

Konzept zur Aufhebung des Mark-up-Verbots

Ausgangspunkt

Das Bundeskartellamt hat zum Abschluss der Sektorenuntersuchung für die Jahre 2007 und 2008 ausgeführt:

*„Die Beschlussabteilung geht im Ergebnis davon aus, dass es bei Zugrundelegung des geltenden Auktionsmechanismus und der gegebenen Marktverhältnisse den Normadressaten der §§ 19, 29 GWB, Art. 102 AEUV (nur marktbeherrschende Unternehmen) **grundsätzlich verwehrt ist, zu einem Preis oberhalb ihrer Grenzkosten anzubieten**, es sei denn, das Unternehmen weist nach, dass ein entsprechender Mark-up erforderlich ist, um seine – bezogen auf das gesamte Kraftwerksportfolio – totalen Durchschnittskosten zu erwirtschaften.“ (Bundeskartellamt, 2011, S.15 f.)*

Hierin ist ein eingeschränktes Mark-up-Verbot mit Beweislastumkehr zu sehen.

Wirkungen des Mark-up-Verbots

Durch das Ausbleiben von Knappheitssignalen werden dem Markt Investitionssignale bezüglich Anlagen zur Deckung von Spitzenbedarf entzogen, was im Ergebnis zu einem unzureichenden Zubau von Erzeugungskapazität führen kann. Neuere Untersuchungen zeigen gerade, dass Knappheitspreise möglichst ungehindert gesetzt werden müssen und das Mark-up-Verbot hierbei ein ganz entscheidendes Hindernis bildet:

- Connect: Leitstudie Strommarkt, Arbeitspaket Optimierung des Strommarktdesigns, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Juli 2014, S. 82 f.
- Frontier Economics / Formaet Services: Strommarkt in Deutschland – Gewährleistet das derzeitige Marktdesign Versorgungssicherheit? Bericht für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Juli 2014, S. 14 f.
- ECOFYS: Notwendigkeit von Kapazitätsmechanismen, Studie im Auftrag des BDEW, September 2012, S. 48 f.
- Boecker/Haucap/Jovanovic, „Diskriminierende Gebotsbeschränkungen im deutschen Großhandelsmarkt für Strom: Eine wettbewerbsökonomische Analyse“, November 2013.

Nachfrager müssen sich aufgrund des Mark-up-Verbots nicht gegen hohe Preisspitzen absichern. Dies schadet der Liquidität des Terminmarkts und verhindert das Entstehen eines freiwilligen Optionsmarkts. Durch das Unterdrücken von Preisspitzen fehlt es dem Markt außerdem an sichtbaren Signalen, in Lastflexibilitäten und Speicher zu investieren.

Die vom BKartA den betroffenen Unternehmen eingeräumte Möglichkeit des Beweises der Erforderlichkeit ist eine erhebliche Hürde, ein solcher – auf das gesamte Kraftwerksportfolio bezogener – Nachweis erscheint realitätsfern. Das Kartellamt will Mark-ups nur dann akzeptieren, wenn ohne sie die Gesamtkosten des Kraftwerksportfolios nicht gedeckt (!) wären. Es unterstellt mit dieser schon extremen Totalverlust-Messlatte auch eine Quersubventionierung zwischen allen Anlagen eines Portfolios. Unternehmen treffen jedoch Entscheidungen über Investitionen oder Stilllegungen in der einzig rationalen und realisierbaren Form: nämlich auf die jeweiligen Einzelanlagen bezogen. Kein Unternehmen, gleich welcher Branche, würde seine verlustbringende Produktionsanlage A weiter betreiben (oder in eine derartige neue Anlage investieren), nur weil es eine rentable Produktionsanlage B besitzt, die die Verluste von A ausgleicht. Damit sind Mark-ups für marktbeherrschende Unternehmen

(so gut wie) nie möglich, wenn das Unternehmen nicht Gefahr laufen will, dass ein kartellrechtliches Missbrauchsverfahren von der Kartellbehörde eingeleitet wird.

Aussagen im Diskussionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Grünbuch) vom 31. Oktober 2014

Auf Seite 41 des „Grünbuchs“ (Kasten) werden im Zusammenhang mit der Option „Strommarkt 2.0“ die ökonomische Funktion von Preisspitzen und das Thema Mark-up-Verbot kartellrechtlich dargestellt. Das zuvor beschriebene Dilemma marktbeherrschender Unternehmen erscheint dort in der Fußnote 8. Zum Ende heißt es auf Seite 42 oben: „Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot hat in der aktuellen Marktsituation wenig praktische Bedeutung. Die Marktmachtstendenzen sind in den letzten Jahren rückläufig.“ Als Handlungsbedarf für die Option „Strommarkt 2.0“ steht in der Tabelle auf Seite 45: „Es darf kein de facto Mark-up-Verbot geben.“

Bestehende Problemlage

Das BKartA hat im Rahmen seiner Sektoruntersuchung, die auf den Daten des Jahres 2007 und 2008 beruht, ein bis dahin nicht angewendetes Kriterium für Marktbeherrschung eingeführt, das auf dem stündlichen sog. Residual Supply Index (RSI) beruht.¹ Bei Anwendung dieses Kriteriums könnten eventuell betroffene Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung zum Zeitpunkt der Preisgebote gar nicht selbst feststellen. Denn allein die Kartellbehörden besitzen Zugang zu den nötigen Daten für die – auch nur nachträglich mögliche – Berechnung der RSI-Werte.

Zusätzlich trifft das Mark-Up Verbot nicht nur vermeintliche Marktbeherrscher, sondern alle Marktteilnehmer. Das Bewusstsein um die verbotenen Knappheitssignale führt dazu, dass auch Nichtmarktbeherrscher keine Mark-Ups einpreisen, da sie befürchten, von den Marktbeherrschern, die nach BkartA keine Mark-Ups nehmen dürfen, unterboten zu werden. Damit trägt das Mark-Up Verbot wesentlich zum Marktversagen bei. So ist hier eine öffentliche Kommunikation erforderlich, da alle Anbieter, auch kleinere, wissen müssen, dass Mark-Ups von jedem Marktteilnehmer zulässig sind.

Ferner blenden sowohl das BKartA wie auch die Europäische Kommission bisher bei der Erzeugungs-Marktabgrenzung die nach dem EEG geförderte Stromerzeugung völlig aus, wodurch die Marktanteile der konventionellen Erzeuger auf relativ hohes Niveau verbleiben.

Erforderliche Schritte

Es empfiehlt sich, eine sachlich begründete Auslegung durch das BKartA zu erhalten, die sich von den Aussagen aus der Sektoruntersuchung entsprechend unterscheidet, und damit das sog. De-facto-Mark-up-Verbot generell aufzuheben.

Ein spezielles Kartellrechtsverfahren gegen eines der potentiell betroffenen Unternehmen ist nicht anhängig. Wegen der erheblichen Risiken und möglichen Bußgeldern verbietet es sich für diese Unternehmen auch, ein solches Verfahren aus Gründen der Rechtsfortbildung zu provozieren.

Ein dogmatischer Kurswechsel im oben beschriebenen Sinne könnte vom BKartA jedoch im Rahmen eines Berichtes vollzogen werden. Als Berichte kommen grundsätzlich in Betracht:

¹ Dazu ausführlich und kritisch Krebs/Drozella: Marktbeherrschung im Bereich Stromerzeugung/Stromgroßhandel - Eine kritische Analyse der neueren Sicht des Bundeskartellamts, 2013, Verlag Peter Lang.

- Jahresbericht des BKartA (zuletzt Juli 2014 für 2013)
- jährlicher Monitoringbericht von BKartA und BNetzA (Q 4 für das vorangegangene Jahr)
- künftig im Zweijahresturnus: Bericht der Markttransparenzstelle bei der BNetzA unter Beteiligung des BKartA oder
- Bericht des Bundeskartellamtes im Zweijahresturnus über seine Tätigkeit in den beiden letzten Jahren sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (zuletzt für 2011/2012 mit der Stellungnahme der Bundesregierung veröffentlicht als Bundestags-Drucksache 17/13675 vom 29.05.2013), darin der Abschnitt B.VII. „Energiewirtschaft“ mit dem Unterabschnitt 1. „Strom“

Aus praktischen Gründen würde sich eine Erklärung der 8. Beschlussabteilung im Rahmen des Jahresberichts empfehlen. Thematisch würde sich zwar eher der Bericht der Markttransparenzstelle anbieten. Da sich die Einrichtung und Arbeit der Markttransparenzstelle im Bereich Energie jedoch zeitlich verzögert, ist hier eine nachhaltige Berichterstattung noch nicht kurzfristig absehbar.

Des Weiteren empfiehlt es sich, § 29 GWB und die darin enthaltene Beweislastumkehr nicht über 2017 hinaus zu verlängern. Aus Gründen der Vorhersehbarkeit sollte diese Änderung bereits zur Mitte der Legislaturperiode angekündigt werden. Hierzu bietet sich der Grünbuch-/Weißbuchprozess oder das nachfolgende Gesetzgebungsverfahren (Amtliche Begründung) an.

Inhalt der Korrektur

Klarheit könnte folgendermaßen geschaffen werden:

Zunächst sollten die seit Aufnahme der Daten der Jahre 2007 und 2008 im Rahmen der Sektoruntersuchung erfolgten Marktveränderungen beschrieben werden. Die hieraus abgeleiteten Folgen könnten wie folgt umrissen werden.

- Durch Einbeziehung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, zumindest im Umfang der Direktvermarktung, erfährt die sachliche Marktabgrenzung eine Weiterentwicklung.
- Die Marktmacht der größten Erzeugungsunternehmen ist seit 2008 erheblich zurückgegangen.
- Auch marktbeherrschenden Unternehmen ist es grundsätzlich gestattet, zu einem Preis oberhalb ihrer Grenzkosten anzubieten.
- Ein Nachweis durch marktbeherrschende Unternehmen, dass ein Mark-up erforderlich ist, um die Durchschnittskosten des gesamten Kraftwerksportfolios zu decken, ist künftig nicht mehr erforderlich.

Fachdialog

Es bietet sich an, die anstehenden Gestaltungsfragen in einem Fachdialog zwischen BKartA, BMWi und BDEW abzuklären. In diesen Fachdialog könnten ggf. die oben genannten beratenden Institutionen einbezogen werden. Der Fachdialog sollte so zügig zu einem Abschluss gebracht werden, dass eine entsprechende Erklärung Eingang in den Jahresbericht 2014 finden kann.