

---

# Reform des Konzessionsabgabenrechts

---

Gutachten vorgelegt von Raue LLP

---

**STUDIE**

---

**Agora**  
Energiewende



---

# Reform des Konzessionsabgabenrechts

---

## IMPRESSUM

---

### Studie

Reform des Konzessionsabgabenrechts  
Gutachten vorgelegt von Raue LLP

022/09-S-2013/DE

Korrektorat: Infotext GbR, Berlin  
Titelbild: dpa picture alliance  
Veröffentlichung: September 2013

### im Auftrag von

Agora Energiewende  
Rosenstraße 2 | 10178 Berlin  
Projektleitung: Alexandra Langenheld  
alexandra.langenheld@agora-energiewende.de  
Redaktion: Christoph Podewils, Nikola Bock

European Climate Foundation  
Neue Promenade 6 | 10178 Berlin  
Ansprechpartner: Huy Tran

The Regulatory Assistance Project  
Rosenstraße 2 | 10178 Berlin  
Ansprechpartner: Andreas Jahn, Meg Gottstein

### Autoren

Christian von Hammerstein  
Dr. Stefanie von Hoff, LL.M. (Ann Arbor)  
Raue LLP GmbH  
Potsdamer Platz 1 | 10785 Berlin

---

---

# Inhalt

---

---

<b>A. Sachverhalt und Aufgabenstellung</b>	<b>3</b>
I. Sachverhalt	3
II. Aufgabenstellung	4
<hr/>	
<b>B. Ergebnis</b>	<b>5</b>
<hr/>	
<b>C. Rechtliche Würdigung</b>	<b>7</b>
I. Historie und Systematik der Konzessionsabgaben	7
1. Historische Entwicklung des Konzessionsabgabenrechts	7
2. Systematik des Konzessionsabgabenrechts	9
3. Zahlenmaterial	11
II. Vereinbarkeit der KAV mit höherrangigem Recht	12
1. Nationales Recht	13
2. Europäisches Recht	14
III. Umsetzung des Reformvorhabens: Leistungsbezogene Berechnung der Konzessionsabgabe	18
1. Zulässigkeit einer gemeinschaftlichen Konzessionsabgabe	19
2. Änderung der Ermächtigungsgrundlage	21
3. Änderung der KAV	25
IV. Kurz zusammengefasst: Notwendige Änderungen in der KAV	27
<hr/>	
<b>D. English Abstract</b>	<b>29</b>

---



# A. Sachverhalt und Aufgabenstellung

## I. Sachverhalt

Die European Climate Foundation (ECF), Agora Energiewende (Agora) und das Regulatory Assistance Project (RAP) haben Vorschläge zur Reform des Konzessionsabgabenrechts entwickelt. Ziel ist es, das Recht der Konzessionsabgaben besser mit den Plänen der Energiewende in Einklang zu bringen.

Nach dem jetzigen Konzept der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) gilt die Regel, dass das Konzessionsabgabenaufkommen einer Gemeinde steigt, je höher der Energieverbrauch ihrer Einwohner ist. Der derzeitige Mechanismus für die Kalkulation der Konzessionsabgabe entspricht daher nicht den mit der Energiewende verfolgten Zielen. Die an den Verbrauch gekoppelte Kalkulationsmethode hat nämlich folgenden paradoxen Effekt: Je mehr Strom in einer Gemeinde über Effizienzmaßnahmen eingespart und je mehr Strom von den Unternehmen und Bürgern vor Ort selbst erzeugt und ohne die Inanspruchnahme des öffentlichen Leitungsnetzes verbraucht wird (zum Beispiel durch Kraft-Wärme-Kopplungs- oder Erneuerbare-Energien-Anlagen), desto geringer sind die kommunalen Einnahmen aus der Konzessionsabgabe. Da zudem die Konzessionsabgabe für Schwachlasttarife niedriger ist, führt auch die Verbreitung von *Smart Metern* und – mit ihnen – von lastvariablen Tarifen zu Mindereinnahmen bei der Konzessionsabgabe. Vergleichbares gilt – wenn auch bisher noch nicht so ausgeprägt – für die Konzessionsabgabe für Gas: Je mehr Häuser – auch mithilfe von Energieberatungen der Kommunen – energetisch saniert werden, desto geringer sind die Erlöse aus der Konzessionsabgabe für den Gasbereich.

Die Stabilität der kommunalen Einnahmen aus der Konzessionsabgabe ist daher durch die Energiewende gefährdet: Der Gesetzgeber fördert derzeit insbesondere durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) Eigenverbrauchslösungen im Elektrizitätsbereich. Viele Endkunden streben daher eine entsprechende Umstellung an. Für den Fall, dass

eine Eigenverbrauchslösung so umgesetzt wird, dass weder das Leitungsnetz des örtlichen Netzbetreibers noch öffentliche Verkehrswege in Anspruch genommen werden, fallen für die so erzeugten und verbrauchten Energiemengen keine Konzessionsabgaben an. Eigenverbrauchslösungen sind für Endkunden interessant, da sie dadurch die „Nebenkosten“ der Stromrechnung sparen können. Bisher haben Privathaushalte und kleinere Betriebe aus dem Sektor Gewerbe/Handel/Dienstleistungen einen erheblichen Teil zum Konzessionsabgabenaufkommen einer Gemeinde beigetragen. Durch die Verbreitung von Eigenverbrauchslösungen in Privathaushalten und kleineren Unternehmen könnte das Konzessionsabgabenaufkommen einer Gemeinde daher wesentlich geschmälert werden.

Zudem ist die Steigerung der Energieeffizienz im Strom- und Wärmesektor ein weiteres wesentliches Ziel der Energiewende. Unter anderem ist der deutsche Gesetzgeber verpflichtet, bis zum 5. Juni 2014 die Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG (EffizienzRL) in deutsches Recht umzusetzen. Parallel mit den durch die Effizienzmaßnahmen gesenkten Verbräuchen wird sich auch das Konzessionsabgabenaufkommen der Gemeinden reduzieren.

Schließlich wird nicht nur die Energieeffizienz, sondern auch energiesparendes Verhalten gefördert, beispielsweise durch die Liberalisierung des Messwesens und der Weiterentwicklung des *Smart Metering*. Gemäß EW 27, Art. 9 EffizienzRL sollen 80 Prozent der Verbraucher bis 2020 mit intelligenten Verbrauchserfassungssystemen ausgestattet werden, falls die Einführung intelligenter Zähler positiv bewertet wird. Auch durch diese Maßnahmen veranlasste Energieeinsparungen kürzen unmittelbar das Konzessionsabgabenaufkommen der Gemeinden im Strombereich. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil die derzeitige KAV eine wesentlich niedrigere Obergrenze für die Konzessionsabgabe

ben für den sogenannten Schwachlaststrom vorsieht. Sie beträgt nur 0,61 Cent je Kilowattstunde, während der Höchstsatz für sonstigen Strom – je nach Gemeindegröße – zwischen 1,32 und 2,39 Cent je Kilowattstunde liegt. Der Begriff Schwachlaststrom entstammt der zum 1. Juli 2007 außer Kraft getretenen Bundestarifordnung Elektrizität, wird heute aber analog zu Strom angewendet, der nach einem Tarif abgerechnet wird, der für Tages- oder Jahreszeiten schwacher Leistungsinanspruchnahme günstigere Preise vorsieht (Niedertarif, NT). Die Inanspruchnahme eines solchen Tarifs setzt allerdings voraus, dass der Kunde über einen speziellen Stromzähler mit zwei Zählwerken verfügt, die den Stromverbrauch den Normal- und den Schwachlastzeiten zuordnen können. Deren Verbreitung wird jedoch durch die Förderung des *Smart Metering* zunehmen.<sup>1</sup>

ECF, Agora und RAP haben deshalb einen Reformvorschlag für das System der Konzessionsabgabenberechnung entwickelt, der auf folgenden Kernpunkten basiert:

- Die Konzessionsabgabe soll nicht wie bisher am Verbrauch in Cent pro Kilowattstunde gemessen, sondern es soll eine Pauschale bezogen auf die Netzanschlussleistung erhoben werden. Damit sollen die beschriebenen negativen Effekte, die mit einer verbrauchsabhängigen Berechnung der Konzessionsabgabe einhergehen, beseitigt werden.
- Um den Kommunen ihre Einnahmen in bisheriger Höhe gemeindescharf zu erhalten, soll die neue Pauschale pro Anschluss gemeindescharf ermittelt werden: Zunächst soll hierfür jede Gemeinde die Summe bestehender kommunaler Einnahmen aus Konzessionsabgaben errechnen. Hierzu kann beispielsweise das durchschnittliche Konzessionsabgabenaufkommen für die letzten drei Jahre berechnet werden („Fotojahre“). Die so errechnete Gesamtsumme könnte dann auf eine jährlich zu leistende Summe pro Anschlusswert neu verteilt werden, das heißt, die

neue Konzessionsabgabe berechnet sich nach der Netzanschlussleistung in Cent pro Kilowatt.

- Sondertatbestände oder Ermäßigungen, wie sie heute beispielsweise in § 2 Abs. 3, 4 und 5 KAV geregelt sind, könnten in an das neue System angepasster Form fortgeschrieben werden, um für bestimmte Kundengruppen Entlastungen zu schaffen.

Diese Form der Konzessionsabgabenberechnung hätte den Vorteil, dass durch Verbrauchsschwankungen beziehungsweise Verschiebungen (zum Beispiel durch Nachlass beim *Smart Metering*) und Eigenverbrauchslösungen verursachte Einnahmeeinbußen der Gemeinde vermieden werden könnten. Gleichzeitig würden künftige Effizienz- und Energieeinsparmaßnahmen einer Kommune nicht durch ein geminderetes Konzessionsabgabenaufkommen bestraft werden.

## II. Aufgabenstellung

ECF, Agora und RAP haben uns beauftragt, in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die KAV in ihrer geltenden Fassung gegen höherrangiges Recht verstößt.

In einem zweiten Schritt soll dann die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Reformvorhabens untersucht und entsprechende Umsetzungsvorschläge sollen erarbeitet werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. zu alledem auch: RAP, Revenue Regulation and Decoupling: A guide to Theory and Application, Juni 2011.

## B. Ergebnis

- Die KAV ist in ihrer geltenden Fassung mit höherrangigem Recht unter Einschluss des Europarechts vereinbar. Sollte jedoch nachzuweisen sein, dass Vorschriften der KAV ein Hemmnis für die Energieeffizienz darstellen, müssen die betreffenden Vorschriften gemäß Art. 19 Abs. 1 EffizienzRL aufgehoben oder geändert werden. Dies könnte beispielsweise für §2 Abs. 5 und 7 KAV in Betracht kommen. Beide Vorschriften sehen eine Entlastung von der Konzessionsabgabe vor, wenn bestimmte Verbrauchsmengen überschritten werden.
- Die Umstellung von einer bundeseinheitlichen verbrauchsabhängigen Konzessionsabgabe auf eine gemeinscharfe leistungsbezogene Konzessionsabgabe ist unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten verfassungsrechtlich zulässig.
- Um die bundeseinheitliche verbrauchsabhängige Konzessionsabgabe auf eine leistungsbezogene gemeinscharfe Konzessionsabgabe umzustellen, müssten jedoch Änderungen sowohl im EnWG als auch in der KAV vorgenommen werden:
  - Zunächst müsste die Ermächtigungsgrundlage für die KAV in §48 Abs. 2 EnWG geändert werden. Diese schreibt bisher zwingend eine verbrauchsabhängige Berechnung der Konzessionsabgabe vor und würde deshalb einer leistungsbezogenen Berechnung der Konzessionsabgabe entgegenstehen. Hierzu könnte §48 Abs. 2 Satz 2 EnWG durch folgenden neuen Satz 2 ersetzt werden:
 

*„Sie kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas unterschiedliche Höchstsätze in Cent je Kilowatt Netzanschlussleistung festsetzen.“*
  - Des Weiteren wären folgende Änderungen in der KAV selbst vorzunehmen:
    - \* §1 Abs. 3 und 4 werden ersatzlos gestrichen.
    - \* §2 Abs. 1 Satz 1 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen Satz ersetzt: *„Konzessionsabgaben dürfen nur in Centbeträgen je Kilowatt Netzanschlussleistung vereinbart werden.“*
    - \* §2 Abs. 2 Satz 1 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen Satz ersetzt:
 

*„Bei der Belieferung von Letztverbrauchern darf der sich aus folgender jeweils für Strom und Gas getrennt vorzunehmender Berechnung ergebende Höchstbetrag je Kilowatt Netzanschlussleistung nicht überschritten werden: Die Gemeinde berechnet ihre durchschnittlichen Einnahmen aus Konzessionsabgaben für die Jahre [2010 bis 2012]. Diesen Betrag teilt sie durch die Summe der im Konzessionsgebiet im gleichen Zeitraum durchschnittlich vorhandenen Netzanschlussleistung.“*
    - \* §2 Absätze 3 bis 5 KAV werden gestrichen und durch folgenden neuen Absatz 3 ersetzt:
 

*„Abweichend von §2 Abs. 2 Satz 1 dürfen bei der Belieferung von [Letztverbrauchern mit einer Anschlussleistung von mehr als [XX Kilowatt]/[Letztverbrauchern, die eine Steuerentlastung gemäß §9b StromsteuerG oder gemäß §54 EnergiesteuerG erhalten]<sup>1</sup> folgende Höchstbeträge je Kilowatt nicht überschritten werden:*

      - 1. bei Strom [X] Cent,*
      - 2. bei Gas [Y] Cent.“*
      - \* §2 Abs. 7 KAV wird ersatzlos gestrichen.
      - \* §4 Abs. 1 bis 3 KAV werden durch folgenden neuen Absatz 1 ersetzt:
 

*„Den von der Gemeinde gemäß §2 Abs. 2 ermittelten Höchstbetrag je Kilowatt Netzanschlussleistung veröffentlicht die Gemeinde bis zum [1. Januar 2015] in geeigneter Form und macht den Ort der Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an*

1 Die rechtliche Zulässigkeit sowie die genaue Abgrenzung des Begünstigtenkreises für den ermäßigten Konzessionsabgabensatz einschließlich der genauen Höhe dieses Satzes sind noch vertieft zu prüfen.

*das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Die Konzessionsabgaben sind in den Entgelten für den Netzzugang auszuweisen. Gelten die Entgelte für den Netzzugang für mehrere Gemeinden, genügt die Angabe der für sie maßgeblichen Höchstbeträge sowie der Hinweis auf den Vorrang von Vereinbarungen, dass keine oder niedrigere Konzessionsabgaben zu zahlen sind.“*

- \* §8 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen §8 KAV ersetzt:

*„Soweit Konzessionsabgaben bereits für das Jahr [2016] vereinbart und gezahlt worden sind, sind diese Zahlungen spätestens zum [1. Januar 2017] auf Centbeträge je Kilowatt umzustellen.“*

- \* §9 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen §9 KAV ersetzt:

*„Diese Verordnung tritt am [1. Januar 2016] in Kraft. Gleichzeitig tritt die Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas vom 9. Januar 1992 zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 VO zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 1. November 2006 außer Kraft. Der Bundesrat hat zugestimmt.“*

## C. Rechtliche Würdigung

Als Grundlage für die rechtliche Untersuchung, ob die KAV mit höherrangigem Recht vereinbar ist und wie das Reformvorhaben umgesetzt werden könnte, stellen wir zunächst kurz die Historie der KAV und die derzeitige Systematik der Konzessionsabgabenberechnung dar (Abschnitt C.I.). Anschließend folgt die Prüfung zur Vereinbarkeit der KAV mit höherrangigem Recht (Abschnitt C.II.). Im letzten Abschnitt finden Sie unsere Umsetzungsvorschläge für das Reformvorhaben (Abschnitt C.III.).

### I. Historie und Systematik der Konzessionsabgaben

Die Kommune räumt einem Energieversorgungsunternehmen in einem Konzessionsvertrag das Recht ein, öffentliche Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zu benutzen. Im Gegenzug verpflichtet sich das Energieversorgungsunternehmen, der Kommune ein Entgelt – die Konzessionsabgabe – zu zahlen. Nach den fast wortlautidentischen Definitionen in §48 Abs. 1 Satz 1 EnWG und §1 Abs. 2 KAV sind Konzessionsabgaben Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energiediensten, entrichten. Die Konzessionsabgabe ist daher ein privatrechtliches Entgelt,<sup>1</sup> das auf der Grundlage des Konzessionsvertrages gezahlt wird. Entgegen ihrer Bezeichnung als „Abgabe“ handelt es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Abgabe.<sup>2</sup>

Dementsprechend regelt das Konzessionsabgabenrecht auch lediglich die Bemessung und Begrenzung der Konzessionsabgabe im Sinne eines Höchstpreises, bildet aber nicht die Ermächtigungsgrundlage für ihre Erhebung.<sup>3</sup> Diese ist der Konzessionsvertrag selbst. Ob und in welcher Höhe Konzessionsabgaben zu zahlen sind, richtet sich nach dem Parteilichen und nicht nach dem Gesetz.

### 1. Historische Entwicklung des Konzessionsabgabenrechts

**KAE von 1941** Das Recht der Konzessionsabgaben war zunächst in der Konzessionsabgabenordnung (KAE) vom 4. März 1941 geregelt. Die Konzessionsabgabe wurde umsatzabhängig anhand von Prozentsätzen der Roheinnahmen und gestaffelt nach Gemeindegrößen berechnet. In der KAE wurde zudem eine stufenweise Herabsetzung der Konzessionsabgabe verankert und die Neueinführung von Konzessionsabgaben für Kommunen, die bisher keine Konzessionsabgaben erhoben hatten, verboten. In angemessener Frist sollte die Konzessionsabgabe – so der Plan – ganz abgeschafft werden.<sup>4</sup>

Nachdem klar war, dass die Abschaffung der Konzessionsabgabe nicht zu realisieren war,<sup>5</sup> hat das Bundesverwaltungsgericht das in der KAE enthaltene Verbot der Neueinführung von Konzessionsabgaben aus Gleichbehandlungsaspekten für unwirksam erklärt. Das Gericht bestätigte zwar die Gültigkeit der KAE sowie ihrer differenzierten Höchstsätze, stellte jedoch gleichzeitig fest, dass der prinzipielle Ausschluss der Konzessionsabgabenerhebung jener Gemein-

1 BR-Drs. 686/91, S. 8; BT-Drs. 13/7274, S. 21.

2 Das ist die ganz herrschende Meinung, zum Beispiel: Klemm in: Immesberger: Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Handbuch und Kommentar, Band 1, Stand: Mai 2013, II, Einleitung vor §§46-48 EnWG, Rn. 6. Offen gelassen allerdings durch BVerfG, Urteil v. 27.05.1992, Az.: 2 BvF 1/88, 2 BvF 2/88, 2 BvF 1/89, 2 BvF 1/90, Rn. 291 über juris; BGH, Urteil v. 01.02.2011, Az.: EnZR 57/09, Rn. 22 über juris.

3 Klemm in: Immesberger: Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Handbuch und Kommentar, Band 1, Stand: Mai 2013, II, Einleitung vor §1 KAV, Rn. 10; Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand 2013, S. 65.

4 Vgl. §§1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 Satz 2 KAE.

5 Stellungnahme der Bundesregierung zum ersten Hauptgutachten der Monopolkommission nach §24b GWB v.30.06.1977, BT-Drs. 8/702, S. 8.

den, die 1941 keine derartigen Abgaben erhoben hatten, unter Gleichbehandlungsaspekten nicht mehr zulässig sei.<sup>6</sup> Dieses Urteil war eines der tragenden Motive für den Erlass der KAV. Als weiteres Motiv wird die Wiedervereinigung Deutschlands genannt. Die Konzessionsabgaben sollte die Finanzausstattung der Kommunen in den neuen Bundesländern verbessern.<sup>7</sup>

**KAV von 1992** Die KAV vom 1. Januar 1992 beruht auf §§7 und 12 Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Dezember 1935. Darin wurde der Reichswirtschaftsminister ermächtigt, allgemeine Vorschriften oder Einzelanordnungen zu erlassen, die die Zulässigkeit und Bemessung von Benutzungsgebühren oder sonstige Entschädigungen betreffen, die von Energieversorgungsunternehmen für die Benutzung von Straßen und Verkehrswegen zu entrichten sind. Seit 1992 werden Konzessionsabgaben gemäß §2 Abs. 1 KAV in Cent (ehemals Pfennig) pro Kilowattstunde, also mengenabhängig, bemessen und damit vom Strom- beziehungsweise Gaspreis entkoppelt. Die KAV gilt allerdings für die Wasserversorgung fort.

Tragendes Motiv beim Erlass der KAV und ihrer Änderungen war stets die vollständige Erhaltung des Konzessionsabgabenaufkommens der Kommunen.<sup>8</sup> Seit 1992 wurde die KAV viermal geändert:

→ Die Erste Verordnung zur Änderung der KAV vom 22. Juli 1999 beruhte auf §14 Abs. 2 EnWG 1998. Danach konnte das Bundesministerium für Wirtschaft durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln.<sup>9</sup>

Diese Ordnungsänderung sollte den Kommunen das Konzessionsabgabenaufkommen trotz Liberalisierung der Energiemärkte sichern.<sup>10</sup> Die neu aufgenommenen Absätze 6 und 8 des § 2 KAV bestimmen daher, dass Konzessionsabgaben auch in den Fällen vereinbart werden können, in denen der Endverbraucher nicht vom örtlichen Energieversorger, sondern von Dritten im Wege der Durchleitung versorgt werden. Der neue §2 Abs. 7 KAV führte eine Grenze ein, bis zu der, unabhängig von der Ausgestaltung des Liefervertrages als Tarif- oder Sonderkundenvertrag, die höhere Tarifkundenkonzessionsabgabe anzuwenden ist.

- Durch das Neunte Euro-Einführungsgesetz vom 10. November 2001<sup>11</sup> wurde die KAV von der Deutschen Mark auf den Euro umgestellt.
- Schließlich zwang die Energierechtsreform von 2005 zu weiteren Änderungen in der KAV. Mit Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts hat sich die Ermächtigungsgrundlage für die KAV erneut geändert. Sie ist nunmehr in §48 Abs. 2 EnWG 2005 beziehungsweise nun 2011 enthalten. Um die rechtliche und operationelle Entflechtung (§§6 ff. EnWG 2005) in der KAV nachzubilden, wurden die Begriffsbestimmungen für den Tarif- und den Sondervertragskunden in die KAV neu aufgenommen.<sup>12</sup>
- Die bisher letzte Änderung erfolgte 2006 in §3 Abs. 1 KAV. Es handelte sich lediglich um eine redaktionelle Änderung, mit der auch der Gasbereich in die Regelung zu den zulässigen Nebenleistungen aufgenommen wurde.<sup>13</sup>

6 BVerwG, Urteil v. 20.11.1990, Az.: 1 C 30/89, Rn. 22 über juris.

7 Klemm in: Immesberger: Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Handbuch und Kommentar, Band 1, Stand: Mai 2013, II, Einleitung vor §1 KAV, Rn. 24; Kühne, RdE 1992, 132, 133; vgl. auch BR-Drs. 686/91, S. 9 ff.

8 Vgl. nur BR-Drs. 686/91, S. 11; BR-Drs. 358/99, S. 3; BT-Drs. 14/9081, S. 14; BR-Drs. 613/04, S. 153.

9 Erste Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung vom 22.07.1999, BGB 1999 I, 1669.

10 BR-Drs. 358/1999, S. 4.

11 Gesetz zur Umstellung von Gesetzen und Verordnungen im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sowie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung auf Euro vom 10.11.2001, BGBl. 2001 I, 2992, 3000.

12 Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005, BGBl. 2005 I, 1970.

13 Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 01.11.2006, BGBl. 2006 I, 2494.

**Kurz zusammengefasst:**

Der 1941 gestartete Versuch, die Konzessionsabgabe stufenweise herabzusetzen und danach ganz abzuschaffen, ist ein paar Jahrzehnte später gescheitert. Tragendes Motiv aller nach 1941 ergangenen Änderungen zum Konzessionsabgabenrecht war stets die vollständige Erhaltung des Konzessionsabgabenaufkommens der Kommunen.

**2. Systematik des Konzessionsabgabenrechts**

**Berechnung der Konzessionsabgabe** Die Berechnung der Konzessionsabgabe hängt von der Anzahl der gelieferten Kilowattstunden, von der Qualifikation des Vertragsverhältnisses mit dem Endverbraucher, von der Energieart (Strom oder Gas) sowie von der Gemeindegröße ab.

**Kopplung an die gelieferten Kilowattstunden** §2 Abs. 1 KAV stellt klar, dass Konzessionsabgaben nur in Centbeträgen je gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden dürfen. Die von einem Energieversorgungsunternehmen zu zahlenden Konzessionsabgaben werden berechnet, indem die vereinbarten Centbeträge mit den gelieferten Kilowattstunden Strom oder Gas multipliziert werden.

Entwicklung der Konzessionsabgaben

Tabelle 1

Jahr	Mio. DM bzw. ab 2001 Mio. Euro	Jahr	Mio. DM bzw. ab 2001 Mio. Euro
1949	-	1980	2.349,7
1950	-	1981	2.428,1
1951	-	1982	2.968,6
1952	-	1983	3.193,1
1953	-	1984	3.410,4
1954	321,9	1985	3.648,2
1955	364,8	1986	3.793,0
1956	391,5	1987	3.759,6
1957	456,9	1988	3.776,5
1958	447,9	1989	3.659,3
1959	477,3	1990	3.697,2
1960	-	1991	3.976,4
1961	593,5	1992	4.876,9
1962	610,7	1993	5.424,9
1963	616,8	1994	5.676,1
1964	592,4	1995	5.730,7
1965	601,7	1996	5.980,2
1966	658,7	1997	6.410,6
1967	712,3	1998	6.205,9
1968	767,3	1999	6.346,9
1969	822,7	2000	6.170,9
1970	823,0	2001	3.183,3
1971	876,2	2002	3.248,6
1972	1.007,3	2003	3.399,6
1973	1.167,5	2004	3.465,8
1974	1.311,2	2005	3.454,0
1975	1.580,0	2006	3.476,9
1976	1.834,8	2007	3.491,3
1977	2.074,3	2008	3.375,9
1978	2.154,3	2009	3.419,7
1979	2.331,3	2010	3.490,8
		2011	3.493,0

Imberger

**Kopplung an Endverbraucher und Gemeindegröße** Dabei dürfen die Centbeträge die in §2 Abs. 2 und Abs. 3 KAV genannten Höchstsätze nicht überschreiten. Die zulässigen Höchstsätze knüpfen an die Qualifikation des Endverbrauchers und die jeweilige Gemeindegröße an. Unterschieden wird grundsätzlich zwischen Tarif- und Sondervertragskunden. Tarifkunden sind gemäß §1 Abs. 3 KAV Kunden, die im Wege der Grund- oder Ersatzversorgung beliefert werden. Sondervertragskunden sind gemäß §1 Abs. 4 KAV alle Kunden, die nicht Tarifkunden sind.

Bei der Belieferung von **Tarifkunden** dürfen die in Tabelle 2 genannten Höchstbeträge nicht überschritten werden:

Höhe der Konzessionsabgaben		
Tabelle 2		
Art der Belieferung	Einwohnerzahl der Gemeinde	Maximale Konzessionsabgabe in ct/kWh
Schwachlaststrom		0,61
Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert	bis 25.000	1,32
	bis 100.000	1,59
Gas ausschließlich für Kochen und Warmwasser	bis 500.000	1,99
	über 500.000	2,39
Sonstige Tariflieferungen	bis 25.000	0,51
	bis 100.000	0,61
	bis 500.000	0,77
	über 500.000	0,93
	bis 25.000	0,22
	bis 100.000	0,27
	bis 500.000	0,33
	über 500.000	0,4

Eigene Darstellung.

Bei der Belieferung von **Sondervertragskunden** gelten die in Tabelle 3 genannten Beträge als maximal zulässige Höchstbeträge:

Höhe der Konzessionsabgabe von Sondervertragskunden	
Tabelle 3	
Art der Belieferung	Maximale Konzessionsabgabe in ct/kWh
Strom	0,11
Gas	0,03

Eigene Darstellung

**Sondertatbestände** Um energieintensive Sondervertragskunden zu entlasten, sehen §2 Abs. 4 und 5 KAV Grenzpreise und im Gasbereich zusätzlich auch eine Grenzmenge vor. Unterschreitet der Durchschnittspreis der Lieferungen den jeweiligen Grenzpreis beziehungsweise überschreitet das Liefervolumen die Grenzmenge, dürfen für die betreffenden Lieferungen keine Konzessionsabgaben vereinbart werden.

Andererseits wurde in §2 Abs. 7 KAV eine Regelung aufgenommen, die das Konzessionsabgabenaufkommen der Kommunen schützen soll und deshalb die Tarifkundeneigenenschaft und damit den Anfall höherer Konzessionsabgaben unter bestimmten Umständen und ausschließlich für den Strombereich fingiert. Gemäß §2 Abs. 7 KAV gelten Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz (bis ein Kilovolt) konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifkunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 Kilowatt und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 Kilowattstunden.

**Energiewirtschaftliche Einordnung** Konzessionsabgaben sind in der Anreizregulierung gemäß §6 ARegV in Verbindung mit §4 Abs. 2 Satz 2, §5 Abs. 1 StromNEV beziehungsweise GasNEV als aufwandsgleiche Kosten bei der Ermittlung der Netzkosten zu berücksichtigen. Im Rahmen der Festlegung der Erlösbergrenzen nach §4 ARegV werden sie als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile behandelt, vgl. §21a Abs. 4 Satz 2 EnWG, §11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ARegV.

**Kurz zusammengefasst:**

Die KAV regelt keinen einheitlichen Höchstbetrag für Konzessionsabgaben. Sie differenziert nach Elektrizität und Gas, verschiedenen Kundengruppen/Verwendungszwecken und der Einwohnerzahl der Gemeinden. Bei der Belieferung mit Strom darf eine höhere Konzessionsabgabe gefordert werden als bei der Belieferung mit Gas. Für Tarifkunden ist die Konzessionsabgabe höher als für Sondervertragskunden. Schließlich darf in größeren Gemeinden eine höhere Konzessionsabgabe berechnet werden als in kleineren Gemeinden.

Der Netzbetreiber kann die Konzessionsabgaben deshalb voll auf die Netznutzer umlegen. Effizienzvorgaben sind gemäß §21a Abs. 4 Satz 6 EnWG nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil, nicht aber auf den nicht beeinflussbaren Kostenanteil anzuwenden.

Der Netzbetreiber stellt die Konzessionsabgaben den Netznutzern somit in voller Höhe in Rechnung. Gesetzlich geregelt ist dieser Wälzungsmechanismus jedoch nicht. §40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EnWG schreibt lediglich vor, dass in Strom- und Gasrechnungen an Letztverbraucher Konzessionsabgaben und Netzentgelte gesondert auszuweisen sind.

**Kurz zusammengefasst:**

Für den Netzbetreiber handelt es sich bei den Konzessionsabgaben um einen durchlaufenden Posten. Sie werden wirtschaftlich vom Endverbraucher getragen.

**3. Zahlenmaterial**

Das Konzessionsabgabenaufkommen der Gemeinden/Gemeindeverbände hat sich nach Angaben des Statistischen Bundesamts wie in Tabelle 1 entwickelt:<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Die Angaben sind entnommen aus Immesberger: Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Handbuch und Kommentar, Band 1, Stand: Mai 2013, I, Zur Problematik der Konzessionsabgaben, S. 5 f. Sie

Der Anteil, den das Konzessionsabgabenaufkommen damit an den Einnahmen der Kommunen ausmacht, beläuft sich nach Schätzungen im Durchschnitt auf drei bis vier Prozent.<sup>15</sup> Wirtschaftlich betrachtet wird jedoch nicht der Konzessionsvertragspartner der Kommune mit den Konzessionsabgaben belastet, sondern der Endverbraucher. An ihn wird die Konzessionsabgabe weiterberechnet. Der Anteil der Konzessionsabgabe am Strom- beziehungsweise Gaspreis für die Kundengruppen Industrie-, Gewerbe- und Haushaltskunden macht im bundesweiten Durchschnitt zwischen 0,70 und knapp sieben Prozent aus.<sup>16</sup> In absoluten Zahlen beträgt damit die durchschnittliche Konzessionsabgabe zwischen 0,00 und 1,68 Cent je Kilowattstunde.<sup>17</sup>

**Kurz zusammengefasst:** Bundesweit beträgt das auf die Konzessionsabgaben entfallende Einkommen der Kommunen circa 3,5 Milliarden Euro. Damit stammen circa drei bis vier Prozent ihrer Einnahmen aus Konzessionsabgaben. Wirtschaftlich trägt der Endverbraucher die Kosten der Konzessionsabgabe. Sie belaufen sich für ihn auf durchschnittlich bis zu 1,68 Cent je Kilowattstunde. Dies entspricht einem Anteil von bis zu sieben Prozent am Gesamtstrom- beziehungsweise -gaspreis.

sind das Ergebnis verschiedener Anfragen beim Statistischen Bundesamt.

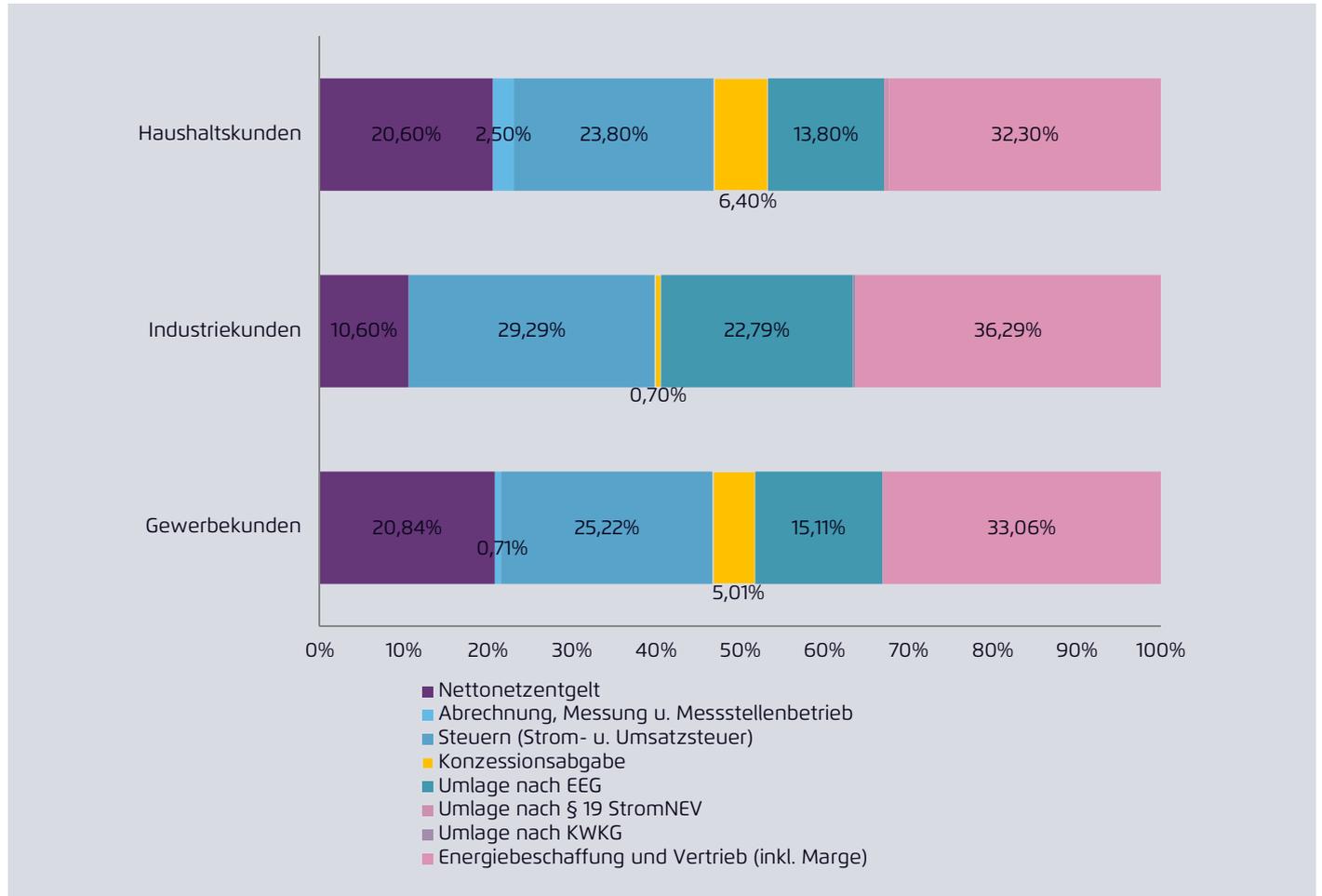
<sup>15</sup> Morell: Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand 2013, S. 64.

<sup>16</sup> Quelle: Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2012 vom 04.12.2012, S. 127 ff. und S. 230 ff.; vgl. für den Gasbereich auch: Bundeskartellamt: Untersuchung Gas-Konzessionsabgaben für die Belieferung von Haushaltskunden vom April 2012.

<sup>17</sup> Quelle: Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt: Monitoringbericht 2012 vom 04.12.2012, S. 127 ff. und S. 230 ff.; vgl. für den Gasbereich auch: Bundeskartellamt, Untersuchung Gas-Konzessionsabgaben für die Belieferung von Haushaltskunden vom April 2012.

Prozentuale Zusammensetzung des Strompreises für Gewerbe und Industrie

Abbildung 1



Eigene Darstellung.

## II. Vereinbarkeit der KAV mit höherrangigem Recht

Nach einheitlicher Auffassung in der Literatur<sup>18</sup> ist die KAV mit übergeordnetem Recht vereinbar. Auch die höchst-

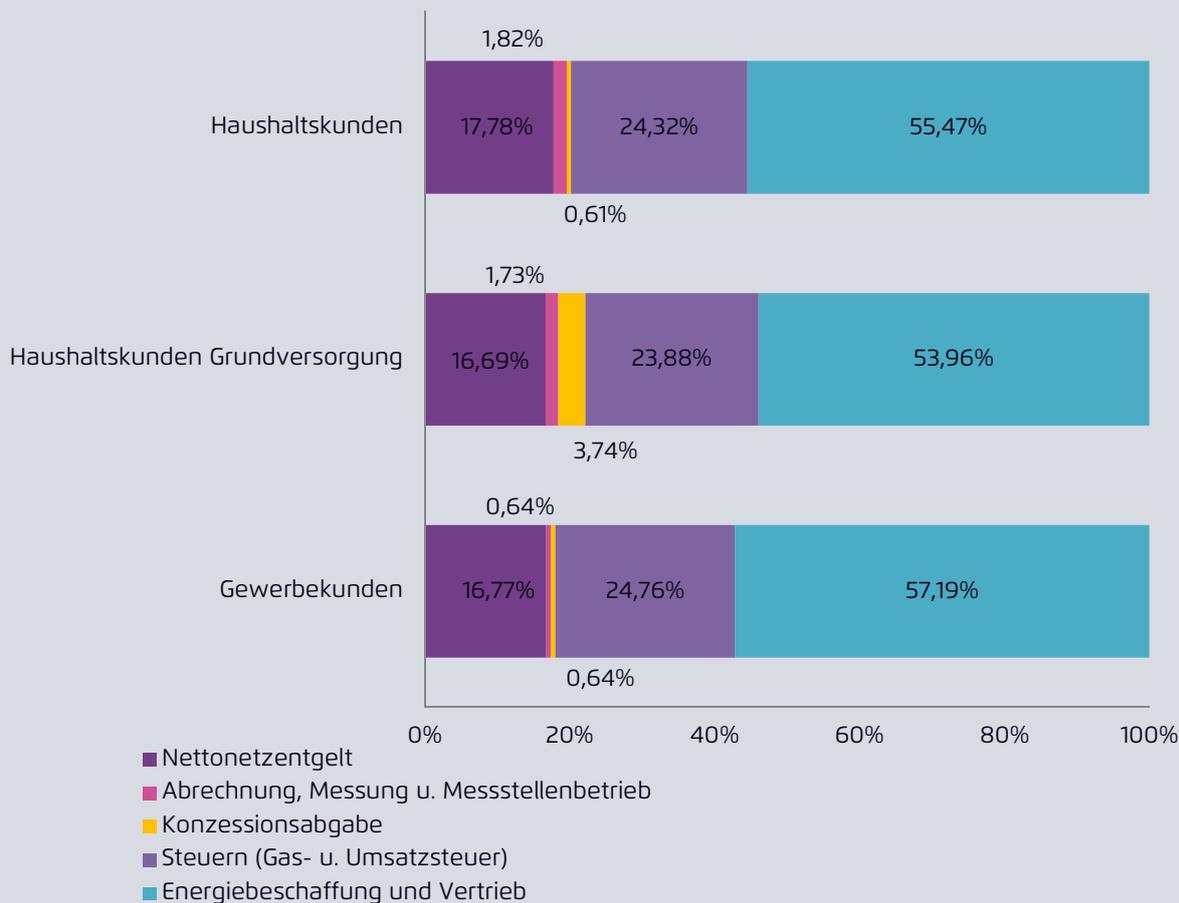
richterliche Rechtsprechung<sup>19</sup> hat bereits Teile der KAV bewertet und als zulässig angesehen. Die KAV verstößt weder gegen nationales (Abschnitt C.II.1.) noch gegen europäisches Recht (Abschnitt C.II.2.).

18 Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, S. 96 ff.; Morell: Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand 2013, S. 84; Templin: Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 325 ff.

19 BVerwG, Urteil vom 20.11.1990, Az.: 1 C 30/89, Rn. 22 über juris für die KAV und BGH, Urteil v. 22.10.1954, Az.: I ZR 226/53, Rn. 7, 20 über juris sowie BVerwG, Urteil v. 12.10.1965, Az.: VII C 115/63, BB 1966, 966 für die Vorgängervorschriften in der KAE. Auch in seinem jüngsten Urteil zur KAV problematisierte der BGH die Vereinbarkeit der KAV mit höherrangigem Recht nicht, vgl. BGH, Beschluss vom 06.11.2012, Az.: KVR 54/11, Rn. 24 ff. über juris.

Prozentuale Zusammensetzung der Gaspreise

Abbildung 2



Eigene Darstellung.

## 1. Nationales Recht

Die Vereinbarkeit der KAV – ebenso wie die ihrer Vorgängerin, der KAE – mit nationalem Recht wurde in Teilen bereits höchstrichterlich bestätigt.<sup>20</sup>

Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der KAV von 1992 bildeten §§ 7 und 12 EnWG 1935, die wie folgt lauteten:

§7 Abs. 1 EnWG 1935:

*„Der Reichswirtschaftsminister kann durch allgemeine Vorschriften und Einzelanordnungen die allgemeinen Tarifpreise*

<sup>20</sup> BVerwG, Urteil v. 20.11.1990, Az.: 1 C 30/89, Rn. 22 über juris für die KAV und BGH, Urteil v. 22.10.1954, Az.: I ZR 226/53, Rn. 7, 20 über juris sowie BVerwG, Urteil vom 12.10.1965, Az.: VII C 115/63, BB 1966, 966 für die Vorgängervorschriften in der KAE. Auch in

seinem jüngsten Urteil zur KAV problematisierte der BGH die Vereinbarkeit der KAV mit höherrangigem Recht nicht, vgl. BGH, Beschluss vom 06.11.2012, Az.: KVR 54/11, Rn. 24 ff. über juris.

der Energieversorgungsunternehmen (§6 Abs. 1) sowie die Energieeinkaufspreise der Energieverteiler wirtschaftlich gestalten. Die Entscheidungen des Reichswirtschaftsministers sind für Gericht und Verwaltungsbehörden bindend.“

§12 EnWG 1935:

„Soweit von Energieversorgungsunternehmen für Benutzung von Straßen und Verkehrswegen jeder Art Benutzungsgebühren oder sonstige Entschädigungen zu entrichten sind, kann der Reichswirtschaftsminister allgemeine Vorschriften oder Einzelanordnungen über deren Zulässigkeit und Bemessung erlassen.“

Diese Ermächtigung aus dem Jahr 1935 war gemäß Art. 129 Abs. 1 GG auf den in der Bundesrepublik Deutschland sachlich zuständigen Bundesminister für Wirtschaft übergegangen.<sup>21</sup> Gemäß Art. 129 Abs. 1 GG ging, soweit in Rechtsvorschriften, die als Bundesrecht fortgalten, eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen enthalten war, die Ermächtigung auf die neuen sachlich zuständigen Stellen über. Damit konnte der Bundesminister für Wirtschaft die KAV aufgrund der §§7, 12 EnWG 1935 erlassen.

§7 EnWG 1935 genügte auch den besonderen Voraussetzungen des Art. 80 GG, die für Ermächtigungsgrundlagen zum Rechtsverordnungserlass Anwendung finden. §7 EnWG 1935 wurde mit der Einführung des AGB-Rechts 1976 reformiert. Deshalb wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des §7 EnWG 1935 zusätzlich zu Art. 129 Abs. 1 GG auch Art. 80 GG Anwendung findet.<sup>22</sup> Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt sein. Nach übereinstimmender Auffassung<sup>23</sup> wur-

den jedoch auch diese Anforderungen von § 7 EnWG 1935 erfüllt.

Das EnWG 1935 ist am 29. April 1998 gemäß Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, einschließlich der §§ 7 und 12 EnWG 1935 außer Kraft getreten. Dies hatte jedoch auf die Wirksamkeit der KAV keinen Einfluss. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat das nachträgliche Fortfallen einer Ermächtigungsgrundlage für den Bestand der auf ihrer Grundlage ordnungsgemäß erlassenen Rechtsverordnung keinen Einfluss.<sup>24</sup>

Schließlich wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob das Höchstpreisrecht der KAV mit dem in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden vereinbar ist. Auch dies wird jedoch einheitlich bejaht und deshalb hier nicht weiter erörtert.<sup>25</sup>

#### **Kurz zusammengefasst:**

Es ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte für die Unvereinbarkeit der KAV mit höherrangigem nationalem Recht.

## **2. Europäisches Recht**

Auch die Vereinbarkeit der KAV mit europäischem Recht wird einheitlich positiv beurteilt. In der Literatur diskutiert wird die Unvereinbarkeit der KAV mit den europäischen Wettbewerbsvorschriften in Art. 101, 102 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie mit den Grundfreiheiten, Art. 28 ff. AEUV. Im Ergebnis wird sie jedoch verneint und die Europarechtskonformität der KAV festgestellt.<sup>26</sup>

21 BVerfG, Beschluss vom 15.11.1974, ET 1974, 61.

22 Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, S. 103 m. w. N.

23 Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, S. 104 f. m. w. N.; Morell: Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand 2013, S. 84; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 325 ff.

24 BVerfG, Beschluss vom 10.05.1988, Az.: 1 BvR 482/84, 1/BvR 1166/85, Rn. 55, über juris m.w.N.; ebenso, aber mit anderer Begründung: Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, S. 106 f.

25 Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, S. 131 ff.; Templin: Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 327 ff.

26 Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, S. 110 ff. m. w. N.; Britz, EuZW 1997, 334.

Geprüft werden muss zusätzlich jedoch auch die Vereinbarkeit der KAV mit europäischen Vorschriften im Rang unter dem AEUV. Auch Verstöße gegen diese Vorschriften könnten zur (Teil-)Nichtigkeit der KAV führen. Zu diesen Vorschriften gehören insbesondere:

- 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 (EltRL) und
- die Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (GasRL).

Noch im europäischen Gesetzgebungsprozess befindet sich eine Richtlinie über die Konzessionsvergabe, die ebenfalls Auswirkungen auf das Konzessionsrecht einschließlich des Konzessionsabgabenrechts haben könnte:

- Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 20. Dezember 2011, KOM(2011) 897 endgültig (KonzessionsRL).

Im Hinblick auf die in diesem Gutachten im Vordergrund stehende rechtliche Umsetzung des Energieeffizienzgedankens in der KAV prüfen wir im Folgenden zudem die Vereinbarkeit der KAV mit der

- EffizienzRL.

**Binnenmarktrichtlinien** Es liegen keine Anhaltspunkte für einen Verstoß der KAV gegen die EltRL vor.

In Art. 4 GasRL ist zwar der Begriff „Konzession“ erwähnt. Die Vorschrift lautet:

*„(1) In Fällen, in denen eine Genehmigung (z. B. eine Lizenz, Erlaubnis, Konzession, Zustimmung oder Zulassung) für den Bau oder den Betrieb von Erdgasanlagen erforderlich ist, erteilen die Mitgliedstaaten oder eine von ihnen benannte zu-*

*ständige Behörde nach den Absätzen 2 bis 4 Genehmigungen zum Bau und/oder Betrieb derartiger Anlagen, Leitungen und dazugehöriger Einrichtungen in ihrem Hoheitsgebiet. [...]*

*(2) Mitgliedstaaten, die über ein Genehmigungssystem verfügen, legen objektive und nichtdiskriminierende Kriterien fest, die ein Unternehmen erfüllen muss, das eine Genehmigung für den Bau und/oder den Betrieb von Erdgasanlagen oder eine Genehmigung für die Versorgung mit Erdgas beantragt. [...].*

*(3) Bei der Erschließung neu in die Versorgung einbezogener Gebiete und allgemein im Interesse eines effizienten Betriebs können die Mitgliedstaaten es unbeschadet des Art. 38 ablehnen, eine weitere Genehmigung für den Bau und den Betrieb von Verteilerleitungsnetzen in einem bestimmten Gebiet zu erteilen, wenn in diesem Gebiet bereits solche Leitungsnetze gebaut wurden oder in Planung sind und die bestehenden oder geplanten Kapazitäten nicht ausgelastet sind.“*

Hieraus ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit der KAV. Der Begriff der Erdgasanlage ist in der GasRL nicht definiert. Vermutlich ist damit schon nicht das örtliche Transportnetz wie in §48 Abs. 1 EnWG und §1 Abs. 2 KAV gemeint, sondern Gegenstand der Regelung sind vielmehr Anlagen zur Gewinnung oder Aufbereitung von Erdgas. Dies ergibt sich daraus, dass die GasRL differenziert zwischen Erdgasanlagen und „Leitungsnetzen“ beziehungsweise auch „Verteilernetzen“. So regelt Art. 4 Abs. 4 GasRL die Genehmigung von Verteilerleitungsnetzen noch einmal separat von derjenigen für Erdgasanlagen, die in den vorhergehenden Absätzen des Art. 4 GasRL angesprochen ist. Selbst wenn mit Art. 4 GasRL auch der Regelungsgegenstand des deutschen Konzessions- und Konzessionsabgabenrechts erfasst sein sollte, ist in Art. 4 GasRL nichts enthalten, wogegen die KAV verstoßen könnte. Insbesondere nimmt Art. 4 GasRL nicht zu einem etwaigen Kostenrecht Stellung. Ausdrücklich festgeschrieben wird in Art. 4 Abs. 2 GasRL lediglich der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der bei der Genehmigung zu berücksichtigen ist. Dieser gilt jedoch gemäß §46 Abs. 1 und 2 EnWG auch für das Konzessionsrecht. Unserer Auffassung nach verstößt die KAV daher nicht gegen

Art. 4 GasRL.

Soweit ersichtlich gibt es keine europäische Rechtsprechung zum Konzessionsabgabenrecht. Bisher ungeklärt ist auch, ob es in anderen europäischen Ländern überhaupt zur KAV vergleichbare Regelungen gibt. Der deutsche Gesetzgeber ging 1991 davon aus, dass es eine zur Konzessionsabgabe vergleichbare Entgeltregelung in der Europäischen Union nicht gab.<sup>27</sup> Das Bundeskartellamt vermutet ähnliche Regelungen in Italien, Österreich und Belgien.<sup>28</sup>

Der EuGH hatte 2008 zwar einen Fall zum italienischen Konzessionsrecht zu entscheiden. Dieser betraf jedoch keine Vergütungsfragen. Streitgegenstand war ein italienisches Gesetz (Decreto legislativo Nr. 164/2000), das die Tätigkeit der Erdgasverteilung als eine öffentliche Dienstleistung qualifizierte, die die Gemeinden Konzessionsinhabern überlassen, die ausschließlich im Wege der Ausschreibung für Zeiträume von höchstens zwölf Jahren ausgewählt werden. Das Gesetz sah zudem bestimmte Übergangszeiträume für bereits bestehende Aufträge und Konzessionen vor. Der EuGH prüfte unter anderem die Vereinbarkeit dieses Gesetzes mit der Richtlinie 2003/55/EG, der Vorgängervorschrift zur heutigen GasRL, und stellte fest, dass die Richtlinie 2003/55/EG „keine Bestimmungen zu den bestehenden Konzessionen für die Erdgasverteilung“ enthalten würde.<sup>29</sup> Damit hat auch der EuGH bestätigt, dass die europäischen Binnenmarkttrichtlinien keine Vorschriften enthalten, gegen die das Konzessions- beziehungsweise Konzessionsabgabenrecht verstoßen könnte. Insbesondere enthielt auch die Richtlinie 2003/55/EG bereits einen dem Art. 4 GasRL entsprechenden Artikel. Auf diesen ging der EuGH bei der Beurteilung des Rechtsstreits gar nicht ein.

**KonzessionsRL** Der Konzessionsvertrag gemäß §46 Abs. 2 und 3 EnWG ist als Dienstleistungskonzession einzustufen.

fen.<sup>30</sup> Deshalb kommt die Anwendbarkeit der KonzessionsRL auf das Konzessionsvertrags- und -abgabenrecht in Betracht. Allerdings ist die Vorlage für die KonzessionsRL höchst umstritten. Am 24. Januar 2013 hat der Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments über den Richtlinienvorschlag der Kommission abgestimmt und eine abgeänderte Textfassung beschlossen. Mitte März soll diese im Plenum des Europäischen Parlaments zur Abstimmung gestellt werden. Die bisher veröffentlichte Fassung der Kommissionsvorlage ist daher noch kein geltendes Recht. Ob es dabei bleibt, dass die KonzessionsRL bis zum 30. Juni 2014 von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden soll, Art. 49 Abs. 1 KonzessionsRL, bleibt daher erst noch abzuwarten.

Die KonzessionsRL regelt bisher auch nur das Verfahren für eine Konzessionsvergabe. Inhaltliche Vorgaben für den Konzessionsvertrag, insbesondere für die Vergütung, enthält sie nicht. Im Gegenteil: Die Begriffsbestimmung für die „Dienstleistungskonzession“ ist in Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 KonzessionsRL sehr weit definiert als ein

*„entgeltliche[r], schriftlich geschlossene[r] Vertrag zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern bzw. einer oder mehreren Vergabestellen, dessen Gegenstand in der Erbringung von anderen Dienstleistungen als den in den Nummern 2 und 4 aufgeführten Dienstleistungen besteht, wobei die Gegenleistung für die zu erbringende Dienstleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen **oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.**“* (Hervorhebung durch die Verfasser).

Dass der Netzbetreiber durch den Konzessionsvertrag in Verbindung mit der KAV zur Zahlung einer Konzessionsabgabe verpflichtet wird, ist nach der KonzessionsRL daher nicht

<sup>27</sup> BR-Drs. 686/91, S. 10.

<sup>28</sup> Bundeskartellamt während eines Vortrags zum Konzessionsrecht am 25.01.2013 in Berlin.

<sup>29</sup> EuGH: Urteil v. 17.07.2008, Rs.: C 347/06, Rn. 40 über juris.

<sup>30</sup> Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes: EnWG, 2. Aufl. 2010, §46 Rn. 66; Michaels: IR 2009, 246, 249 f.; Thomale/Kießling: N&R 2008, 166, 168 f.; Byok: RdE 2008, 268, 270 f.; offen gelassen durch Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt: Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, S. 3 f.

unzulässig. Auch die weiteren zulässigen Nebenleistungen gemäß § 3 Abs. 1 KAV (Kommunalrabatt, Vergütung notwendiger Kosten und Verwaltungskostenbeiträge) können im weiteren Sinn als Zahlungen eingestuft werden.

Im Ergebnis ist daher nicht davon auszugehen, dass die KonzessionsRL in ihrer derzeitigen Fassung die Rechtswidrigkeit von Vorschriften der KAV herbeiführen kann.

**EffizienzRL** Mit Erlass der KAV sollte laut Verordnungsbegründung auch das Ziel verfolgt werden, zum Sparen von Strom und Gas anzureizen. Deshalb wurde die Konzessionsabgabe neu konzipiert und verbrauchsabhängig ausgestaltet.<sup>31</sup> Der Effizienzgedanke war Begleitmotiv für die konkrete Ausgestaltung der KAV. Deshalb liegt es nahe, die Vereinbarkeit der KAV mit der EffizienzRL zu prüfen.

Die EffizienzRL ist am 4. Dezember 2012 in Kraft getreten. Die Frist für ihre Umsetzung in nationales Recht läuft gemäß Art. 28 Abs. 1 EffizienzRL am 5. Juni 2014 aus. Für einige Teilbereiche werden auch andere Umsetzungsfristen festgelegt. Erst nach Ablauf dieser Fristen kommt ein Verstoß der KAV gegen die EffizienzRL in Betracht.

Art. 7 EffizienzRL spricht zunächst dagegen, einen Verstoß der KAV gegen das europäische Effizienzkonzept annehmen zu können: Art. 7 Abs. 1 EffizienzRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, Energieeffizienzverpflichtungssysteme einzuführen. Alternativ können sich die Mitgliedstaaten aber auch gemäß Art. 7 Abs. 9 EffizienzRL für andere strategische Maßnahmen entscheiden, um Energieeinsparungen bei Endkunden zu bewirken. In Art. 7 Abs. 9 lit. a) und b) EffizienzRL werden Energie- oder CO<sub>2</sub>-Steuern, die eine Verringerung des Endenergieverbrauchs bewirken, ebenso als zulässig bezeichnet wie andere Finanzierungssysteme und -instrumente oder steuerliche Anreize, die zur Nutzung energieeffizienter Technologien oder Techniken führen und eine Verringerung des Endenergieverbrauchs bewirken. Hieraus

lässt sich eher die Zulässigkeit als die Unzulässigkeit der in der KAV verankerten und verbrauchsabhängig gesteuerten Konzessionsabgabe argumentieren – insbesondere unter Berücksichtigung des in der Verordnungsbegründung niedergelegten Ziels: Energieeinsparung durch Kopplung der Konzessionsabgabe an den Energieverbrauch.

Für einen Verstoß der KAV gegen die EffizienzRL könnten allerdings folgende Regelungen sprechen:

- In Erwägungsgrund 45 der EffizienzRL heißt es, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die „Netztarife und Netzregelungen Anreize für Verbesserungen bei der Energieeffizienz bieten und eine dynamische Tarifierung im Hinblick auf Laststeuerungsmaßnahmen seitens der Endkunden unterstützen“. Gemäß Art. 15 EffizienzRL sollen die Mitgliedstaaten hierzu gewährleisten, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Netztarife und der Netzregulierung Anreize für die Netzbetreiber vorsehen, damit sie für die Netznutzer Systemdienste bereitstellen, mit denen diese im Rahmen der fortlaufenden Realisierung intelligenter Netze Maßnahmen zur Verbesserung der Energieeffizienz umsetzen können. Diese Vorschriften betreffen unserer Auffassung nach jedoch gerade nicht den Regelungsgegenstand Konzessionsabgabe. Wie oben bereits erläutert sind die Konzessionsabgaben gerade nicht Teil der Netzentgelte (vgl. Abschnitt C.I.3.). Sie stehen deshalb außerhalb des von der Bundesnetzagentur beeinflussbaren Bereichs der Netztarife und der Netzregulierung.
- Gemäß Art. 19 Abs. 1 EffizienzRL werden die Mitgliedstaaten generell verpflichtet, rechtliche und sonstige Hemmnisse für die Energieeffizienz zu beseitigen. Konkret genannt werden in Art. 19 Abs. 1 lit. a) und b) EffizienzRL zwar nur Investitionshemmnisse im Verhältnis Eigentümer-Mieter sowie Investitionshemmnisse von öffentlichen Einrichtungen. Bei diesen Tatbeständen handelt es sich jedoch lediglich um beispielhafte Aufzählungen. Auch andere Hemmnisse für die Energieeffizienz können unter die Vorschrift des Art. 19 Abs. 1 EffizienzRL fallen. Im Hinblick auf die KAV käme beispielsweise die

31 BR-Drs. 686/91, S. 13.

Qualifizierung folgender Regelungen als „energieeffizienzstörend“ in Betracht:

- Gemäß §2 Abs. 5 KAV werden Teile der Industrie von der Zahlung der Konzessionsabgabe bei der Überschreitung einer bestimmten Grenzmenge befreit (vgl. hierzu bereits Abschnitt C.I.2.). Dies könnte dazu führen, dass Unternehmen Energiemengeneinsparungen unterlassen, um den finanziellen Vorteil aus der Entlastung von der Konzessionsabgabe genießen zu können. Die Bundesregierung hat jedoch bereits zu einem ähnlichen – allerdings an den Preis und nicht an den Verbrauch gekoppelten – Befreiungstatbestand in §2 Abs. 4 KAV (vgl. hierzu bereits Abschnitt C.I.2.) Stellung genommen und keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass die Regelung nicht mehr „zeitgemäß“ sei.<sup>32</sup> Auch der BGH führte zu §2 Abs. 4 KAV aus, dass ein Verstoß gegen das GG nicht zu verzeichnen sei.<sup>33</sup> Stellungnahmen europäischer Institutionen zum deutschen Konzessionsabgabenrecht sind – soweit ersichtlich – bisher noch nicht erfolgt.
- Gemäß §2 Abs. 7 KAV gelten Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz (bis ein Kilovolt) konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifkunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 Kilowatt und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 Kilowattstunden (vgl. hierzu bereits Abschnitt C.I.2.). Diese Regelung schafft einen Anreiz für Verbraucher, die sich den genannten Grenzwerten nähern, die 30.000 Kilowattstunden-Grenze durch absichtlichen Mehrverbrauch zu überschreiten, um nicht mehr als Tarifkunde, sondern als Sondervertragskunde eingestuft werden zu können. Dies hätte zur Folge, dass sie nur

noch die wesentlich niedrigere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden leisten müssten. Die Regelung des §2 Abs. 7 KAV wurde bereits in mehreren – zum Teil auch aktuellen – höchstrichterlichen Urteilen als Argumentationsmaterial genutzt, jedoch ohne dass ihre Rechtmäßigkeit problematisiert wurde.<sup>34</sup>

- Das gesamte Konzept der KAV könnte mithilfe der EffizienzRL hinterfragt werden, wenn nachweisbar wäre, dass das System der Konzessionsabgabe mögliche und auf der Hand liegende Energieeinsparmaßnahmen verhindert.

Unter Berufung auf Art. 19 Abs. 1 EffizienzRL könnte auf die Aufhebung oder zumindest auf Änderungen der entsprechenden Vorschriften gedrängt werden. Als Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen werden in Art. 19 Abs. 1 EffizienzRL auch die Aufhebung oder Änderung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften genannt.

#### **Kurz zusammengefasst:**

Es ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte für die Unvereinbarkeit der KAV mit europäischem Recht. Allerdings könnte auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 EffizienzRL eine Änderung der KAV erforderlich werden, wenn nachweisbar ist, dass die Vorschriften der KAV ein Hemmnis für die Energieeffizienz darstellen. Dies könnte beispielsweise für §2 Abs. 5 und 7 KAV in Betracht kommen.

### **III. Umsetzung des Reformvorhabens: Leistungsbezogene Berechnung der Konzessionsabgabe**

Die Umstellung auf eine gemeindescharfe und an die Leistung des Anschlusses gekoppelte Berechnung der Konzessionsabgabe in Cent pro Kilowatt anstatt der bisherigen bundeseinheitlichen und an den Verbrauch gekoppelten Berech-

32 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Oliver Krischer, Britta Haßelmann, Hans-Josef Fell, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Steigende Anzahl der von der Konzessionsabgabe befreiten Industrieunternehmen, BT-Drs. 17/12157, S. 2.

33 BGH: Urteil vom 01.02.2011, Az.: EnZR 57/09, Rn. 22 über juris.

34 BVerfG, Beschluss vom 27.04.2000, Az.: 2 BvR 801/99, Rn. 39 über juris; BGH, Beschluss vom 06.11.2012, Az.: KVR 54/11, Rn. 28, 35 über juris.

nung der Konzessionsabgabe in Cent pro Kilowattstunde ist zulässig (vgl. hierzu Abschnitt C.I.). Sie erfordert jedoch sowohl Änderungen der KAV als auch des EnWG (vgl. Abschnitt C.II. und Abschnitt C.III.).

## 1. Zulässigkeit einer gemeinschaftlichen Konzessionsabgabe

Seit 1941 erfolgt die Bemessung der Konzessionsabgabe zwar gestaffelt nach vier unterschiedlichen Gemeindegrößen, jedoch grundsätzlich bundeseinheitlich (vgl. Abschnitt C.I.1. und Abschnitt C.I.2. und Abschnitt C.II.). Die mit der Einführung der KAV von 1992 erfolgte Umstellung von Prozentsätzen der Roheinnahmen auf Festbeträge je Kilowattstunde hat dazu geführt, dass Gemeinden mit vergleichsweise niedrigen Strom- und Gaspreisen ein gewisser Erhöhungsspielraum gewährt wurde, während Kommunen mit besonders hohen Preisen eine gewisse Reduktion vorzunehmen hatten.<sup>35</sup> Die mit dem hier verfolgten Reformprojekt angestrebte Umstellung auf eine leistungsbezogene Konzessionsabgabe soll jedoch weder zu Mehr- noch zu Mindereinnahmen einer Kommune führen. Das Konzessionsabgabenaufkommen soll zum Umrechnungszeitpunkt stabil gehalten werden. Die Umstellung soll daher gemeinschaftlich erfolgen. Hierfür soll die Summe bestehender kommunaler Einnahmen aus Konzessionsabgaben errechnet werden und zwar anhand des durchschnittlichen Konzessionsabgabenaufkommens einer Gemeinde für die letzten drei Jahre vor Inkrafttreten der Reform. Die so errechnete Gesamtsumme soll dann durch die in der betreffenden Gemeinde im gleichen Zeitraum durchschnittlich vorhandene Netzanschlussleistung geteilt werden. Daraus würde sich dann die für die betreffende Gemeinde neue höchst zulässige Konzessionsabgabe in Cent pro Kilowatt ergeben. Theoretisch könnte es daher zu unterschiedlich hohen Konzessionsabgaben in der Anzahl kommen, in der es Gemeinden in Deutschland gibt.

Vor die Klammer gezogen soll daher geprüft werden, ob unter

Gleichbehandlungsgesichtspunkten hiergegen grundsätzliche, verfassungsrechtliche Bedenken bestehen.

**Vereinbarkeit mit Art. 28 GG** Es lässt sich gut vertreten, dass eine gemeinschaftliche Konzessionsabgabenberechnung mit der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar ist.

Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung schützt in erster Linie vor staatlichen Eingriffen in den Kernbereich der Selbstverwaltung. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist dieser Kernbereich selbst durch eine gänzliche Vorenthaltung von Konzessionsabgaben nicht berührt.<sup>36</sup> Allerdings schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG außerdem davor, dass der Gesetzgeber bei staatlichen Eingriffen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Willkürverbot missachtet, indem er einen Teil der Gemeinden ohne aus der Natur der Sache folgenden oder sonst einleuchtenden Grund anders behandelt als die übrigen Gemeinden.<sup>37</sup> Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält daher auch ein Gleichbehandlungsgebot, das auch als Gebot interkommunaler Gleichbehandlung bezeichnet wird.<sup>38</sup>

Es ist bereits zweifelhaft, ob eine unterschiedliche Behandlung der Gemeinden überhaupt gegeben ist. Die Umrechnungsmethode soll für alle Gemeinden einheitlich geregelt werden. Lediglich das Ergebnis der Umrechnung würde zu zukünftig unterschiedlich hohen gemeindespezifischen Höchstgrenzen für Konzessionsabgaben führen.

Diese (mittelbare) Ungleichbehandlung könnte im Wesentlichen auf folgenden Gesichtspunkten beruhen:

→ Unterschiedliche Gemeindegröße: Bisher können Ge-

36 BVerwG: Urteil vom 12.10.1965, Az.: VII C 115/63, BB 1966, 966.

37 BVerfG: Urteil vom 07.10.1980, Az.: 2 BvR 584/76, 2 BvR 598/76, 2 BvR 599/76, 2 BvR 604/76, Rn. 45 über juris; BVerwG: Urteil vom 20.11.1990, Az.: 1 C 30/89, Rn. 22 über juris.

38 VerfGH Mecklenburg-Vorpommern: Urteil vom 23.02.2012, Az.: 37/10, Rn. 106 über juris.

35 BR-Drs. 686/91. S. 11 f.

meinden mit höherer Einwohnerzahl höhere Konzessionsabgaben verlangen als Gemeinden mit niedrigerer Einwohnerzahl. Vorbehaltlich einer ökonomischen Kontrolle liegt daher der Schluss nahe, dass Gemeinden mit höheren Konzessionsabgaben aufgrund der avisierten Umrechnungsmethode auch künftig höhere Konzessionsabgaben verlangen können als Gemeinden mit niedrigerer Einwohnerzahl, weil ihr Gesamterlös in den Fotojahren – auch im Verhältnis zu den vorhandenen Leistungswerten – höher sein wird.

- Unterschiedliche Verbrauchsmengen: Unterschiedliche Erlöse in den Fotojahren könnten sich auch aus anderen Gründen ergeben, beispielsweise durch witterungsbedingte Schwankungen der Verbrauchsmengen. Auch hieraus könnten – unabhängig von der Gemeindegröße – künftig höhere Konzessionsabgaben als in Vergleichsgemeinden folgen.
- Unterschiedlich starke Ausnutzung des Höchstprei-  
rechts: Schließlich könnten Unterschiede auch dadurch bedingt sein, dass die KAV nur Höchstpreise festlegt (vgl. Abschnitt C.I.) und die Gemeinden ihren Gestaltungsspielraum in den Fotojahren unterschiedlich ausgenutzt haben könnten, das heißt, Gemeinden, die die zulässigen Höchstpreise voll ausgeschöpft haben, könnten auch in Zukunft höhere Konzessionsabgaben verlangen als Gemeinden, die nicht die höchst zulässigen, sondern niedrigere Konzessionsabgaben mit dem Konzessionsnehmer vereinbart haben. Allerdings wurde und wird üblicherweise zwischen Gemeinde und Konzessionsnehmer die nach der KAV höchst zulässige Konzessionsabgabe vereinbart. Es ist daher eher unwahrscheinlich, dass sich hieraus eine Differenzierung ergibt.

Die Unterschiede zwischen den Konzessionsabgaben der einzelnen Gemeinden nach Einführung einer gemeindeschaffen, leistungsorientierten Konzessionsabgabe müssten – eine Ungleichbehandlung unterstellt – „aus der Natur der Sache“ folgen oder sich aus einem „sonst einleuchtenden Grund“ ergeben, mit anderen Worten: Sie müssten sachlich

gerechtfertigt sein.<sup>39</sup>

In anderen Zusammenhängen ist eine gemeindeschaffe Betrachtung für die Gewährung bestimmter Leistungen ausdrücklich als zulässig erachtet worden. So hat der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen entschieden, dass es im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs zulässig sei, die Leistung unter anderem an die Zahl der in der Gemeinde ansässigen Sozialhilfeempfänger zu knüpfen.<sup>40</sup>

Das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern hat hinsichtlich der Einführung einer sogenannten Stadt-Land-Umlage entschieden, dass der Grundsatz der Systemgerechtigkeit im Rahmen des Gebots interkommunaler Gleichbehandlung erfordert, dass die vom Gesetzgeber gewählten Maßstäbe nicht im Widerspruch zueinander stehen dürfen und hinsichtlich des mit der Regelung verfolgten Ziels aussagekräftig sein müssen.<sup>41</sup>

Ziel der Umstellung auf eine leistungsorientierte Konzessionsabgabe ist es, das Konzessionsabgabenrecht besser mit den Zielen der Energiewende zu vereinbaren und gleichzeitig das Konzessionsabgabenaufkommen der Gemeinden stabil zu halten. Die Stabilität des Konzessionsabgabenaufkommens kann aber – gerade auch unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten – am besten gewährleistet werden, wenn eine gemeindespezifische Umrechnung erfolgt. Hiermit würde lediglich der (zulässige, vgl. Abschnitt C.II.) Status quo der Konzessionsabgabenverteilung abgebildet. Dies ist ein einleuchtender Grund für die Differenzierung bei den Höchstsätzen für Konzessionsabgaben.

Hinsichtlich der oben genannten ersten beiden Gesichtspunkte (unterschiedliche Gemeindegröße und Verbrauchsmengen), die zu unterschiedlich hohen Konzessionsabgaben

39 BVerwG: Urteil vom 20.11.1990, Az.: 1 C 30/89, Rn. 22 über juris mit Verweis auf BVerfG: Beschluss vom 07.10.1980, Az.: 2 BvR 584/76, 2 BvR 598/76, 2 BvR 599/76, 2 BvR 604/76, Rn. 45 über juris.

40 VerfGH NRW: Urteil vom 09.07.1998, Az.: 16/96, 7/97, Rn. 97 ff. über juris.

41 VerfGH Mecklenburg-Vorpommern: Urteil vom 11.02.2012, Az.: 37/10, Leitsätze 2 und 4 über juris.

der Gemeinden führen könnten, kämen noch folgende sachliche Gründe hinzu:

Die sich aufgrund der unterschiedlichen Gemeindegrößen möglicherweise ergebenden unterschiedlich hohen Erlöse in den Fotojahren und darauf basierend auch die höheren Konzessionsabgaben für größere Gemeinden ließen sich – wie bisher – mit dem höheren Wert eines Wegerechts in größeren Gemeinden sachlich rechtfertigen.<sup>42</sup> Die Bezugnahme auf die Erlöse der Fotojahre ist aus Praktikabilitätsgründen zu rechtfertigen. Bei einer Umrechnung muss es notwendigerweise irgendeine Bezugsgröße für den „Wert“ des Konzessionsrechts pro Leistungseinheit geben. Ähnlich ist der Ordnungsgeber bei Einführung der festen Konzessionsabgaben zum 1. Januar 1992 vorgegangen. Dort hat er auf das Jahr 1989 als Bezugsjahr abgestellt.<sup>43</sup> Dadurch, dass nicht – wie bei der Umstellung 1992 – auf ein einziges Referenzjahr abgestellt werden, sondern eine Durchschnittsbetrachtung von drei Fotojahren erfolgen soll, werden zudem die größten Unebenheiten bereits ausgeglichen.

Für Gemeinden, die derzeit keine Konzessionsabgabe erheben und deren künftige höchst zulässige Konzessionsabgabe sich daher nach der Umrechnungsmethode auf null Cent je Kilowatt belaufen würde, könnte eine Ausnahme vorgesehen werden. Beispielsweise könnten diese Gemeinden verpflichtet werden, eine hypothetische Berechnung anhand der zulässigen Höchstgrenzen der KAV für die Fotojahre vorzunehmen. So könnte gewährleistet werden, dass die derzeitige Abrechnungspraxis der Gemeinde nicht zu einer Ungleichbehandlung in der Zukunft führen würde, weil sie im Gegensatz zu anderen Gemeinden dann auch künftig keine Konzessionsabgaben vereinbaren könnten.

**Vereinbarkeit mit Art. 3 GG** Die soeben dargestellte Argumentation kann parallel auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG erfolgen. Art. 3 GG soll die Gleichbehandlung von natürlichen und juristischen Perso-

nen in vergleichbaren Sachverhalten gewährleisten. Eine Ungleichbehandlung könnte aus Verbraucherperspektive darin gesehen werden, dass Verbraucher mit identischen Leistungswerten künftig, je nachdem in welcher Gemeinde sie ansässig sind, unterschiedlich hohe Konzessionsabgaben leisten müssen.

Auch hier stellt sich jedoch bereits die Frage, ob darin tatsächlich eine Ungleichbehandlung durch den Gesetz- und Ordnungsgeber gesehen werden kann. Die KAV regelt heute wie künftig lediglich ein Höchstpreisrecht. Die Frage, welche Konzessionsabgaben eine Gemeinde tatsächlich erhebt, beruht allein auf ihrer autonomen Entscheidung und nicht auf der KAV. Die Gemeinde behandelt aber insoweit alle ihre Einwohner gleich.

Schließlich kann auch eine unter Art. 3 GG erfolgte Ungleichbehandlung durch einen hinreichend gewichtigen Grund gerechtfertigt sein. Als Grund für die Ungleichbehandlung kommt jede vernünftige Erwägung in Betracht. Der Differenzierungsgrund kann genauso in der Praktikabilität der Regelung liegen wie in finanziellen Gesichtspunkten.<sup>44</sup> Unterstellt, eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG sei anzunehmen, könnte diese also mit denselben Gründen wie die unterschiedliche Behandlung der Gemeinden gerechtfertigt werden, nämlich mit der Stabilisierung des Konzessionsabgabenaufkommens einer Gemeinde.

## 2. Änderung der Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für Änderungen der KAV sieht in §48 Abs. 2 Satz 2 EnWG vor, dass die Höchstsätze der Konzessionsabgaben in „Cent je gelieferter Kilowattstunde“ festzusetzen sind:

*„Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Es [Redaktionsfehler: Es muss heißen: „Sie“] kann dabei jeweils für Elektrizität oder*

42 BR-Drs. 686/91, S. 16.

43 BR-Drs. 686/91, S. 15.

44 Jarass/Pieroth: GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 16 m. w. N.

Gas, für verschiedene Kundengruppen und Verwendungszwecke und gestaffelt nach der Einwohnerzahl der Gemeinden unterschiedliche Höchstsätze in Cent je gelieferter Kilowattstunde festsetzen.“

Die Vorschrift ist zwar als „Kann-Vorschrift“ formuliert. Aus der Gesetzesbegründung geht jedoch eindeutig hervor, dass nur die Berechnung in Cent je Kilowattstunde zulässig sein soll. Dort heißt es:

„[...] Zweck ist es, die Konzessionsabgaben – im Interesse einer preisgünstigen Energieversorgung – durch Festsetzung bestimmter Höchstsätze in Pfennigen je gelieferter Kilowattstunde zu begrenzen. **Damit wird jetzt auch im Gesetz noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass Konzessionsabgaben nur als Festbeträge je Kilowattstunde und nicht mehr in Form von Prozentsätzen vereinbart werden dürfen.** Dies schreibt bereits die neue Konzessionsabgabenverordnung vor. Durch die Festlegung auf Festbeträge je Kilowattstunde wird das Aufkommen aus der Abgabe von der Preisentwicklung bei Strom und Gas abgekoppelt. Bei der Festsetzung der Höchstsätze darf zwischen Strom und Gas, nach den verschiedenen Kundengruppen und Verwendungszwecken sowie nach der Einwohnerzahl der Gemeinden differenziert werden. Die Differenzierung zwischen Strom und Gas sowie nach verschiedenen Kundengruppen ermöglicht es, die Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege für die Versorgung von Tarif- und Sonderkunden zu berücksichtigen.“<sup>45</sup>  
(Hervorhebung durch Verfasser)

Deshalb wäre zunächst eine Änderung des §48 Abs. 2 Satz 2 EnWG erforderlich, um eine Rechtsgrundlage für eine leistungsbezogene Abrechnung der Konzessionsabgabe zu schaffen.

Bei einer leistungsbezogenen Abrechnung der Konzessionsabgabe ist allerdings die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Kundengruppen (Tarif- und Sondervertragskun-

den, vgl. hierzu bereits Abschnitt C.I.2.) nicht mehr nötig. Das für die Leistung relevante Netzanschlussverhältnis besteht zwischen dem Netzbetreiber und dem Anschlussnehmer. Für Netzanschlüsse in Niederspannung beziehungsweise Niederdruck ist dies in §2 Abs. 1 Satz 2 Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) beziehungsweise Niederdruckanschlussverordnung (NDAV) geregelt. Anschlussnehmer und Anschlussnutzer sind jedoch nicht zwingend identisch, vgl. §1 Abs. 2 und 3 NAV/NDAV. Insbesondere bei Mietverhältnissen ist zumeist der Vermieter Anschlussnehmer, der Mieter aber Anschlussnutzer. Für die Unterscheidung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden kommt es aber auf den Anschlussnutzer an, der den Energieliefervertrag mit einem Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen hat. Bei einer Neuberechnung der Konzessionsabgabe auf Leistungsbasis kann die Differenzierung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden daher eingeebnet werden. Bei einer leistungsbezogenen Abrechnung käme es für die Berechnung der Konzessionsabgabe allein auf die Leistung des Anschlussnehmers an. Ebenfalls nicht mehr erforderlich sind die Unterscheidungen zwischen den unterschiedlichen Verwendungszwecken (Schwachlaststrom, Strom, Gas für Kochen und Warmwasser sowie andere Gaslieferungen, vgl. hierzu bereits Abschnitt C.I.2.). Diese stellen ebenfalls auf die Verwendung durch den Anschlussnutzer, nicht aber auf den für die Leistungsberechnung relevanten Anschlussnehmer ab.

Nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich sind diese Unterscheidungen bei einer leistungsbezogenen Abrechnung der Konzessionsabgaben zum Teil nicht mehr erforderlich. Sie entsprechen nicht mehr den heutigen Verhältnissen auf dem Energiemarkt. Die Unterscheidung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden mit der Folge, dass Sondervertragskunden eine wesentlich geringere Konzessionsabgabe zahlen müssen, wurde eingeführt, weil Sondervertragskunden 1991 typischerweise über Mittelspannungs- oder Hochspannungsnetze versorgt wurden, für deren Verlegung die öffentlichen Verkehrswege weniger in Anspruch genommen werden mussten, als für das Niederspannungsnetz, über

---

<sup>45</sup> BT-Drs. 806/96, S. 46 f. für die nahezu wortlautidentische Vorgängernorm zu §48 Abs. 2 EnWG.

das vor allem Tarifikunden versorgt wurden.<sup>46</sup> Mit der erst nach 1991 erfolgten Liberalisierung des Energiemarktes gibt es jedoch keinen „typischen Sondervertragskunden“ mehr. Auch Endverbraucher auf Niederspannungs- beziehungsweise Niederdruckebene sind Sondervertragskunden, wenn sie nicht im Rahmen eines Grundversorgungsvertrags beliefert werden. Aus der Sicht des heutigen Energiewirtschaftsrechts ist die damalige Verordnungsbegründung daher überholt, es gibt keinen Grund mehr für die Bevorzugung von Sondervertragskunden gegenüber grundversorgten Kunden.

Unabhängig davon gilt für die in der Verordnungsbegründung genannten Verbraucher, die über das Mittel- oder Hochspannungsnetz angeschlossen sind, zudem die Vermutung, dass es sich um größere Abnehmer handeln wird, deren Anschlussleistung deshalb wahrscheinlich höher sein wird. Es wäre daher möglich, die ursprünglich vom Verordnungsgeber beabsichtigte Zielsetzung, auf höheren Ebenen angeschlossene Kunden zu entlasten, dadurch umzusetzen, dass die Konzessionsabgabe sinkt, je höher die Anschlussleistung ist. Mithilfe dieses Mechanismus könnten auch die derzeit geltenden Sondertatbestände für energieintensive Verbraucher (vgl. hierzu Abschnitt C.I.2.) eventuell überflüssig gemacht werden. Falls eine wirtschaftliche Überprüfung ergäbe, dass eine ausreichende Entlastung dieser Verbrauchsgruppe hierüber nicht gewährleistet wäre, könnten aber auch zu §2 Abs. 4 und 5 KAV vergleichbare – nunmehr leistungsbezogene – Sondertatbestände eingeführt werden (vgl. hierzu den Vorschlag Abschnitt C.III.3.).

Die Unterscheidung zwischen Gas für Kochen und Warmwasser beziehungsweise sonstige Tarifierungen im Gasbereich wurde nur deshalb vorgenommen, weil insoweit Parallelität mit den Konzessionsabgaben für den Strombereich für Tarifikunden hergestellt werden sollte. Kochgas wurde als Konkurrenzprodukt zum Strom im Tarifikundenbereich qualifiziert. Deshalb wurden die Höchstgrenzen nach dem gleichen Berechnungsprinzip kalkuliert. Die Werte wurden von den Durchschnittserlösen der Lieferungen an Tarifikunden

für das Jahr 1989 abgeleitet.<sup>47</sup> Die Parallelität wird jedoch über die Kopplung an die Anschlussleistung ebenso gewährleistet.

Aus Effizienzgesichtspunkten ist allein die Unterscheidung zwischen Schwachlaststrom und „normalem“ Strom sinnvoll. Da Schwachlaststrom mit einer niedrigeren Konzessionsabgabe belegt wird, besteht der Anreiz, einen solchen Strom zu konsumieren. Der Begriff Schwachlaststrom entstammt aus der bereits außer Kraft gesetzten Bundestarifordnung für Elektrizität und bezeichnet den in lastschwachen Zeiten entnommenen Strom. Der Effizienzgedanke kann daher mit dieser Unterscheidung durchaus befördert werden. Die leistungsbezogene Abrechnung der Konzessionsabgabe gibt diesen Anreiz nicht. Allerdings kann auf diesen Anreiz in der KAV auch verzichtet werden. Mit dem nach 1991 eingefügten §40 Abs. 5 EnWG sind Lieferanten verpflichtet, Tarife anzubieten, die einen Anreiz zur Steuerung des Energieverbrauchs setzen. Das sollen insbesondere auch tageszeitabhängige Tarife sein. Der Letztverbraucher von Elektrizität wird in Zukunft bereits über den Strompreis einen Anreiz zur Nutzung von Schwachlaststrom bekommen.

Gewährleistet werden muss allerdings, dass die Abrechnungskette für die Konzessionsabgabe erhalten bleibt und der Anschlussnutzer und nicht der Anschlussnehmer letztes Glied der Abrechnungskette bleibt. Die Abrechnung erfolgt bisher zwischen Gemeinde und Konzessionsnehmer auf Basis des Konzessionsvertrages. Sollte der Konzessionsnehmer nicht selbst Netzbetreiber sein, hat dieser wiederum die Abführung der Konzessionsabgabe mit dem mit ihm verbundenen Netzbetreiber geregelt. Der Netzbetreiber zieht die Konzessionsabgabe von den Energielieferunternehmen über die mit ihm abgeschlossenen Lieferantenrahmenverträge oder Transportverträge ein. Die Energielieferanten wälzen die Konzessionsabgabe dann schließlich auf ihre Kunden, die Anschlussnutzer, weiter. Dies geschieht in dem zwischen den Energielieferanten und den Endkunden geschlossenen Energielieferverträgen. Für die neue Konzessionsabgaben-

46 BR-Drs. 686/91, S. 16 f.

47 BR-Drs. 686/91, S. 16 f.

berechnung muss daher gelten, dass sie zwar anhand der dem Anschlussnehmer bereitgestellten Leistung berechnet, aber dennoch weiterhin von den Anschlussnutzern gezahlt wird. Hierfür sind verschiedene Wege denkbar, die jedoch weder in der KAV geregelt werden müssen noch können. Regelungsgegenstand der KAV ist lediglich die Konzessionsabgabenberechnung zwischen Gemeinde und Konzessionsnehmer. Die Weiterwälzung der Konzessionsabgabe ist gesetzlich nicht geregelt. Es bestehen zwar Ausweispflichten, zum Beispiel muss der Energielieferant seinen Endkunden die Höhe der Konzessionsabgabe gemäß §40 Abs. 2 Nr. 7 EnWG mitteilen, eine Pflicht zur Weiterwälzung und die Weiterwälzungskette ist jedoch gesetzlich nicht vorgegeben. Es sind daher verschiedene Varianten möglich, die auf ihre Umsetzbarkeit und ihre finanziellen Auswirkungen hin überprüft werden müssten:

- Sofern Anschlussnutzer über Zähler verfügen, denen eine eigenständige maximale Leistung zugeordnet ist, wäre der einfachste Weg, diese Leistung als Grundlage für die Konzessionsabgabenberechnung zu wählen.
- Für den Fall, dass einem Anschlussnutzer keine maximale Leistung zugeordnet ist, wäre die leistungsbezogene Konzessionsabgabe auf die jeweiligen den Anschluss in Anspruch nehmenden Anschlussnutzer umzulegen. Diese Aufgabe müsste der Netzbetreiber übernehmen. Entsprechende Regelungen wären im Lieferantenrahmenvertrag zwischen Netzbetreiber und Energielieferant festzuschreiben. Alternativ könnte die leistungsbezogene Konzessionsabgabe in einem solchen Fall auch einfach vervielfacht werden. Jeder Anschlussnutzer hätte dann die seinem Anschluss zugeordnete Leistungspauschale zu zahlen. Diese Variante ist in ihrer Umsetzung sehr viel einfacher. Sie könnte zudem dazu führen, dass etwaige Mindereinnahmen der Kommune durch die Neuerungen ausgeglichen werden könnten. Die finanzielle Belastung der Anschlussnutzer müsste jedoch geprüft werden.
- Schließlich wäre es auch denkbar, dass die Weiterwälzung der Konzessionsabgabe nicht wie bisher über die Kette Kommune-Konzessionsnehmer-Netzbetreiber-Energielieferant-Letztverbraucher erfolgt, sondern über eine neue Weiterwälzungskette Kommune-

Konzessionsnehmer-Netzbetreiber-Anschlussnehmer-Anschlussnutzer. Dies würde aber weitere Gesetzesänderungen erfordern, zum Beispiel des eben erwähnten §40 Abs. 2 Nr. 7 EnWG. Auch müsste für den Fall, dass Anschlussnehmer und Anschlussnutzer auseinanderfallen, zwischen diesen der Weiterwälzungsmodus geregelt werden, im Fall von Vermieter und Mieter beispielsweise im Mietvertrag. Auch hier bleibt zu prüfen, ob diese Variante wirtschaftlich sinnvoll ist.

Für die Neuformulierung der Ermächtigungsgrundlage spielen diese Überlegungen jedoch keine Rolle. Das Konzessionsabgabenrecht ist lediglich für die Beziehung zwischen Kommune und Konzessionsnehmer relevant. Die Weiterwälzungsmechanismen sind davon zu trennen und werden hier deshalb nicht weiter berücksichtigt.

Die Umstellung von einer verbrauchsabhängigen auf eine leistungsabhängige Berechnung der Konzessionsabgabe wird auch nicht dazu führen, dass der Endverbraucher sich nicht mehr zum Energiesparen veranlasst sehen würde. Nach den heutigen Marktverhältnissen wird die Konzessionsabgabe kaum mehr eine steuernde Wirkung einnehmen können. Die Verbrauchssteuerung wird bereits über zahlreiche andere verbrauchsabhängige Preiskomponenten einer Energielieferung wie beispielsweise den Energiepreis, die Netznutzungsentgelte oder die EEG- und KWK-Umlagen, sichergestellt. Die Konzessionsabgabe, die nur einen verhältnismäßig geringen Anteil an dem von Endverbraucher zu zahlenden Energiepreis ausmacht, hat keine eigenständige zusätzliche Steuerungswirkung. Umgekehrt kann durch die leistungsbezogene Berechnung der Konzessionsabgabe der paradoxe Effekt, dass Energieeffizienz- und -einsparmaßnahmen zur Verringerung des Konzessionsabgabenaufkommens einer Gemeinde führen, beendet werden.

Ein entsprechender neuer §48 Abs. 2 Satz 2 EnWG könnte lauten:

*„Sie kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas unterschiedliche Höchstsätze in Cent je Kilowatt Netzanschlussleistung festsetzen.“*

**Kurz zusammengefasst:**

Für die Umstellung der Konzessionsabgabe auf eine leistungsbezogene Berechnung in Cent pro Kilowatt müsste zunächst die Ermächtigungsgrundlage für die KAV geändert werden. Hierzu könnte §48 Abs. 2 Satz 2 EnWG gestrichen und durch folgenden neuen Satz ersetzt werden:

„Sie kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas unterschiedliche Höchstsätze in Cent je Kilowatt Netzan-schlussleistung festsetzen.“

**3. Änderung der KAV**

In der KAV müssten darauf aufbauend dann §§1, 2, 4, 8 und 9 KAV geändert werden. Der §3 sowie die §§5 bis 7 könnten unverändert bestehen bleiben.

**Änderungen in §1 KAV** §1 Abs. 3 und 4 KAV definieren die Begriffe Tarif- und Sondervertragskunde. Wie oben bereits erörtert ist diese Unterscheidung bei einer leistungsbezogenen Konzessionsabgabenberechnung nicht mehr relevant. Die entsprechenden Absätze des §1 KAV könnten daher ersatzlos gestrichen werden.

**Änderungen in §2 KAV**

**Anpassungen in §2 Abs. 1 KAV** In §2 Abs. 1 KAV ist geregelt, dass Konzessionsabgaben nur in Centbeträgen je gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden dürfen.

Diese Vorschrift müsste auf die neue Berechnungseinheit umgestellt werden.

Ein entsprechender neuer §2 Abs. 1 KAV könnte lauten:

„Konzessionsabgaben dürfen nur in Centbeträgen je Kilowatt Netzan-schlussleistung vereinbart werden.“

**Anpassungen in §2 Abs. 2 KAV** In §2 Abs. 2 KAV werden dann die Höchstbeträge für verschiedene Kundengruppen, Verwendungszwecke und Gemeindegrößen festgelegt.

Auch hier müsste die Umstellung von der Berechnung in Cent je Kilowattstunde auf Cent je Kilowatt erfolgen. Aus dieser Umstellung folgen dann die bereits beschriebenen weiteren Folgeänderungen: Die Einebnung der Unterscheidungen zwischen Gemeindegrößen, Kundengruppen und Verwendungszwecken (vgl. Abschnitt C.III.1. und Abschnitt C.III.1.).

Vorbehaltlich einer weitergehenden wirtschaftlichen, finanziellen und praktischen Analyse wäre es dann möglich, die höchst zulässige Konzessionsabgabe kilowattgenau festzulegen oder Anschlusspauschalen für bestimmte Anschlussumfänge zu kalkulieren.

Ein entsprechender neuer §2 Abs. 2 KAV, der auf eine kilowattgenaue Konzessionsabgabenberechnung ausgerichtet ist, könnte lauten:

„Bei der Belieferung von Letztverbrauchern darf der sich aus folgender jeweils für Strom und Gas getrennt vorzunehmender Berechnung ergebende Höchstbetrag je Kilowatt Netzan-schlussleistung nicht überschritten werden:

*Die Gemeinde berechnet ihre durchschnittlichen Einnahmen aus Konzessionsabgaben für die Jahre [2010 bis 2012]. Diesen Betrag teilt sie durch die Summe der im Konzessionsgebiet im gleichen Zeitraum durchschnittlich vorhandenen Netzan-schlussleistung.“*

**Streichung von §2 Abs. 3 KAV** In §2 Abs. 3 KAV sind die Konzessionsabgabenbeträge für Sondervertragskunden festgelegt. Da die Unterscheidung zwischen Sondervertrags- und Tarifkunden durch eine leistungsbezogene Abrechnung der Konzessionsabgabe irrelevant wird, könnte §2 Abs. 3 KAV ersatzlos gestrichen werden.

**Streichung von §2 Abs. 4, 5 und 7 KAV** §2 Abs. 4, 5 und 7 KAV sehen bestimmte Sondertatbestände für die Abrechnung von Konzessionsabgaben vor. Es handelt sich um Ermäßigungstatbestände für energieintensive Unternehmen sowie um die Erweiterung der höheren Tarifikundenkonzessionsabgabe für den Strombereich durch eine Fiktion, um das Konzessionsabgabenaufkommen der Gemeinde zu stabilisieren (vgl. hierzu bereits ausführlich Abschnitt C.I.2. und Abschnitt C.II.2.). Diese Sondertatbestände sind bei einer kilowattgenauen Konzessionsabgabenberechnung rechtlich in ihrer jetzigen Form nicht mehr umsetzbar. Sie beziehen sich alle drei insbesondere auch auf Verbrauchsmengen, die bei einer Umstellung auf eine leistungsbezogene Berechnung der Konzessionsabgabe keine Rolle mehr spielen. Die Sondertatbestände müssten daher zunächst gestrichen werden. Es wäre dann zu prüfen, ob andere Ausnahmetatbestände (siehe dazu ref NeuerEntlastungstatbestand) auch bei einer kilowattgenauen Konzessionsabgabenberechnung erforderlich wären, um einerseits das Konzessionsabgabenaufkommen der Gemeinden in ausreichender Höhe zu sichern (dies war ursprünglich Aufgabe des §2 Abs. 7 KAV) beziehungsweise um energieintensive Unternehmen zu entlasten (dies war ursprünglich Aufgabe des §2 Abs. 4 und 5 KAV).

**Neuer Entlastungstatbestand** Zur Entlastung bestimmter Kundengruppen könnte beispielsweise folgender neuer § 2 Abs. 3 KAV eingeführt werden:

*„Abweichend von §2 Abs. 2 Satz 1 dürfen bei der Belieferung von [Letztverbrauchern mit einer Anschlussleistung von mehr als [XX] Kilowatt]/ [Letztverbrauchern, die eine Steuerentlastung gemäß §9b StromsteuerG oder gemäß §54 EnergiesteuerG erhalten]<sup>48</sup> folgende Höchstbeträge je Kilowatt nicht überschritten werden:*

*1. bei Strom [X] Cent,*

*2. bei Gas [Y] Cent.“*

**Änderung in §4 KAV** Gemäß §4 Abs. 1 KAV müssen Konzessionsabgaben in den Entgelten für den Netzzugang und den allgemeinen Tarifen ausgewiesen werden. Gelten die Entgelte für den Netzzugang und die allgemeinen Tarifpreise für mehrere Gemeinden, genügt die Angabe der für sie maßgeblichen Höchstbeträge sowie der Hinweis auf den Vorrang von Vereinbarungen, dass keine oder niedrigere Konzessionsabgaben zu zahlen sind. §4 Abs. 2 KAV regelt eine Absenkungspflicht für Netznutzungsentgelte beziehungsweise Tarife für den Fall, dass die höchst zulässigen Beträge nicht ausgeschöpft werden. § 4 Abs. 3 KAV ist eine Übergangsvorschrift für den Bereich der Stromtarifversorgung. §4 Abs. 3 KAV ist daher überholt und kann ersatzlos gestrichen werden.

§4 Abs. 1 und 2 KAV funktionieren jedoch schon deshalb nicht mehr, weil es nach dem Reformvorhaben keine bundeseinheitlichen Konzessionsabgabensätze mehr geben wird. Vielmehr sind die höchst zulässigen Konzessionsabgabensätze von jeder Gemeinde selbst auszurechnen. Die Gemeinde sollte daher verpflichtet werden, die entsprechenden Höchstpreise zu veröffentlichen. Es könnte daher ein neuer Absatz 1 eingefügt werden:

*„Den von der Gemeinde gemäß §2 Abs. 2 ermittelten Höchstbetrag je Kilowatt Netzanschlussleistung veröffentlicht die Gemeinde bis zum [1. Januar 2015] in geeigneter Form und macht den Ort der Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Die Konzessionsabgaben sind in den Entgelten für den Netzzugang auszuweisen. Gelten die Entgelte für den Netzzugang für mehrere Gemeinden, genügt die Angabe der für sie maßgeblichen Höchstbeträge sowie der Hinweis auf den Vorrang von Vereinbarungen, dass keine oder niedrigere Konzessionsabgaben zu zahlen sind.“*

<sup>48</sup> Die rechtliche Zulässigkeit (insbesondere unter beihilferechtlichen Aspekten) sowie die genaue Abgrenzung des Begünstigtenkreises für den ermäßigten Konzessionsabgabensatz einschließlich der genauen Höhe dieses Satzes sind gegebenenfalls noch zu prüfen.

**Änderung in §8 KAV** §8 KAV enthielt eine Übergangsvorschrift für den Übergang der KAE zur KAV. Er stellt ebenfalls auf eine Berechnung der Konzessionsabgabe in Cent je Kilowattstunde ab. Da seine Regelungsmaterie jedoch mittlerweile überholt ist, könnte er gestrichen werden.

Entsprechend müsste aber für bereits bestehende Konzessionsverträge eine neue Übergangsregelung für die Umstellung der verbrauchsabhängigen auf die leistungsabhängige Konzessionsabgabe geschaffen werden. Verfassungsrechtliche Rückwirkungsprobleme hat der Ordnungsgeber bei der Umstellung der KAE auf die KAV nicht gesehen.<sup>49</sup> Daher ist anzunehmen, dass auch eine erneute Umstellung der Konzessionsabgabenbemessung schrittweise auch auf Altverträge angewendet werden kann. Eine Übergangsregelung könnte lauten:

*„Soweit Konzessionsabgaben bereits für das Jahr [2016] vereinbart worden sind, sind diese Zahlungen spätestens zum [1. Januar 2017] auf Centbeträge je Kilowatt umzustellen.“*

**Änderung in §9 KAV** §9 KAV regelt das Inkrafttreten der KAV. Diese Regelung müsste naturgemäß ebenfalls angepasst werden und könnte wie folgt lauten:

*„Diese Verordnung tritt am [1. Januar 2016] in Kraft. Gleichzeitig tritt die Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas vom 9. Januar 1992 zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 VO zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 1.11.2006 außer Kraft. Der Bundesrat hat zugestimmt.“*

#### IV. Kurz zusammengefasst: Notwendige Änderungen in der KAV

In der KAV selbst müssten mindestens folgende Änderungen vorgenommen werden, um eine leistungsbezogene Berechnung der Konzessionsabgabe in Cent pro Kilowatt zu ermög-

lichen: §1 Abs. 3 und 4 werden ersatzlos gestrichen. §2 Abs. 1 Satz 1 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen Satz ersetzt: „Konzessionsabgaben dürfen nur in Centbeträgen je Kilowatt Netzanschlussleistung vereinbart werden.“ §2 Abs. 2 Satz 1 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen Satz ersetzt: „Bei der Belieferung von Letztverbrauchern darf der sich aus folgender jeweils für Strom und Gas getrennt vorzunehmender Berechnung ergebende Höchstbetrag je Kilowatt Netzanschlussleistung nicht überschritten werden: Die Gemeinde berechnet ihre durchschnittlichen Einnahmen aus Konzessionsabgaben für die Jahre [2010 bis 2012]. Diesen Betrag teilt sie durch die Summe der im Konzessionsgebiet im gleichen Zeitraum durchschnittlich vorhandenen Netzanschlussleistung.“ §2 Absätze 3 bis 5 KAV werden gestrichen und durch folgenden neuen Absatz 3 ersetzt: „Abweichend von §2 Abs. 2 Satz 1 dürfen bei der Belieferung von [Letztverbrauchern mit einer Anschlussleistung von mehr als [XX] Kilowatt]/ [Letztverbrauchern, die eine Steuerentlastung gemäß § 9b StromsteuerG oder gemäß §54 EnergiesteuerG erhalten] folgende Höchstbeträge je Kilowatt nicht überschritten werden: 1. bei Strom [X] Cent, 2. bei Gas [Y] Cent.“ §2 Abs. 7 KAV wird ersatzlos gestrichen. §4 Abs. 1 bis 3 KAV werden durch folgenden neuen Absatz 1 ersetzt: „Den von der Gemeinde gemäß §2 Abs. 2 ermittelten Höchstbetrag je Kilowatt Netzanschlussleistung veröffentlicht die Gemeinde bis zum [1. Januar 2015] in geeigneter Form und macht den Ort der Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Die Konzessionsabgaben sind in den Entgelten für den Netzzugang auszuweisen. Gelten die Entgelte für den Netzzugang für mehrere Gemeinden, genügt die Angabe der für sie maßgeblichen Höchstbeträge sowie der Hinweis auf den Vorrang von Vereinbarungen, dass keine oder niedrigere Konzessionsabgaben zu zahlen sind.“ §8 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen §8 KAV ersetzt: „Soweit Konzessionsabgaben bereits für das Jahr [2016] vereinbart und gezahlt worden sind, sind diese Zahlungen spätestens zum [1. Januar 2017] auf Centbeträge je Kilowatt umzustellen.“ §9 KAV wird gestrichen und durch folgenden neuen §9 KAV ersetzt: „Diese Verordnung tritt am

<sup>49</sup> BR-Drs. 686/91, S. 23.

[1. Januar 2016] in Kraft. Gleichzeitig tritt die Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas vom 9. Januar 1992 zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 VO zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 11.2006 außer Kraft. Der Bundesrat hat zugestimmt.“

## D. English Abstract

This report develops recommendations for reforming Germany's existing Concession Fee Law, with the objective of bringing it into better alignment with Germany's plans for the Energiewende ("Energy Transition").

Under the current construct of the German concession fee ordinance (KAV), concession fee revenues to a municipality increase the greater the energy consumption of its inhabitants. Therefore, the current mechanism for the calculation of the concession fee does not correspond to the Energiewende goals. Specifically, by coupling the fee revenue with consumption, this method creates the following paradoxical effect: The more electricity saved by efficiency measures and the more electricity self-produced by companies or inhabitants locally, and consumed without utilizing the public grid network (i.e. through CHP installations or renewable energy plants), the less municipal proceeds will be available from concession fees. A comparable, albeit to date not as pronounced, effect applies to concession fee collections for gas: The more homes that are renovated to be increasingly efficient in the use of gas - in many cases with energy advice provided by the municipalities -, the lower the revenues derived from gas sector concession fees.

In this way, the stability of concession fee revenues to municipalities is jeopardized by the energy transition: In particular, the laws currently promote self-consumption solutions for electricity - notably, the Renewable Energy Law and the Combined Heat and Power Law, and many end-use customers seek corresponding changes. Until now, private households as well as small service, retail, and trade companies have contributed a significant amount to the concession fee income of a municipality. Through the promotion of self-consumption solutions among these entities, the municipal revenue derived from concession fees could become substantially diminished.

Increasing end-use energy efficiency in the electricity and heating sectors is another major goal of the energy transition. Among other things, the German government is obliged

to implement the European Energy Efficiency Directive into German law by June 2014. The income of municipalities under the current structure of concession fees will decrease in parallel to reduced consumption levels that result from increased investment in energy efficiency.

Finally, energy saving behaviour is also being encouraged with the liberalisation of metering and the further development of smart-metering. Energy savings caused by these measures also directly reduce the electricity concession fee collections of municipalities.

This study develops a recommendation for reforming the system of calculating concession fees based on the following key elements:

- The concession fee should no longer be calculated based on cents-per kilowatt-hour consumed, rather it should instead be a flat fee levied in correlation to the network connection power demand (in cents per Kilowatt). By using this method, the negative effects outlined above which accompany a consumption-based calculation of the concession fee will be eliminated.
- In order to preserve current income levels for municipalities, the new flat fee shall be determined per network connection: Initially, each municipality calculates the amount of its total income derived from concession fees, e.g. this could be calculated as the average annual income over the prior three years. This calculated value can then be newly allocated to a yearly connection value in cents per Kilowatt.
- Special exemptions or reductions under the current legal framework could be integrated into the new system in an adapted form in order to provide relieve for particular groups of customers.

With this calculation method for concession fees, reduced income of the municipalities caused by consumption fluctuations or by self-consumption solutions could be avoided. At the same time, future efficiency and energy saving mea-

asures of a municipality would not be penalised by a reduced income derived from concession fees.

---

# Publikationen von Agora Energiewende

---

## AUF DEUTSCH

### [12 Thesen zur Energiewende](#)

Ein Diskussionsbeitrag zu den wichtigsten Herausforderungen im Strommarkt (Lang und Kurzfassung)

### [Brauchen wir einen Kapazitätsmarkt?](#)

Dokumentation der Stellungnahmen der Referenten der Diskussionsveranstaltung am 24. August 2012 in Berlin

### [Die Zukunft des EEG – Evolution oder Systemwechsel?](#)

Dokumentation der Stellungnahmen der Referenten der Diskussionsveranstaltung am 13. Februar 2013 in Berlin

### [Entwicklung der Windenergie in Deutschland](#)

Eine Beschreibung von aktuellen und zukünftigen Trends und Charakteristika der Einspeisung von Windenergieanlagen

### [Erneuerbare Energien und Stromnachfrage im Jahr 2022](#)

Illustration der anstehenden Herausforderungen der Energiewende in Deutschland. Analyse auf Basis von Berechnungen von Fraunhofer IWES

### [Kapazitätsmarkt oder Strategische Reserve: Was ist der nächste Schritt?](#)

Eine Übersicht über die in der Diskussion befindlichen Modelle zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit in Deutschland

### [Kostentoptimaler Ausbau der Erneuerbaren Energien in Deutschland](#)

Ein Vergleich möglicher Strategien für den Ausbau von Wind und Solarenergie in Deutschland bis 2033

### [Kritische Würdigung des Netzentwicklungsplanes 2012](#)

Kurzstudie des Büros für Energiewirtschaft und technische Planung (BET)

### [Lastmanagement als Beitrag zur Deckung des Spitzenlastbedarfs in Süddeutschland](#)

Endbericht einer Studie von Fraunhofer ISI und der Forschungsgesellschaft für Energiewirtschaft

### [Steigende EEG-Umlage: Unerwünschte Verteilungseffekte können vermindert werden](#)

Analyse des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW)

### [Strommarktdesign im Vergleich: Ausgestaltungsoptionen eines Kapazitätsmarkts](#)

Dokumentation der Stellungnahmen der Referenten für die Diskussionsveranstaltung am 10. Juni 2013 in Berlin

### [Zusammenhang von Strombörsen und Endkundenpreisen](#)

Studie von Energy Brainpool

---

**AUF ENGLISCH**

[12 Insights on Germany's Energiewende](#)

A Discussion Paper Exploring Key Challenges for the Power Sector

[Cost Optimal Expansion of Renewables in Germany](#)

A comparison of strategies for expanding wind and solar power in Germany

[Load Management as a Way of Covering Peak Demand in Southern Germany](#)

Summary of intermediate findings from a study conducted by Fraunhofer ISI and Forschungsgesellschaft für Energiewirtschaft

Alle Publikationen sind über die Internetseite [www.agora-energiewende.de](http://www.agora-energiewende.de) verfügbar



## Wie gelingt uns die Energiewende?

Welche konkreten Gesetze, Vorgaben und Maßnahmen sind notwendig, um die Energiewende zum Erfolg zu führen? Agora Energiewende will den Boden bereiten, damit Deutschland in den kommenden Jahren die Weichen richtig stellt. Wir verstehen uns als Denk- und Politiklabor, in dessen Mittelpunkt der Dialog mit den relevanten energiepolitischen Akteuren steht.

---



### **Agora Energiewende**

Rosenstraße 2 | 10178 Berlin | Germany

T +49. (0)30. 284 49 01-00

F +49. (0)30. 284 49 01-29

[www.agora-energiewende.de](http://www.agora-energiewende.de)

[info@agora-energiewende.de](mailto:info@agora-energiewende.de)

