



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 21.06.2023 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

b e s c h l o s s e n:

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.10.2021 (BK4-21-055) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin, eine bundesweit tätige Anbieterin von Ökostrom und Ökogas, wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze gemäß § 7 Abs. 6 StromNEV für die vierte Regulierungsperiode (2024 bis 2028) für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen. Sie macht insoweit eine unzulässige politische Einflussnahme durch den Beirat der Bundesnetzagentur geltend, die zur Festlegung einer überhöhten Eigenkapitalverzinsung geführt habe.

Mit Beschluss vom 12.10.2021 (BK4-21-055) hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur für die Dauer der vierten Regulierungsperiode für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen die Eigenkapitalzinssätze für Neuanlagen auf 5,07 % und für Altanlagen auf 3,51 %, jeweils vor Steuern, festgelegt.

Zur Ermittlung angemessener Eigenkapitalzinssätze bediente sich die Beschlusskammer – entsprechend ihrer Vorgehensweise bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vergangenen Regulierungsperioden – sachverständiger Hilfe. Sie holte u.a. ein „Wissenschaftliches Gutachten zur Ermittlung der Zuschläge für unternehmerische Wagnisse von Strom- und Gasnetzbetreibern“ von Prof. Dr. Josef Zechner, Prof. Dr. Otto Randl und Frontier Economics Ltd. (nachfolgend: Frontier-Gutachten) ein.

Mit Schreiben vom 14.06.2021 informierte der damalige Präsident der Bundesnetzagentur X (nachfolgend: Präsident der Bundesnetzagentur) den Vorsitzenden des Beirats Z (nachfolgend: Beiratsvorsitzender), zugleich niedersächsischer Minister für Umwelt und Energie, im Hinblick auf die Beiratssitzung vom 21.06.2021 über die bevorstehende Festlegung der Eigenkapitalzinssätze Strom und Gas für die vierte Regulierungsperiode, die hierzu vom 17.07. bis 25.08.2021 geplante Marktkonsultation und die sich nach dem bisherigen Sachstand abzeichnende Absenkung der Eigenkapitalverzinsung gegenüber der dritten Regulierungsperiode, ohne indes konkrete Zinssätze zu nennen. In der dem Schreiben beigefügten „Information“ zu TOP 1b der Beiratssitzung heißt es auszugsweise:

„Die in der Vergangenheit festgelegten Zinssätze stellen stets eine attraktive Grundlage für Investitionen in die regulierte Energienetzinfrastruktur dar. Es gibt keine Anhaltspunkte für Schwierigkeiten bei der Kapitalbeschaffung. Höhere Renditen waren und sind also in der gegenwärtig noch laufenden Regulierungsperiode sachlich nicht angemessen. (...)

Gleichwohl nutzt die Bundesnetzagentur die Spielräume innerhalb der anerkannten und bestätigten Methodik, um ein attraktives Investitionsumfeld zu erhalten.

(...)

Basiszinssatz

(...)

Da die Umlaufrenditen dieser normativen Vorgabe bereits vorliegen, kann der Basiszins bereits heute quantifiziert werden und beträgt im zehnjährigen Durchschnitt 0,74 %. Tatsächlich bewegt sich die aktuelle Basisverzinsung in einem negativen Bereich.

Wagniszuschlag (Risikozuschlag)

(...)

Aus den historischen Daten allein leitet der Gutachter aktuell einen Zuschlag von ca. 3,0 % ab. Dem liegen die Abschätzung der Marktrisikoprämie und des unternehmensspezifischen Risikofaktors (sog. Beta) zu Grunde. Darin sind bereits methodische Anpassungen enthalten, die sich zugunsten der Netzbranche auswirken. Zusätzlich identifiziert der Gutachter eine im Wagniszuschlag enthaltene mögliche Verzerrung aufgrund von Laufzeit- und Liquiditätseffekten von Staatsanleihen, die ggf. eine Erhöhung des Wagniszuschlages begründen könnte.

(...)

In der Beiratssitzung vom 21.06.2021, an der neben dem Präsidenten auch der seinerzeitige, für den Energiesektor zuständige Vizepräsident der Bundesnetzagentur Y (nachfolgend: Vizepräsident der Bundesnetzagentur) teilnahmen, wurde entsprechend der Tagesordnung auch die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung für die vierte Regulierungsperiode thematisiert. Der Präsident der Bundesnetzagentur gab insoweit Erläuterungen zur Sache und zum Inhalt des Schreibens vom 14.06.2021 und beantwortete Fragen der Beiratsmitglieder. In der Sitzungsniederschrift heißt es diesbezüglich auszugsweise:

„Er [Präsident X] bestätigt die Aussage von Frau Dr. A, dass mehr Geld nicht zwangsläufig zu mehr Netzausbau führe. Nach der Erfahrung der Bundesnetzagentur spielten für die Verzögerungen beim Netzausbau andere Gründe eine Rolle, die auch schon vielfach im Beirat diskutiert worden seien. Dass ein abgesenkter EK-Zins zu einer Verminderung des Netzausbaus führen würde, sei bereits bei den letzten Festlegungen vorgebracht worden, habe sich jedoch nicht bewahrheitet.

Auch die Bundesnetzagentur sei der Ansicht, dass der EK II-Zins nicht höher sein dürfe als der Zins für Fremdkapital. Ansonsten würde es sich für Unternehmen lohnen, Fremdkapital aufzunehmen, das dann als Eigenkapital in dem Unternehmen mit einem höheren EK-Zins vermehrt würde. Dies nütze dem Netzausbau nichts.

Ein Energiewendezuschlag sei praktisch kaum realisierbar, weil die Gerichte so hohe Ansprüche an dessen Begründung und Berechnung stellen würden, dass dem gerichtsfest so gut wie unmöglich nachzukommen sei. Vielmehr sei die Nutzung der Spielräume vorzuziehen, die sich aus der Berechnungsmethodik des EK-Zinseszinses selbst ergäben.“

Ein im Vorfeld der Beiratssitzung bekannt gewordener („durchgesteckter“) Beschlussvorschlag des Landes Niedersachsen vom 18.06.2021 für eine nachdrücklich auf Festlegung einer deutlich höheren Eigenkapitalverzinsung drängende Entschließung des Beirats wurde auf der Beiratssitzung nach kontroverser Diskussion nicht zur Abstimmung gestellt, als sich abzeichnete, dass er in dieser Form nicht die Zustimmung aller oder zumindest der deutlich überwiegenden Zahl der Beiratsmitglieder finden würde.

Am 25.06.2021 erschien unter der Überschrift „Bundesnetzagentur stellt höheren Eigenkapitalzins in Aussicht“ im Fachmedium „energate messenger“ ein Bericht über die seitens des Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur im Rahmen einer Online-Diskussion des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (nachfolgend: BDEW) getätigten Äußerungen zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze. Dort heißt es auszugsweise [Hervorhebungen im Original]:

„Die Bundesnetzagentur hat den zuvor bekannt gewordenen Eigenkapitalzinssatz von 4,59 Prozent für Strom- und Gasnetzbetreiber relativiert. Dieser Wert werde mit aller Wahrscheinlichkeit nicht der sein, der am Ende bei der Festlegung der Eigenkapitalverzinsung herauskommen wird, machte Y, Vizepräsident der Bundesnetzagentur, bei einer Online-Diskussion des BDEW deutlich. Die Zahl stehe so auch nicht im Schreiben an den Beirat der Regulierungsbehörde, sondern sei im Rahmen der journalistischen Berichterstattung errechnet worden. Y betonte, dass es bei der Festlegung Spielräume und Stellschrauben gebe, den Zinssatz, der die Rendite der Netzbetreiber bestimmt, anzuheben.

In einem noch nicht offiziell veröffentlichten Gutachten im Auftrag der Regulierungsbehörde basiert der neue Zins auf einem Basiszinssatz von 0,74 Prozent und einem Wagniszuschlag in Höhe von 3,0 Prozent. Y bestätigte diese Zahlen, korrigierte jedoch den Anschein, dass daraus automatisch ein Zinssatz von 4,59 Prozent folge. Die Gutachter hätten in ihrem Entwurf auf verschiedene Gesichtspunkte hingewiesen, die höhere Werte rechtfertigen könnten. Diese werden von der Bundesnetzagentur geprüft. Für eine weitere Präzisierung zu den in Aussicht gestellten Stellschrauben vertröstete Y die Netzbetreiber auf das laufende Verfahren. Am 14. Juli werde die zuständige Beschlusskammer ihren Beschlussentwurf vorlegen und zur Konsultation stellen.

Absage an „Energiewende-Zuschlag“

Einen allgemein energiepolitisch motivierten „Energiewende-Zuschlag“, wie ihn Mitglieder des Beirats gefordert haben, hält Y aber für unwahrscheinlich. Der Vorschlag sei aus juristischen und politischen Gründen „problematisch“.

Am 14.07.2021 leitete die Bundesnetzagentur durch Mitteilung auf ihrer Internetseite

und in ihrem Amtsblatt das Verfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 6 StromNEV ein, veröffentlichte zugleich den Entwurf eines Festlegungstextes auf ihrer Internetseite und gab den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen bis zum 25.08.2021. Der zur Konsultation gestellte Festlegungsentwurf (nachfolgend: Konsultationsfassung) sah noch keine konkreten Eigenkapitalzinssätze vor. In einer (Tenor-)Anmerkung (Konsultationsfassung, S. 1) heißt es dazu:

„Im Rahmen seiner Tätigkeit hat das von der Bundesnetzagentur beauftragte Gutachterkonsortium einen Aspekt identifiziert, der ggf. für eine Erhöhung des im Eigenkapitalzinssatz enthaltenen Wagniszuschlages sprechen könnte, siehe Abschnitt C) 1. 2. d. Die Beschlusskammer hat sich daher entschlossen, in der Konsultation durch die Auswertung der eingehenden Stellungnahmen weitere Erkenntnisse zum im genannten Abschnitt dargelegten Sachverhalt zu gewinnen. Ohne eine solche Erhöhung würden die festzulegenden Eigenkapitalzinssätze nach derzeitigem Stand mindestens 4,59 % für Neuanlagen bzw. 3,03 % für Altanlagen betragen, daher wird in dem für die Konsultation verwendeten Festlegungsentwurf nachfolgend die Terminologie „mindestens“ verwendet. In der endgültigen Fassung des Beschlusses wird jedoch nach Auswertung der Stellungnahmen ein konkreter Wert ohne diese Terminologie und ggf. inklusive eines Zuschlages für den o.g. Aspekt festgelegt.“

Im Abschnitt C) 1. 2. d. des Festlegungsentwurfs werden von den Gutachtern der Bundesnetzagentur potentielle Gründe aufgezeigt, die zu einer möglichen Unterschätzung des unternehmerischen Wagnisses für Betreiber von Energieversorgungsnetzen führen könnten (Konsultationsfassung, S. 36 f., 41 f.).

Am 19.08.2021 fasste der Beirat im Umlaufverfahren einen gegenüber dem niedersächsischen Beschlussvorschlag vom 18.06.2021 in den Formulierungen abgemilderten Beschluss, mit dem dieser die Bundesnetzagentur bzw. die maßgebliche Beschlusskammer in Anerkennung ihrer „unabhängige[n], unparteiische[n] und weisungsfreie[n] Tätigkeit (...) auf dem Gebiet des Rechts der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas“ unter Verweis auf die Herausforderungen der Energiewende und des damit einhergehenden künftigen Investitionsbedarfs für die Energienetze ersuchte, im Rahmen der Entscheidungsfindung für die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze die ihr eingeräumten Regulierungsspielräume im Sinne einer Anhebung der Zinssätze zu nutzen. Der Beschluss wurde durch den Beiratsvorsitzenden (auch) dem Präsidenten der Bundesnetzagentur zugeleitet.

Am 25.08.2021 endete das Konsultationsverfahren. Insgesamt gingen mehrere hundert Stellungnahmen von Netzbetreibern, Verbänden, Investoren und Netznutzern bei

der Bundesnetzagentur ein, wobei sich die Netzbetreiber erwartungsgemäß für eine höhere Eigenkapitalverzinsung (Netzrendite) einsetzten, während netznutzernahe Verbände und Verbraucherschutzverbände sowie Netznutzer wie die Beschwerdeführerin für eine geringere Verzinsung eintraten.

Während des Konsultationsverfahrens hatte es auch Kontakte zwischen Präsident bzw. Vizepräsident der Bundesnetzagentur und dem Beiratsvorsitzenden gegeben, die von letzterem (auch) dazu genutzt wurden, die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung für die vierte Regulierungsperiode und die angemessene Verzinsungshöhe nochmals zu thematisieren. So gab es insbesondere vier Webex-Meetings, an denen Präsident und Vizepräsident der Bundesnetzagentur, Mitglieder des BDEW, Mitarbeiter von Netzbetreibern und der Beiratsvorsitzende teilnahmen.

Am 14.09.2021 fand ein Treffen zwischen Vertretern der Bundesnetzagentur, der Verbände BDEW und VKU (Verband kommunaler Unternehmen e.V.) sowie den beteiligten Gutachtern und Experten zum Thema „Gutachtentransparenz in Sachen EK-Zins“ statt, über dessen Verlauf der Präsident der Bundesnetzagentur den Beiratsvorsitzenden mit E-Mail vom 14.09.2021 informierte.

Mit Schreiben vom 29.09.2021 meldete der Beiratsvorsitzende gegenüber dem Präsidenten weiteren Gesprächsbedarf hinsichtlich der Höhe der künftigen Eigenkapitalzinssätze an, weil diese dem Beiratsvorsitzenden – trotz einer nunmehr erwogenen Anhebung des Wagniszuschlags um 0,395 Prozentpunkte – weiterhin nicht auskömmlich erschienen.

Darauf reagierte der Präsident mit Schreiben vom 30.09.2021, in dem er u.a. darauf verwies, dass „die Hinweise des Beirats [sind] selbstverständlich in die Entscheidungsfindung der unabhängigen Beschlusskammern einbezogen worden“ seien. Zugleich bot er dem Beiratsvorsitzenden an, den Beirat in der kommenden Beiratssitzung am 11.10.2021 nochmals über die bevorstehende Entscheidung und damit vor deren Erlass und Veröffentlichung – dies war ursprünglich für den 06.10.2021 vorgesehen – zu informieren und dabei die in den vorangegangenen Diskussionen behandelten Argumente erneut aufzugreifen. So kam es dann auch.

Auf der Beiratssitzung am 11.10.2021 erläuterte namentlich der Vizepräsident der Bundesnetzagentur den Beiratsmitgliedern die „seit der vergangenen Beiratssitzung und der nachfolgenden Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren“ erfolgten Überlegungen der zuständigen Beschlusskammer, die dieser Anlass gegeben haben, eine

Erhöhung des festzulegenden Eigenkapitalzinssatzes auf 5,07 % für Neuanlagen und 3,51 % für Altanlagen, jeweils vor Steuern, vorzusehen, und die gegen den Ansatz einer noch höheren Eigenkapitalverzinsung sprechenden Gründe.

Am 12.10.2021, veröffentlicht am 20.10.2021 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur, erließ die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur – gleichzeitig mit der im Wesentlichen inhaltsgleichen Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für Gasversorgungsnetzbetreiber (BK4-21-056) – die verfahrensgegenständliche Festlegung. Dabei hat sie ihrer Berechnung der Eigenkapitalzinssätze einen Zuschlag zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer Wagnisse (nachfolgend: Wagniszuschlag) in Höhe von 3,39 % zugrunde gelegt (Festlegung, S. 10, 45). Diesen Wert hat sie aus dem Produkt der Marktrisikoprämie in Höhe von 3,7 % und des anhand einer Vergleichsgruppe aus ausländischen, börsennotierten reinen Netzbetreibern ermittelten Risikofaktors in Höhe von 0,81 errechnet und den sich ergebenden Wagniszuschlag sodann um „0,395 %“ [tatsächlich Prozentpunkte] angehoben, so dass sich letztlich ein Wagniszuschlag von [gerundet] 3,39 % ergibt. Mit der Anpassung des Wagniszuschlags hat die Beschlusskammer ausweislich der Beschlussgründe den von ihren Gutachtern befürchteten methodischen Inkonsistenzen Rechnung getragen, die dadurch entstehen könnten, dass zwischen dem risikolosen Basiszinssatz nach § 7 Abs. 4 Satz 1 StromNEV und dem in den DMS-Datenreihen angesetzten Anleihen als Schätzer für risikolose Anlagen Zinsunterschiede vorliegen könnten, die in Summe den Wagniszuschlag unterschätzen würden (Festlegung, S. 38 ff.).

In der Konsultationsfassung hatte die Beschlusskammer (noch) einen Wagniszuschlag in Höhe von „mindestens 3 %“ in Ansatz gebracht, wobei sich dieser Wert aus dem Produkt der Marktrisikoprämie in Höhe von „mindestens 3,7 %“ und dem Risikofaktor in Höhe von 0,81 % ergab (Konsultationsfassung, S. 7 f.). Die erfolgte Erhöhung des Wagniszuschlags hat letztlich zur Festlegung eines Eigenkapitalzinssatzes für die Dauer der vierten Regulierungsperiode für Neuanlagen von 5,07 % und für Altanlagen von 3,51 %, jeweils vor Steuern, geführt. In der öffentlichen Berichterstattung wurde die gegenüber der Konsultationsfassung erfolgte Anhebung der Eigenkapitalzinssätze auch dem Wirken des Beirats zugeschrieben.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die mit dem verfahrensgegenständlichen Beschluss erfolgte Festlegung der Eigenkapitalverzinsung für die vierte Regulierungs-

periode, die rechtsfehlerhaft erfolgt sei und zur Festlegung überhöhter Eigenkapitalzinssätze geführt habe.

Sie macht geltend, die Anhebung des Wagniszuschlags um 0,395 Prozentpunkte und die damit einhergehende Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze gehe auf eine unzulässige, mit dem unionsrechtlichen Gebot der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde aus Art. 57 Abs. 4 und Abs. 5 der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.06.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (nachfolgend: StrommarktRL) nicht zu vereinbarende Einflussnahme des politisch besetzten Beirats auf die Entscheidungsprozesse innerhalb der Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze zurück. Der Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot begründe einen unheilbaren, zur formellen Rechtswidrigkeit der Festlegung führenden Verfahrensfehler.

Der Beirat, namentlich dessen Vorsitzender, habe sich sowohl vor, während als auch nach Abschluss des Konsultationsverfahrens namentlich gegenüber der Hausspitze der Bundesnetzagentur vehement für höhere Netzrenditen und damit eine höhere Eigenkapitalverzinsung eingesetzt. Dessen einseitige Parteinahme zugunsten der Netzbetreiber beruhe auf personellen Verflechtungen einzelner Beiratsmitglieder sowie der Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Vielzahl von Netzbetreibern.

Der Beirat habe eindeutig den Willen besessen, mit seinem Wirken die Entscheidung der Bundesnetzagentur im Sinne einer Festlegung höherer Eigenkapitalzinssätze zu beeinflussen. Sein diesbezügliches Agieren sei angesichts seiner Intensität und Nachdrücklichkeit, zumal es in die Zeit einer bevorstehenden Neubesetzung der Ämter von Präsident und Vizepräsident der Bundesnetzagentur gefallen sei und angesichts des dem Beirat insoweit zukommenden Vorschlagsrechts, hierzu auch geeignet gewesen. Die Eignung zur Einflussnahme sei für eine Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots ausreichend. Im Streitfall sei indes sogar von einer tatsächlichen Beeinflussung des Festlegungsverfahrens auszugehen, die sich kausal in der Festlegungsentscheidung niedergeschlagen habe. Dafür sprächen insbesondere das Verhalten der Hausspitze gegenüber dem Beirat (etwa dessen Vorabinformation vor Beginn des eigentlichen Konsultationsverfahrens verbunden mit Hinweisen auf mögliche „Stellschrauben“ für eine Erhöhung der Zinssätze), die (dokumentierten) Reaktionen von Präsident und Vizepräsident auf dessen „Forderungen“ und die letztlich getroffene

Festlegungsentscheidung selbst.

Die Bundesnetzagentur verenge das Unabhängigkeitsgebot zu Unrecht auf die Abwesenheit rechtlich bindender Weisungen oder weisungsähnlicher Vorgaben. Diese Auslegung widerspreche dem weiten unionsrechtlichen Unabhängigkeitsbegriff, wie er auch vom Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Judikatur vertreten werde. Für eine Verletzung des Unabhängigkeitsgebots reiche jede äußere Einflussnahme, sei es unmittelbar oder mittelbar, die – so wie hier – geeignet sei, das Ergebnis einer Regulierungsentscheidung zu beeinflussen. Weder bedürfe es des Nachweises, dass die von einer anderen Stelle – hier dem Beirat – ausgeübte Einflussnahme von der nationalen Regulierungsbehörde (zumindest) als faktisch bindend betrachtet und infolgedessen befolgt worden sei, noch, dass sich die (politische) Einflussnahme adäquat-kausal in einer konkreten Regulierungsentscheidung – hier in einer quantifizierbaren Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze – niedergeschlagen habe. Vielmehr reiche, wie in vergleichbaren Regelungsbereichen, der „Anschein der Parteilichkeit“ und damit die bloße Gefahr einer (politischen) Einflussnahme aus. Unerheblich sei insoweit auch, dass innerhalb der Behördenorganisation der Bundesnetzagentur die Beschlusskammer 4 für die streitgegenständliche Festlegungsentscheidung verantwortlich gewesen sei und nicht etwa die Präsidentenkammer oder die Behördenleitung. Denn aus § 3 BEGTPG folge, dass die Beschlusskammern funktional nicht vollständig unabhängig von Präsident und Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur seien.

Wirken und Teilhabe des Beirats im Streitfalls stellten auch keine mit dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot zu vereinbarende Öffentlichkeitsbeteiligung im Sinne des § 67 Abs. 2 EnWG dar. Der Beirat habe eine „Vorzugsbehandlung“ erhalten, in dem die Bundesnetzagentur diesen bereits im Vorfeld des eigentlichen Festlegungsverfahrens „in vorauseilendem Gehorsam“ über den Inhalt der geplanten Festlegung bzw. das Ergebnis ihrer Berechnungen informiert und diesem Argumentationsmaterial für eine etwaige Korrektur des Wagniszuschlags zugespielt habe, obgleich es an einer entsprechenden Informations- und Rechenschaftspflicht gefehlt habe. Ferner habe namentlich der Beiratsvorsitzende parallel bzw. „abseits des formellen Konsultationsverfahrens“ weitere Gelegenheiten erhalten, sich mit der Hausspitze der Bundesnetzagentur über die bevorstehende Festlegung der Eigenkapitalzinssätze auszutauschen. Ohnehin sei der Beirat ein unmittelbar bei der Bundesnetzagentur angesiedeltes Gremium, das faktisch zum behördlichen Entscheidungsapparat gehöre und damit gerade keine Öffentlichkeit. Im Streitfall sei zudem zu berücksichtigen, dass der Druck des

Beirats auf die Bundesnetzagentur zu einer Zeit erfolgt sei, in der der Beirat absehbar neue Vorschläge für die Neubesetzung des Amts des Präsidenten und des Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur abgeben würde, was die Einflussnahme in jedem Fall unzulässig mache.

Die Einflussnahme des Beirats stelle auch keine mit dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot zu vereinbarende Form parlamentarischer Kontrolle („accountability“) nach Maßgabe des Erwägungsgrunds Nr. 80 StrommarktRL dar. Diese erfordere eine Rechenschaftspflicht gegenüber einem funktional außerhalb der Behördenstruktur stehenden Organ. Der Beirat sei indes zur Wahrnehmung politischer Interessen innerhalb der Behördenstruktur der Bundesnetzagentur und gerade nicht zur parlamentarischen Kontrolle geschaffen worden. Im Übrigen dürften Rechenschaftspflichten im Rahmen der parlamentarischen Kontrolle nicht – so wie hier – als Mittel zur Einflussnahme auf konkrete Regulierungsentscheidungen genutzt werden.

Bei der seitens des Beirats erfolgten Einflussnahme auf das Festlegungsverfahren im Interesse höherer Eigenkapitalzinssätze handele es sich auch nicht um die Vorgabe allgemeiner politischer Leitlinien im Sinne des Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchst. b Ziffer ii StrommarktRL, sondern um die konkrete Ausübung von Regulierungsbefugnissen.

Letztlich sei schon die Existenz des Beirats mit dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot nicht zu vereinbaren. Dies folge aus dem Erfordernis der funktionalen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gemäß Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchst. a StrommarktRL, wonach Teile der Behördenorganisation nicht mit politischen Vertretern besetzt sein dürften. Auch die Vorgabe in Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchst. b Ziffer i StrommarktRL, wonach Personal und Management der nationalen Regulierungsbehörde unabhängig von Marktinteressen handeln müssten, stehe der Ansiedlung eines politisch besetzten Beirats entgegen.

Die angegriffene Festlegung sei wegen fehlerhafter Ausübung des Regulierungsermessens überdies materiell rechtswidrig. Aus der faktischen Vorfestlegung der Bundesnetzagentur zu Gunsten einer Erhöhung des Wagniszuschlags aufgrund der erfolgreichen Einflussnahme des Beirats resultiere (auch) ein Ermessensfehler. Zum Nachweis genüge bereits eine – hier auch nach Ansicht der Bundesnetzagentur gegebene – teilweise inhaltliche Übereinstimmung zwischen Beschlussinhalt und Beiratsforderungen. Ferner lege auch die seitens der Bundesnetzagentur im Beschwerdeverfahren getätigte Aussage, dass von insgesamt 361 im Konsultationsverfahren eingegangenen

Stellungnahmen lediglich 14 die Ausgestaltung des Wagniszuschlags nicht kritisiert hätten und die Branche sich insoweit „einig“ gewesen sei, dass das unternehmerische Wagnis unterschätzt werde, nahe, dass die Behörde nicht zuletzt aufgrund des Wirkens des Beirats die Interessen der Netzbetreiber überproportional in ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigt habe.

Darüber hinaus liege eine Überschreitung des Regulierungsermessens in Form eines Ermessens- oder Abwägungsausfalls vor. Die eigenen Gutachter der Bundesnetzagentur seien zu einem maximalen Aufschlag von 0,25 % gelangt, wobei sie eine Untergrenze von 0 % angenommen hätten. Ohne jede Begründung habe die Bundesnetzagentur dann aber den im seitens der Netzbetreiber vorgelegten Gutachten der Oxera Consulting LLP „Bestimmung des Wagniszuschlags“ vom 19.08.2021 errechneten Aufschlag von 0,79 % herangezogen und von diesem einen Abschlag von 50 % vorgenommen. Eine eigene Wertung habe sie dabei nicht vorgenommen. Sie habe nicht geprüft, ob der Aufschlag von „0,395 %“ nach ihrer Überzeugung tatsächlich der richtige sei. Sie habe letztlich einen ungeeigneten Maßstab zugrunde gelegt, da sie lediglich nicht „mit letzter Sicherheit ausschließen“ konnte, dass erstens der Aufschlag auch höher sein könnte als von ihren Gutachtern angenommen und zweitens, dass ein zwischen der von ihren Gutachtern vorgeschlagenen Anpassung von 0,25 % und der von Oxera geforderten Anpassung von 0,79 % liegender Aufschlag ebenfalls angemessen sein könnte.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss BK4-21-055 vom 12.10.2021 aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode sei rechtmäßig erfolgt. Ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot sei zu verneinen. Die Anpassung des Wagniszuschlags sei auf Grundlage und unter Abwägung der von den beteiligten Gutachtern sowie den im Rahmen des Konsultationsverfahrens vorgebrachten Argumenten erfolgt und nicht etwa in

Reaktion auf die Forderungen und Meinungsäußerungen des Beirats. Die diesbezügliche Sachverhaltsdarstellung und Dokumentenauswahl der Beschwerdeführerin sei selektiv, teils aus dem Zusammenhang gerissen und verzerre das tatsächliche Geschehen. Entscheidend sei überdies nicht, ob und welche Einflussnahmeversuche seitens des Beirats unternommen worden seien, sondern ob diese von ihr bzw. der zuständigen Beschlusskammer als zumindest faktisch bindend betrachtet und infolgedessen befolgt worden seien, was nicht der Fall gewesen sei.

Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL erfordere eine funktionale Unabhängigkeit, die nach dem insoweit eindeutigen Richtlinienwortlaut bereits dann gesichert sei, wenn die nationale Regulierungsbehörde – so wie hier – bei der Wahrnehmung ihrer Regulierungsaufgaben selbstständig und weisungsungebunden entscheiden könne. Es sei zwischen rechtlicher und tatsächlicher Unabhängigkeit zu unterscheiden. Eine Beteiligung von politischen Stellen im Rahmen einer Meinungsabfrage des Marktes sei hier nach nicht deswegen verboten, weil entsprechende Äußerungen zur Einflussnahme „geeignet“ seien. Entscheidend sei allein, dass die Stellungnahmen und Meinungsäußerungen politischer Vertreter oder Gremien keinen verbindlichen, weisungsähnlichen Charakter hätten und insbesondere von der Regulierungsbehörde – so wie im Streitfall – nicht als verbindlich angesehen würden. Die Tätigkeit des Beirats sei ausschließlich beratender Natur; ihm würden normativ (vgl. § 60 EnWG) keinerlei Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse zugewiesen, weshalb (auch) nicht die Gefahr bestehe, dass er sich als Weisungsgeber betätige oder als solcher angesehen werde.

Sofern man mit der Beschwerdeführerin bereits jede zur Einflussnahme geeignete Meinungsäußerung – unabhängig davon, ob sich diese de facto auf die Entscheidungsfindung der Regulierungsbehörde ausgewirkt habe – als Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots wertete, würde faktisch jegliche Form der Öffentlichkeitsbeteiligung unmöglich gemacht, weil jede mit Nachdruck formulierte Äußerung einer öffentlichen oder privaten Einrichtung oder politischen Stelle bereits mit dem Unabhängigkeitsgebots kollidierte. Ein derartiges Verständnis würde dem Beirat letztlich seine Daseinsberechtigung als „parlamentarischer Beirat“ und Kontrollinstanz (Form der „accountability“ der nationalen Regulierungsbehörde) nehmen.

Die partielle inhaltliche Übereinstimmung der angegriffenen Festlegung mit den Forderungen des Beirats spreche – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht für ein „Einknicken“ gegenüber dem Intervenieren des Beirats und damit gegen eine

unabhängige Entscheidung. Die Beschlusskammer sei vielmehr am Ende eines langen Entscheidungsfindungsprozesses bei Abwägung der vorgetragenen Argumente schlicht zu der Überzeugung gelangt, dass eine Anhebung des Wagniszuschlags regulatorisch richtig sei. Dabei hätten insbesondere die von den Netzbetreibern im Rahmen des Konsultationsverfahrens vorgetragene Kritikpunkte eine Rolle gespielt und nicht das Wirken des Beirats, der sich überdies – wie sich entsprechenden Äußerungen, etwa der Entschließung des Beirats vom 19.08.2021, entnehmen lasse – der Rechtsstellung der Regulierungsbehörde und ihrer unabhängigen, unparteiischen und weisungsfreien Tätigkeit bewusst gewesen sei und diese ausdrücklich respektiert habe.

Überdies bezögen sich die von der Beschwerdeführerin monierten Verhaltensweisen auf Präsident und Vizepräsident der Bundesnetzagentur, die für die streitgegenständliche Festlegung nicht zuständig gewesen seien. Dafür, dass die Mitglieder der Beschlusskammer 4 den „Diskussionsbeiträgen“ des Beirats eine unangemessene Bedeutung zugemessen und diese zur Grundlage ihrer Entscheidungsfindung gemacht hätten, gebe es keine objektiven Anhaltspunkte. Die rein „subjektive Besorgnis“ der Parteilichkeit reiche insoweit nicht aus.

Die von der Beschwerde gerügten Ermessensfehler lägen gleichfalls nicht vor. Eine faktische Vorfestlegung habe es nicht gegeben. Die Anhebung des Wagniszuschlags sei vielmehr – wie sich auch aus der streitgegenständlichen Festlegung ergebe – im Nachgang zur durchgeführten Konsultation insbesondere unter Einbeziehung und Abwägung der dort vorgebrachten Hinweise sowie der Argumente ihrer eigenen Gutachter und der von Oxera erfolgt und nicht in Reaktion auf die Interventionen des Beirats. Sie habe mit der erfolgten Anpassung des Wagniszuschlags auch nicht das ihr eingeräumte Regulierungsermessen überschritten. Der monierte Abwägungsausfall liege nicht vor. Vielmehr enthalte die Festlegung eine umfassende wie auch kritische Auseinandersetzung sowohl mit dem Anpassungsansatz von Oxera als auch demjenigen ihrer Gutachter. Die Beschlusskammer habe aufgezeigt, dass im Rahmen der unterschiedlichen gutachterlichen Ansätze gewisse Diskrepanzen zu identifizieren seien, und quantifiziert, wie die möglichen Verzerrungen der diskutierten Anpassungsansätze behoben werden könnten. Der Vorwurf der Beschwerde, die Beschlusskammer habe keine eigene Wertung vorgenommen, sondern schlicht den Ansatz von Oxera übernommen, gehe daher fehl.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 21.06.2023 Bezug genommen. Der Senat hat den Vorsitzenden der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur, B, informatorisch zum Sachverhalt angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Protokoll der Senatssitzung verwiesen.

Der Verwaltungsvorgang BK4-21-055 lag dem Senat vor.

Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin in Erfüllung des Aktenbeiziehungs- und Vorlageantrags aus der Beschwerdebegründung freiwillig weitere Schriftstücke in teils geschwärtzter (anonymisierter) Fassung vorgelegt, woraufhin die Beschwerdeführerin ihren diesbezüglichen Antrag zurückgenommen hat.

B.

Die zulässige Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.10.2021 (BK4-21-055) ist unbegründet.

I. Die Beschwerde ist zulässig.

1. Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist gemäß § 75 EnWG als Anfechtungsbeschwerde statthaft, weil die Beschwerdeführerin geltend macht, der angegriffene Beschluss vom 12.10.2021 zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode sei rechtswidrig ergangen.

2. Die Beschwerdeführerin ist insbesondere auch beschwerdebefugt. Sie ist gemäß § 75 Abs. 2, § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG nach erfolgter Beiladung durch die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 27.08.2021 an dem Festlegungsverfahren beteiligt worden. Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze berührt die Beschwerdeführerin als Netznutzerin überdies unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen, so dass sie auch die neben der Rechtsstellung als Beteiligter des Verwaltungsverfahrens notwendige materielle Beschwer aufweist (BGH, Beschl. v. 09.07.2019 – EnVR 5/18, juris Rn. 13 f., 18 ff. – Lichtblick).

II. Die Beschwerde hat indes in der Sache keinen Erfolg. Die gegen die angegriffene Festlegung erhobenen formellen und materiellen Einwendungen der Beschwerdeführerin greifen nicht durch.

1. Die streitgegenständliche Festlegung ist formell rechtmäßig ergangen. Die Bundesnetzagentur – in Gestalt der gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG i.V.m. der internen Geschäftsverteilung (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 BEGTPG i.V.m. der nicht veröffentlichten Geschäftsordnung) für den Erlass der streitgegenständlichen Festlegung zuständigen Beschlusskammer 4 (Festlegung, S. 6) – hat die geltenden (formellen) Verfahrensbestimmungen eingehalten. Die im Vorfeld der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze durch die Beschlusskammer 4 erfolgten Interaktionen zwischen Beirat und seinerzeitiger Behördenleitung der Bundesnetzagentur (Präsident und Vizepräsident), namentlich die seitens des Beirats unternommenen Versuche, die Festlegungsentscheidung im Sinne einer (weiteren) Erhöhung der Zinssätze zu beeinflussen, sind nicht geeignet, einen Verfahrensfehler zu begründen. Insbesondere ist ein Verstoß gegen das unionsrechtlich durch Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL garantierte Gebot der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu verneinen.

a) Ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot folgt nicht schon aus der bloßen Existenz des Beirats und der diesem normativ zugedachten Rolle.

aa) Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL – die Regelung entspricht Art. 35 Abs. 4 Buchst. a und Abs. 5 Buchst. a der Richtlinie 2009/72/EG (diese wurde am 05.06.2019 von der StrommarktRL abgelöst) – verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu gewährleisten und sicherzustellen, dass diese ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausübt. Dazu gehört auch, dass die Regulierungsbehörde rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen Stellen und privaten Einrichtungen ist (Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchst. a StrommarktRL) und dass sie unabhängig von allen politischen Stellen selbstständige Entscheidungen treffen kann (Art. 57 Abs. 5 Satz 1 Buchst. a StrommarktRL). Ferner impliziert die von Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchst. b Ziffer ii StrommarktRL geforderte Unabhängigkeit des Personals und des Managements der nationalen Regulierungsbehörde, dass die Behörde ihre Regulierungsaufgaben frei von jeglicher äußerer Einflussnahme wahrnimmt (vgl. EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 33, 51). Diese Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung beinhaltet, dass die nationale Regulierungsbehörde ihre Entscheidungen allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses treffen können muss, um die Einhaltung der mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele zu gewährleisten, ohne externen Weisungen anderer Stellen zu unterliegen (vgl. EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18, juris Rn. 108 f.; Urt. v. 03.12.2020 – C-767/19, juris Rn. 100, 110; in diesem Sinne auch EuGH, Urt. v.

11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 32 f., 54; Urt. v. 13.06.2018 – C-530/16, juris Rn. 67; dazu ferner BGH, Beschl. v. 26.10.2021 – EnVR 17/20, juris Rn. 15 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 10/20, juris Rn. 22; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 16/20, juris Rn. 17). Dabei ist es gemäß Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchst. b Ziffer ii StrommarktRL mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit des Personals und des Managements der nationalen Regulierungsbehörde jedoch vereinbar, wenn diese mit anderen zuständigen nationalen Behörden eng zusammenarbeitet oder allgemeinen politischen Leitlinien der Regierung nachkommt, sofern diese nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Art. 59 StrommarktRL in Zusammenhang stehen (vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 52).

bb) Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL enthält keine Bestimmung, die die Einrichtung eines Beirats im Sinne des § 5 BEGTPG und dessen grundsätzliche Beteiligung und Einbeziehung in den Prozess der Entscheidungsfindung explizit verbieten würde (vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 55, 62 f., 65 für die Beteiligung von Vertretern nationaler Ministerien an bestimmten Regulierungsentscheidungen; ferner BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, 4. Aufl., § 60 EnWG Rn. 3: „Spezielle [europarechtliche] Vorgaben fehlen.“). Die Mitgliedstaaten und damit auch die Bundesrepublik Deutschland können und konnten daher in Anbetracht des ihnen zur Verfügung stehenden (Umsetzungs-)Spielraums Vorschriften erlassen, die eine solche Beteiligung ermöglichen, sofern die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in ihren Entscheidungen im Sinne von Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL gewährleistet bleibt (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 56). Dies erfordert, dass der Beirat seine Beteiligung nicht dazu nutzen kann, Druck auf die Regulierungsbehörde auszuüben oder ihr Weisungen zu erteilen, die geeignet wären, ihre Entscheidungen im Rahmen ihrer Aufgaben gemäß Art. 59 StrommarktRL zu beeinflussen. Die Beteiligung und insbesondere die Stellungnahmen dürfen daher keinen verbindlichen Charakter haben und von der Regulierungsbehörde in keinem Fall als Weisungen angesehen werden, nach denen sie sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse zu richten hätte (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 62 f.).

cc) Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben sind Existenz und Rechtsstellung des gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BEGTPG („hat“) zwingend einzurichtenden Beirats mit dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot noch zu vereinbaren (vgl. Bührenbender/Rosin, RdE 2010, 197, 205: „Grenzfall“; a.A. Schmidt, NVwZ 2006, 907, 909; kritisch auch

Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, Energierecht, 119. EL Februar 2023, § 60 EnWG Rn. 8).

(1) Der paritätisch aus jeweils 16 Mitgliedern des Bundestags und 16 Vertretern des Bundesrats zu bildende Beirat wurde zur Wahrung der Länderinteressen an der Regulierung der Netzwirtschaften geschaffen (statt vieler Schmidt, NVwZ 2006, 907, 909; Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 1 f.). Die auf verbindlichen Vorschlag des Bundesrats und des Bundestags für den Beirat vorgesehenen Personen werden von der Bundesregierung für die Dauer der Wahlperiode in den Beirat berufen. Durch seine politische und zugleich die föderale Struktur widerspiegelnde Besetzung wird er auch als „parlamentarischer“ Beirat mit föderaler Komponente bezeichnet (Kment/Wahlhäuser, EnWG, 2. Aufl., § 60 Rn. 5; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 2. Aufl., § 60 Rn. 3; BeckOK EnWG/Kremm, 7. Ed. 01.06.2023, § 60 Rn. 15). Angesichts seiner Besetzung mit Mitgliedern des Bundestags und des Bundesrats – die durch den Bundesrat entsandten Mitglieder müssen gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BEGTPG Mitglieder einer Landesregierung sein – handelt es sich um ein politisches Gremium, dem eine politische Vermittlungs-, Beratungs- und diskursive Kontrollfunktion zukommt (Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 60 Rn. 5; Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 8; Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl., § 60 Rn. 6; Masing, Gutachten, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, 2006, D 87).

Seine Aufgabe besteht im Bereich der Energiewirtschaft gemäß § 60 Satz 1 EnWG zum einen darin, die Bundesnetzagentur bei der Erstellung der jährlichen Berichte nach § 63 Abs. 3 EnWG (Tätigkeitsbericht, Monitoringberichte) zu beraten. Die Beratungsfunktion dient der Zusammenarbeit zwischen den Entsendeorganen Bundestag und Bundesrat sowie der Bundesnetzagentur (Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 16 f.). Zum anderen ist der Beirat gemäß § 60 Satz 2 EnWG gegenüber der Bundesnetzagentur berechtigt, Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen, wobei diese gemäß § 60 Satz 3 EnWG zur Auskunft verpflichtet ist. Diese Befugnisse stellen den Informationsfluss zwischen dem Beirat und der Bundesnetzagentur sicher (Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 8 f.). Zugleich erhöht sich hierdurch die Transparenz der Tätigkeit der Bundesnetzagentur (Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 16; Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 60 Rn. 10). Der Beirat kann gemäß § 6 Abs. 7 Satz 3

BEGTPG auch die Anwesenheit des Präsidenten der Bundesnetzagentur oder im Verhinderungsfall einer stellvertretenden Person in den Beiratssitzungen verlangen (sog. Zitierrecht).

Dem Beirat obliegt gemäß § 3 Abs. 3 BEGTPG zudem ein Vorschlagsrecht gegenüber der Bundesregierung hinsichtlich der Ernennung des Präsidenten und der Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur. Die Bundesregierung ist jedoch nicht verpflichtet, einen vom Beirat benannten Kandidaten tatsächlich in das Amt des Präsidenten oder Vizepräsidenten zu berufen. Vielmehr steht ihr gemäß § 3 Abs. 3 Satz 4 BEGTPG das Letztentscheidungsrecht zu (Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 21).

Der Beirat ist zwar bei der Bundesnetzagentur angesiedelt und als zwingend einzurichtendes Gremium letztlich Teil ihrer Organisationsstruktur, er ist jedoch nicht in deren Verwaltungshierarchie integriert, weshalb er dem Zugriff von Weisungen sowohl des Bundeswirtschaftsministeriums (nachfolgend: BMWi bzw. BMWK) als auch des Präsidenten der Bundesnetzagentur entzogen ist (Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 60 Rn. 3, 5; Schmidt, NVwZ 2006, 907, 909). Dem Beirat kommt innerhalb der Bundesnetzagentur weder eine Organstellung zu (vgl. § 3 BEGTPG) noch stellt er eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG dar, da er keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung eigenverantwortlich wahrnimmt und insbesondere nicht die Befugnis besitzt, Verwaltungsakte zu erlassen oder öffentlich-rechtliche Verträge im eigenen Namen abzuschließen. Seine Kompetenzen sind auf das Innenverhältnis beschränkt; im Außenverhältnis tritt allein die Bundesnetzagentur in Erscheinung. Bei dem Beirat handelt es sich in Anlehnung an § 88 VwVfG um eine kollegiale Einrichtung im Sinne eines Ausschusses (Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 60 Rn. 3; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 60 Rn. 3; Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 1; a.A. Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 60 Rn. 3, 11: „Organ des Bundes“).

Diesem kommt die Funktion eines Unterstützungs- und Kontrollgremiums der Bundesnetzagentur zu (Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 15). Er besitzt keinerlei Entscheidungsmacht, sondern lediglich eine Beratungs-, Unterstützungs- und Kontrollfunktion ohne jegliche Weisungsbefugnisse (Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 60 Rn. 3 f.; Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 16; BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, a.a.O., § 60 EnWG

Rn. 4 f.). Allerdings wird dem formalisierten Vorschlagsrecht des Beirats in Bezug auf die personelle Besetzung des Amtes des Präsidenten und der Vizepräsidenten, obgleich der Bundesregierung gemäß § 3 Abs. 3 Satz 4 BEGTPG insoweit das Letztentscheidungsrecht zukommt, ein erheblicher (personal-)politischer Einfluss zugeschrieben (so Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 60 Rn. 7; Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 60 Rn. 6; BeckOK EnWG/Kremm, a.a.O., § 60 Rn. 15; neutral dagegen Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 20 f.).

(2) Zwar ist mit dem Beirat angesichts seiner Besetzung die institutionelle Möglichkeit einer politischen Einflussnahme – gerade auch der Länder – auf die Regulierung gegeben (vgl. auch Attendorn/Geppert in: Geppert/Schütz, TKG, 4. Aufl., § 120 Rn. 1). Da diesem jedoch keine Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse zugewiesen sind, sind Existenz und Rechtsstellung dieses Gremiums in Anbetracht der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11.06.2020 (C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 47 ff.) zur Beteiligung von Vertretern nationaler Ministerien an bestimmten Entgeltverfahren der nationalen Regulierungsbehörde mit dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot der nationalen Regulierungsbehörde und seiner Ausgestaltung und Interpretation durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu vereinbaren (zur Frage der Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens nachfolgend unter cc)).

Für den Gerichtshof der Europäischen Union ist insoweit entscheidend, dass im Falle einer nicht grundsätzlich verbotenen Beteiligung von Vertretern nationaler Ministerien an Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde, deren Unabhängigkeit im Sinne von Art. 35 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/72/EG gewährleistet bleibt (EuGH, a.a.O., Rn. 56). Dies ist aus Sicht des Gerichtshofs dann der Fall, wenn die Vertreter der nationalen Ministerien ihre Beteiligung an diesen Entgeltverfahren nicht dazu nutzen können, Druck auf die Regulierungsbehörde auszuüben oder ihr Weisungen zu erteilen, die geeignet wären, ihre Entscheidungen im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse zu beeinflussen (EuGH, a.a.O., Rn. 62). Die Vertreter nationaler Ministerien dürfen hiernach zwar ihren Standpunkt vor der nationalen Regulierungsbehörde geltend machen; diese Beteiligung und insbesondere die Stellungnahmen dürfen jedoch keinen verbindlichen Charakter haben und von der Regulierungsbehörde in keinem Fall als Weisungen angesehen werden, nach denen sie sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse zu richten hat (EuGH, a.a.O., Rn. 32 f., 63; ferner EuGH, Ur. v. 02.09.2021 – C 718/18, juris Rn. 108 f., 119; Ur. v. 03.12.2020 – C-

767/19, juris Rn. 100, 110).

Entscheidend ist insoweit – neben der notwendigen, hier gegebenen organisatorischen und funktionalen Eigenständigkeit der Regulierungsbehörde (vgl. dazu etwa Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 59 Rn. 4 ff.) – mithin, dass die Bundesnetzagentur im Anwendungs- und Regelungsbereich der StrommarktRL ihre Entscheidungen auch selbstständig und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses treffen können muss, um die Einhaltung der mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele zu gewährleisten, ohne externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen zu unterliegen (dazu auch BGH, a.a.O., Rn. 15 f. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 10/20, juris Rn. 22; Beschl. v. 28.06.2022 – EnVR 16/20, juris Rn. 17; ferner BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 85 ff. zu Art. 3 der Richtlinie 2002/21/EG). Dies ist hier der Fall, da dem Beirat – wie ausgeführt (s.o. B. II. 2. a) cc) (1)) – in seiner gegenwärtigen normativen Ausgestaltung weder Entscheidungs- noch Weisungsbefugnisse zustehen. Der Umstand, dass auch durch einen schlichten Rat oder eine bloße Stellungnahme Einfluss auf eine Entscheidung genommen werden kann (so mit Recht Büdenbender/Rosin, RdE 2011, 197, 205; ferner BeckOK EnWG/Kremm, a.a.O., § 60 Rn. 12; Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 60 Rn. 10, 14), ist insoweit ohne Belang.

(3) Etwas anderes folgt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht aus der „Interpretative note“ der EU-Kommission zur Vorgängerrichtlinie 2009/72/EG vom 22.01.2010 (dort insb. S. 7, 11, 20).

Zum einen ist ein solcher Auslegungsvermerk rechtlich unverbindlich (vgl. BerlKommEnR/Schmidt/Preuß, a.a.O., Einl. B Rn. 8). Zum anderen hat die EU-Kommission – soweit ersichtlich – die Existenz und Rechtsstellung des Beirats bislang nicht zum Anlass für eine Rüge gegenüber der Bundesrepublik Deutschland wegen mangelhafter Umsetzung des sich aus Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL bzw. der Vorgängerrichtlinie ergebenden Unabhängigkeitserfordernisses der nationalen Regulierungsbehörde genommen. Dies zeigt sich letztlich auch an dem von der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland geführten Vertragsverletzungsverfahren wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung von Art. 37 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der Richtlinie 2009/72/EG sowie Art. 41 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der Richtlinie 2009/73/EG, welches in der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 02.09.2021 (C-718/18, juris Rn. 85 ff.) mündete, ohne dass dort

Rechtsstellung und Rolle des Beirats in irgendeiner Weise thematisiert oder in Frage gestellt worden sind. Dementsprechend sieht auch der in informeller/interner Abstimmung mit der EU-Kommission erstellte Entwurf eines „Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben“ zur Umsetzung der sich aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 02.09.2021 (C-718/18) ergebenden Vorgaben im Hinblick auf den vierten Klagepunkt (Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden von normativen Vorgaben des nationalen Gesetzgebers), der derzeit das Gesetzgebungsverfahren durchläuft, (bislang) ebenfalls keine Veränderungen an der Rechtsstellung des Beirats oder gar seine Abschaffung vor (vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 36; BR-Drs. 230/23 (Beschluss vom 07.07.2023), S. 27).

(4) Aus den vorgenannten Gründen ist es daher – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerdebegründung, S. 13 f.; Replik, S. 16) – im Hinblick auf das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot auch nicht von Relevanz, dass die Interessen des Beirats und seiner Mitglieder zu einem nicht unerheblichen Teil mit denen der Energiewirtschaft verflochten gewesen sind und diesen daher zumindest partiell entsprechen haben.

b) Ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot resultiert auch nicht aus der zwischen Beirat und Hausspitze der Bundesnetzagentur „gelebten Verwaltungspraxis“, die durch eine weite Interpretation der dem Beirat gesetzlich zustehenden Beteiligungs- und Informationsrechte gekennzeichnet ist und insbesondere auch dessen unaufgeforderte Vorabinformation, namentlich im Vorfeld von Beiratssitzungen, im Hinblick auf die anstehenden Aufgaben und Entscheidungen der Bundesnetzagentur umfasst.

Dieses jedenfalls im Ansatz durchaus im Einklang mit Stimmen in der Literatur stehende weite Normverständnis von § 60 EnWG (in diesem Sinne etwa Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 60 Rn. 11; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Raspach, a.a.O., § 60 Rn. 7, 8; BeckOK EnWG/Kremm, a.a.O., § 60 Rn. 12; a.A. Salje, EnWG, § 60 Rn. 2; wohl auch Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 60 Rn. 8, 9 ff.; BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 5 f.) und der daran anknüpfende Umgang namentlich von Präsident und Vizepräsident der Bundesnetzagentur mit dem Beirat genügt ebenfalls dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot, weil dem Beirat – und dies ist entscheidend – in inhaltlichen Fragen weder Entscheidungs-

noch Weisungsbefugnisse gegenüber der Bundesnetzagentur zustehen (vgl. Berl-KommEnR/Schmidt-Preuß, a.a.O., § 60 EnWG Rn. 5; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Raspach, a.a.O., § 60 Rn. 3, 4). Dies gilt insbesondere auch eingedenk des Umstands, dass die Bundesnetzagentur vorliegend – entgegen ihrer sonst gepflegten Übung, bei noch nicht abgeschlossenen Regulierungsverfahren eine Stellungnahme zu verweigern – den Beirat in besonderer, über eine schlichte Öffentlichkeitsbeteiligung hinausgehender Weise unaufgefordert vorab über relevante Inhalte der erst noch zu konsultierenden Festlegung betreffend die Eigenkapitalzinssätze der vierten Regulierungsperiode informiert hat.

c) Es kann auch nicht festgestellt werden, dass es im Zusammenhang mit den im Vorfeld der streitgegenständlichen Festlegung seitens des Beirats und seines Vorsitzenden im Hinblick auf eine Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode konkret unternommenen Einflussnahmeversuchen (in Gestalt von Stellungnahmen, Entschließungen, Meinungsäußerungen) auf die Bundesnetzagentur, namentlich deren Präsidenten und Vizepräsidenten, zu einer Verletzung der unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gekommen ist.

aa) Eine in dieser Hinsicht gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot verstößende unzulässige Einflussnahme auf die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde wäre allein dann zu bejahen, wenn den Äußerungen des Beirats bzw. seines Vorsitzenden in diesem Kontext der Charakter einer verbindlichen Weisung zukäme oder diese von der Bundesnetzagentur, namentlich der für die streitgegenständliche Entscheidung zuständigen Beschlusskammer 4, zumindest als verbindliche Weisung angesehen worden wären und diese darauf entsprechend reagiert hätte (vgl. EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 63; Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18, juris Rn. 107 ff.; ferner BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 87 f.). Beides kann im Streitfall jedoch nicht festgestellt werden.

(1) Eine Weisung hat der Beirat nicht erteilt.

Wie bereits ausgeführt (s.o. B. II. 1. a) cc) (1)), besitzt der Beirat keinerlei Entscheidungsmacht, sondern ihm kommt eine primär beratende Funktion zu. Insbesondere ist er gegenüber der Bundesnetzagentur nicht weisungsbefugt. Die Erteilung einer Weisung war von Seiten des Beirats ersichtlich auch nicht beabsichtigt, sondern dieser

wollte die Bundesnetzagentur argumentativ von der Richtigkeit seiner Position überzeugen, wie sich nicht zuletzt an dem Beiratsbeschluss vom 19.08.2021 (Anlage BF 24) und den dort verwendeten Formulierungen zeigt. So räumt denn auch der Beiratsvorsitzende in einem am 06.10.2021 im „energate messenger“ erschienenen Interview (Anlage BF 21) ein, dass nicht der Beirat über die Höhe der künftigen Eigenkapitalzinssätze entscheide, sondern allein die Bundesnetzagentur.

(2) Von der Beschwerdeführerin wird auch weder aufgezeigt noch ist dies sonst ersichtlich, dass die verfahrensgegenständlichen Einflussnahmeversuche des Beirats und ihres Vorsitzenden von Seiten der Bundesnetzagentur (fälschlicherweise) als verbindliche Vorgabe im Sinne einer Weisung angesehen und entsprechend behandelt und umgesetzt worden sind.

(a) Die Beschwerdeführerin beachtet bei ihrem Vorbringen zu den Einflussnahmeversuchen und deren vermeintlichen Auswirkungen auf den Inhalt der streitgegenständlichen Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode nicht hinreichend, dass es insoweit auf die Perspektive der Beschlusskammer 4 ankommt und nicht auf diejenige des Präsidenten oder Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur. Denn allein die Beschlusskammer 4 ist nach der internen Geschäftsverteilung im gerichtsförmig ausgestalteten Beschlusskammersystem (dazu sogleich noch unter (b)) für den Erlass dieser Entscheidung zuständig gewesen ist (s.o. B. II. 1. vor a)) und nicht „die“ Bundesnetzagentur oder deren Präsident oder Vizepräsident. Die von der Beschwerdeführerin im Streitfall geschilderten Einflussnahmeversuche des Beirats und ihres Vorsitzenden beziehen sich dagegen ausschließlich auf den Präsidenten bzw. Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur und nicht auf die Mitglieder der entscheidungszuständigen Beschlusskammer 4. Der hiesige Sachverhalt unterscheidet sich insofern von demjenigen, der der von der Beschwerde angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.10.2021 (6 C 8/20, juris) zur Vergabe von Mobilfunkfrequenzen zugrunde lag. Dort ist nämlich der Präsident der Bundesnetzagentur nicht nur Adressat der Einflussnahmen, sondern zugleich Vorsitzender der zur Entscheidung berufenen Beschlusskammer (Präsidentenkammer) gewesen.

Dem Beschwerdevorbringen im Streitfall fehlt es an der notwendigen Darlegung einer Verbindung zwischen den Einflussnahmeversuchen des Beirats zu den Mitgliedern der für den Erlass der streitgegenständlichen Festlegung zuständigen Beschlusskammer 4. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus der – in Anbetracht des mangelnden

Einblicks der Beschwerdeführerin in die internen Abläufe auf Seiten der Bundesnetzagentur und ihrer dadurch eingeschränkten Vortrags- und Substantiierungsmöglichkeiten – durchgeführten informatorischen Anhörung des Vorsitzenden der Beschlusskammer 4 B. Dieser hat angegeben, dass er und die übrigen Beschlusskammermitglieder von den Forderungen und Argumenten des Beirats im Rahmen des hausintern geführten Diskussions- und Erörterungsprozesses Kenntnis erlangt hätten. Direkte Kontakte zwischen Beirat und Beschlusskammer 4 und damit eine unmittelbare Einwirkung auf deren Mitglieder, um diese von der aus Sicht des Beirats bestehenden Notwendigkeit einer höheren als der bis dahin kommunizierten Eigenkapitalverzinsung zu überzeugen, hat es hiernach mithin nicht gegeben.

Ebenso wenig lässt sich feststellen – und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet –, dass Präsident oder Vizepräsident der Bundesnetzagentur als primäre Adressaten der seitens des Beirats und ihres Vorsitzenden unternommenen Einflussnahmeversuche in dieser Richtung, sei es unmittelbar durch Erteilung einer entsprechenden Weisung oder auf indirektem Wege, auf die Entscheidung der Beschlusskammer 4 eingewirkt und insoweit den auf sie selbst im Hinblick auf eine Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze ausgeübten Druck weitergegeben und kanalisiert hätten (dazu sogleich noch unter (b) (cc)).

(b) Des Weiteren lässt die Beschwerde bei ihren Ausführungen unberücksichtigt, dass es sich bei den Beschlusskammern um grundsätzlich unabhängige, nicht weisungsunterworfenen Entscheidungsorgane mit einem entsprechenden Selbstverständnis handelt.

(aa) § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG normiert den gesetzlichen Grundsatz, wonach Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes von den Beschlusskammern der Bundesnetzagentur getroffen werden (Grundsatz der allgemeinen Beschlusskammerzuständigkeit). Die Kammerentscheidung stellt damit den gesetzlichen Regelfall dar, so dass die Beschlusskammern mit Ausnahme der abschließend aufgezählten Ausnahmetatbestände in § 59 Abs. 1 Satz 2 EnWG für alle Entscheidungen zuständig sind, die nach dem EnWG in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur fallen (BeckOK EnWG/Pielow/Groneberg, a.a.O., § 59 Rn. 25). Die Entscheidungen durch Beschlusskammern soll eine justizähnliche, den strengen Vorgaben der EU-Richtlinien entsprechende Unabhängigkeit der Entscheidungsmechanismen innerhalb der Regulierungsbehörde gewährleisten (BT-Drs.

15/3917, S. 70; Schmidt, NVwZ 2006, 907, 908; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 59 Rn. 1, 4; BeckOK EnWG/Pielow/Groneberg, a.a.O., § 59 Rn. 1 ff.; 21 ff.; Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 59 Rn. 1 ff.).

Bei den Beschlusskammern handelt es sich gemäß § 59 Abs. 2 EnWG um Kollegialorgane, deren Charakteristikum in der gemeinsamen Entscheidungsfindung besteht (BeckOK EnWG/Pielow/Groneberg, a.a.O., § 59 Rn. 43; Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 59 EnWG Rn. 38 ff.). Daher werden Entscheidungen als Mehrheitsentscheidungen getroffen (vgl. § 59 Abs. 2 EnWG; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 59 Rn. 10 a.E.). Dies bedeutet auch, dass das Verhältnis innerhalb der Beschlusskammer zwischen den Kammermitgliedern weisungsfrei ist, d.h. der Vorsitzende ist gegenüber den Beisitzern nicht weisungsbefugt, sondern diese sind in ihrer Entscheidung frei (Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 59 Rn. 15; Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 59 Rn. 16).

(bb) Die Unabhängigkeit der Beschlusskammern in der Entscheidungsfindung besteht jedoch nicht uneingeschränkt (zum Weisungsrecht des BMWi bzw. BMWK gegenüber der Bundesnetzagentur vgl. etwa Sander/Dix, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 59 Rn. 13; Hermes in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 61 Rn. 3, 12 ff.). Die wohl h.M. bejaht nämlich – trotz der bestehenden Bezüge zu gerichtlichen Kollegialorganen und der justizförmigen Ausgestaltung des Beschlusskammerverfahrens – zumindest in Ausnahmefällen ein Einzelweisungsrecht des Präsidenten der Bundesnetzagentur gegenüber den Mitgliedern der Beschlusskammern (Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 59 Rn. 14; Kment/Wahlhäuser, a.a.O., § 59 Rn. 15; BeckOK EnWG/Pielow/Groneberg, a.a.O., § 59 EnWG Rn. 42; Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 59 Rn. 23; BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, a.a.O., § 59 EnWG Rn. 14 f.; vgl. auch Attendorn/Geppert in: Geppert/Schütz, a.a.O., § 116 Rn. 38 ff., § 132 Rn. 12 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht; de lege lata wohl auch Masing, a.a.O., D 97 f.; a.A. Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 59 EnWG Rn. 39). Das präsidentielle Weisungsrecht wird mit der dem Präsidenten der Bundesnetzagentur gemäß § 3 Abs. 1 BEGTPG zukommenden Leitungs- und Koordinierungsfunktion und dem Bedürfnis nach einer planvollen und einheitlichen Gestaltung der Regulierungsstrategie im Bereich des Energiesektors (Bedürfnis nach einer „einheitlichen Spruchpraxis“) begründet (Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 59 Rn. 23; ferner Masing, a.a.O., D 97).

(cc) In Anbetracht dessen könnte sich im Streitfall ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot (theoretisch) zwar auch daraus ergeben, dass der Präsident der Bundesnetzagentur – in „Weitergabe“ des auf ihn selbst durch den Beirat bzw. dessen Vorsitzenden ausgeübten Drucks – den Mitgliedern der Beschlusskammer 4 eine Weisung zur Anpassung des Wagniszuschlags und damit zur Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze erteilt hätte und diese von den Beschlusskammermitgliedern auch als eine solche angesehen und entsprechend befolgt worden wäre. Solches ist jedoch weder aufgezeigt noch sonst erkennbar.

Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus den Angaben des informatorisch angehörtten Beschlusskammervorsitzenden B. Dessen Ausführungen ist zwar zu entnehmen, dass die Beschlusskammern in der Praxis – so auch bei der streitgegenständlichen Festlegung – nicht vergleichbar einem gerichtlichen Spruchkörper in völliger Autonomie entscheiden, sondern dass aufgrund ihrer Einbindung in die Behördenstruktur sowie der Leitungs- und Vertretungsbefugnis des Präsidenten bestimmte institutionalisierte Kommunikationsprozesse existieren, zu denen – neben hausinternen Diskussions- und Abstimmungsrunden im Vorfeld einer beabsichtigten Entscheidung – auch die Information der Hausspitze mittels Informations- oder Entscheidungsvorlagen zählt. Zugleich hat der Beschlusskammervorsitzende jedoch deutlich gemacht, dass die Beschlusskammermitglieder weder bei der Hausleitung noch bei einer anderen (vorgesetzten) Stelle etwa „zum Rapport antreten“ müssten, um ihre Entscheidung zu begründen oder zu rechtfertigen. Vielmehr diene die Information der Hausleitung primär dazu, dieser bei wichtigen, den gesamten Markt betreffenden Festlegungen – so auch hier – eine entsprechende Kommunikation nach außen zu ermöglichen. Ferner – so der Beschlusskammervorsitzende weiter – sei Anlass für die Diskussion um die Erhöhung des Wagniszuschlags die fachliche Einschätzung ihrer eigenen Gutachter (Frontier/Randl/Zechner) gewesen – sprich nicht das Wirken des Beirats. Dass der Präsident der Bundesnetzagentur in diesem Kontext eine Weisung erteilt oder sonst wie auf die Entscheidung der Beschlusskammer eingewirkt hätte, kann seinen Angaben nicht entnommen werden. Dieses (Anhörungs-)Ergebnis korrespondiert im Übrigen mit dem allgemeinen Befund einer trotz präsidientlicher Weisungsbefugnis in der Praxis weitgehend respektierten, faktischen Unabhängigkeit der Beschlusskammern (Hermes in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 59 Rn. 23; vgl. auch Atendorn/Geppert in: Geppert/Schütz, a.a.O., § 116 Rn. 40, § 132 Rn. 13; zurückhaltender Masing, a.a.O., D 96 f.).

Dafür, dass der Präsident der Bundesnetzagentur im Streitfall die Unabhängigkeit der Beschlusskammer 4 respektiert und nicht auf deren Entscheidung zur Eigenkapitalverzinsung im Sinne einer Erhöhung der festzulegenden Zinssätze Einfluss genommen hat, spricht letztlich auch das Schreiben des Präsidenten vom 30.09.2021 (Anlage BG 1, Bl. 35 f.) an den Beiratsvorsitzenden, in dem ausdrücklich die Unabhängigkeit der zuständigen Beschlusskammer erwähnt wird, wenn es dort heißt, dass die „Hinweise des Beirats [sind] selbstverständlich in die Entscheidungsfindung der unabhängigen Beschlusskammer einbezogen worden“ seien.

(c) Darüber hinaus gibt es auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass die auf Seiten der Bundesnetzagentur handelnden Personen, seien es die Mitglieder der Beschlusskammer 4 oder Präsident und Vizepräsident, die Äußerungen und Forderungen des Beirats und ihres Vorsitzenden zur Anhebung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode als verbindliche Entscheidungsvorgabe im Sinne einer Weisung angesehen und darauf entsprechend reagiert hätten. Dem Beschwerdevorbringen lässt sich hierzu (schon) nichts entnehmen; vielmehr sprechen die von der Beschwerdeführerin zum Beleg einer tatsächlichen Einflussnahme auf die streitgegenständliche Festlegung der Eigenkapitalverzinsung angeführten Umstände und Begebenheiten sogar gegen ein derartiges Verständnis auf Seiten der Empfänger.

(aa) Dies gilt etwa für den von der Beschwerdeführerin zitierten Bericht vom 25.06.2021 aus dem „energate messenger“ (Anlage BF 21), wonach der Vizepräsident der Bundesnetzagentur im Rahmen einer nach der Beiratssitzung vom 21.06.2021 stattgefundenen BDEW-Online-Diskussion u.a. geäußert habe, dass es Spielräume und Stellschrauben gebe, den die Rendite der Netzbetreiber bestimmenden Eigenkapitalzinssatz anzuheben und dass der kolportierte Wert von 4,59 % mit aller Wahrscheinlichkeit nicht derjenige sein werde, der am Ende bei der Eigenkapitalverzinsung „herauskommen“ werde. Die beauftragten Gutachter hätten in ihrem Entwurf auf verschiedene Gesichtspunkte hingewiesen, die höhere Werte rechtfertigen könnten. Denn der Vizepräsident macht in diesem Kontext zugleich deutlich, dass insoweit noch eine Prüfung durch die Bundesnetzagentur bzw. die zuständige Beschlusskammer erfolgen werde. Dieser einschränkende Nachsatz wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die Forderungen des Beirats als verbindliche Vorgabe im Sinne einer Weisung aufgefasst worden wären; zumal in dem vom Beirat am 19.08.2021 hierzu gefassten Beschluss (Anlage BG 1, Bl. 32 f.) explizit betont wird, dass der Beirat die „unabhängige, unparteiische und weisungsfreie Tätigkeit der Beschlusskammern“ anerkenne.

(bb) Gegen ein entsprechendes Verständnis spricht u.a. ferner das bereits erwähnte – in Reaktion auf das Schreiben des Beiratsvorsitzenden vom 29.09.2021 (Anlage BG 1, Bl. 34) und dem sich daraus ergebenden fortbestehenden Informations- und Gesprächsbedarf des Beirats – ergangene Schreiben des Präsidenten der Bundesnetzagentur vom 30.09.2021 (Anlage BG 1, Bl. 35 f.). Den dortigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass die zuständige Beschlusskammer den Forderungen bzw. Wünschen des Beirats (gerade) nicht in dem gewünschten Umfang nachzukommen gedenkt. Dieser Umstand wird seitens des Präsidenten dann mit dem Angebot verbunden, dem Beirat die dieser Entscheidung zugrundeliegenden Erwägungen auf der kommenden Beiratssitzung am 11.10.2021 noch einmal zu erläutern. Auch hieraus ergibt sich, dass die zuständige Beschlusskammer den Äußerungen des Beirats gerade keinen verbindlichen Charakter beigemessen, sondern eigene Erwägungen angestellt hat.

Etwas anderes folgt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht daraus, dass es sodann – in Annahme des Angebots aus dem vorgenannten Schreiben des Präsidenten vom 30.09.2021 – zu einer Verschiebung des ursprünglich für den 06.10.2021 avisierten Festlegungstermins auf den 12.10.2021 gekommen ist, um den Beirat auf der anstehenden Beiratssitzung vom 11.10.2021 und damit vor Erlass und Veröffentlichung der Festlegung nochmals über die Gründe für die nunmehr intendierte, nach Ansicht des Beirats allerdings noch immer unzureichende Höhe der Eigenkapitalverzinsung für die vierte Regulierungsperiode zu informieren. Dies ist lediglich ein Beleg für das weite Verständnis der dem Beirat seitens der Bundesnetzagentur zuerkannten Beteiligungs- und Informationsrechte und der insoweit zwischen Behördenleitung und Beirat gepflegten und gelebten (Verwaltungs-)Praxis (s.o. B. II. 1. b)).

(cc) Dass den auf eine Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze gerichteten Äußerungen und Forderungen des Beirats auf Seiten der Bundesnetzagentur keine Verbindlichkeit beigemessen worden ist, ergibt sich auch aus dem Protokoll der Beiratssitzung vom 11.10.2021 (Anlage BG 1, Bl. 37 ff., insb. Bl. 47 ff.) und den darin niedergelegten Aussagen des Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur zu den Erwägungen und Beweggründen der für die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung zuständigen Beschlusskammer sowie den ergänzenden Erläuterungen des Präsidenten. Der Vizepräsident erklärte hiernach, dass die Beiratssitzung vom 21.06.2021 und der im Umlaufverfahren gefasste Beiratsbeschluss vom 19.08.2021 für die Beschlusskammer Anlass gewesen

seien, weitere „Überlegungen“ anzustellen, „die zu einer Erhöhung des vorgeschlagenen EK-Zinses auf 5,07 Prozent führen würden.“ „Grund hierfür sei ein Harmonisierungsbedarf zwischen derjenigen Datenreihe, welche hinsichtlich des Basiszinses die von der Bundesbank veröffentlichten Anleihen der letzten zehn Jahre zum Inhalt habe, und derjenigen Datenreihe, auf deren Grundlage die Marktrisikoprämie ermittelt werde“ (Anlage BG 1, Bl. 47). Diese Aussagen, insbesondere der verwendete Begriff der „Überlegungen“, sprechen eindeutig gegen die Annahme, dass den Forderungen des Beirats und ihres Vorsitzenden seitens der Beschlusskammer ein verbindlicher Charakter beigemessen worden ist.

Zwar ist es in dem am 12.10.2021 sodann gefassten, verfahrensgegenständlichen Beschluss aufgrund der erfolgten Anhebung des Wagniszuschlags zur Festlegung von gegenüber der Konsultationsfassung höheren Eigenkapitalzinssätzen gekommen, doch ersichtlich nicht in dem von Seiten des Beirats bzw. seines Vorsitzenden gewünschten Umfang. Dies belegt, dass die Einflussnahmen des Beirats von den maßgeblichen Entscheidungsträgern auf Seiten der Bundesnetzagentur gerade nicht als rechtlich verbindliche Weisung aufgefasst worden sind; zumal Beirat und Beiratsvorsitzender – soweit ersichtlich – im Vorfeld weder eine Konkretisierung der letztlich „gewünschten“ Zinssatzhöhe vorgenommen noch Vorstellungen zur „technischen“ Umsetzung der angestrebten Zinserhöhung, wie die letztlich realisierte Anpassung des Wagniszuschlags, entwickelt und kommuniziert haben.

(dd) Anhaltspunkte für ein dahingehendes Verständnis ergeben sich auch nicht aus der erfolgten Anhörung des Beschlusskammervorsitzenden B. Zwar hat dieser angegeben, dass in den hausinternen Diskussions- und Erörterungsprozessen auch die Vorstellungen und Argumente des Beirats thematisiert worden seien. Dass diese bei der Entscheidungsfindung indes eine besondere Berücksichtigung gefunden hätten, kann seinen Ausführungen gerade nicht entnommen werden. Aus diesen ergibt sich vielmehr, dass die Argumente des Beirats (lediglich) wie diejenigen anderer „Stakeholder“ behandelt worden und insoweit in den Entscheidungsfindungsprozess eingeflossen sind, wobei er betont hat, dass fachliche Gründe in Gestalt des Frontier-Gutachtens den Ausgangspunkt für die um die Erhöhung des Wagniszuschlags geführte Diskussion gebildet hätten.

(d) In Anbetracht der vorgenannten Gesamtumstände bestand für den Senat auch kein Anlass für eine weitere Sachaufklärung oder Beweiserhebung. Dies gilt insbesondere

auch für die Beiziehung weiterer Akten und Schriftstücke.

(aa) Der im energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (§ 82 Abs. 1 EnWG) enthebt die Verfahrensbeteiligten nicht von der Pflicht, den Sachverhalt darzulegen und Beweismittel anzugeben (BGH, Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, juris Rn. 15 – Schnellfilter/Filtertüten II; Beschl. v. 21.07.2009 – EnVR 12/08, juris Rn. 20; BVerwG, Beschl. v. 25.01.2018 – 6 B 36/17, juris Rn. 17; Senat, Beschl. v. 27.05.2021 – VI-3 Kart 3/21 [V], juris Rn. 31; Beschl. v. 05.07.2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], juris Rn. 23). Gemäß § 78 Abs. 4 Nr. 2 EnWG muss die Beschwerdebegründung nämlich auch die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt. Dies zeigt, dass das Beschwerdegericht nicht gezwungen ist, allen denkbaren Möglichkeiten von Amts wegen nachzugehen; vielmehr obliegt diesem eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht nur insoweit, als der Vortrag der Beteiligten oder der unstreitige Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich insoweit aufdrängenden Gestaltungsmöglichkeiten hierzu Anlass geben (BGH, a.a.O., Rn. 15 – Schnellfilter/Filtertüten II; BVerwG, a.a.O., Rn. 18; Senat, Beschl. v. 11.01.2023 – VI-3 Kart 447/18 [V], Rn. 216 m.w.N.). Dies gilt auch für die Frage, ob und inwieweit Akten beizuziehen sind (Senat, ebenda m.w.N.).

(bb) Dies ist hier nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin zeigt keine belastbaren Anhaltspunkte dafür auf, dass es zu einer unzulässigen Einflussnahme des Beirats auf die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode gekommen ist. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass sich die Anforderungen, die an die Substantiierung eines Sachverhalts zu stellen sind, neben der prozessualen Situation auch danach bemessen, ob die zu beweisende Tatsache in den eigenen Erkenntnisbereich des Beteiligten fällt oder – so wie hier – außerhalb dessen zu verorten ist (vgl. BGH, Urt. v. 11.02.2014 – 8 C 49/12, juris Rn. 26; Senat, Beschl. v. 11.01.2023 – VI-3 Kart 447/18, juris Rn. 217 – jeweils m.w.N.). Die diesem Umstand Rechnung tragende informatorische Anhörung des Beschlusskammervorsitzenden B hat insoweit – wie gesehen – zu keinen weiteren Erkenntnissen geführt.

Ein Erfordernis zu einer weiteren Sachaufklärung folgt dabei insbesondere auch nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur selbst einräumt, dass (auch) die Ausführungen des Beirats bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden seien (vgl. Beschwerdeerwiderung, S. 14, 17), was sich sowohl in dem Schreiben des Präsidenten an den

Beiratsvorsitzenden vom 29.09.2021 (Anlage BG 1, Bl. 35 f.) als auch in den Erläuterungen des Vizepräsidenten in der Beiratssitzung vom 11.10.2021 (Anlage BG 1, Bl. 47) widerspiegelt. Denn in dem jeweiligen Kontext wird zugleich die Unabhängigkeit der Beschlusskammer bei der Entscheidungsfindung betont. Die vorgenannte Tatsache belegt daher lediglich, dass die Argumente des Beirats ebenso wie diejenigen der Konsultationsteilnehmer Eingang in den Prozess der Entscheidungsfindung und die damit einhergehende komplexe Gesamtabwägung der Beschlusskammer gefunden haben. Dies ist jedoch nicht zu bemängeln und auch in Anbetracht des Ergebnisses der informatorischen Anhörung des Beschlusskammervorsitzenden nicht genügend, um eine weitere Sachverhaltsermittlung zu rechtfertigen.

Dies gilt gleichermaßen für eine mögliche Aktenbeziehung bzw. Anordnung auf Vorlage weiterer Unterlagen und Schriftstücke, zumal die Beschwerdeführerin selbst nicht mehr an ihrem diesbezüglichen Antrag festgehalten hat.

bb) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist eine Verletzung des unionsrechtlichen Gebots der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde nicht schon bei der bloßen Gefahr einer (politischen) Einflussnahme bzw. beim schlichten „Anschein oder Verdacht der Parteilichkeit“ und damit losgelöst vom Vorliegen einer Weisung und der Frage ihrer Beachtung durch den Adressaten zu bejahen.

(1) Die Bundesnetzagentur übt als nationale Regulierungsbehörde (§ 54 Abs. 1 und 3 EnWG) die ihr gemäß Art. 59 Abs. 1 Buchst. a StrommarktRL obliegenden Aufgaben und Befugnisse gemäß Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL unabhängig aus, kann völlig frei handeln und ist vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt (vgl. EuGH, Urt. v.02.09.2021 – C-718/18, juris Rn. 103 ff.; Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 32 f. – jeweils zu Art. 35 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/73/EG).

Art. 57 Abs. 4 Buchst. b Ziffer ii StrommarktRL verlangt insoweit, dass die Regulierungsbehörde „keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Stellen einholt oder entgegennimmt“. Das Ziel besteht darin, dass „die Regulierungsbehörde unabhängig von allen politischen Stellen selbständige Entscheidungen treffen kann“ (Art. 57 Abs. 5 Buchst. a StrommarktRL). Mit dieser Verstärkung der Unabhängigkeit sollen die nationalen Regulierungsbehörden eine höhere Durchschlagskraft im Interesse des Wettbewerbs erhalten (vgl. BerlKommEnR/Säcker, a.a.O., Einl. B vor Rn. 8; ferner Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie

2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund Nr. 29 der Richtlinie 2009/73/EG).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat insoweit klargestellt, diese Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung bedeute, dass die nationale Regulierungsbehörde im Rahmen der ihr zugewiesenen Regulierungsaufgaben und -befugnisse ihre Entscheidungen selbstständig und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses trifft, um die Einhaltung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele zu gewährleisten, ohne dabei externen Weisungen anderer öffentlicher und privater Stellen unterworfen zu sein (vgl. EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18, juris Rn. 108 f.; Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 32 f., 54, 63 f. – jeweils zu Art. 35 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/73/EG).

Entscheidend ist also das Kriterium der Weisungsfreiheit, so dass gewährleistet ist, dass die Entscheidungshoheit bei den vom Anwendungsbereich der Strommarkttrichtlinie umfassten konkreten Regulierungsaufgaben und -befugnissen bei der nationalen Regulierungsbehörde liegt. Dazu gehört auch, dass Einflussnahmeversuche anderer Stellen von der nationalen Regulierungsbehörde nicht fälschlicherweise als Weisungen angesehen werden dürfen (vgl. EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 63). Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung bedeutet jedoch nicht, dass die nationale Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung der ihr zugewiesenen Regulierungsaufgaben und -befugnisse vor jeglichem äußeren Druck und Einflussnahmeversuchen anderer Stellen „abgeschottet“ agieren müsste. Ein derart weites Unabhängigkeitsverständnis wäre überdies unpraktikabel bzw. faktisch nicht zu realisieren.

(2) Grundlegend für dieses Verständnis ist insoweit das zitierte Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11.06.2020 (C-378/19, BeckRS 2020, 11948), in dem der Gerichtshof ausführt, dass die Richtlinie 2009/72/EG es einem Mitgliedstaat nicht verbiete und es mit dem Unabhängigkeitsgebot zu vereinbaren sei, wenn ein Mitgliedstaat Vertretern nationaler Ministerien diskursive Beteiligungsrechte im Hinblick auf der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesene Regulierungsaufgaben und -befugnisse einräume, so dass die Regierung des Mitgliedsstaats ihren Standpunkt zu bestimmten Regulierungsfragen institutionalisiert gegenüber der nationalen Regulierungsbehörde geltend machen könne, damit diese die Auffassung der Regierung bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen könne. Es müsse jedoch sichergestellt sein, dass die Beteiligung und insbesondere die Stellungnahmen dieser Vertreter keinen

verbindlichen Charakter hätten und von der Regulierungsbehörde in keinem Fall als Weisung angesehen werden dürften (EuGH, a.a.O., Rn. 63, 65). Darüber hinaus dürften die Beteiligungsregeln nicht den zwingenden Charakter und die unmittelbare Anwendbarkeit der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde berühren, indem sie etwa vorschrieben, dass diese Entscheidungen vor ihrer Durchführung von diesen Vertretern angenommen oder genehmigt werden müssten (EuGH, a.a.O., Rn. 64).

Bei diesen Urteilspassagen handelt es sich um Konkretisierungen der vom Gerichtshof an anderer Stelle der Entscheidung getroffenen allgemeinen Aussagen einerseits zum Begriff der „Unabhängigkeit“, der nach seinem gewöhnlichen Sinn in Bezug auf öffentliche Einrichtungen eine Stellung bezeichne, die garantiere, dass die betreffende Stelle im Verhältnis zu den Einrichtungen, denen gegenüber ihre Unabhängigkeit zu wahren sei, völlig frei von Weisungen und Druck der Einrichtungen handeln könne (EuGH, a.a.O., Rn. 32), sowie andererseits zum Regelungsgehalt von Art. 35 Abs. 4 Buchst. a und Buchst. b Ziffer i und ii der Richtlinie 2009/72/EG, dessen Anforderungen implizierten, dass die nationale Regulierungsbehörde ihre Regulierungsaufgaben frei von jeder äußeren Einflussnahme ausüben können müsse. Diese vorangestellten, allgemeinen Aussagen des Gerichtshofs zur Rechtsstellung der nationalen Regulierungsbehörde sind daher – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht geeignet, um hiermit eine „Verschärfung“ bzw. Erweiterung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots im Sinne der Beschwerde zu begründen.

(3) Hinzu kommt, dass sich eine Entscheidung in einem vor jeglicher äußerer Einflussnahme geschützten Raum auch rein praktisch kaum realisieren ließe, da letztlich (auch) über die Medien und deren gegebenenfalls gezielte Instrumentalisierung Druck ausgeübt und damit die Entscheidungsfindung der nationalen Regulierungsbehörde – und sei es auch nur mittelbar – beeinflusst werden kann. Überdies führt ein derart weites, vom Kriterium der Weisungsfreiheit abgekoppeltes Unabhängigkeitsverständnis zu praktisch schwierigen Abgrenzungsproblemen dahingehend, wann die Schwelle für einen mit dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot nicht mehr zu vereinbarenden Einflussnahmeversuch eines Dritten überschritten ist (vgl. auch BVerwG, Ur. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 87).

Gegen ein derart absolutes Unabhängigkeitsverständnis – im Sinne einer Freiheit (auch) vor jeglichen äußerer Einflussnahmeversuchen – spricht letztlich auch, dass

allgemeine Weisungen von Regierungsstellen, namentlich des BMWK bzw. BMWi, im Sinne genereller politischer Rahmenvorgaben, d.h. soweit sie nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen in Zusammenhang stehen (dazu EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18, juris Rn. 110), gemäß Art 57 Abs. 4 Buchst. b Ziffer ii StrommarktRL ebenso zulässig sind (vgl. etwa BeckOK EnWG/Pielow/Groneberg, a.a.O., § 59 Rn. 39; BerlKommEnR/Schmidt-Preuß, a.a.O., Einl. B Rn. 8, § 59 EnWG Rn. 13; Sander/Dix in: Elspas/Graßmann/Rasbach, a.a.O., § 59 Rn. 13, § 61 Rn. 3, 5 m.w.N.) wie eine Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörde mit anderen zuständigen nationalen Behörden.

Sofern man mit der Beschwerdeführerin eine Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots bereits bei einer zur Beeinflussung der Regulierungsentscheidung „geeigneten“ äußeren Einflussnahme bejahte, hätte dies zudem zur Konsequenz, dass es in der Hand Dritter, d.h. externer öffentlicher oder privater Stellen läge, (allein) durch Art, Umfang und Intensität ihrer Einwirkung eine Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots zu bewirken und damit einen (formellen) Verfahrensfehler herbeizuführen, selbst wenn sich die erfolgte Einflussnahme in dem gefundenen Ergebnis letztlich überhaupt nicht niedergeschlagen hätte. Dies entspricht weder dem Willen des Unionsgesetzgebers noch kann ein solches Verständnis der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entnommen werden.

Vielmehr kann und darf von der nationalen Regulierungsbehörde erwartet werden, dass sie einem von außen an sie herangetragenen bzw. auf sie einwirkenden Druck, der darauf abzielt, ihre Entscheidung in einem bestimmten Sinne zu beeinflussen, widersteht, ohne dass allein der Einflussnahmeversuch als solcher – so massiv und „geeignet“ er auch sein mag – bereits zu einer Verletzung des unionsrechtlichen Gebots der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde führt. Vielmehr ist insoweit zwingend auch die Reaktion der Regulierungsbehörde auf die an sie gerichtete Forderung zu berücksichtigen (vgl. auch BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 87 f.).

cc) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot auch nicht schon bei einem bloßen Verdacht bzw. Anschein der Parteilichkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu bejahen. Hierfür findet sich ebenfalls weder im Wortlaut des Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL noch in der das Unabhängigkeitsgebot konkretisierenden Judikatur des Gerichtshofs der

Europäischen Union eine hinreichende Stütze.

(1) Dies gilt insbesondere für das von der Beschwerdeführerin angeführte Urteil des Gerichtshofs vom 09.03.2010 (C-518/07, juris) zur von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (nachfolgend: DatenschutzRL) geforderten Unabhängigkeit der für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich zuständigen nationalen Kontrollstellen.

Zwar heißt es dort, dass die Unabhängigkeit so ausgestaltet sein müsse, dass es den Kontrollstellen möglich sei, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme auszuüben. Dies schließe nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung oder sonstige äußere Einflussnahme, sei es unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage gestellt werden könnte, dass die genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllten (EuGH, a.a.O., Rn. 30). Bereits die „bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme“ durch staatliche Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen reiche insoweit aus, um die unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen. Zum einen könnte es einen „voraussetzenden Gehorsam“ der Kontrollstellen im Hinblick auf die Entscheidungspraxis der Aufsichtsstellen geben. Zum anderen erfordere die Rolle der Kontrollstellen als Hüter des Rechts auf Privatsphäre, dass ihre Entscheidungen, also sie selbst, über jeglichen „Verdacht der Parteilichkeit“ erhaben seien (EuGH, a.a.O., Rn. 36).

Diese Urteilspassagen könnten auf den ersten Blick für die Richtigkeit der Ansicht der Beschwerdeführerin sprechen. Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass die nationalen Kontrollstellen bereits nach dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 DatenschutzRL ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrzunehmen haben. Ferner unterscheidet sich die Zielsetzung der Unabhängigkeit nationaler Kontrollstellen im Datenschutzrecht von derjenigen der nationalen Regulierungsbehörden, die durch das Unabhängigkeitsgebot eine höhere Durchschlagskraft im Interesse des Wettbewerbs erhalten sollen (vgl. BerlKommEnR/Säcker, a.a.O., Einl. B Rn. 8 mit Fn. 18). Die Gewährleistung der Unabhängigkeit nationaler Kontrollstellen soll dagegen die wirksame und zuverlässige Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen

bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sicherstellen und ist daher im Lichte dieses Zwecks auszulegen (EuGH, a.a.O., Rn. 25). Hinzu kommt, dass sich die vorgenannten Urteilstpassagen auf die Frage der (Un-)Vereinbarkeit der staatlichen Aufsicht, der die Kontrollstellen in Deutschland seinerzeit unterlagen, mit dem Unabhängigkeitserfordernis aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 DatenschutzRL (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 31 ff., 37) und damit primär auf die organisatorisch-institutionelle Ausgestaltung der (Rechts-)Stellung der Kontrollstellen als solches und nicht auf den Akt der Entscheidungsfindung beziehen. Im Streitfall geht es überdies – anders als in der vorgenannten Entscheidung zur Datenschutzrichtlinie und den nationalen Kontrollstellen – nicht um eine staatliche Aufsicht.

(2) Das von der Beschwerde angeführte Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 02.09.2021 (C-718/18, juris) rechtfertigt ebenfalls keine andere Bewertung. Zwar heißt es dort unter Übernahme (Zueigenmachen) der Ausführungen des Generalanwalts in Nr. 112 seiner Schlussanträge, dass die völlige Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gegenüber Wirtschaftsteilnehmern und öffentlichen Einrichtungen, unabhängig davon, ob es sich bei Letzteren um Verwaltungsorgane oder politische Stellen und, im letztgenannten Fall, um Träger der exekutiven oder der legislativen Gewalt handele, notwendig sei, um zu gewährleisten, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden getroffenen Entscheidungen unparteiisch und nicht diskriminierend seien, was die „Möglichkeit einer bevorzugten Behandlung“ der mit der Regierung, der Mehrheit oder jedenfalls der politischen Macht verbundenen Unternehmen und wirtschaftlichen Interessen ausschließe. Zudem gebe die völlige Trennung von der politischen Macht den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit, bei ihrem Handeln eine langfristige Perspektive zu verfolgen, die erforderlich sei, um die Ziele der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG zu verwirklichen (EuGH, a.a.O., Rn. 112). Der Begriff der „Möglichkeit“ dürfte insoweit jedoch im Sinne von „Einwirkungsmöglichkeit“ und nicht im Sinne von „Anschein“ oder „Verdacht“ zu verstehen sein, zumal dies eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs bedeuten würde, wofür es keinen Anhalt gibt.

(3) Darüber hinaus fehlt es auch an objektiv feststellbaren Tatsachen, die bei vernünftiger Würdigung aller Umstände die Besorgnis rechtfertigen („nicht ausschließen“), dass die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entschieden hätte (vgl. auch

BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 76 m.w.N. zu § 21 Abs. 1 VwVfG).

(a) Die von der Beschwerdeführerin zum Beleg für eine unzulässige Einflussnahme des Beirats bzw. seines Vorsitzenden angeführten Gesichtspunkte sind unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht geeignet, den nach Ansicht der Beschwerdeführerin für einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot ausreichenden „Verdacht der Parteilichkeit“ der Bundesnetzagentur zu begründen. Die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin ist insofern selektiv und lässt wesentliche Umstände unberücksichtigt. Dies folgt bereits daraus, dass die Beschwerde nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Entscheidungszuständigkeit für die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode weder bei „der Bundesnetzagentur“ noch der Behördenleitung (Präsident oder Vizepräsident), sondern bei der Beschlusskammer 4 liegt (s.o. B. II. 1. c) aa) (2) (a)). Das justizförmig ausgestaltete Beschlusskammersystem/-verfahren soll überdies gerade die Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung gewährleisten (s.o. B. II. 1. c) aa) (2) (b) (aa)). Umstände, die ein konkretes Verhalten der jeweiligen Mitglieder der Beschlusskammer 4 betreffen, das Anlass zu der Besorgnis gibt, dass diese in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entschieden haben, werden nicht aufgezeigt und solche sind auch sonst nicht ersichtlich.

(b) Dies gilt insbesondere auch für die von der Beschwerde zur Stützung ihrer Argumentation angeführte Aussage des Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur, die dieser nach Abschluss des Konsultationsverfahrens auf der Beiratssitzung vom 11.10.2021 getätigt hat, wonach es „seit der vergangenen Sitzung des Beirats und der nachfolgenden Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren [und nicht schon vorher; vgl. Replik, S. 29, 30] Überlegungen in der zuständigen Beschlusskammer gegeben habe, die zu einer Erhöhung des vorgeschlagenen EK-Zinses auf 5,07 Prozent führen würden“ (vgl. Anlage BG 1, Bl. 47). Diese im Protokoll der Beiratssitzung niedergelegte Aussage ist weder für sich genommen noch unter Einbeziehung der übrigen Umstände geeignet, in Bezug auf die zuständige Beschlusskammer den Verdacht der Parteilichkeit zu begründen. Denn insoweit gilt es (auch) das Folgende zu berücksichtigen:

Unstreitig hat sich die weit überwiegende Zahl der Netzbetreiber im Rahmen des Konsultationsverfahrens ebenfalls für eine Erhöhung des Wagniszuschlags bzw. für höhere Netzrenditen eingesetzt. Ferner hat die Beschlusskammer den Wagniszuschlag und damit die festgelegten Eigenkapitalzinssätze im Ergebnis zwar erhöht, sie ist mit

ihrer Anpassung jedoch hinter den Forderungen des Beirats und der Netzwirtschaft zurückgeblieben ist.

Im Übrigen hat die Beschlusskammer in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf Basis der Einschätzung der von ihr beauftragten Gutachter (Frontier/Randl/Zechner) – wegen bestehender Inkonsistenzen zwischen dem risikolosen Basiszinssatz (Umlaufrenditen) und der relativ zu Bonds ermittelten Marktrisikoprämie hinsichtlich der Laufzeit (zur Abdeckung des Laufzeit- und Kreditrisikos) und der Verfügbarkeitsprämie (sog. Convenience Yield) und damit aus fachlich-methodischen Gründen – einen Anpassungsbedarf beim Wagniszuschlag bejaht und diesem Korrekturbedarf – in wiederum rechtlich nicht zu beanstandender, vertretbarer Weise – durch eine Erhöhung des Wagniszuschlags um 0,395 Prozentpunkte auf Basis der Ergebnisse der Untersuchungen von Frontier/Randl/Zechner und Oxera und deren Bewertung im Wege einer Kompromisslösung (Verwendung des arithmetischen Mittels) Rechnung getragen. Hierzu wird wegen der Einzelheiten auf die Ausführungen in den parallel verkündeten Entscheidungen des Senats in den seitens der Netzbetreiber gegen die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode geführten Musterbeschwerdeverfahren verwiesen (vgl. Senat, Beschl. v. 30.08.2023 – u.a. VI-3 Kart 129/21 [V], VI-3 Kart 743/21 [V], VI-3 Kart 757/21 [V], VI-3 Kart 775/21 [V], jeweils unter B. III. 5. e) bb) bis ff) – [noch] unveröffentlicht). Dabei gibt es aus Sicht des Senats sogar Anhaltspunkte dafür, dass der Wagniszuschlag und damit die Höhe der festgelegten Eigenkapitalzinssätze im Hinblick auf das gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG zu beachtende übergeordnete Ziel einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu gering ausgefallen sein könnte, weshalb die Bundesnetzagentur die ermittelten Ergebnisse einer weitergehenden Plausibilisierung hätte unterziehen müssen, was rechtsfehlerhaft unterblieben ist (vgl. Senat, a.a.O., jeweils unter B. III. 7.).

(c) Bereits im Ansatz nicht nachvollziehbar ist im Übrigen das Argument der Beschwerdeführerin, die Einflussnahmeversuche durch den Beirat und ihres Vorsitzenden auf die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung seien in jedem Fall bereits deswegen zu beanstanden, weil sie zu einem Zeitpunkt erfolgt seien, in der der Beirat absehbar neue Personalvorschläge für die Besetzung der Ämter des Präsidenten und des Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur unterbreiten würde, da deren Amtszeiten im Februar bzw. März 2022 endeten. Dies erschließt sich bereits deswegen nicht ein, weil sowohl der damalige Präsident als auch der Vizepräsident jeweils in ihrer zweiten

Amtszeit waren und damit eine weitere Amtszeit von vornherein ausschied (§ 4 Abs. 1 BEGTPG), so dass es dem Beirat insoweit gegenüber den bisherigen Amtsinhabern an einem Druckmittel fehlte.

dd) Der Senat ist auch nicht gehindert, die sich zu Inhalt und konkreter Reichweite des unionsrechtlichen Gebots der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gemäß Art. 57 Abs. 4 und 5 StrommarktRL stellenden (Auslegungs-)Fragen selbst zu entscheiden, ohne insofern eine Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens herbeiführen zu müssen.

(1) Bei Zweifeln über die Auslegung von Unionsrecht besteht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV nur für letztinstanzliche Gerichte eine Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union. Darunter fällt im energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahren das Oberlandesgericht nicht. Als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nur das Gericht anzusehen, dessen getroffene Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (EuGH, Urt. v. 04.06.2002 – C-99/00, juris Rn. 15 – Lyckeskog). Der Qualifikation als Rechtsmittel im Sinne des Art. 267 AEUV steht es dabei nicht entgegen, dass die Einlegung des Rechtsmittels an eine Zulassung gebunden ist und über diese Zulassung ein höherinstanzliches Gericht entscheidet (EuGH, a.a.O., Rn. 16 – Lyckeskog; BFH, Urt. v. 24.09.2015 - VR 9/14, juris Rn. 30). Auch die Nichtzulassungsbeschwerde ist daher als Rechtsmittel im unionsrechtlichen Sinne anzusehen (BSG, Beschl. v. 08.04.2020 – B 13 R 125/19 B, juris Rn. 18; BFH, Beschl. v. 09.01.1996 – VII B 169/95, juris Rn. 7; Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 332; Beschl. v. 28.04.2021 – VI-3 Kart 798/19 [V], juris Rn. 195).

(2) Ein mitgliedstaatliches Gericht, dessen Entscheidung – so wie hier – noch mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, „kann“ nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage über die Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts vorlegen, wenn es die Entscheidung darüber zum Erlass seiner Entscheidung für erforderlich hält. Verpflichtet zu einer solchen Vorlage ist ein Instanzgericht lediglich dann, wenn sich das ihm insoweit eingeräumte Ermessen auf Null reduziert (etwa Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], juris Rn. 333; Beschl. v. 28.04.2021 – VI-3 Kart 798/19 [V], juris Rn. 196). Dies ist hier indes schon deswegen zu verneinen, weil selbst dann, wenn der Senat letztinstanzliches Gericht wäre, keine Vorlagepflicht bestünde (vgl. dazu auch OVG Münster, Urt. v.

04.12.2012 – 14 A 1652/09, juris Rn. 63).

Eine Vorlagepflicht entfällt, wenn das Gericht festgestellt hat, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union war oder die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021 – 1 BvR 2853/19, Rn. 10 m.w.N.). Davon darf das innerstaatliche Gericht allerdings nur ausgehen, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und für den Gerichtshof die gleiche Gewissheit besteht. Nur dann darf das Gericht von einer Vorlage absehen und die Frage in eigener Verantwortung lösen (vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.1982 – C-283/81, juris Rn. 16 – Cilfit; BVerfG, ebenda). Dies ist hier zu bejahen.

(3) In Anbetracht insbesondere der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 02.09.2021 (C-718/18, juris Rn. 107 ff.) und den dortigen Ausführungen zum unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebot in Art 35 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/72/EG sowie Art. 39 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/73/EG (den Vorgängerrichtlinien zur aktuellen Strommarkt- und GasmarktRL), in der auch die für die hiesige Fallgestaltung einschlägigen Erwägungen und Grundsätze aus der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11.06.2020 (C-378/19, BeckRS 2020, 11948 Rn. 32 f., 54) bestätigt werden, ist eine Vorlage nicht veranlasst. Die streitentscheidenden Fragen zur (richtigen) Anwendung des Unionsrechts sind insoweit hinreichend geklärt bzw. derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum verbleibt (vgl. aber auch BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 87: Tendenz zur EuGH-Vorlage).

2. Nicht durchgreifend sind auch die gegen die materielle Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Festlegung erhobenen, die Ausübung des Regulierungsermessens betreffenden Einwände der Beschwerdeführerin.

a) Ein Ermessensfehler wegen einer vermeintlichen faktischen Vorfestlegung der Bundesnetzagentur bzw. der zuständigen Beschlusskammer ist zu verneinen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Ausübung des eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens vom Gericht nur zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt

nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge hätte eingestellt werden müssen (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität; vgl. BGH, Beschl. v. 26.01.2021 – EnVR 7/20, juris Rn. 157 – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor I; Beschl. v. 21.01.2014 – EnVR 12/12, juris Rn. 27 – Stadtwerke Konstanz GmbH).

bb) Ein Abwägungsdefizit kann sich insoweit auch daraus ergeben, dass der behördliche Entscheidungsspielraum im Sinne einer faktischen Vorfestlegung vorgeprägt und dadurch verkürzt worden ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, juris Rn. 90, 105 ff.). Dies kann hier jedoch nicht festgestellt werden.

(1) Wie bereits ausgeführt, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die zuständige Beschlusskammer 4 an die Forderungen und Erwartungen des Beirats nach einer höheren Eigenkapitalverzinsung gebunden gesehen hat und diesen in der (fälschlichen) Annahme einer zumindest faktischen Bindung nachgekommen ist und sich infolgedessen die Abwägung als defizitär erweist.

(2) Eine solche Vorfestlegung ist im Streitfall – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht bereits deswegen anzunehmen, weil sich die Forderungen des Beirats zumindest in Teilen inhaltlich in der angefochtenen Entscheidung niederschlagen haben.

(a) Zunächst ergibt sich eine solche „Regel“ (Bejahung einer unzulässigen faktischen Vorfestlegung bei Bestehen einer partiellen inhaltlichen Übereinstimmung) nicht aus der insoweit zum Beleg angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.10.2021 (6 C 8/20, juris Rn. 106 f.). Die dort festgestellten inhaltlichen Ähnlichkeiten und Berührungspunkte gaben dem Bundesverwaltungsgericht lediglich Anlass, die Sache zur weiteren Ermittlung des Sachverhalts an das Verwaltungsgericht zurückzuverweisen, ohne dass damit indes eine abschließende Entscheidung zur faktischen Vorabfestlegung verbunden gewesen ist.

(b) Unabhängig davon gilt es im Streitfall zum einen zu beachten, dass sich die Forderungen des Beirats nach einer höheren Eigenkapitalverzinsung mit denen der Netzbetreiber deckten, so dass aus einer vorhandenen inhaltlichen Übereinstimmung keine

belastbaren Schlüsse gezogen werden können. Zum anderen hat die zuständige Beschlusskammer 4 – wie der Senat im Zusammenhang mit den gegen die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode gerichteten Musterbeschwerden der Netzbetreiber entschieden hat – zu Recht wegen bestehender methodischer Inkonsistenzen zwischen den beiden innerhalb des CAPM verwendeten risikolosen Zinssätzen einen Korrekturbedarf bejaht und diesen durch eine Anpassung des Wagniszuschlags adressiert, was letztlich zu einer Erhöhung der festgelegten Eigenkapitalzinssätze führte (s.o. B. II. 1. c) bb) (4) (d)).

b) Ein Ermessensfehler in Form eines Abwägungsausfalls wegen Überschreitung des Regulierungsermessens im Hinblick auf die erfolgte Erhöhung des Wagniszuschlags und eine damit einhergehende vermeintlich überproportionale Berücksichtigung der Netzbetreiberinteressen kann ebenfalls nicht festgestellt werden. Die Entscheidung ist insoweit auch ausreichend begründet.

aa) Die Beschlusskammer hat sich in der angegriffenen Entscheidung hinreichend und in inhaltlich nicht zu beanstandender, auch kritischer Weise sowohl mit dem Anpassungsansatz aus dem Oxera-Gutachten als auch demjenigen aus dem Frontier-Gutachten auseinandergesetzt und insoweit eine eigene Wertung vorgenommen.

(1) Die Beschlusskammer hat ihre Entscheidung, den Wagniszuschlag um 0,395 Prozentpunkte zu erhöhen, damit begründet, dass sich bei der Ermittlung und Quantifizierung der Laufzeitunterschiede zwei Ansätze verfolgen ließen. Ihre eigenen Gutachter hätten eine Verzerrung mittels einer Analyse der Duration vorgenommen, Oxera hingegen die Restlaufzeiten betrachtet. Beide Ansätze seien nutzbar und erklärten denselben Sachverhalt in ähnlicher Weise. Bei der Ermittlung der Verfügbarkeitsprämie liege eine wesentliche Schwäche des Ansatzes von Oxera darin, dass deren Vorgehensweise zu einer gänzlichen Anpassung der Verfügbarkeitsprämie führen würde, den Wert zur Harmonisierung von DMS-Reihen und Umlaufrenditen nach § 7 StromNEV also eher überschätzen würde. Insgesamt könne nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass mit den von ihren eigenen Gutachtern ermittelten Werten zur Anpassung des Wagniszuschlags der Zielwert zur Harmonisierung von Umlaufrenditen nach § 7 Abs. 4 StromNEV unterschätzt werden könne. Betrachte man beide Anpassungsgründe, so quantifizierten beide Gutachter am aktuellen Rand der Summe keine quantitativen Unterschiede mehr, was zeige, dass die Untergrenze einer Anpassung bei Null nachvollziehbar begründet sei, während die bei einer 10-Jahresmittelung

ermittelten Werte zeigten, dass sehr wohl ein Anpassungsbedarf bestehen könne. Es sei angemessen, als Zuschlag das arithmetische Mittel der ermittelten Untergrenze von Null und der von Oxera unter Berücksichtigung eines 10-Jahres-Mittelwerts ermittelten 0,79 % als oberem, den wahren Wert aber überschätzenden Wert zu verwenden. Denn aus den durch die Gutachter ermittelten unteren und oberen Werten könne unter Berücksichtigung der genannten Unsicherheiten kein Wert ermittelt werden, in dem alle Rahmenbedingungen sowohl aus einer prognostischen als auch einer historischen Perspektive Berücksichtigung finden könnten, insbesondere wenn die dahinterstehenden Prämissen, etwa die Wahl des richtigen Ansatzes zur Bestimmung der Laufzeit – Duration vs. Restlaufzeit – oder die Frage des zu betrachtenden Zeitraums – 10 Jahre aus historischer Perspektive vs. aktueller Rand aufgrund des Prognosecharakters – konträr zueinander stünden (Festlegung, S. 38 ff.).

(2) Dies stellt unter Berücksichtigung der hierfür geltenden Anforderungen (vgl. BGH, Beschl. v. 27.06.2023 – EnVR 22/22, juris Rn. 15, 57 m.w.N – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III) – wie der Senat im Zusammenhang mit den Musterbeschwerdeverfahren der Netzbetreiber entschieden hat (vgl. Beschl. v. 30.08.2023 – u.a. VI-3 Kart 129/21 [V], VI-3 Kart 743/21 [V], VI-3 Kart 757/21 [V], VI-3 Kart 775/21 [V], jeweils unter B. III. 5. e) ff) – [noch] unveröffentlicht) – eine nachvollziehbar begründete und damit sachangemessene Auswahlentscheidung dar.

bb) Nicht durchgreifend ist in diesem Kontext auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe dabei einen unzureichenden (zu niedrigen) Maßstab angelegt, indem sie es habe ausreichen lassen, dass „nicht mit letzter Sicherheit auszuschließen“ sei, dass der Wagniszuschlag unter Ausschöpfung der ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisse angemessen sei, anstelle die gebotene Überzeugung zu gewinnen.

Die Beschwerdeführerin berücksichtigt insoweit nicht hinreichend die bestehenden Bewertungsunsicherheiten. Nach den von der Beschwerde insofern nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen der Beschlusskammer in der streitgegenständlichen Festlegung kann aus den durch die Gutachter ermittelten unteren und oberen Grenzen unter Berücksichtigung der genannten Unsicherheiten kein Wert ermittelt werden, in dem alle Rahmenbedingungen sowohl aus einer prognostischen als auch historischen Perspektive Berücksichtigung finden können, insbesondere wenn die dahinterstehenden Prämissen konträr zueinander stehen (Festlegung, S. 40). Angesichts dessen gehe es

hier – so die Beschlusskammer weiter – [lediglich] darum, eine möglichst exakte Schätzung abzugeben, die den Fehler einer Unter- bzw. Überschätzung minimiere (Festlegung, S. 40).

Die Beschwerde zeigt im Übrigen auch nicht auf, dass das diesbezügliche Vorgehen der verantwortlichen Beschlusskammer – unter Beachtung des eingeschränkten gerichtlichen Prüfungsmaßstabs (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 9 m.w.N. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor III) – von vornherein ungeeignet ist bzw. ein anderes Vorgehen zur Harmonisierung der vorhandenen Inkonsistenzen diesem greifbar überlegen gewesen wäre und dabei zugleich zu einem niedrigeren Wagniszuschlag und damit geringeren Eigenkapitalzinssätzen geführt hätte.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hat, sind ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur aufzuerlegen.

Insoweit bestand – entgegen der Anregung der Beschwerdeführerin – auch kein Anlass, der Bundesnetzagentur im Hinblick auf eine behauptetermaßen verspätete Vorlage und Offenlegung der ursprünglich mit dem angekündigten Verfahrens Antrag zu 4. begehrten Unterlagen und Schriftstücke gemäß § 90 Satz 2 Alt. 2 EnWG anteilig die entsprechenden Kosten aufzuerlegen. Dies erfordert besonders schwere Nachlässigkeiten, Fehler oder Versäumnisse bei der Vornahme von Verfahrenshandlungen (Steller in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 90 Rn. 11), die hier nicht festzustellen sind.

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat nach Erörterung im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO auf ... Euro festgesetzt.

D.

Die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung war zuzulassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG) und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung durch

den Bundesgerichtshof erfordert (§ 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG).

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Auf die Pflicht zur elektronischen Einreichung durch professionelle Einreicher/innen ab dem 01.01.2022 durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017 und das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 05.10.2021 wird hingewiesen. Die elektronische Form wird durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERRV) oder von ihr selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht wird. Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und Übermittlungswegen sowie zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der ERRV in der jeweils gültigen Fassung. Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem

deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§ 88 Abs. 4 Satz 2, § 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Pastohr

Orlik