



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 82/23

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

JNEU: nein

Lichtblick II

EnWG § 59 Abs. 1 Satz 1, §§ 60, 63 Abs. 3; BEGTPG § 3 Abs. 3, §§ 5, 6 Abs. 7 Satz 3, § 7; Richtlinie (EU) 2019/944 Art. 57 Abs. 4 und 5

Der Beirat der Bundesnetzagentur ist ein parlamentarisch-föderales Begleitgremium, das unter Berücksichtigung seiner gesetzlich vorgesehenen Stellung, Funktion und Aufgabenzuweisung die im fachlich-regulatorischen Bereich unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur wahrt.

BGH, Beschluss vom 9. September 2025 - EnVR 82/23 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. September 2025 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt, die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Vogt-Beheim sowie den Richter Dr. Kochendörfer

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. August 2023 wird auf Kosten der Beschwerdeführerin zurückgewiesen, die auch die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu tragen hat.

Gründe:

1           A.     Die Beschwerdeführerin bietet bundesweit Ökostrom und Ökogas an. Sie wendet sich gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2021 (BK4-21-055), mit dem diese zugunsten der Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen den Eigenkapitalzinssatz für die vierte Regulierungsperiode auf 5,07 % für Neuanlagen und auf 3,51 % für Altanlagen, jeweils vor Steuern, festgesetzt hat (nachfolgend: Festlegung). Dabei macht sie insbesondere geltend, eine unzulässige politische Einflussnahme durch den - aus jeweils 16 Mitgliedern des Bundestags und Bundesrats bestehenden - Beirat der Bundesnetzagentur habe zur Festlegung einer überhöhten Eigenkapitalverzinsung geführt.

2           Zur Ermittlung angemessener Eigenkapitalzinssätze holte die dafür zuständige Beschlusskammer der Bundesnetzagentur noch vor der Einleitung des Festlegungsverfahrens ein im Mai 2021 erstelltes Gutachten zur Analyse der Zentralbanken-Ansätze zur Determinierung von Marktrisikosträmien (Stehle/Betzer-Gutachten) ein. Mit Schreiben vom 14. Juni 2021 nebst Anlage informierte

der damalige Präsident der Bundesnetzagentur den Vorsitzenden des Beirats, den damaligen niedersächsischen Minister für Umwelt und Energie, vor der Beiratssitzung am 21. Juni 2021 über die bevorstehende Festlegung der Eigenkapitalzinssätze Strom und Gas für die vierte Regulierungsperiode und die vom 17. Juli bis 25. August 2021 geplante Marktkonsultation. Er wies darauf hin, dass sich angesichts eines Basiszinses von 0,74 % im Zehn-Jahres-Durchschnitt (§ 7 Abs. 4 StromNEV) und des vom Gutachter ermittelten Wagniszuschlags von 3 % eine Absenkung der Eigenkapitalverzinsung gegenüber der dritten Regulierungsperiode abzeichne. Die Anlage enthielt ferner den Hinweis, der Gutachter habe eine im Wagniszuschlag enthaltene mögliche Verzerrung aufgrund von Laufzeit- und Liquiditätseffekten von Staatsanleihen identifiziert, die gegebenenfalls eine Erhöhung des Wagniszuschlags begründen könne. In der Beiratssitzung vom 21. Juni 2021, an der auch der für den Energiesektor zuständige Vizepräsident der Bundesnetzagentur teilnahm, erläuterte der Präsident der Bundesnetzagentur den Inhalt des Schreibens vom 14. Juni 2021 und beantwortete Fragen der Beiratsmitglieder.

- 3 Am 25. Juni 2021 erschien unter der Überschrift "Bundesnetzagentur stellt höheren Eigenkapitalzins in Aussicht" im Fachmedium energate messenger ein Bericht über Äußerungen des Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur bei einer Online-Diskussion des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (nachfolgend: BDEW) zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze. Dort heißt es auszugsweise:

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 [...], 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. [Der Vizepräsident] 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. [Der Vizepräsident] 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 [der Vizepräsident] die Netzbetreiber auf das laufende Verfahren. Am 14. Juli werde die zuständige Beschlusskammer ihren Beschlussentwurf vorlegen und zur Konsultation stellen.

4            Im Juli 2021 wurde ein weiteres von der Beschlusskammer der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenes Gutachten zur Ermittlung der Zuschläge für unternehmerische Wagnisse von Strom- und Gasnetzbetreibern erstellt (Frontier-Gutachten). Nachdem die Beschlusskammer am 14. Juli 2021 die Einleitung des Verfahrens zum Erlass der Festlegung bekanntgemacht und den Entwurf der Festlegung veröffentlicht hatte, gingen in der dafür bis zum 25. August 2021 gesetzten Frist mehrere hundert Stellungnahmen von Netzbetreibern, Verbänden, Investoren und Netznutzern bei der Bundesnetzagentur ein. Es wurden zahlreiche weitere Gutachten eingereicht, unter anderem eines zur Bestimmung der Marktrisikoprämie auf Basis internationaler Daten vom 16. März 2021 (erstes Oxera-Gutachten), ein Gutachten zum Vergleich internationaler Eigenkapitalzinssätze vom 10. Juni 2021 (NERA-Gutachten) sowie ein weiteres zur Bestimmung des Wagniszuschlags vom 19. August 2021 (zweites Oxera-Gutachten).

5            Am 19. August 2021 fasste der Beirat einen Beschluss, mit dem die Bundesnetzagentur in Anerkennung der "unabhängige[n], unparteiische[n] und weisungsfreie[n] Tätigkeit der Beschlusskammern 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 ersucht wurde, bei der Entscheidungsfindung für die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze die ihr eingeräumten Regu-

lierungsspielräume im Sinne einer Anhebung der Zinssätze zu nutzen. Der Beschluss wurde durch den Beiratsvorsitzenden (auch) dem Präsidenten der Bundesnetzagentur zugeleitet.

6 Die Gutachter der Bundesnetzagentur setzten sich in drei Stellungnahmen vom 7. und 22. September 2021 mit von der Beschlusskammer ausgewählten Fragestellungen auseinander. Am 24. September 2021 übersandte die Beschlusskammer den Entwurf der Festlegung dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden zur Stellungnahme bis zum 28. September 2021. Mit an den Präsidenten der Bundesnetzagentur gerichtetem Schreiben vom 29. September 2021 äußerte der Beiratsvorsitzende die Erwartung, dass vor einer Entscheidung zur Festlegung der Eigenkapitalzinssätze der Beirat in seiner nächsten Sitzung über die Erwägungsgründe zur Festsetzung informiert wird. Der Präsident der Bundesnetzagentur antwortete mit Schreiben vom 30. September 2021, dass die Hinweise des Beirats vom 19. August 2021 selbstverständlich in die Entscheidungsfindung der unabhängigen Beschlusskammer einbezogen worden seien. Er bot an, in der Beiratssitzung vom 11. Oktober 2021 über den Inhalt der Beschlussfassung zu informieren und die angestellten Erwägungen zu erläutern. Um eine vorherige Information des Beirats zu gewährleisten, kam es in der Folge zu einer Verschiebung des ursprünglich für den Erlass der Festlegung geplanten Termins vom 6. Oktober 2021 auf den 12. Oktober 2021.

7 Für die mit Beschluss vom 12. Oktober 2021 erfolgte Festlegung hat die Beschlusskammer wie in der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze der dritten Regulierungsperiode zur Ermittlung des Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebspezifischer unternehmerischer Wagnisse das Capital Asset Pricing Model (CAPM) herangezogen und als Datengrundlage die Studie Credit Suisse Global Investment Returns Yearbook 2021 von Dimson, Marsh und Staunton (DMS-Studie sowie DMS-Datenreihen) verwendet. Anders als in der dritten Regulierungsperiode erhöhte sie den Wagniszuschlag um 0,395 Prozentpunkte, um die mög-

licherweise zu einer Unterschätzung des Wagniszuschlags führenden Unterschiede zwischen dem stark gesunkenen risikolosen Basiszins und der relativ zu Bonds ermittelten Marktrisikoprämie zu adressieren.

8 Die Beschwerdeführerin hat - ebenso wie zahlreiche Netzbetreiber - die Festlegung mit der Beschwerde angegriffen. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Festlegung.

9 B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

10 I. Das Beschwerdegericht (RdE 2023, 510) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Festlegung sei formell rechtmäßig. Ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot liege nicht vor. Er folge weder aus der Existenz des zwingend einzurichtenden Beirats und der diesem Gremium normativ zugedachten Rolle noch aus der zwischen Beirat und Hausspitze der Bundesnetzagentur gelebten Verwaltungspraxis, die durch eine weite Interpretation der dem Beirat gesetzlich zustehenden Beteiligungs- und Informationsrechte gekennzeichnet sei. Schließlich könne nicht festgestellt werden, dass es im Zusammenhang mit den im Vorfeld der streitgegenständlichen Festlegung seitens des Beirats und seines Vorsitzenden durch die im Hinblick auf eine Erhöhung der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode erfolgten Stellungnahmen, Entschlüsse und Meinungsäußerungen zu einer Verletzung der unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gekommen sei. Weder seien die Äußerungen als Weisungen zu verstehen noch hätten der Präsident oder die Beschlusskammer als grundsätzlich nicht weisungsunterworfenen Entscheidungsorgan ein entsprechendes Verständnis gehabt.

11 Gleichfalls nicht durchgreifend seien die gegen die materielle Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Festlegung erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin. Ein Ermessenfehler wegen einer faktischen Vorfestlegung oder einer Überschreitung des Regulierungsermessens liege nicht vor. Die Entscheidung sei im Hinblick auf die erfolgte Erhöhung des Wagniszuschlags auch ausreichend begründet.

12 II. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 86 Abs. 1 EnWG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Beteiligte nach § 88 Abs. 1 EnWG beschwerdebefugt. Die neben der formellen Beschwer erforderliche materielle Beschwer liegt vor, weil die Beschwerdeführerin unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen ist (vgl. zur Beschwerdebefugnis nach § 75 Abs. 2 EnWG im Einzelnen BGH, Beschluss vom 9. Juli 2019 - EnVR 5/18 Rn. 13 bis 26 - Lichtblick I). Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet.

13 1. Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG zuständige Beschlusskammer das Festlegungsverfahren nach § 29 Abs. 1 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG 2021, § 7 StromNEV ohne Verstoß gegen die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde geführt hat (zu einem möglichen Verfahrensverstoß im Fall unzulässiger Einflussnahme vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 - 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 74, 81 bis 88). Weder liegt bereits im Bestehen des Beirats nach § 5 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BEGTPG) unter Berücksichtigung der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben eine Verletzung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde noch ergibt sich ein Verstoß aus dem konkreten Verlauf des Festlegungsverfahrens.

14 a) Nach Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU

(ABl. EU L 158 vom 14. Juni 2019, S. 125 bis 199; nachfolgend Elektrizitätsrichtlinie 2019 oder EltRL 2019) gewährleisten die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und stellen sicher, dass diese ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausübt (Satz 1). Zur Einhaltung dieser Anforderungen muss die Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung der ihr - durch die Richtlinie und zugehörige Rechtsvorschriften - übertragenen Regulierungsaufgaben rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen sein (Satz 2 Buchstabe a) sowie sicherstellen, dass ihr Personal und ihr Management unabhängig von Marktinteressen handelt und bei der Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen einholt oder entgegennimmt. Eine etwaige enge Zusammenarbeit mit anderen zuständigen nationalen Behörden oder allgemeine politische Leitlinien der Regierung, die nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Art. 59 EltRL 2019 im Zusammenhang stehen, bleiben hiervon unberührt (Satz 2 Buchstabe b). Zur Wahrung dieser Unabhängigkeit stellen die Mitgliedstaaten unter anderem sicher, dass die Regulierungsbehörde unabhängig von allen politischen Stellen selbständige Entscheidungen treffen kann (Abs. 5 Buchstabe a).

- 15            b)        Der weder in der Richtlinie noch im nationalen Recht definierte Begriff der Unabhängigkeit bezeichnet vor diesem Hintergrund eine Stellung, die garantiert, dass die Regulierungsbehörde im Verhältnis zu den Einrichtungen, denen gegenüber ihre Unabhängigkeit zu wahren ist, völlig frei handeln kann und vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt ist. Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung bedeutet, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen der Regulierungsaufgaben und -befugnisse ihre Entscheidungen selbständig und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses trifft, um die Einhaltung der mit der Elektrizitätsrichtlinie verfolgten Ziele zu gewährleisten, ohne externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen unterworfen zu sein (vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2025 - C-48/23, juris Rn. 34 - Alajärven Sähkö u.a.; vgl. zur Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates



vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG [ABl. EU L 211 vom 14. August 2009, S. 55 bis 93; nachfolgend Elektrizitätsrichtlinie 2009 oder EltRL 2009]: EuGH, Urteile vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 32, 33 und 54 - Präsident Slovenskej republiky; vom 2. September 2021 - C-718/18, RdE 2021, 534 Rn. 108 f. - Kommission/Deutschland). Insofern ist zwar nicht verboten, dass etwa die Regierung eines Mitgliedstaats ihren Standpunkt vor der nationalen Regulierungsbehörde geltend machen kann. Die Beteiligung und insbesondere die Stellungnahmen, die die Regierungsvertreter in den Entgeltverfahren abgeben, dürfen aber 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. zur Beteiligung von Vertretern der Ministerien nach slowakischem Recht: EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 63 - Präsident Slovenskej republiky). Eine entsprechende Beteiligung darf nicht dazu genutzt werden (können), Druck auf die Regulierungsbehörde auszuüben oder ihr Weisungen zu erteilen, die geeignet wären, ihre Entscheidungen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse zu beeinflussen (vgl. EuGH, Urteile vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 62 - Präsident Slovenskej republiky; vom 6. März 2025 - C-48/23, juris Rn. 36 - Alajärven Sähkö u.a.). Der Begriff der Unabhängigkeit meint daher eine strukturelle Unabhängigkeit, die eine allein sachorientierte Entscheidung der Regulierungsbehörde ohne Vorgaben anderer Stellen ermöglicht.

- 16           c)     Zu diesen durch die Elektrizitätsrichtlinie 2019 vorgegebenen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde steht der gemäß § 5 BEGTPG einzurichtende Beirat unter Berücksichtigung der ihm gemäß § 7 BEGTPG in Verbindung mit § 60 EnWG zugewiesenen Aufgaben nicht in Widerspruch. Die Bundesnetzagentur ist - wie in Art. 57 Abs. 4 Satz 2 Buchstabe a EltRL 2019 gefordert - bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Regulierungsaufgaben rechtlich getrennt und funktional unabhängig vom Beirat und seinen Mitgliedern sowie diesem gegenüber nicht weisungsgebunden.

- 17           aa) Die Bundesnetzagentur ist eine selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (§ 1 Satz 2 BEGTPG). Für Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur ist grundsätzlich - so auch für die hier in Rede stehende Festsetzung - eine Beschlusskammer zuständig (§ 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG), die mit einem oder einer Vorsitzenden und zwei Beisitzenden besetzt ist (§ 59 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Vorsitzende und Beisitzende müssen Beamte sein und die Befähigung zum Richteramt oder für eine Laufbahn des höheren Dienstes haben (§ 59 Abs. 2 Satz 2 EnWG). Die Besetzung und die besondere Qualifikation der Mitglieder belegen eine justizähnliche Ausgestaltung des Beschlusskammerverfahrens, das im hierarchischen Verwaltungsaufbau eine - den Anforderungen der europäischen Richtlinien genügende - unabhängige Entscheidung gewährleisten soll (vgl. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 14. Oktober 2004, BT-Drucks. 15/3917, S. 70; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. April 2022 - EnVR 36/21, BGHZ 233, 175 Rn. 16 - OPAL-Gasfernleitung; BVerwG, Urteile vom 9. Mai 2019 - 7 C 34/17, WuW 2019, 516 Rn. 14; vom 20. Oktober 2021 - 6 C 8/20, BVerwGE 174,1 Rn. 76).
- 18           bb) Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BEGTPG hat die Bundesnetzagentur einen Beirat, der paritätisch aus jeweils 16 Mitgliedern des Bundestags und des Bundesrats besteht. Die Vertreter des Bundesrats müssen Mitglied einer Landesregierung sein oder diese politisch vertreten (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BEGTPG). Die Mitglieder und ihre Stellvertreter werden nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BEGTPG jeweils auf Vorschlag des Bundestags und des Bundesrats von der Bundesregierung berufen. Die Aufgaben des Beirats können ihm nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zugewiesen werden (§ 7 BEGTPG). Nach § 3 Abs. 3 Satz 1 bis 4 BEGTPG werden der Präsident und die Vizepräsidenten grundsätzlich jeweils auf Vorschlag des Beirats von der Bundesregierung benannt. Dem Beirat steht gemäß § 6 Abs. 7 Satz 3 BEGTPG das Recht zu, bei seinen Sitzungen die Anwesenheit des Präsidenten der Bundesnetzagentur zu verlangen. Im

Bereich des Energiewirtschaftsrechts kommt ihm zudem die Aufgabe zu, die Bundesnetzagentur bei der Erstellung der Berichte nach § 63 Abs. 3 EnWG zu beraten (§ 60 Satz 1 EnWG). Er ist außerdem gegenüber der Bundesnetzagentur berechtigt, Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen (§ 60 Satz 2 EnWG). Die Bundesnetzagentur ist insoweit auskunftspflichtig (§ 60 Satz 3 EnWG).

19           cc)    Ausgehend von dieser gesetzlich vorgesehenen Stellung, Funktion und Aufgabenzuweisung wahrt das Bestehen des Beirats die im fachlich-regulatorischen Bereich unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur. Der Beirat ist ein parlamentarisch-föderales Begleitgremium (vgl. Schmidt-Preuss in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 60 EnWG Rn. 1; Kremm in BeckOK EnWG, 16. Ed. [1. September 2025], § 60 Rn. 8). Ihm kommt unter anderem die Funktion zu, der Bundesnetzagentur die wettbewerbs- und energiepolitischen Einschätzungen von Bundestag und Bundesrat zu vermitteln und insoweit eine parlamentarische und föderale Rückkopplung zu gewährleisten (vgl. Hermes in Bourwieg/Hellermann/Hermes, 4. Aufl., EnWG § 60 Rn. 14; vgl. auch Masing, Gutachten D zum 66. DJT, 2006, S. D 87). Dabei hindert die pluralistische Zusammensetzung des Gremiums, das aus zahlreichen Mitgliedern sowohl der Legislative als auch der Exekutive des Bundes und der Länder mit unterschiedlichen Interessen und (politischen) Zielen besteht, die Wahrnehmung und Verfolgung einseitiger Interessen durch den Beirat. Normativ verfügt der Beirat über kein Recht, das es ihm erlauben würde, in den Erlass der durch die Beschlusskammern zu treffenden Entscheidungen der Bundesnetzagentur einzugreifen (vgl. zu der Rechtsstellung der Ministerien nach slowakischem Recht: EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 62 - Prezident Slovenskej republiky), also Weisungen zu erteilen oder auf andere Weise Druck auszuüben.

20           (1)    Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Beirat nicht Teil der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, sondern funktional von ihr getrennt. Zwar ist sein Bestehen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BEGTPG

zwingend ("hat einen Beirat"). Ihm kommt jedoch weder eine Organstellung zu (vgl. Hermes in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl., § 60 Rn. 3; Kremm in BeckOK EnWG, 16. Ed. [1. September 2025], § 60 Rn. 8; Theobald/Werk in Theobald/Kühling, Energierecht, 130. EL [Stand Juni 2025], § 60 EnWG Rn. 5) noch ist er auf andere Weise in die Verwaltungshierarchie der Behörde eingegliedert (vgl. Schmidt, NVwZ 2006, 907, 909; Theobald/Werk in Theobald/Kühling, Energierecht, 130. EL [Stand Juni 2025], § 60 Rn. 5; Wahlhäuser in Kment, EnWG, 3. Aufl., § 60 Rn. 3). Anders als die Rechtsbeschwerde meint, führt der Umstand, dass nach dem Organigramm der Bundesnetzagentur die Geschäftsstelle des Beirats bei der Bundesnetzagentur eingerichtet ist, zu keiner abweichenden Beurteilung. Die Einrichtung einer Geschäftsstelle ist allein Folge des zwingenden Bestehens des Beirats, dessen Arbeit die Bundesnetzagentur - auch durch die Bereitstellung von Sitzungsräumlichkeiten - ermöglicht und unterstützt (vgl. Hermes in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl., § 60 Rn. 4; Theobald/Werk in Theobald/Kühling, Energierecht, 130. EL [Stand Juni 2025], § 60 EnWG Rn. 7; Wahlhäuser in Kment, EnWG, 3. Aufl. § 60 Rn. 3 aE).

- 21           (2) Mit Blick auf die organisatorische Stellung des Beirats außerhalb der Verwaltungshierarchie der Bundesnetzagentur geht auch die Auffassung der Rechtsbeschwerde fehl, die Auslegungshilfe der Kommission zur Elektrizitätsrichtlinie 2009 (Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas - the Regulatory Authorities, 22. Januar 2010; dazu vgl. Schmidt-Preuss in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., Band 1, Kapitel 1., B. Rn. 8; Heinlein/Büsch in Theobald/Kühling, Energierecht, 130. EL [Stand Juni 2025], § 6 EnWG Rn. 15) spreche gegen die Vereinbarkeit des Beirats mit Unionsrecht. Zwar ist nach der Auslegungshilfe das gesamte Personal einer Regulierungsbehörde daran gehindert, Tätigkeiten für Strom- und Gasversorgungsunternehmen auszuüben, in diesen Unternehmen Ämter zu bekleiden oder Anteile an solchen Unternehmen zu halten. Dies betrifft den Beirat jedoch nicht, weil dessen Mitglieder weder Personal

der Bundesnetzagentur noch auf andere Weise mit der Regulierungsaufgabe betraut sind.

- 22           (3)    Das formalisierte Vorschlagsrecht des Beirats für die Ämter des Präsidenten und der Vizepräsidenten nach § 3 Abs. 3 Satz 1 bis 4 BEGTPG ermöglicht keine darüberhinausgehende Einflussnahme auf die Tätigkeit der Bundesnetzagentur. Ein damit verbundener (personal-)politischer Einfluss (vgl. Hermes in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl., § 60 Rn. 7; Wahlhäuser in Kment, EnWG, 3. Aufl., § 60 Rn. 6; Kremm in BeckOK EnWG, 16. Ed. [1. September 2025], § 60 Rn. 15) betrifft allein die personelle Besetzung dieser Ämter. Er führt nicht zu einer Abhängigkeit bezogen auf die von den Beschlusskammern wahrgenommenen Regulierungsaufgaben, zumal das Letztentscheidungsrecht für die Besetzung bei der Bundesregierung verbleibt (§ 3 Abs. 3 Satz 5 BEGTPG). Dementsprechend legt die Rechtsbeschwerde weder dar noch ist ersichtlich, inwieweit das Vorschlagsrecht des paritätisch und parteipolitisch unterschiedlich besetzten Gremiums auch nur abstrakt geeignet sein kann, Druck auf die Bundesnetzagentur bei Wahrnehmung der Regulierungsaufgabe allgemein oder auf die Beschlusskammer wegen einer von dieser zu treffenden konkreten Regulierungsentscheidung im Besonderen auszuüben.
- 23           (4)    Gleiches gilt für die weiteren gesetzlich vorgesehenen Rechte und Aufgaben des Beirats.
- 24           (a)    Die Einholung von Stellungnahmen und Auskünften nach § 60 Satz 1 und 2 EnWG dient der Information des Beirats. In diesem Zusammenhang steht auch das Recht des Beirats gemäß § 6 Abs. 7 Satz 3 BEGTPG, bei seinen Sitzungen die Anwesenheit des Präsidenten der Bundesnetzagentur zu verlangen. Dieser soll für Auskünfte und eventuelle Stellungnahmen gemäß § 60 Satz 2 EnWG zur Verfügung stehen. Eine Einflussnahme auf die Tätigkeit der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde ist mit diesen Informationsrechten nicht verbunden.

- 25           (b) Auch die Beratung der Bundesnetzagentur nach § 60 Satz 1 EnWG bietet dem Beirat normativ keine unionsrechtswidrige Möglichkeit der Einflussnahme. Sie bezieht sich allein auf die jährlichen Berichtspflichten der Bundesnetzagentur. Diese betreffen nach § 63 Abs. 3 Satz 1 EnWG die Erstellung und Veröffentlichung eines der Europäischen Kommission und der Europäischen Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden vorzulegenden Berichts über ihre Tätigkeit (§ 54 Abs. 1 EnWG) und über ihre Monitoring-Tätigkeit (§ 35 EnWG). In den Tätigkeitsbericht ist gemäß § 63 Abs. 3 Satz 2 EnWG der vom Bundeskartellamt im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur erstellte Monitoringbericht betreffend den Elektrizitäts- und Gasmarkt aufzunehmen. Die Beratungsaufgabe greift die Funktion des Beirats als Begleitgremium auf und gewährleistet die parlamentarische und föderale Rückkopplung bei Erstellung der unmittelbar den genannten europäischen Institutionen vorzulegenden Berichte (vgl. Hermes in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl. § 60 Rn. 14). Sie betrifft nicht die von den Beschlusskammern wahrgenommenen fachlich-regulatorischen Aufgaben der Bundesnetzagentur.
- 26           (c) Auf dieser Grundlage ist auch die vom Beschwerdegericht festgestellte gelebte Verwaltungspraxis von den dem Beirat gesetzlich zugewiesenen Aufgaben nach § 6 Abs. 7 Satz 3 BEGTPG und § 60 EnWG gedeckt. Diese umfasst insbesondere die unaufgeforderte Vorabinformation des Beirats - namentlich im Vorfeld von Beiratssitzungen - im Hinblick auf anstehende Aufgaben und Entscheidungen der Bundesnetzagentur. Sie beschränkt sich nicht auf die Beantwortung konkreter durch den Beirat gestellter Fragen. Zwar ist der Wortlaut des § 60 Satz 2 und 3 EnWG insoweit offen ("... ist ... berechtigt, Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen"). Mit Blick auf die Funktion des Beirats als parlamentarisch-föderales Begleitgremium, das einerseits die unterschiedlichen Interessen aus Bundesrat und Bundestag transportiert und andererseits die Tätigkeit der Bundesnetzagentur gegenüber Bund und Ländern vermittelt, umfasst die Regelung nach ihrem Sinn und Zweck auch die unaufgeforderte Erteilung von regelmäßigen Informationen. Denn eine Beratung der Bundesnetzagentur bei der

Erstellung der Berichte ist dem Beirat nur bei Kenntnis von wichtigen Angelegenheiten und Vorhaben der Regulierungsbehörde möglich. Unabhängig davon stellen auch unaufgeforderte Auskünfte und Stellungnahmen zu geplanten Entscheidungen durch den Präsidenten der Bundesnetzagentur in erster Linie Informationen in Richtung des Beirats dar. Eine unzulässige Beeinflussung des Präsidenten der Bundesnetzagentur oder gar der für die Festlegung zuständigen Beschlusskammer im Sinne einer Weisung oder mittelbarer Ausübung von Druck ist damit nicht verbunden.

- 27           (5)     Soweit die Beschwerdeführerin anführt, durch den engen Austausch zwischen Präsidenten und Vizepräsidenten einerseits und dem Beirat andererseits könne letzterer deutlich mehr Einfluss nehmen als (andere) Beteiligte und dadurch entstehe die konkrete Möglichkeit für den Beirat, Druck auf die Entscheidungen der Bundesnetzagentur auszuüben, handelt es sich um eine von Tatsachenvortrag nicht gestützte Vermutung. Es ist weder dargetan noch ersichtlich, wie und auf welcher Grundlage generell entsprechender Druck durch den Beirat ausgeübt werden könnte. Dabei ist die Situation bei Gesprächen zwischen Repräsentanten der Regulierungsbehörde mit Vertretern des politischen Raums grundsätzlich anders zu beurteilen als bei einem unmittelbaren Eingreifen in den Entscheidungsprozess der Beschlusskammer (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 - 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 83 bis 88; vgl. auch BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2024 - KVR 8/24, juris Rn. 20 bis 28 - SPA Luft-hansa/Condor). Wie ausgeführt, ist der Beirat gegenüber der Bundesnetzagentur nicht weisungsbefugt. Erst recht ist nicht ersichtlich, wie die nach § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG zur Entscheidung berufenen - an den Gesprächen mit dem Beirat nicht beteiligten - Mitglieder der Beschlusskammer dadurch einer unzulässigen Beeinflussung ausgesetzt sein könnten. Gleiches gilt für die Befassung des Beirats mit aktuellen energiewirtschaftlichen Themen über die Begleitung bei der Erstellung der Berichte nach § 63 Abs. 3 EnWG hinaus. Angesichts der Rolle des Beirats als parlamentarisch-föderales Begleitgremium ohne Weisungsbefugnis

dürfen Äußerungen des Beirats von der Bundesnetzagentur zur Kenntnis genommen und erwogen werden, solange im konkreten Fall kein Druck ausgeübt wird, der (auch) die Beschlusskammer erreicht.

28           d)     Das Festsetzungsverfahren ist schließlich nicht wegen eines konkreten Verstoßes gegen das unionsrechtliche Unabhängigkeitsgebot formell rechtswidrig. Ein Verstoß ist nur dann anzunehmen, wenn der Beirat in Überschreitung seiner gesetzlichen Befugnisse in einem Verwaltungsverfahren tatsächlich eine Weisung erteilt oder Druck ausübt und zudem anzunehmen ist, dass sich die Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse danach gerichtet hat.

29           aa)    Zutreffend und entgegen der seitens der Rechtsbeschwerde in verschiedenem Zusammenhang geäußerten Auffassung hat das Beschwerdegericht angenommen, dass eine abstrakte Gefahr im Sinn der Möglichkeit einer Einflussnahme durch den Beirat allein keinen Verstoß gegen die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde begründet. Art. 57 Abs. 4 und 5 EltRL 2019 enthält keine Bestimmung, die eine Beteiligung von Vertretern politischer Stellen verbieten würde (vgl. EuGH, Urteile vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 55 - *Prezident Slovenskej republiky*). Vielmehr können politische Stellen - ebenso wie alle anderen Interessenträger, Verbände und Gremien - ihren Standpunkt vor den nationalen Regulierungsbehörden geltend machen (vgl. EuGH, Urteile vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 63 - *Prezident Slovenskej republiky*; siehe oben Rn. 15 mwN). Äußerungen oder Stellungnahmen, die keine Weisung enthalten und nicht mit der Ausübung von Druck verbunden werden, sind zulässig. In diesem Sinn ist nicht zu beanstanden, dass es aus Anlass der gesetzlichen Aufgaben zu Gesprächen zwischen dem Präsidenten und dem Beirat kommt oder Stellungnahmen seitens des Beirats zur Kenntnis genommen werden.

30           (1)    Der Einwand der Rechtsbeschwerde, die Ausübung von Druck oder die Erteilung von Weisungen seien regelmäßig nicht nachweisbar, greift nicht



durch. Angesichts der Zulässigkeit der Äußerung politischer Stellen im Zusammenhang mit Festsetzungen der nationalen Regulierungsbehörde erfordert die Annahme einer unzulässigen Einflussnahme eine Darlegung konkreter Tatsachen, aus denen sich ein Verstoß gegen die Unabhängigkeit ergibt. Dabei kann eine Weisung das unionsrechtliche Gebot der Unabhängigkeit umso eher verletzen, je weiter sie sich von den Merkmalen einer allgemeinen politischen Rahmenvorgabe entfernt und je detaillierter sie konkrete Entscheidungsinhalte vorgibt. Bei der Beurteilung, ob eine unzulässige Weisung vorliegt, ist ferner zu berücksichtigen, wie die Regulierungsbehörde auf eine an sie gerichtete Forderung reagiert hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 - 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 87).

31           (2) Der in diesem Zusammenhang erfolgte Verweis der Rechtsbeschwerde auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 9. März 2010 (C-518/07 - Kommission/Deutschland) zur Unabhängigkeit nationaler Kontrollstellen geht fehl. Die Entscheidung betrifft die Frage einer normativ strukturellen Unabhängigkeit wegen der Einflussnahme einer Aufsichtsbehörde auf die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr zuständigen Kontrollstellen. Im Gegensatz zum Beirat nach § 5 BEGTPG handelt es sich bei einer Aufsichtsbehörde um eine Stelle, die (verbindliche) Weisungen erteilen kann. Eine staatliche Aufsichtsbehörde hat abhängig von ihren konkreten Befugnissen die Möglichkeit, auf Entscheidungen der Kontrollstellen unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen beziehungsweise deren Entscheidungen aufzuheben und zu ersetzen (vgl. EuGH, Urteil vom 9. März 2010 - C-518/07, juris Rn. 32 - Kommission/Deutschland).

32           (3) Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, die Rechtsstellung des Beirats gehe über die eines Verfahrensbeteiligten hinaus, trifft nicht zu. Der Beirat ist im jeweiligen Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG nicht Beteiligter im Sinne von § 66 Abs. 2 EnWG, sondern hat eine von der Rechtsstellung eines danach Beteiligten zu unterscheidende Stellung. Maßgeblich ist, ob allein diese

normative Stellung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde entgegensteht. Dies ist - wie ausgeführt - nicht der Fall.

33           bb) Genügt deshalb eine abstrakte Gefahr der unzulässigen Einflussnahme nicht, fehlt es nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen auch an einem Verstoß gegen die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Festlegung. Durchgreifende Rechts- oder Verfahrensfehler gegen die Würdigung des Beschwerdegerichts, dass weder der Präsident der Bundesnetzagentur noch die für die Festlegung zuständige Beschlusskammer einer unzulässigen Einflussnahme ausgesetzt waren, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

34           (1) Das Beschwerdegericht ist von den zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen. Es hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union berücksichtigt (vgl. dazu Rn. 15) und in seine Erwägungen eingestellt, dass eine Weisung - unter Berücksichtigung der Reaktion der Regulierungsbehörde - umso eher anzunehmen ist, je weiter sich die Äußerung von den Merkmalen einer allgemeinen politischen Rahmenvorgabe entfernt und je detaillierter sie konkrete Entscheidungsinhalte vorgibt (vgl. BVerwGE 174, 1 Rn. 87). Seine Würdigung, es sei weder aufgezeigt noch erkennbar, dass der Präsident der Bundesnetzagentur aufgrund eines auf ihn durch den Beirat beziehungsweise dessen Vorsitzenden ausgeübten Drucks den Mitgliedern der Beschlusskammer eine Weisung erteilt hätte, die von diesen auch als solche angesehen und befolgt worden wäre, sowie, es gebe keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass die auf Seiten der Bundesnetzagentur handelnden Personen die Äußerungen und Forderungen des Beirats als verbindliche Entscheidungsvorgabe angesehen und darauf reagiert hätten, ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt überprüfbar. Das Rechtsbeschwerdegericht darf eine solche Wertung lediglich beanstanden, wenn die ihr zugrundeliegende Würdigung unvollständig oder widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 16. Dezember 2014

- EnVR 54/13, RdE 2015, 183 Rn. 45 - Festlegung Tagesneuwerte II; vom 17. Juli 2018 - EnVR 12/17, RdE 2018, 531 Rn. 28; vom 23. Februar 2021 - EnVR 6/20, ZNER 2021, 389 Rn. 25). Einen solchen Fehler zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf; er ist auch nicht erkennbar. Soweit die Rechtsbeschwerde die Schreiben und Stellungnahmen anders würdigt und meint, sowohl diese als auch die Anhörung des Beschlusskammervorsitzenden in der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht deute auf eine unzulässige Einflussnahme hin, zeigt sie keinen Rechtsfehler auf, sondern setzt allein ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Beschwerdegerichts.

35           (a)     Das Beschwerdegericht hat aus dem Inhalt des Berichts aus dem energate messenger vom 25. Juni 2021 und nach Anhörung des Vorsitzenden der Beschlusskammer ohne Rechtsfehler geschlossen, dass kein Verstoß gegen die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde vorliegt. Danach äußerte der Vizepräsident der Bundesnetzagentur bei einer nach der Beiratssitzung vom 21. Juni 2021 stattgefundenen BDEW-Online-Diskussion unter anderem, es gebe Spielräume und Stellschrauben, den die Rendite der Netzbetreiber bestimmenden Eigenkapitalzinssatz anzuheben, sowie, der verbreitete Wert von 4,59 % werde mit aller Wahrscheinlichkeit nicht derjenige sein, der am Ende bei der Eigenkapitalverzinsung "herauskommen" werde. Die beauftragten Gutachter hätten in ihrem Entwurf auf verschiedene Gesichtspunkte hingewiesen, die höhere Werte rechtfertigen könnten. Die Würdigung des Beschwerdegerichts, der Vizepräsident mache deutlich, dass insoweit noch eine Prüfung durch die Bundesnetzagentur beziehungsweise die zuständige Beschlusskammer erfolgen werde, ist frei von Rechtsfehlern. Die Annahme, der 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. August 2021 hierzu gefassten Beschluss betont werde, dass der Beirat die "unabhängige, unparteiische und weisungsfreie Tätigkeit der Beschlusskammern" anerkenne, ist nicht zu beanstanden. Gleichfalls rechtsfehlerfrei ist die Würdigung, auch aus dem Schreiben des Präsidenten vom 30. September 2021

ergebe sich, dass die zuständige Beschlusskammer den Äußerungen des Beirats keinen verbindlichen Charakter beigemessen, sondern eigene Erwägungen angestellt habe.

36           (b)     Das gilt auch für die Annahme des Berufungsgerichts, die Verschiebung des Erlasses der Festlegung auf den 12. Oktober 2021 deute nicht auf eine unzulässige Einflussnahme hin. Diese sei ausweislich des Schreibens des Präsidenten der Bundesnetzagentur erfolgt, um den Beirat auf der anstehenden Beiratssitzung vom 11. Oktober 2021 und damit vor Erlass und Veröffentlichung der Festlegung nochmals über die Gründe für die nunmehr beabsichtigte Höhe der Eigenkapitalverzinsung für die vierte Regulierungsperiode zu informieren. Soweit die Rechtsbeschwerde anführt, die Gründe hätten dem Beirat auch nach der Veröffentlichung erläutert werden können, benennt sie keinen Rechtsfehler. Im Übrigen behauptet sie selbst nicht, dass die Vorabinformation noch zu Änderungen der Festlegung geführt hat oder hätte führen können.

37           (c)     Die Rechtsbeschwerde zeigt auch keine Rechtsfehler hinsichtlich der Annahme des Beschwerdegerichts auf, aus dem Protokoll der Beiratssitzung vom 11. Oktober 2021 und den dort 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 ergebe sich, dass den Äußerungen des Beirats keine Verbindlichkeit beigemessen worden sei. Soweit die Rechtsbeschwerde meint, das Protokoll lese sich so, als hätten Überlegungen der Beschlusskammer zu der Frage stattgefunden, wie den Forderungen des Beirats entsprochen werden könne, setzt sie lediglich ihre Würdigung an die Stelle der des Beschwerdegerichts.

38           (d)     Gleichfalls ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, dass sich Anhaltspunkte für eine unzulässige Einflussnahme nicht aus der Anhörung des Vorsitzenden der zuständigen Beschlusskammer ergeben.

Zwar habe dieser angegeben, dass in den hausinternen Diskussions- und Erörterungsprozessen auch die Vorstellungen und Argumente des Beirats besprochen worden seien. Dass diese bei der Entscheidungsfindung indes eine besondere Berücksichtigung gefunden hätten, könne seinen Ausführungen gerade nicht entnommen werden. Daraus ergebe sich vielmehr, dass die Argumente des Beirats (lediglich) wie diejenigen der Beteiligten behandelt worden und insoweit in den Entscheidungsfindungsprozess eingeflossen seien. Zudem habe er betont, dass fachliche Gründe in Gestalt des Frontier-Gutachtens den Ausgangspunkt für die um die Erhöhung des Wagniszuschlags geführte Diskussion gebildet hätten.

39           (2)     Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, das Beschwerdegericht habe seine Aufklärungspflichten gemäß § 82 Abs. 1 EnWG verletzt, ist die Rüge nicht ordnungsgemäß ausgeführt und daher unbeachtlich.

40           (a)     Für die ordnungsgemäße Begründung der Rüge mangelhafter Sachaufklärung muss substantiiert dargelegt werden, hinsichtlich welcher tatsächlichen Umstände Aufklärungsbedarf bestanden hat, welche für geeignet und erforderlich gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht gekommen wären, welche tatsächlichen Feststellungen bei Durchführung der unterbliebenen Sachverhaltsaufklärung voraussichtlich getroffen worden wären und inwiefern deren Berücksichtigung auf der Grundlage der vordergerichtlichen Rechtsauffassung zu einem anderen Ergebnis hätte führen können. Weiterhin muss entweder dargelegt werden, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, auf die Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist, oder dass sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auch ohne ein solches Hinwirken von sich aus hätten aufdrängen müssen (st. Rspr., vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Juni 2005 - KVR 27/04, BGHZ 163, 296, 300 [juris Rn. 22] - Arealnetz; vom 23. Juni 2009 - EnVR 48/08, WuW/E DE-R 2692 [juris Rn. 24] - Netzanschluss; vom 25. Februar 2025 - EnVR 93/23, RdE 2025, 300 Rn. 42 - Eigenkapitalzinssatz VI;

BVerwG, Urteil vom 20. April 2004 - 1 C 13/03, BVerwGE 120, 298 [juris Rn. 18]; Beschluss vom 2. Mai 2017 - 5 B 75/15 D, juris Rn. 6 mwN; Johanns/Roesen in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 88 EnWG Rn. 16 mwN; van Rossum in BeckOK EnWG, 15. Ed. [Stand 1. Juni 2025], § 88 Rn. 10 mwN).

41           (b)     Entsprechende Darlegungen fehlen. Die Rechtsbeschwerde meint, allein die Anzahl der Kontakte zwischen Beirat und Präsidenten beziehungsweise Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur belege, dass die Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung nicht mit der Einflussnahme anderer Konsultationsteilnehmer vergleichbar sei, sondern weit darüber hinausgehe. Dies hätte zumindest Anlass zur weiteren Sachverhaltsaufklärung geben müssen. Damit ist schon nicht dargetan, welche konkreten Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung aus Sicht der Rechtsbeschwerde angezeigt gewesen wären.

42           2.     Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die materielle Rechtmäßigkeit der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze greifen gleichfalls nicht durch. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die zuständige Beschlusskammer mit Blick auf die Äußerungen des Beirats nicht vorfestgelegt war, mithin insoweit kein Ermessensfehler vorlag, und die Anpassung des Wagniszuschlages um 0,395 % auch im Übrigen nicht zu beanstanden ist.

43           a)     Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG 2021 werden die Netzentgelte unter Berücksichtigung einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet. Der auf Neuanlagen anwendbare Eigenkapitalzinssatz darf gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 StromNEV den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse nicht überschreiten. Die Höhe des Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse ist nach § 7 Abs. 5 StromNEV insbeson-

dere unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und der Bewertung von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen auf diesen Märkten, der durchschnittlichen Verzinsung des Eigenkapitals von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen auf ausländischen Märkten und der beobachteten und quantifizierbaren unternehmerischen Wagnisse zu ermitteln. Diese Regelungen finden auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. September 2021 (C-718/18, RdE 2021, 534 Rn. 112 bis 138 - Kommission/Deutschland) weiterhin Anwendung (st. Rspr., BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2021 - EnVR 17/20, RdE 2022, 119 Rn. 14 mwN - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; vom 7. Dezember 2021 - EnVR 6/21, WM 2023, 630 Rn. 9 mwN - Kapitalkostenabzug; vom 26. September 2023 - EnVR 43/22, RdE 2023, 481 Rn. 10 - Effizienzvergleich II; vom 30. Januar 2024 - EnVR 32/22, RdE 2024, 167 Rn. 10 - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV; vom 17. Dezember 2024 - EnVR 94/23, WM 2025, 448 Rn. 9 - Eigenkapitalzinssatz V).

- 44           b)       Wie der Bundesgerichtshof bereits im Zusammenhang mit der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die ersten drei Regulierungsperioden ausgeführt hat, unterliegt die Beurteilung der in § 7 Abs. 4 und 5 StromNEV normierten tatsächlichen Grundlagen für die Bemessung des Eigenkapitalzinssatzes der uneingeschränkten Überprüfung durch das Tatgericht. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Vorschriften wo auch immer möglich im Sinne einer Gewährleistung und Sicherung der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur auszulegen sind (BGH, Beschlüsse vom 30. Januar 2024 - EnVR 32/22, RdE 2024, 167 Rn. 10 mwN - Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor IV; vom 25. Februar 2025 - EnVR 93/23, juris Rn. 12 - Eigenkapitalzinssatz VI). Soweit die Verordnung keine näheren Vorgaben enthält, steht der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum zu. In der Rechtsbeschwerdeinstanz kann die Entscheidung des Tatrichters hinsichtlich beider Bereiche nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob er erhebliches Vorbringen der Beteiligten unberücksichtigt ge-

lassen, wesentliche Beurteilungsfaktoren außer Betracht gelassen oder offenkundig fehlengewichtet, Rechtsgrundsätze der Zinsbemessung verkannt oder der Nachprüfung der Regulierungsentscheidung sonst unrichtige rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. Dezember 2024 - EnVR 94/23, WM 2025, 448 Rn. 12 - Eigenkapitalzinssatz V; vom 25. Februar 2025 - EnVR 93/23 Rn. 12 - Eigenkapitalzinssatz VI).

- 45           c)     Bei Anwendung dieser Maßstäbe hat das Beschwerdegericht zu Recht ein Abwägungsdefizit verneint; die Rechtsbeschwerde zeigt keine Rechtsfehler auf. Zwar kann eine Abwägungsentscheidung auf einem Abwägungsdefizit beruhen, wenn der Ausgestaltungsspielraum faktisch vorgeprägt und dadurch verkürzt worden ist (BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 - 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 105). Wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die zuständige Beschlusskammer an die Forderungen und Erwartungen des Beirats nach einer höheren Eigenkapitalverzinsung gebunden gesehen hat, diesen nachgekommen ist und sich infolgedessen die Abwägung als defizitär erweist. Soweit die Rechtsbeschwerde auch insoweit eine unterbliebene weitere Aufklärung rügt, ist diese Rüge erneut nicht ordnungsgemäß geführt (vgl. dazu oben Rn. 40).
- 46           d)     Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht sowohl ein Begründungsdefizit als auch weitere Ermessensfehler im Hinblick auf die erfolgte Erhöhung des Wagniszuschlags verneint.
- 47           aa)    Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, die Beschlusskammer habe 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 versus Restlaufzeit - oder die Frage des zu betrachtenden Zeitraums - 10 Jahre aus historischer Perspektive versus aktueller Rand aufgrund des Prognosecharakters - konträr zueinander stünden.

- 48           bb)    Danach ist die Erhöhung des Wagniszuschlags nach den dafür geltenden Maßgaben (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2024 - EnVR 94/23, WM 2025, 448 Rn. 35 mwN - Eigenkapitalzinssatz V) plausibel und erschöpfend begründet. Der Senat hat bereits festgestellt, dass mit der Erhöhung des Wagniszuschlags um 0,395 Prozentpunkte die möglicherweise zu einer Unterschätzung

des Wagniszuschlags führenden Unterschiede zwischen dem risikolosen Basiszinssatz gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 StromNEV, der seit der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die dritte Regulierungsperiode von 2,49 % um 1,75 Prozentpunkte auf 0,74 % gesunken ist, und der relativ zu Bonds ermittelten Marktriskoprämie adressiert worden sind, sowie die Bundesnetzagentur den Umfang der Erhöhung unter Einbeziehung des von den Netzbetreibern vorgelegten zweiten Oxera-Gutachtens ausführlich begründet hat (BGH, Beschlüsse vom 17. Dezember 2024 - EnVR 79/23, juris Rn. 23, 34 bis 41 - Eigenkapitalzinssatz IV; EnVR 91/23, juris Rn. 48; EnVR 94/23, WM 2025, 448 Rn. 60 - Eigenkapitalzinssatz V; Festlegung S. 21 unten, S. 38 bis 41). Dem tritt die Rechtsbeschwerde nicht entgegen. Soweit sie meint, es fehle an einer Begründung der Bundesnetzagentur dafür, warum sie den von Oxera errechneten Aufschlag heranziehe und davon einen Abschlag vornehme, setzt sie sich mit der ausführlichen und oben wiedergegebenen Begründung, dass auch der Ansatz von Oxera nutzbar sei und nicht ausgeschlossen werden könne, dass mit den von ihren eigenen Gutachtern ermittelten Werten der Zielwert unterschätzt werde, nicht auseinander.

49           II.       Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV der Frage, ob Art. 57 Abs. 4 und 5 EltRL 2019 dem Bestehen eines Beirats entsprechend § 5 BEGTPG entgegenstehen, nicht veranlasst.

50           1.       Ein einzelstaatliches Gericht ist, soweit gegen seine Entscheidung kein Rechtsmittel gegeben ist, verpflichtet, den Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV anzurufen, wenn sich in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine Frage nach der Auslegung des Unionsrechts stellt (EuGH, Urteil vom 15. März 2017 - C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209 Rn. 42 - Aquino). Es ist von dieser Pflicht nur dann befreit, wenn die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, die Vorschrift des Unionsrechts bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. in diesem Sinne

EuGH, Urteile vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 Rn. 21 - Cilfit u. a.; vom 15. September 2005 - C-495/03, ECLI:EU:C:2005:552 Rn. 33 - Intermodal Transports; und vom 4. Oktober 2018 - C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 Rn. 110 - Kommission/Frankreich).

51           2. Nach diesen Maßgaben besteht kein Anlass für eine Vorlage mit Blick auf die Beurteilung des Senats, dass Art. 57 Abs. 4 und 5 EitRL 2019 dem Bestehen eines Beirats entsprechend § 5 BEGTPG nicht entgegenstehen. Zwar weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass sich angesichts der Vielgestaltigkeit der möglichen Fallkonstellationen kaum abstrakt bestimmen lässt, wo genau die Grenze zwischen noch zulässigen und unzulässigen Einflussnahmen verläuft, und dies gegebenenfalls einer Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union bedarf (vgl. BVerwGE 174, 1 Rn. 87). Für den vorliegenden Fall ist diese Grenze allerdings nicht zweifelhaft. Durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bereits geklärt, unter welchen Umständen die Beteiligung anderer (politischer) Stellen einen Verstoß gegen die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde darstellt (vgl. EuGH, Urteile vom 6. März 2025 - C-48/23, juris Rn. 34 - Alajärven Sähkö u.a.; vom 11. Juni 2020 - C-378/19, juris Rn. 32, 33 und 54 - Prezident Slovenskej republiky; vom 2. September 2021 - C-718/18, RdE 2021, 534 Rn. 108 f. - Kommission/Deutschland).

52           B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

Roloff

Tolkmitt

Picker

Vogt-Beheim

Kochendörfer

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.08.2023 - VI-3 Kart 878/21 (V) -

Verkündet am:

9. September 2025

Küpferle, Justizamtsinspektorin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle