Rückschlüsse auf die Ausgestaltung der Markttransparenzstelle**

Wie einleitend bereits angesprochen, betrachtet die Sektoruntersuchung eine Markttransparenzstelle, wie sie die Bundesregierung in ihrem Energiekonzept vorschlägt, als positiv (S. 285 f.). Die Bundesregierung plant in ihrem Energiekonzept vom 28. September 2010 einen Gesetzesentwurf zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas vorzulegen. Diese Transparenzstelle soll beim Bundeskartellamt angesiedelt

---

<sup>23</sup> Siehe etwa: *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl., 2007, § 32a Rn. 37 – 40.

werden und laufend marktrelevante Daten erheben, sammeln und analysieren um so der effektiveren Aufdeckung möglichen Fehlverhaltens bei der Preisbildung zu dienen. Dadurch soll nach Ansicht der Bundesregierung das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Großhandelsmärkte, der Wettbewerb und die Energieverbraucherinteressen gestärkt werden<sup>24</sup>.

Diese Einschätzung überzeugt jedoch nicht, da es bislang an wesentlichen Bedingungen für die Garantie von Stärke und Klarheit in Bezug auf Markttransparenz fehlt. Damit eine Markttransparenzstelle effektiv arbeiten kann, müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- Das Datenmaterial muss umfassend sein. Ohne Rücksicht auf Vollständigkeit sollten zu dem Datenmaterial rechnen: Alter des Kraftwerks, installierte Nettoleistung, erzielte Börsenpreise, Erzeugungskosten, Personal- und Wartungskosten sowie sämtliche variablen und fixen Kosten.
- Das Datenmaterial muss verlässlich und darf nicht manipulierbar sein.
- Die Markttransparenzstelle muss die Datenerhebung und den Zeitpunkt der Datenerhebung selbst steuern können.

Diese Voraussetzungen sind zweifelsohne wichtig, wenn täglich bestimmte Daten über die Kraftwerksparks abgefragt werden. Die Sektoruntersuchung spricht hier von einer Marktüberwachung „in Echtzeit“. Auch in dem Vorschlag der Kommission über die Integrität und Transparenz des Energiemarktes wird die Bedeutung eines zeitnahen Zugangs zu den vollständigen Transaktionsdaten für eine wirksam funktionierende Marktüberwachung hervorgehoben<sup>25</sup>. Diese Terminologie ist jedoch insofern missverständlich, als eine tägliche Abfrage der Daten lediglich die Untersuchungsintervalle verkürzt, nicht aber größeren Schutz vor Manipulationen bietet. Ein wesentlicher Schwachpunkt dieses Systems ist deshalb darin zu sehen, dass *ex ante* festgelegt werden soll, welche Daten zu welchen Zeitpunkten zu übermitteln sind. Wie dies genau geschehen soll, ist derzeit noch nicht bekannt.

Wenn es aber manipulationsverdächtigen Unternehmen bekannt ist, zu welchem Zeitpunkt sie worüber Rechenschaft ablegen müssen, haben diese ausreichend Gelegenheit, eventuelle Manipulationen zu verschleiern. Diese Idee scheint auch dem Bundeskartellamt nicht fremd zu sein, denn auf Seite 157 und 158 der Sektoruntersuchung wird ein „Abschreckungseffekt“ als Grund dafür vermutet, dass im Vergleich zu den in den Verfahren der Europäischen Kommission gefundenen Hinweisen, die heutigen Anzeichen für Kapazitätszurückhaltungen erheblich geringer ausfallen. Bereits im Laufe des Verfahrens der Europäischen Kommission seien aus demselben Grund im Gegensatz zum Beginn des Untersu-

---

<sup>24</sup> Energiekonzept der Bundesregierung vom 28 September 2010, Seite 15.

<sup>25</sup> Vorschlag vom 8.12.2010 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarktes, KOM(2010) 726 endgültig, Seite 6, Seite 10 (Rz 14).

chungszeitraums gegen Ende kaum noch Hinweise auf Kapazitätszurückhaltungen gefunden worden<sup>26</sup>. Da die Möglichkeiten, auffälligen Preisunterschieden im Nachhinein nachzugehen, sehr begrenzt sind, sollte bereits vor der Datenerhebung festgelegt werden, welche Daten zu übermitteln sind, um einer Manipulationen von vornherein entgegenzuwirken. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass widersprüchliches Datenmaterial erhoben wird.

Darüber hinaus sollte die Markttransparenzstelle in der Lage sein, selbst die relevanten Daten von den Kraftwerksbetreibern abzufragen. Technisch dürfte dies aufgrund der elektronischen Datenübermittlung kein Problem darstellen. Wenn die Markttransparenzstelle selbstständig jederzeit Daten abfragen kann, könnten Marktteilnehmer davon abgehalten werden, Daten zu manipulieren.

Auf S. 286 der Sektoruntersuchung führt das Bundeskartellamt wörtlich aus:

*„Bei Einrichtung einer Markttransparenzstelle wäre sicherzustellen, dass für den Geheimwettbewerb relevante Daten der Markttransparenzstelle, nicht aber gegenüber Mitbewerbern offengelegt werden, um kollusives Verhalten zu verhindern. Anders kann es sich nur mit Daten verhalten, deren Veröffentlichung für die Entwicklung des Wettbewerbs förderlich ist.“*

Die Sektoruntersuchung spielt hier darauf an, dass die Markttransparenzstelle ein „Kartellorgan“ für einen mit § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbaren Informationsaustausch sein soll. Unserer Ansicht nach sollte dies eine zwingende Voraussetzung für die einzurichtende Stelle sein. Dabei ist vorab Folgendes auszuführen: In kartellbehördlichen Verfahren spielt der Zugang zu Informationen eine erhebliche Rolle und oftmals müssen Daten veröffentlicht werden, ohne deren Kenntnis das Verfahren nicht durchführbar ist. Behörden dürfen indes keine strategisch sensiblen Daten veröffentlichen, da dies einem verbotenen Informationsaustauschverfahren gleichkäme. Die Horizontalleitlinien<sup>27</sup> der Europäischen Kommission haben dazu bestimmte Maßstäbe aufgestellt, die für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gelten, aber auch sinngemäß auf Behörden und Markttransparenzstellen übertragbar sind. Bedenklich ist danach der Austausch nicht aggregierter, strategisch und wettbewerblich sensibler Daten<sup>28</sup>. Ganz ähnlich formuliert es die Europäische Kommission in ihrem Verordnungsvorschlag über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts: „(18) Falls Informationen wirtschaftlich nicht sensibel sind, sollte die Agentur in der Lage sein, diese den Markt-

---

<sup>26</sup> Seite 158 der Sektoruntersuchung.

<sup>27</sup> Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontalleitlinien“), ABl. EG Nr. C 3 vom 6. Januar 2001, S. 2.

<sup>28</sup> Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit; ABl. EG 2001 Nr. C 11 Rn. 86 ff.

teilnehmern und einer breiteren Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Eine solche Transparenz kann dazu beitragen, Vertrauen in den Markt aufzubauen und das Wissen über das Funktionieren von Energiegroßhandelsmärkten zu fördern<sup>29</sup>.

## **V. Zusammenfassung und zentrale Schlussfolgerungen**

Die Sektoruntersuchung des BKartA ist zweifelsohne ein verdienstvolles Unterfangen, um die Strukturen auf dem relevanten Erzeugermarkt aufzubereiten. Sie ist jedoch an den entscheidenden Stellen wenig aussagekräftig. So rechtfertigt das BKartA fehlende Schlussfolgerungen immer wieder mit fehlenden Untersuchungsmöglichkeiten. Deshalb ist eine Überarbeitung der Sektoruntersuchung notwendig. Dem BKartA sollten ausreichend Mittel zur Verfügung gestellt werden, damit alle notwendigen Unterlagen überprüft werden können - gerade auch mit Blick auf künftige Marktüberwachung.

Aus der Sicht des Kurzgutachtens sind folgende Gesichtspunkte schlussfolgernd insgesamt hervorzuheben:

1. Das BKartA hat nicht überprüft, ob die Aussagen der betroffenen Unternehmen über die zwingenden Gründe zur Kapazitätszurückhaltung verifizierbar sind. Dies lässt die Sektorenuntersuchung "leer laufen", da nicht verifizierbare Daten gesammelt wurden. Die Frage, ob Kapazitätszurückhaltungen tatsächlich sachlich gerechtfertigt sind, darf nicht durch die Unternehmen beantwortet werden, sondern hätte durch das Bundeskartellamt ermittelt und geprüft werden müssen. Dies ist nicht ausreichend geschehen und lässt deswegen Spielraum für marktbeherrschende Unternehmen, die Strompreise zu manipulieren..
2. Das BKartA sieht keinen Anlass zum Zweifel, wenn nach Angaben der Kraftwerksbetreiber 25% der verfügbaren Nettokapazitäten nicht auf dem Markt angeboten werden. Es ist äußerst ungewöhnlich, dass ein Viertel der relevanten Kapazitäten brach liegt. Branchenintern werden Werte von zum Beispiel für Kohlekraftwerke 15% bis 18% als normal angesehen, während es in der Sektoruntersuchung bis zwischen 22% und 29% sind. Dies legt den Verdacht nahe, dass die Kraftwerksbetreiber dem Bundeskartellamt massiv falsche Informationen geliefert haben.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Vorschlag vom 8.12.2010 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiemarkts, KOM(2010) 726 endgültig, Rz. 18.

<sup>30</sup> KISSY Kraftwerksstatistik des VGB (europäischer Fachverband für Strom und Wärmeerzeugung). <http://www.vgb.org/shop/neuerscheinungen/neuerscheinungen-2009.html>

Auf anderen Märkten würde dies Unternehmen dazu veranlassen, Kraftwerkskapazitäten abzubauen, da ungenutzte Kapazitäten erhebliche Kosten erzeugen. Offenbar haben die großen Kraftwerksbetreiber dazu keinen Anlass. Dies legt den Verdacht nahe, dass die Margen aus den übrigen Kraftwerken so überhöht sind, dass sie ausreichen, um Kosten für zurückgehaltene Kapazitäten aufzufangen.

3. Die Anforderungen an den Missbrauchstatbestand als Schwelle zum Missbrauchsverfahren sind seitens des BKartA aus diesseitiger Sicht zu hoch angesetzt. Auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus der Arbeit der Kommission im Sektormissbrauchsbereich und entsprechende Untersuchungen in anderen EU Staaten hätte ein Missbrauchsverfahren wegen der Kapazitätszurückhaltung eingeleitet werden müssen. Andere europäische Kartellbehörden haben dies in ähnlichen Untersuchungen zur Kapazitätsrückhaltung getan. Es besteht diesseitig kein Zweifel, dass hinreichend Anhaltspunkte bestehen, ein Missbrauchsverfahren einzuleiten. Es wird allerdings auch anerkannt, dass die fehlenden ausreichenden Ressourcen des BKartA dieses womöglich gehindert haben, eine dementsprechende Entscheidung zweifelsfrei treffen zu können.
4. Die Sektoruntersuchung hat den Druck auf die Notwendigkeit der Einführung einer Markttransparenzstelle als Instanz der Missbrauchskontrolle erhöht. Eine Markttransparenzstelle muss eingerichtet werden. Es ist für einen transparenten Energiemarkt notwendig, dass Kraftwerksbetreiber relevante Kraftwerksdaten in regelmäßigen und kurzfristigen Abständen gegenüber der Markttransparenzstelle offen legen müssen und Fragen des Missbrauchs konzentriert und regelmäßig nachgegangen wird. Jedoch läuft solch eine Markttransparenzstelle ins Leere, wenn sie nicht mit ausreichender fachlicher Besetzung und umfassenden Kompetenzen zur Datenerhebung, Datenüberprüfung und -bewertung ausgestattet wird. Die klaren Aussagen des BKartA in seinem Bericht zur Sektoruntersuchung im Hinblick auf die unzureichende Ausstattung des Amtes und damit die Grenzen seiner Untersuchungskapazität bezeugen wiederholt einen Personalmangel im Bundeskartellamt. Deshalb ist eine politische Entscheidung erforderlich, nicht nur eine Markttransparenzstelle einzuführen, sondern auch, diese mit ausreichendem fachkundigen Personal und Mitteln auszustatten, damit der Prüfauftrag in Zukunft ausreichend erfüllt werden kann.
5. Pumpspeicherkraftwerke ebenso wie Laufwasserkraftwerke werden aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht in die Betrachtung eingebunden, obwohl auch dieser Bereich klare Unregelmäßigkeiten im Hinblick auf Kapazitätszurückhaltung aufweist.

Das BKartA hat dies im Grunde festgestellt, aber in Bezug auf die relative geringe Höhe der zurückgehaltenen Menge den Bereich insgesamt ausgeklammert. Das Kurzgutachten hat jedoch aufgezeigt, dass geringe Zurückhaltungen ausreichen, Marktmissbrauch zu bewirken.