

DURCHFÜHRUNGSBESCHLUSS DER KOMMISSION

vom 24. April 2012

zur Freistellung der Erzeugung und des Großhandels von Strom aus konventionellen Quellen in Deutschland von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

(Bekanntgegeben unter Aktenzeichen C(2012) 2426)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2012/218/EU)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

II. RECHTLICHER RAHMEN

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union,

gestützt auf die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste⁽¹⁾, insbesondere auf Artikel 30 Absätze 5 und 6,

gestützt auf den Antrag, der vom Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (im Folgenden „BDEW“) am 26. Oktober 2011 per E-Mail übermittelt wurde,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. SACHLAGE

- (1) Am 26. Oktober 2011 übermittelte der BDEW der Kommission per E-Mail einen Antrag gemäß Artikel 30 Absatz 5 der Richtlinie 2004/17/EG. Die Kommission unterrichtete die deutschen Behörden am 11. November 2011 über den Antrag und forderte ferner von den deutschen Behörden per E-Mail vom 10. Januar 2012 sowie vom BDEW per E-Mail vom 21. Dezember 2011 weitere Informationen an. Zusätzliche Informationen wurden von den deutschen Behörden per E-Mail vom 14. Dezember 2011 sowie vom BDEW am 17. Januar 2012, am 26. Januar 2012 und am 28. Februar 2012 übermittelt.
- (2) Der Antrag des BDEW bezieht sich auf „die Errichtung, den Kauf und den Betrieb (einschließlich Wartung) von Stromerzeugungsanlagen gleich welcher Art sowie die damit zusammenhängenden Hilfstätigkeiten“⁽²⁾.
- (3) Dem Antrag liegt eine Stellungnahme des Bundeskartellamts vom 25. Juli 2011 bei. Diese Stellungnahme (im Folgenden „die Stellungnahme“) wurde auf der Grundlage der einschlägigen deutschen Rechtsvorschriften erstellt und betrifft die Frage, ob die verfahrensgegenständliche Tätigkeit unmittelbarem Wettbewerb ausgesetzt ist. Der Stellungnahme liegt eine umfassende Sektoruntersuchung der relevanten Märkte zugrunde.

- (4) Nach Maßgabe des Artikels 30 der Richtlinie 2004/17/EG fallen Aufträge, die die Ausübung einer der Tätigkeiten, auf die die Richtlinie Anwendung findet, ermöglichen sollen, nicht unter die Richtlinie, wenn die Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, wird unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des betreffenden Sektors anhand objektiver Kriterien ermittelt. Der Zugang zu einem Markt gilt als frei, wenn der betreffende Mitgliedstaat die einschlägigen Vorschriften des EU-Rechts, durch die ein bestimmter Sektor oder ein Teil davon für den Wettbewerb geöffnet wird, umgesetzt hat und anwendet. Diese Rechtsvorschriften sind in Anhang XI der Richtlinie 2004/17/EG aufgeführt und beziehen sich für den Stromsektor auf die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt⁽³⁾. Die Richtlinie 96/92/EG wurde von der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG⁽⁴⁾ abgelöst, die wiederum durch die Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG⁽⁵⁾ ersetzt wurde.
- (5) Deutschland hat nicht nur die Richtlinie 96/92/EG, sondern auch die Richtlinien 2003/54/EG und 2009/72/EG umgesetzt und wendet sie an. Daher sollte gemäß Artikel 30 Absatz 3 Unterabsatz 1 der Zugang zum Markt im gesamten Hoheitsgebiet Deutschlands als nicht eingeschränkt gelten.
- (6) Ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, sollte anhand verschiedener Indikatoren beurteilt werden, von denen keiner für sich genommen notwendigerweise den Ausschlag gibt. Hinsichtlich der Märkte, die dieser Beschluss betrifft, ist der Marktanteil der Hauptakteure auf einem bestimmten Markt ein Kriterium, das berücksichtigt werden sollte. Ein weiteres Kriterium ist der Konzentrationsgrad auf diesen Märkten. Angesichts der Merkmale der betrachteten Märkte sollten

⁽¹⁾ ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

⁽²⁾ Der Antrag auf Freistellung soll sich auch auf die mit der Stromerzeugung verbundenen Tätigkeiten wie Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen beziehen.

⁽³⁾ ABl. L 27 vom 30.1.1997, S. 20.

⁽⁴⁾ ABl. L 176 vom 15.7.2003, S. 37.

⁽⁵⁾ ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 55.

zusätzliche Kriterien berücksichtigt werden, z. B. das Funktionieren des Ausgleichsmarktes, der Preiswettbewerb und das Ausmaß, in dem Kunden den Versorger wechseln.

- (7) Dieser Beschluss lässt die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften unberührt.

III. WÜRDIGUNG

- (8) Der deutsche Strommarkt ist durch eine große Zahl von Kraftwerken gekennzeichnet, die von einer Vielzahl von Marktakteuren betrieben werden⁽¹⁾. Der Großteil der Erzeugungskapazitäten befindet sich in den Händen von vier großen Energieunternehmen: RWE AG, E.ON AG, EnBW AG und Vattenfall Europe AG. Da zwei dieser Unternehmen, nämlich RWE und E.ON, private Unternehmen sind (d. h. Unternehmen, die nicht unmittelbar oder mittelbar einem beherrschenden Einfluss von Auftraggebern gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/17/EG ausgesetzt sind), die nicht aufgrund besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG im Stromerzeugungsssektor tätig sind, handelt es sich bei ihnen nicht um Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG. Ihre Auftragsvergabe zum Zweck der Erzeugung oder des Verkaufs von Strom unterliegt daher nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie. Daher sollten sie hinsichtlich dieser Tätigkeiten als Wettbewerber der Auftraggeber betrachtet werden, deren Auftragsvergabe Gegenstand dieser Richtlinie ist. Die Analyse wird sich daher im Folgenden bei der Prüfung der Frage, ob die Tätigkeit dem Wettbewerb auf frei zugänglichen Märkten ausgesetzt ist, auf die Auftraggeber konzentrieren.
- (9) Die Vermarktung von Strom auf der Großhandelsebene erfolgt über die Börse, d. h. an den Spot- und Terminmärkten der European Energy Exchange AG (EEX) und der European Power Exchange S.E. (EPEX), oder außerbörslich im Zuge von Over-the Counter-Geschäften (OTC). Der sich an der Strombörse einstellende Preis dient in der Regel als Referenzpreis bei außerbörslichen Geschäften. Die Erzeugungsunternehmen optimieren den Einsatz ihrer Kraftwerke entsprechend den Ergebnissen des börslichen Spotmarkthandels. Grundsätzlich werden nur diejenigen Kraftwerke eingesetzt, deren Grenzkosten unterhalb des Marktpreises liegen.
- (10) Im Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien⁽²⁾ (im Folgenden „EEG“) sind die Regeln für Strom aus erneuer-

baren Energien⁽³⁾ festgelegt, der neben dem aus konventionellen Quellen erzeugten Strom⁽⁴⁾ eine immer größere Rolle auf dem deutschen Markt spielt. Die EEG-Novelle, die Anfang 2012 in Kraft trat, sieht vor, dass bis 2020 35 %, bis 2030 50 % und bis 2050 80 % der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien erfolgen soll.

- (11) Ende 2010 waren 160,5 GW Erzeugungskapazitäten an die Netze der Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) (77,6 GW) und Verteilungsnetzbetreiber (VNB) (82,9 GW) angeschlossen. Gegenüber 2009 (152,7 GW) war dies ein Zuwachs um ca. 7,8 GW. Die erneuerbaren Energien machten 54,2 GW der Gesamtkapazitäten aus. Hiervon wurden 50,7 GW nach dem EEG vergütet. Dies bedeutet, dass die erneuerbaren Energien einen Anteil von ca. 34 % an der Gesamtkapazität haben⁽⁵⁾.
- (12) Insgesamt wurde 2010 eine Menge von 531,2 TWh in die Netze der ÜNB (367,5 TWh) und VNB (163,7 TWh) eingespeist. Durch erneuerbare Energieträger wurden 93,7 TWh eingespeist, wovon 80,7 TWh nach dem EEG vergütet wurden. Hieraus ergibt sich ein Einspeiseanteil der erneuerbaren Energien von ca. 18 % an der Gesamteinspeisung, der damit unter dem Leistungsanteil von 34 % bezogen auf die gesamten Erzeugungskapazitäten liegt⁽⁶⁾. Der Grund dafür ist, dass die Nutzungsdauer von erneuerbaren Energieträgern pro Jahr geringer als die von konventionellen Energieträgern ist.
- (13) Ein weiteres Merkmal des deutschen Strommarkts betrifft die jüngste Entscheidung der deutschen Regierung, 8 Kernkraftwerke mit einer Gesamtkapazität von 8 400 MW stillzulegen⁽⁷⁾, die nach der nuklearen Katastrophe Anfang 2011 in Japan getroffen wurde. Ferner wurde beschlossen, die in Deutschland verbleibenden Kernkraftwerke bis 2022 stillzulegen. Dies hat kurzfristig das Verhältnis zwischen Importen und Exporten geändert mit der Folge, dass Deutschland, das bis 2010 ein Nettoexporteur von Strom war, 2011 zum Nettoimporteur wurde.

(1) Den Daten von Eurostat für Umwelt und Energie vom November 2010 zufolge gab es 2008 in Deutschland mehr als 450 Stromerzeugungsunternehmen, auf die mindestens 95 % der Nettostromerzeugung entfielen.

(2) Das EEG regelt: den vorrangigen Anschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und aus Grubengas an die Netze für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität, die vorrangige Abnahme, Übertragung, Verteilung und Vergütung dieses Stroms durch die Netzbetreiber einschließlich des Verhältnisses zu Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) sowie einschließlich Prämien für die Integration dieses Stroms in das Elektrizitätsversorgungssystem und den bundesweiten Ausgleich des abgenommenen Stroms, für den eine Vergütung oder eine Prämie gezahlt worden ist.

(3) Im Sinne des EEG und zu den darin festgelegten Bedingungen bezeichnet der Begriff „erneuerbare Energien“ Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie, Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.

(4) Für diesen Beschluss bezeichnen „aus konventionellen Quellen erzeugter Strom“ und „konventioneller Strom“ Strom, der nicht unter das EEG fällt.

(5) Monitoringbericht 2011 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, S. 10.

(6) Monitoringbericht 2011 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, S. 11.

(7) Monitoringbericht 2011 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, S. 16.

Marktabgrenzung

Abgrenzung des Produktmarktes

- (14) Gemäß früheren Kommissionsentscheidungen ⁽¹⁾ könnten im Stromsektor die folgenden einschlägigen Produktmärkte unterschieden werden: i) Erzeugung und Großhandel; ii) Übertragung; iii) Verteilung und iv) Einzelhandel. Während einige dieser Märkte weiter unterteilt werden können, wurde in der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission ⁽²⁾ keine Unterscheidung zwischen einem Stromerzeugungsmarkt und einem Großhandelsmarkt vorgenommen, da die Erzeugung als solche nur eine erste Stufe der Wertschöpfungskette ist, wobei die erzeugten Strommengen über den Großhandelsmarkt vermarktet werden.
- (15) Der Antrag des BDEW bezieht sich auf die Stromerzeugung und den Stromgroßhandel. In seiner Stellungnahme definiert das Bundeskartellamt den Produktmarkt als „einen Markt für den Erstabsatz von Elektrizität“ ⁽³⁾, der den erstmaligen Absatz aller Elektrizitätsversorger aus eigener Erzeugung sowie die Netto-Importe von Elektrizität umfasst, nicht jedoch das anschließende Zweitgeschäft der Marktteilnehmer mit Elektrizität. Außerdem ist das Bundeskartellamt der Auffassung, dass die Erzeugung und Vermarktung von Strom, der dem EEG unterliegt (im Folgenden EEG-Strom), nicht Teil dieses Marktes ist.
- (16) Nach Auffassung des Bundeskartellamts ist der Markt für EEG-Strom in Bezug auf den Erstabsatz ein separater Markt. EEG-Strom wird in der Regel nicht direkt auf dem Großhandelsmarkt abgesetzt, sondern zuerst von den Übertragungsnetzbetreibern zu einem gesetzlich festgelegten Vergütungssatz abgenommen. Danach verkaufen sie den EEG-Strom auf dem Großhandelsmarkt.
- (17) Das Bundeskartellamt kommt zu dem Schluss, dass die Erzeugung und Vermarktung von EEG-Strom nicht wettbewerblich organisiert ist, sondern unabhängig von Nachfrage- und Preissignalen erfolgt ⁽⁴⁾. Diese Schlussfolgerung stützt sich insbesondere auf folgende Fakten:
- (18) EEG-Strom genießt Einspeisevorrang. Die Erzeugung von EEG-Strom erfolgt daher völlig losgelöst von der Nachfrage. Die Erzeugung und Einspeisung sind ebenfalls unabhängig von den Preisen, da die Betreiber Anspruch auf eine gesetzlich festgelegte Vergütung haben. Die ÜNB vermarkten den EEG-Strom nach rechtlichen Vorgaben auf dem Spot-Markt, dabei haben sie jedoch keinen Gestaltungsspielraum.
- (19) Ferner stellte das Bundeskartellamt fest, dass nach dem Gesetz EEG-Strom direkt vermarktet werden kann und ein bestimmter Prozentsatz der Betreiber diese Möglich-

keit nutzt. Nach dem EEG können Betreiber von EEG-Anlagen am ersten Kalendertag eines Monats zwischen der Direktvermarktung und der Vergütung nach dem EEG wechseln. Je nach Marktpreisprognose und in Abhängigkeit von der Nachfrage können EEG-Anlagenbetreiber somit jeden Monat entscheiden, welche Form der Vermarktung für sie die beste ist. Die Direktvermarktung wird jedoch künftig nur von marginaler Bedeutung sein.

- (20) Nach der EEG-Novelle, die Anfang 2012 in Kraft trat, haben EEG-Anlagenbetreiber, wie oben dargestellt, die Möglichkeit, den von ihnen erzeugten Strom selbst zu vermarkten und zusätzlich eine Marktprämie zu erhalten. Die Marktprämie soll die Differenz zwischen der EEG-Festvergütung und dem monatlich ex-post ermittelten durchschnittlichen Börsenpreis ersetzen. Die Inanspruchnahme der Marktprämie ist jedoch optional, d. h. die Betreiber von EEG-Anlagen können in der Festvergütung bleiben oder monatlich in diese zurückkehren. Der größte Anteil des EEG-Stroms wird jedoch voraussichtlich über die Übertragungsnetzbetreiber vermarktet werden. Überdies ändert das Marktprämienmodell nichts an der Tatsache, dass die Gesamtvergütungshöhe für EEG-Erzeuger nicht primär durch Marktpreise bestimmt wird ⁽⁵⁾.
- (21) Das Bundeskartellamt stellt daher fest, dass von der EEG-Erzeugung zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck auf die konventionelle Erzeugung ausgeht, das Umgekehrte jedoch nicht zutrifft. Daher kann EEG-Strom nicht demselben Markt wie konventioneller Strom zugeordnet werden, da bei den für die Erstvermarktung vorherrschenden Marktbedingungen erhebliche Unterschiede zwischen diesen beiden Erzeugungsformen bestehen. Der Erstabsatz von EEG-Strom erfolgt überdies überwiegend durch die Übertragungsnetzbetreiber. Der Markt unterscheidet sich daher offensichtlich auch von der Nachfrageseite her betrachtet vom Großhandelsmarkt für konventionellen Strom.
- (22) Unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des deutschen Strommarkts wird für eine Prüfung der Bedingungen des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG und unbeschadet des Wettbewerbsrechts der relevante Produktmarkt als Markt für die Erzeugung und den Erstabsatz von konventionellem Strom definiert. Die Erzeugung und der Erstabsatz von EEG-Strom sind aus den oben dargelegten Gründen nicht Teil dieses Marktes und werden später getrennt beurteilt.

Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes

- (23) Der Antrag bezieht sich auf Tätigkeiten im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Der Antragsteller geht der Frage nach, ob es einen umfassenderen Markt gibt, der Deutschland und Österreich umfasst, und geht dabei von mehreren Tendenzen bei der Entwicklung des Regulierungsrahmens, dem Umfang der Stromimporte und

⁽¹⁾ Sache COMP/M.4110 – EO.N/ENDESA vom 25.4.2006, Randnummer 10, S. 3.

⁽²⁾ Sache COMP/M.3696 – E.ON/MOL vom 21.1.2005, Randnummer 223, Sache COMP/M.5467 – RWE-ESSENT vom 23.6.2009, Randnummer 23.

⁽³⁾ Stellungnahme des Bundeskartellamts, S. 6.

⁽⁴⁾ Stellungnahme des Bundeskartellamts, S. 7.

⁽⁵⁾ Die Vergütung eines einzelnen Betreibers kann trotzdem variieren, je nachdem, ob es ihm gelingt, seinen Strom zu einem Preis zu vermarkten, der über dem monatlichen durchschnittlichen Preis liegt.

-exporte, der Marktkopplung und Engpassmanagementverfahren aus, gelangt aber zu dem Schluss, dass „dem Antragsteller eine abschließende Beurteilung darüber, ob dadurch bereits heute ein hinreichender Grad der Marktintegration zwischen dem deutschen Stromgroßhandelsmarkt und den entsprechenden Märkten der Nachbarstaaten erreicht ist, um einen derartigen Regionalmarkt anzunehmen, nicht ohne Weiteres möglich“ ist.

- (24) Seit der Sektorunteruntersuchung geht das Bundeskartellamt von einem gemeinsamen Primärmarkt für Strom in Deutschland und Österreich aus. Diese Schlussfolgerung ergibt sich daraus, dass es keine Engpässe an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und Österreich und ein einheitliches Markt- und Preisgebiet an der European Power Exchange S.E. (EPEX) gibt.
- (25) In der bisherigen Kommissionspraxis wurden Strommärkte meistens als nationale Märkte⁽¹⁾ oder sogar als Märkte von noch kleinerem Umfang⁽²⁾ definiert. Gelegentlich wurde offen gelassen, ob größere Märkte als nationale Märkte möglich sind⁽³⁾.
- (26) Nach Auffassung der Kommission ist für eine Prüfung der Bedingungen des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG und unbeschadet des Wettbewerbsrechts eine abschließende Feststellung des genauen Umfangs des relevanten geografischen Markts für die Erzeugung und den Erstabsatz konventionellen Stroms nicht notwendig, da auch bei einer anderen Marktdefinition die Ergebnisse der Beurteilung dieselben wären.
- (27) Was die Erzeugung und den Erstabsatz von EEG-Strom betrifft, so könnte der geografische Umfang dieses Markts nicht über das Gebiet Deutschlands hinausgehen, da er auf den besonderen, im deutschen EEG festgelegten Bedingungen beruht.

Marktanalyse

Erzeugung und Erstabsatz von konventionellem Strom

a) Marktanteile und Marktkonzentration

- (28) Ausgehend von ihrer ständigen Praxis⁽⁴⁾ bei Entscheidungen gemäß Artikel 30 kam die Kommission im Hinblick auf die Stromerzeugung zu dem Schluss: „Ein Indikator

für den Grad des Wettbewerbs auf den nationalen Märkten ist der Gesamtmarktanteil der drei größten Erzeuger“.

- (29) Laut Stellungnahme des Bundeskartellamts⁽⁵⁾ betrug der kumulierte Marktanteil (bezogen auf die Einspeisung) der drei größten Erzeuger 74 % (2007) bzw. 73 % (2008) und 70 % (2010). Damit liegt der deutsche Strommarkt gegenüber früheren Freistellungsentscheidungen nach Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG im Mittelfeld⁽⁶⁾.
- (30) Allerdings wird daran erinnert, dass die beiden größten Erzeuger, RWE und E.ON, die zusammen einen kumulierten Marktanteil von 58 % haben⁽⁷⁾, nicht dem Vergaberecht unterliegen.
- (31) Mit diesem Beschluss soll festgestellt werden, ob die Erzeugung und der Erstabsatz von Strom auf Märkten mit freiem Zugang dem Wettbewerb bis zu einem Grad ausgesetzt sind, der gewährleistet, dass auch ohne die Disziplin, die durch die in der Richtlinie 2004/17/EG festgelegten detaillierten Vorschriften für die Auftragsvergabe bewirkt wird, die Auftragsvergabe für die in Rede stehenden Tätigkeiten transparent und diskriminierungsfrei auf der Grundlage von Kriterien durchgeführt wird, anhand deren die wirtschaftlich günstigste Lösung ermittelt werden kann. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Unternehmen, die nicht den Vergabeverfahren unterliegen (d. h. RWE und E.ON), die Möglichkeit haben, Wettbewerbsdruck auf die anderen Marktakteure auszuüben, wenn sie auf diesen Märkten tätig sind. Daran ändert sich nichts, selbst wenn Österreich in den relevanten geografischen Markt einbezogen wird, da zu erwarten ist, dass in einem gemeinsamen Markt für Deutschland und Österreich die Marktanteile der größten Erzeuger nur etwas geringer ausfallen⁽⁸⁾.
- (32) Der vorstehend genannte Sachverhalt kann hinsichtlich der Erzeugung und des Großhandels von konventionellem Strom als Indikator dafür gewertet werden, dass die dem Vergaberecht unterliegenden Marktakteure dem direkten Wettbewerb ausgesetzt sind.
- (33) Es sei auch darauf hingewiesen, dass im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market“ (Bericht 2009-2010 über Fortschritte im Gas-

⁽¹⁾ Entscheidungen 2008/585/EG (ABl. L 188 vom 16.7.2008, S. 28, Erwägungsgrund 9) und 2008/741/EG der Kommission (ABl. L 251 vom 19.9.2008, S. 35, Erwägungsgrund 9) und Sache COMP/M.3440 – ENI/EDP/GDP vom 9.12.2004, Randnummer 23.

⁽²⁾ Beschluss 2010/403/EG der Kommission (ABl. L 186 vom 20.7.2010, S. 44, Erwägungsgrund 9).

⁽³⁾ Sache COMP/M.3268 – SYDKRAFT/GRANINGE vom 30.10.2003, Randnummer 27, und COMP/M.3665 – ENEL/SLOVENSKE ELEKTRARNE vom 26.4.2005, Randnummer 14.

⁽⁴⁾ Entscheidungen 2009/47/EG (ABl. L 19 vom 23.1.2009, S. 57), 2008/585/EG, 2008/741/EG, 2007/141/EG (ABl. L 62 vom 1.3.2007, S. 23), 2007/706/EG (ABl. L 287 vom 1.11.2007, S. 18), 2006/211/EG (ABl. L 76 vom 15.3.2006, S. 6) und 2006/422/EG der Kommission (ABl. L 168 vom 21.6.2006, S. 33).

⁽⁵⁾ Stellungnahme des Bundeskartellamts, S. 9, Absatz 2 und S. 11.

⁽⁶⁾ Im Vereinigten Königreich (39 %), Österreich (52 %) und Polen (55 %) sind die kumulierten Marktanteile der drei größten Erzeuger höher, während die entsprechenden Werte in Finnland (73,6 %) und Schweden (87 %) darüber liegen.

⁽⁷⁾ Die Erzeugung wird unter Berücksichtigung eigener Kraftwerke, der Anteile an Gemeinschaftskraftwerken und langfristig vertraglich gesicherter Kraftwerksleistungen (Bezugsrechte) berechnet.

⁽⁸⁾ Stellungnahme des Bundeskartellamts, S. 9 Absatz 3.

und Strombinnenmarkt vom Juni 2011) ⁽¹⁾ ein Rückgang der Marktkonzentration in Deutschland ⁽²⁾ gegenüber den Vorjahren festgestellt wurde und der deutsche Strommarkt in die Kategorie der „mäßig konzentrierten Märkte“ ⁽³⁾ eingereiht wurde, d. h. in die Kategorie der Märkte mit einem Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) ⁽⁴⁾ (kapazitätsbezogen) von 750 bis 1 800.

- (34) Gestützt auf die oben angegebenen Zahlen kann für diesen Beschluss und unbeschadet des Wettbewerbsrechts hinsichtlich der Auftraggeber davon ausgegangen werden, dass der Marktkonzentrationsgrad als ein Indikator dafür angesehen werden kann, dass die Erzeugung und der Großhandel von konventionellem Strom in Deutschland einem gewissen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind.

b) Sonstige Faktoren

- (35) In den vergangenen Jahren (bis März 2011) war Deutschland ein Nettostromexporteur. Infolge der Entscheidung, die Stromerzeugung mehrerer Kernkraftwerke nach und nach einzustellen, wurde Deutschland zum Nettoimporteur. Daher besteht derzeit ein Wettbewerbsdruck auf dem Markt aufgrund der Möglichkeit, Strom von außerhalb Deutschlands zu importieren. Dadurch wird sichergestellt, dass Investitionen in den deutschen Stromsektor nicht getätigt werden können, ohne andere Erzeuger in den umliegenden Ländern zu berücksichtigen. Diese Faktoren sollten daher so betrachtet werden, dass sie der abschließenden Feststellung nicht entgegenstehen, wonach Auftraggeber, die auf dem deutschen Markt für die Erzeugung konventionellen Stroms tätig sind, dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Ferner zeigt eine Analyse der Situation in Bezug auf den Lieferantenwechsel ⁽⁵⁾ durch die Verbraucher und die Liquidität auf dem Großhandelsmarkt ⁽⁶⁾, dass diese Faktoren der Schlussfolgerung nicht entgegenstehen, wonach Auftraggeber, die auf dem deutschen Markt für die Erzeugung konventionellen

Stroms tätig sind, dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Schließlich ist auch zu beachten, dass der deutsche Ausgleichsmarkt ⁽⁷⁾ und dessen Hauptmerkmale (marktbasierte Preise und Preisdifferenz zwischen positiver und negativer Regelenergie) ebenfalls der abschließenden Feststellung nicht entgegenstehen, wonach Auftraggeber, die auf dem deutschen Markt für die Erzeugung konventionellen Stroms tätig sind, dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

Erzeugung und Erstabatz von EEG-Strom

- (36) EEG-Strom wird vorrangig an das Netz angeschlossen und hat bei der Netzeinspeisung Vorrang gegenüber konventionellem Strom; dies bedeutet, dass die EEG-Stromerzeugung unabhängig von der Nachfrage erfolgt. Da EEG-Strom in der Regel zu über dem Marktpreis liegenden Kosten erzeugt wird, wurde ein System eingeführt, in dem EEG-Strom besonders gefördert wird. EEG-Anlagenbetreiber ⁽⁸⁾ sind berechtigt, einen gesetzlich festgelegten Vergütungssatz vom Übertragungsnetzbetreiber für einen Zeitraum von 20 Jahren und für das Jahr der Inbetriebnahme zu erhalten. Diese Vergütung dient zur Deckung ihrer Kosten und liegt daher über dem Marktpreis. Sie können daher den von ihnen erzeugten Strom unabhängig vom Börsenpreis in das Netz einspeisen ⁽⁹⁾.
- (37) EEG-Strom wird in der Regel nicht direkt auf dem Großhandelsmarkt abgesetzt, sondern zuerst von den Übertragungsnetzbetreibern zu einem gesetzlich festgelegten Vergütungssatz abgenommen. Die Übertragungsnetzbetreiber sind für die Vermarktung von EEG-Strom auf dem Börsenspotmarkt verantwortlich, woraus ihnen ein Verlust entsteht. Diese Kosten werden letztlich von den Stromletzverbrauchern getragen, die ihren Stromversorgungsunternehmen eine besondere EEG-Umlage zahlen, die danach an die Übertragungsnetzbetreiber weitergegeben wird. Stromversorgungsunternehmen, die mehr als 50 % EEG-Strom abnehmen, wobei mindestens 20 % des Stroms aus solarer Strahlungsenergie oder Windenergie stammt, zahlen eine niedrigere EEG-Umlage.

⁽¹⁾ http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20100609_internal_market_report_2009_2010.pdf

⁽²⁾ Siehe Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, S. 7, Absatz 4.

⁽³⁾ Tabelle 3.1 des technischen Anhangs, S. 12 des technischen Anhangs des Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen „2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market“ vom Juni 2011.

⁽⁴⁾ Herfindahl-Hirschmann-Index: Der HHI ist definiert als die Summe der Quadrate der Marktanteile der einzelnen Unternehmen. Die Spanne kann von 0 bis 10 000 und von einer sehr großen Anzahl sehr kleiner Unternehmen bis zu einem einzigen Monopolerzeuger reichen. Ein Rückgang des HHI deutet in der Regel auf mehr Wettbewerb, ein Anstieg auf das Gegenteil hin.

⁽⁵⁾ Nach Tabelle 2.1 (S. 6) und Tabelle 2.2 (S. 7) des technischen Anhangs des Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen „2009-2010 Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market“ (Bericht 2009-2010 über Fortschritte bei der Schaffung des Gas- und Strombinnenmarkts) vom Juni 2011 betrug 2009 die Wechselrate in der Großindustrie volumenbezogen 10,7 % und bezogen auf die jeweils in Frage kommende Messstelle 15,6 %.

⁽⁶⁾ Dem Monitoringbericht 2011 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, S. 28, zufolge ist der deutsche Großhandelsmarkt äußerst liquide. Das Volumen des Großhandels belief sich 2010 auf schätzungsweise 10 600 TWh, was mehr als das Siebzehnfache des tatsächlichen Elektrizitätsbedarfs in Deutschland ist.

⁽⁷⁾ Das Funktionieren der Ausgleichsmechanismen sollte ebenfalls als weiterer Indikator herangezogen werden, auch wenn diese Mechanismen nur einen kleinen Teil der in einem Mitgliedstaat erzeugten und/oder verbrauchten Elektrizitätsmenge erfassen. Denn wenn es einen großen Unterschied gibt zwischen dem Preis, zu dem die Übertragungsnetzbetreiber Regelenergie bereitstellen, und dem Preis, zu dem sie überschüssige Erzeugung zurückkaufen, kann dies für kleinere Marktteilnehmer ein Problem sein und die Entwicklung des Wettbewerbs unterlaufen.

⁽⁸⁾ Im Sinne dieses Beschlusses und im Einklang mit dem EEG ist „EEG-Anlage“ jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas. Als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas gelten auch solche Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln, und „EEG-Anlagenbetreiber“, wer unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt.

⁽⁹⁾ Die Vergütungssätze für EEG-Strom liegen regelmäßig über dem Börsenpreis; EEG-Strom ist daher teurer als konventionell erzeugter Strom. Diese Mehrkosten müssen von den Energieverbrauchern über die EEG-Umlage (3,5 Cent/kWh im Jahr 2011) getragen werden.

- (38) Die Betreiber von EEG-Anlagen haben auch die Möglichkeit der „Direktvermarktung“ des erzeugten Stroms. Dies bedeutet, dass ein EEG-Anlagenbetreiber auf die gesetzlich festgelegte Vergütung verzichten und sich dafür entscheiden kann, den Strom direkt auf dem Spotmarkt zu verkaufen. Wegen der hohen Erzeugungskosten von EEG-Strom ist die Direktvermarktung außerhalb der gesetzlich festgelegten Bedingungen in der Regel keine gangbare Option. In der Vergangenheit wurde dieses Verfahren hauptsächlich in begrenztem Umfang dann genutzt, wenn die Abnehmer eine Ausnahme von der zusätzlichen EEG-Umlage erhalten konnten, indem sie eine bestimmte, direkt vom Erzeuger bezogene EEG-Strommenge mit konventionellem Strom kombinierten⁽¹⁾. Mit dem neuen EEG-Gesetz, das Anfang 2012 in Kraft trat, wurde die Möglichkeit dieser besonderen Ausnahme begrenzt, weshalb mit einem Rückgang dieser Form der Direktvermarktung gerechnet wird⁽²⁾.
- (39) Das neue Gesetz sieht eine neue Möglichkeit der Direktvermarktung vor: Diese beinhaltet jedoch die Zahlung einer Marktprämie an die EEG-Stromerzeuger, die die Differenz zwischen ihren höheren Kosten und dem durchschnittlichen Marktpreis deckt (im Folgenden „Marktprämienmodell“). Die Übertragungsnetzbetreiber schätzen, dass 2012 15 % aller verkauften erneuerbaren Energien zusammengenommen über das Marktprämienmodell verkauft werden⁽³⁾. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass jetzt und in naher Zukunft der bei weitem größte Teil des EEG-Stroms nach dem Regime der gesetzlich festgelegten Vergütungen und über die Übertragungsnetzbetreiber vermarktet wird. Eine nicht subventionierte Direktvermarktung wird nur eine marginale Rolle spielen.
- (40) Aus den oben genannten Gründen sind die Erzeugung und der Erstabsatz von EEG-Strom Teil eines regulierten Systems, in dem die Erzeuger eine Vergütung auf der Basis einer gesetzlich festgelegten Zahlung erhalten. Sie sind dem Wettbewerb nicht ausgesetzt, da sie ihren EEG-Strom unabhängig vom vorherrschenden Marktpreis einspeisen können. Aufgrund des Einspeisevorrangs können sie außerdem alle von ihnen erzeugten Mengen absetzen. Daher kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Tätigkeit von EEG-Stromerzeugern dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Folglich müssen keine weiteren Indikatoren, etwa die in Erwägungsgrund 6 genannten, bewertet werden.

IV. FAZIT

- (41) Angesichts des vorstehend untersuchten Sachverhalts sollte davon ausgegangen werden, dass die in Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG festgelegte Bedin-

gung, dass eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, hinsichtlich der Auftraggeber für die Erzeugung und den Großhandel von konventionellem Strom in Deutschland erfüllt ist.

- (42) Ferner sollte, da die Bedingung des freien Zugangs zum Markt als erfüllt gilt, die Richtlinie 2004/17/EG weder gelten, wenn Auftraggeber Aufträge vergeben, die die Erzeugung und den Großhandel von konventionellem Strom in Deutschland ermöglichen sollen, noch wenn sie Wettbewerbe für die Ausübung einer solchen Tätigkeit in diesem geografischen Bereich durchführen.
- (43) Allerdings sollte davon ausgegangen werden, dass die in Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG festgelegte Bedingung, dass eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, hinsichtlich der Auftraggeber für die Erzeugung und den Erstabsatz von EEG-Strom in Deutschland nicht erfüllt ist.
- (44) Da die Erzeugung und der Erstabsatz von EEG-Strom weiterhin den Bestimmungen der Richtlinie 2004/17/EG unterliegen, sei daran erinnert, dass Aufträge, die mehrere Tätigkeiten betreffen, gemäß Artikel 9 der Richtlinie 2004/17/EG zu behandeln sind. Dies bedeutet, dass wenn ein Auftraggeber „gemischte“ Aufträge vergibt, d. h. Aufträge für die Durchführung sowohl von Tätigkeiten, die von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG freigestellt sind, als auch von Tätigkeiten, die nicht freigestellt sind, darauf zu achten ist, welche Tätigkeit Hauptgegenstand des Auftrags ist. Bei solchen gemischten Aufträgen ist, wenn der Auftrag in erster Line die Förderung der Erzeugung und des Großhandels von EEG-Strom betrifft, die Richtlinie 2004/17/EG anzuwenden. Lässt sich objektiv nicht feststellen, welche Tätigkeit der Hauptgegenstand des Auftrags ist, ist der Auftrag nach Maßgabe von Artikel 9 Absätze 2 und 3 der Richtlinie 2004/17/EG zu vergeben. Dieser Beschluss beruht auf der Rechts- und Sachlage von Oktober 2011 bis Februar 2012, wie sie aus den vom BDEW und den deutschen Behörden vorgelegten Informationen hervorgeht. Er kann geändert werden, falls signifikante Änderungen der Rechts- oder der Sachlage dazu führen, dass die Bedingungen für die Anwendbarkeit von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2004/17/EG hinsichtlich der Erzeugung und des Großhandels von konventionellem Strom nicht mehr erfüllt sind.
- (45) Die in diesem Beschluss vorgesehenen Maßnahmen stehen im Einklang mit der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für das öffentliche Auftragswesen —

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Die Richtlinie 2004/17/EG gilt nicht für Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden und die Erzeugung und den Erstabsatz von aus konventionellen Quellen erzeugtem Strom in Deutschland ermöglichen sollen.

⁽¹⁾ Dieses Phänomen wurde gelegentlich als „Grünstromprivileg“ bezeichnet.

⁽²⁾ Für 2012 schätzen die Übertragungsnetzbetreiber den Anteil dieser Direktvermarktung (§ 33b EEG (2012)) auf 3,7 %.
Siehe http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf.

⁽³⁾ Siehe http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf.

Für diesen Beschluss bedeutet „aus konventionellen Quellen erzeugter Strom“ Strom, der nicht unter das EEG fällt. Ferner bezeichnet der Begriff „erneuerbare Energien“ im Sinne des EEG und zu den darin festgelegten Bedingungen Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie, Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.

Artikel 2

Dieser Beschluss ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 24. April 2012

Für die Kommission
Michel BARNIER
Mitglied der Kommission
