

Tigran Heymann

Der Strommarkt 2.0 im Lichte des europäischen und deutschen (Wettbewerbs) Rechts

Zur Einordnung des Erstabsatzes
von Grün- und Graustrom



Nomos



E W  R K

Schriftenreihe

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski,
Geschäftsführender Direktor

Band 61

Tigran Heymann

Der Strommarkt 2.0 im Lichte des europäischen und deutschen (Wettbewerbs) Rechts

Zur Einordnung des Erstabsatzes
von Grün- und Graustrom



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-5056-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9228-1 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit entstand berufsbegleitend zu meiner Tätigkeit in einer auf die gesamte Energiebranche und das Energiewirtschaftsrecht spezialisierten Rechtsanwaltssozietät. Die Idee und der Ansatz zur näheren (wettbewerbs-) rechtlichen Überprüfung speziell des Vermarktungsgeschehens im Stromerzeugungsbereich entsprang dabei dem persönlichen Interesse sowie vor allem zahlreichen wissenschaftlichen Diskussionen um den Strommarkt im Kreise des EWeRK – Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V.

Praktische Erkenntnisse aus der eigenen Berufspraxis sind zwar punktuell in die inhaltlichen Ausarbeitungen mit eingeflossen. Die Annahmen, Feststellungen und Wertungen dieser Arbeit reflektieren jedoch ausschließlich meine persönlichen Sichtweisen und sollen die Diskussion um grundlegende Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Marktdesign anreichern.

Zu besonderem Dank bin ich an allererster Stelle meiner Familie verpflichtet, die mir nicht nur durch moralische Unterstützung sondern vor allem auch durch beachtliche Geduld und Entbehrung während meiner Arbeit zur Wochenend- und Urlaubszeit zur Seite stand.

Herzlicher Dank in der Sache gilt darüber hinaus meinem Doktorvater, Professor Hans-Peter Schwintowski, und den EWeRK-Mitarbeitern Maria Pustlauk, Mirko Sauer und Hanno Meyer, die das Gelingen des Projekts und die Veröffentlichung der Arbeit mit wertvollen Anregungen und Hinweisen unterstützt haben.

Ich wünsche allen Lesern viel Spaß bei der Lektüre des Werks und bin für inhaltliche Anmerkungen, Anregungen, Kritik und Diskussionen dankbar.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A. Problemaufriss, Fragestellungen und Gang der Untersuchung	23
I. Einleitende Vorbemerkung	23
II. Der Blick auf die deutschen Strompreise	26
1. Entwicklung des Strompreisniveaus seit der Liberalisierung	27
2. Zusammensetzung des Strompreises	29
3. Bisherige Kontrolle des Strompreises und seiner Bestandteile	31
a) Netzentgelte	31
b) Hoheitlich veranlasste Umlagen und Belastungen	32
c) Commodity	33
4. Zwischenergebnis zu II.	35
III. Der Blick dahinter: Der Erstabsatzmarkt für Strom	35
1. Die Erzeugung und der Erstabsatz von Strom innerhalb der deutschen Elektrizitätswirtschaft	35
2. Die Preisbildung beim Erstabsatz von Strom – von vollkostenbasierten Lieferverträgen zum grenzkostenbasierten Absatz am Spotmarkt	38
a) Preisbildung im nicht liberalisierten Strommarkt und Anfänge eines Handelsgeschehens	39
b) Etablierung einer Strombörse und einer grenzkostenbasierten Preisbildung beim Erstabsatz von Strom im liberalisierten Markt	42
c) Heute beim Erstabsatz von Strom etablierter Preisbildungsmechanismus nach Grenzkosten	45
3. Der Preisbildungsmechanismus und die Entwicklung der Spotpreise nach 2002	47
4. Kartellbehördliche Untersuchungen des Erstabsatzmarktes	50
a) Das Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamts wegen der Einpreisung kostenlos zugeteilter CO ₂ -Zertifikate	51

Inhaltsverzeichnis

b) Das Missbrauchsverfahren der Kommission wegen des Verdachts auf Kapazitätszurückhaltung	52
c) Die Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel des Bundeskartellamts	53
d) Die Einrichtung der Markttransparenzstelle zur Überwachung des Stromgroßhandels	55
5. Zwischenergebnis zu III.	56
IV. Die Marktintegration erneuerbarer Energien und ihre Auswirkungen	56
1. Förder- und Ausgleichssystem des EEG und dessen Änderungen seit 2009	56
a) Grundlegendes zum Fördersystem	57
b) Umstellung auf ein finanzielles Ausgleichssystem und Einführung der Direktvermarktung ab 2009	58
c) Weitere Förderung der Direktvermarktung durch die sog. Marktprämie ab 2012	60
2. Zum sog. Merit-Order-Effekt des EEG	62
a) Merit-Order-Effekt	63
b) Anstieg der EEG-Umlage als Kehrseite des Merit-Order-Effekts	66
c) Folgen für konventionelle (Gas- und Steinkohle) Kraftwerke	68
3. Zwischenergebnis zu IV.	73
V. Die Diskussion um Reformbedarf – Der Weg zum „Strommarkt 2.0“	73
1. Debatte um das „richtige“ Marktdesign: „Energy-Only-Markt“ vs. „Kapazitätsmarkt“	74
a) Deutschland	74
b) Europa	77
2. Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für den Strommarkt 2.0	79
a) Grün- und Weißbuchprozess um das Strommarktdesign	79
b) Die Umsetzung des Strommarktes 2.0 im Strommarktgesetz	83
3. Ausschreibungen bei erneuerbaren Energien	86
a) Das EEG 2014	87
b) Das EEG 2017	88
4. Weitere Reformen im Strommarkt	90
a) Novellierung des KWKG	90

b) Das Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende	93
5. Zwischenergebnis zu V.	93
VI. (Wettbewerbs) Rechtliche Fragestellungen und Gang der Untersuchung	94
B. Der „Strommarkt 2.0“ – (Wettbewerbs) Rechtlich relevante Märkte	96
I. Vorab: Der „Strommarkt 2.0“	96
II. Stromerzeugungs- und -großhandelsmarkt (Erstabsatzmarkt)	98
1. Kartellbehördliche Abgrenzung und strukturelle Verhältnisse des Erstabsatzmarktes	98
a) Praxis des Bundeskartellamts	99
aa) Zunächst: Bundesweiter Markt der Belieferung von Weiterverteilern	99
bb) Gewandeltes Marktverständnis ab 2006 – die Definition eines bundesweiten Erstabsatzmarktes	100
cc) Nachfolgende Kartellamtspraxis bis 2010	102
dd) Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel 2011	103
aaa) Sachliche Marktabgrenzung	103
bbb) Räumliche Marktabgrenzung	106
ccc) Marktverhältnisse auf dem Erstabsatzmarkt	107
ee) Kartellamtspraxis ab 2011 bis heute	109
aaa) Das Verfahren „RWE/Stadtwerke Unna“	110
bbb) Das Verfahren „EWE/VNG“	111
ccc) Nachfolgende Untersuchungen	112
b) Praxis der Kommission	113
aa) Die Sektoruntersuchung 2005 bis 2007	113
bb) Das Missbrauchsverfahren „Deutscher Stromgroßhandelsmarkt und Deutscher Regelenergiemarkt“ 2008	115
cc) Praxis der Kommission seit 2009	116
aaa) Die Fusionsverfahren „RWE/Essent“ und „Electrabel/E.ON“	116
bbb) Das vergaberechtliche Freistellungsverfahren betreffend Stromerzeugung und -großhandel im Jahre 2012	118
c) Zwischenergebnis zu 1.	120

Inhaltsverzeichnis

2. Kritische Bewertung des kartellbehördlichen Marktbefundes	121
a) Sachliche Marktabgrenzung	121
aa) Fehlerhafte Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts führt zur fehlerhaften Darstellung des Marktgeschehens	122
aaa) Einseitige Betrachtung der physikalischen Seite, Vernachlässigung des tatsächlichen Marktgeschehens	122
bbb) Stellungnahme	124
ccc) Zwischenergebnis zu aa)	134
bb) Richtige Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts führt zur fehlerhaften Darstellung der Marktkräfte	136
aaa) (Fehlende) Berücksichtigung der Angebotsseite	136
bbb) Stellungnahme	138
ccc) Zwischenergebnis zu bb)	142
b) Räumliche Marktabgrenzung	142
aa) Ausweitung des Erstabsatzmarkts auf das CWE- Gebiet	143
bb) Aufspaltung der einheitlichen deutsch- österreichischen Gebotszone	146
cc) Stellungnahme	149
dd) Zwischenergebnis zu b)	150
c) Marktbeherrschung	150
aa) Rückgang der Marktkonzentration im Bereich der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels	151
aaa) Untersuchungen der Monopolkommission	151
bbb) Untersuchung der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamts	158
ccc) Abbau von Überkapazitäten und Umstrukturierung der Konzerne?	161
bb) Stellungnahme	164
cc) Zwischenergebnis zu c)	165
3. Zwischenergebnis zu II.	166
III. „Markt“ für EEG-Strom	167
1. Stand der kartellrechtlichen Abgrenzung	167
2. Stellungnahme	169
3. Zwischenergebnis zu III.	174

IV. Weitere Märkte im Erzeugungsbereich	174
1. Märkte für die Erbringung von Regelenergie	175
a) Meinungsstand zur Marktabgrenzung	175
b) Stellungnahme	177
c) Zwischenergebnis zu 1.	180
2. Sonstige Marktsegmente	180
3. Zwischenergebnis zu IV.	181
V. Zusammenfassung zu B.	182
C. Grundlagen des Wettbewerbsschutzes im europäischen Recht	183
I. Schutz des Wettbewerbs im europäischen (und deutschen) Kartellrecht	183
1. Grundlegendes zur Systematik europäischen (und deutschen) Kartellrechts	183
a) Europäisches Kartellrecht	183
aa) Kartellverbot	184
bb) Missbrauchsverbote	185
cc) Fusionskontrolle	187
b) Deutsches Kartellrecht	187
c) Verhältnis zwischen europäischem und deutschem Kartellrecht	189
aa) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	190
bb) Sonderfall: Geltungsvorrang nationalen Rechts	191
2. Restwettbewerb als bedeutsam(st)es Schutzgut des Kartellrechts	192
a) Schutzrichtungen und Schutzgüter des Kartellrechts	192
b) Schutz des Restwettbewerbs in der Kartellpraxis	194
aa) Der Fall „Continental Can Company“	194
bb) Der Fall „Hoffmann-La Roche“	196
cc) Der Fall „AKZO“	197
dd) Der Fall „Tomra“	199
c) Zwischenergebnis zu 2.	200
II. Beeinträchtigungen durch Unternehmen	201
1. Verbot der missbräuchlichen Behinderung im Allgemeinen	201
a) Behinderungsmisbräuche nach der Prioritätenmitteilung der Kommission	202
aa) Grundlegendes	202

Inhaltsverzeichnis

bb)	Die „wettbewerbswidrige Marktverschließung“ als maßgebliches Beurteilungskriterium	203
cc)	Besonderheiten bei preisbezogenen Behinderungen	204
dd)	Kostendeckende Preise als „safe harbour“?	206
b)	Generelle Kriterien zur Beurteilung von Behinderungsmissbräuchen?	207
c)	Möglichkeit der Rechtfertigung	210
d)	Zwischenergebnis zu 1.	210
2.	Speziell: Kampfpreise („Predatory Pricing“)	211
a)	Grundlegendes	212
b)	Kampfpreise nach der Prioritätenmitteilung	213
c)	Anwendung in der bisherigen Kartellpraxis	215
aa)	Der Fall „AKZO“	216
bb)	Der Fall „Tetra Pak II“	217
cc)	Der Fall „Wanadoo Interactive“	218
dd)	Der Fall „Compagnie Maritime Belge Transports“	219
ee)	Der Fall „Post Denmark I“	220
ff)	Der Fall „Post Denmark II“	222
d)	Zwischenergebnis zu 2.	223
3.	Speziell: Kosten-Preis-Schere („Margin Squeeze“)	224
a)	Grundlegendes	225
b)	Tatbestandliche Voraussetzungen	226
c)	Anwendung in der bisherigen Kartellpraxis	228
aa)	Der Fall „Deutsche Telekom“	228
bb)	Der Fall „TeliaSonera“	231
cc)	Der Fall „Telefónica“	233
d)	Zwischenergebnis zu 3.	235
4.	Speziell: Verhalten mit Drittmarktauswirkung	236
a)	Grundlegendes	236
b)	Zwischenergebnis zu 4.	240
III.	Beeinträchtigungen durch den Staat	240
1.	Eigenes unternehmerisches Tun des Staates	241
2.	Verstöße gegen Art. 106 AEUV (i.V.m. Art. 102 AEUV)	241
a)	Grundlegendes	241
b)	Anwendung in der bisherigen Kartellpraxis	245
aa)	Der Fall „Bodson“	245
bb)	Der Fall „TNT Traco“	246
cc)	Der Fall „Connect Austria“	248

dd) Der Fall „DEI“	249
c) Zwischenergebnis zu 2.	251
3. Verstöße gegen Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV	252
a) Grundlegendes	252
b) Anwendung in der bisherigen Kartellpraxis	254
aa) Der Fall „INNO/ATAB“	254
bb) Der Fall „Leclerc/Au Blé Vert“	255
cc) Die Fälle „Nouvelle Frontières“ und „Van Eycke/ ASPA“ sowie die nachfolgende Fallpraxis	256
c) Zwischenergebnis zu 3.	257
4. Zwischenergebnis zu III.	257
IV. Schutz des Wettbewerbs durch das Beihilferecht	258
V. Schutz des Wettbewerbs durch die Grundkonzeption der Verträge	260
1. Der unverfälschte Wettbewerb als Bestandteil des Binnenmarktziels der Gemeinschaft	260
2. Der freie (ressourceneffiziente) Wettbewerb als Bestandteil der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten	261
a) Vorgaben an die Mitgliedstaaten	262
b) Rechtsnatur der Vorgaben	263
3. Zwischenergebnis zu V.	264
VI. Zusammenfassung zu C.	264
D. Einordnung am Maßstab des Wettbewerbsrechts	266
I. Vorbemerkung: Gegenstand und Umfang der hier möglichen Prüfung	267
1. Gegenstand der Untersuchung: Die Vermarktung von EEG-Strom auf dem Erstabatzmarkt	267
2. Umfang und Inhalt der Untersuchung	269
II. Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote	270
1. Marktbeherrschung auf dem relevanten deutsch- österreichischen Erstabatzmarkt	270
a) Definition der Marktbeherrschung	270
b) Verteilung der Marktanteile und Vermutung der Marktbeherrschung?	271
c) Widerlegung der Marktbeherrschungsvermutung?	272
d) Zwischenergebnis zu 1.	276
2. Normadressaten	276
a) Konventionelle Erzeuger auf dem Erstabatzmarkt	276

Inhaltsverzeichnis

b) Betreiber von EEG-Stromanlagen?	277
aa) Normadressaten kraft Pivotalität?	277
bb) Normadressaten kraft gesetzlicher Privilegien?	278
cc) Zwischenergebnis zu b)	280
c) Der Staat	281
3. Zwischenergebnis zu II.	281
III. Verstoß gegen Art. 106 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV	282
1. Vermarktungsvorgaben als spezifische Maßnahme des Staates	282
a) Spezifik der Maßnahme aufgrund Zwecksetzung oder Wirkung?	282
b) Spezifik der Maßnahme aufgrund Schaffung ungleicher Wettbewerbschancen?	284
aa) Vorgaben des EuGH in den Fällen „Connect Austria“ und „DEI“	285
bb) Übertragbarkeit auf den hier betrachteten Sachverhalt?	286
c) Zwischenergebnis zu 1.	288
2. Gegenstand: Öffentliche oder sonst privilegierte Unternehmen	289
a) Öffentliche Unternehmen	289
b) Sonst privilegierte Unternehmen	290
3. Wettbewerbswidrige Wirkung	292
4. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	294
5. Rechtfertigung	295
6. Zwischenergebnis zu III.	296
IV. Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV	297
1. Vorfrage: Wettbewerbsrechtliche Relevanz der Vermarktung von EEG-Strom	298
a) Zurechenbarkeit im Hinblick auf die staatlichen Vorgaben des EEG	298
aa) Freiwillige oder sonstige Direktvermarktung	299
bb) Verpflichtende Direktvermarktung	299
cc) „Klassisches“ Fördermodell	300
dd) Zwischenergebnis zu a)	302
b) Zurechenbarkeit im Hinblick auf den Preisbildungsmechanismus am Spotmarkt der Strombörse (EEX)	303

c)	Zurechenbarkeit im Hinblick auf die Problematik der Drittmartkwtirkung	304
d)	Zwischenergebnis zu 1.	305
2.	Vorliegen eines Behinderungsmissbrauchs	305
a)	Missbrauch in Form von Kampfpreisen („Predatory Pricing“)	305
aa)	Maßgebliche Parameter und Kriterien der Kampfpreisprüfung	306
aaa)	Maßgebliche Preise	306
bbb)	Maßgebliche Kosten	307
ccc)	Ableich der Kosten und Preise	308
bb)	Praktizierung von Kampfpreisen (ggf. mit Verdrängungsabsicht)	309
aaa)	Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten („AVC“)	310
bbb)	Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten („ATC“)	310
ccc)	Selektive Preisfestsetzung bei kostendeckenden Preisen	314
cc)	Zwischenergebnis zu c)	315
b)	Missbrauch in Form der Kosten-Preis-Schere („Margin Squeeze“)	316
aa)	Vorliegen einer Margenbeschneidung	316
bb)	Missbräuchlichkeit der Margenbeschneidung – Vergleichbarkeit der Fallgestaltung mit den bereits entschiedenen Fällen	319
cc)	Zwischenergebnis zu b)	320
c)	Sonstiger (Behinderungs-) Missbrauch	321
aa)	Herbeiführung eines Marktverschlusses (mit leistungsfremden Mitteln)	321
bb)	Wahrscheinlichkeit von Schäden für den Verbraucher	324
cc)	Zwischenergebnis zu c)	326
d)	Zwischenergebnis zu 2.	326
3.	Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	327
4.	Rechtfertigung	328
a)	Objektive Erforderlichkeit	328
b)	Effizienzvorteile	330
c)	Zwischenergebnis zu 4.	333

Inhaltsverzeichnis

5. Verantwortlichkeit des Staates	333
6. Zwischenergebnis zu IV.	334
V. Zusammenfassung zu D.	335
E. Einordnung am Maßstab der wettbewerbspolitischen Grundkonzeption der Verträge	337
I. Maßstab: Freier und unverfälschter Wettbewerb	337
II. Bewertung der Vermarktungsvorgaben für Grünstrom	338
1. Vorliegen eines Verstoßes gegen die Grundkonzeption der Verträge	338
2. Rechtfertigung	339
a) Legitimes Ziel der Vermarktungsvorgaben	339
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	341
III. Zusammenfassung zu E.	343
F. Möglichkeiten einer (wettbewerbs) rechtskonformen Ausgestaltung	344
I. Optionen zur Unterbindung des (Wettbewerbs) Rechtsverstoßes	344
1. Durchsetzung durch die (Wettbewerbs) Behörden	344
a) Allgemeine Befugnisse	345
b) Besondere Befugnisse der Kommission nach Art. 106 Abs. 3 AEUV bei Verstößen nach Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV	346
c) Sonstige Befugnisse der nationalen Kartellbehörden bei Verstößen im Geltungsbereich hoheitlicher Vorgaben	349
aa) Die weite Linie des EuGH	349
bb) Die restriktive Linie des BGH	351
cc) Stellungnahme	352
2. Private Durchsetzung durch Betroffene	353
a) Aktivlegitimation: Anspruchsberechtigung Betroffener	354
b) Passivlegitimation: Staat als (unmittelbarer) Anspruchsgegner?	355
3. Vertragsverletzungsverfahren	356
a) Objektive Funktion des Verfahrens	356
b) Gegenstand und Prüfungsmaßstab des Verfahrens	357
4. Zwischenergebnis zu I.	357

II. Möglichkeit einer (wettbewerbs) rechtskonformen Ausgestaltung	358
1. Einführung eines zweigliedrigen Erzeugungsmarkts	359
a) Aufspaltung des bisherigen Energy-Only-Markts in zwei Teilssegmente	359
b) Internalisierung externer Kosten	361
aa) Regenerative Stromerzeugung	361
bb) Konventionelle Stromerzeugung	362
c) Preisbildungsmechanismus auf den Märkten	363
d) Verzicht auf einen zusätzlichen Zahlungsstrom zur Deckung der Fixkosten	365
2. Wettbewerbsrechtliche Bewertung des Zwei-Märkte-Modells	367
a) Volkswirtschaftliche Bewertung	367
b) Wettbewerbsrechtliche Bewertung	371
3. Zwischenergebnis zu II.	374
III. Zusammenfassung zu F.	375
G. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	377
Literaturverzeichnis	383

