



Abteilung I  
A-207/2014

## Urteil vom 6. März 2015

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),  
Richter André Moser, Richter Maurizio Greppi,  
Gerichtsschreiber Pascal Baur.

Parteien

1. **Axpo Power AG**,  
Parkstrasse 23, 5401 Baden,
2. **Kernkraftwerk Leibstadt AG**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
3. **Kraftwerke Linth-Limmern AG**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
4. **Kraftwerke Sarganserland AG**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
5. **Kraftwerke Vorderrhein AG**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
6. **Albula-Landwasser Kraftwerke AG**,  
Wasserweg, 7477 Filisur,
7. **FMM, Forces Motrices de Mauvoisin S.A.**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
8. **KWM, Kraftwerke Mattmark AG**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
9. **OIM, Officine idroelettriche di Mesolcina SA**,  
c/o Axpo Power AG, Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
10. **Kraftwerk Göschenen AG**,  
Hirschengraben 33, Postfach, 6002 Luzern,
11. **AG Kraftwerk Wägital**,  
Eisenburgstrasse 21, 8854 Siebnen,
12. **Lizerne et Morge SA**,  
Rue de l'Industrie 43, 1950 Sion,

**13. Officine Idroelettriche della Maggia SA,**

Via in Selva 11, 6604 Locarno,

**14. Officine Idroelettriche di Blenio SA,**

Via in Selva 11, 6604 Locarno,

**15. Kraftwerke Hinterrhein AG,**

Spitalstrasse 7, 7430 Thusis,

alle vertreten durch Dr. Jürg Borer, Schellenberg Wittmer

AG, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich,

Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Swissgrid AG,**

Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,

Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,**

3003 Bern,

Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verzugszinsen auf der Rückerstattung für in den Jahren  
2009 und 2010 geleistete SDL-Akontozahlungen.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verordnung vom 12. Dezember 2008 änderte der Bundesrat die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) per 1. Januar 2009 in mehreren Punkten ab und ergänzte sie um verschiedene diese Änderung betreffende Übergangsbestimmungen (vgl. AS 2008 6467). Eine dieser Bestimmungen, Art. 31b StromVV (per 1. März 2013 aufgehoben durch Ziff. I der Verordnung vom 30. Januar 2013 [AS 2013 559]; nachfolgend: aArt. 31b StromVV), verpflichtete die nationale Netzgesellschaft bzw. die Swissgrid AG, den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern in den Jahren 2009-2013 die Kosten für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) höchstens im Umfang von 0,4 Rappen pro kWh anzulasten (Abs. 1). Ausserdem verpflichtet sie sie, in diesem Zeitraum den Teil der Kosten der allgemeinen SDL (nachfolgend: SDL-Kosten), der mit diesem Tarif nicht gedeckt werden könne, den Betreiberinnen von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss deren Anteil an der Bruttoenergieerzeugung individuell in Rechnung zu stellen (Abs. 2).

**B.**

**B.a** Mit Verfügung vom 6. März 2009 legte die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom den Tarif für allgemeine SDL für das Jahr 2009 auf 0,77 Rappen pro kWh fest und lastete 0,4 Rappen den Endverbrauchern an (Dispositivziffer 2). Weiter setzte sie den Anteil, den die – im Anhang 2 der Verfügung aufgelisteten – Betreiberinnen von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW übernehmen sollten, auf 0,45 Rappen pro kWh fest (Dispositivziffer 3). Sie führte dazu aus, die Swissgrid AG habe ihr nach Bekanntwerden der tatsächlichen SDL-Kosten einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen und die genehmigten anrechenbaren Kosten den erwähnten Kraftwerksbetreiberinnen individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben.

**B.b** Mit einer analogen Verfügung vom 4. März 2010 legte die ElCom den Tarif für allgemeine SDL für das Jahr 2010 auf 0,76 Rappen pro kWh fest und auferlegte 0,4 Rappen den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern (Dispositivziffer 4). Ausserdem setzte sie den von den Betreiberinnen von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mehr als 50 MW zu übernehmenden Betrag auf 0,42 Rappen pro kWh fest (Dispositivziffer 5).

**C.**

Die im Rubrum aufgeführten Elektrizitätsunternehmen, allesamt Kraftwerkbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, erhoben gegen die beiden Verfügungen der ECom keine Beschwerde. Sie bezahlten ausserdem die von der Swissgrid AG für die Jahre 2009 und 2010 gestellten Akontorechnungen für ihren Anteil an den SDL-Kosten (nachfolgend: SDL-Akontorechnungen), allerdings nur unter Vorbehalt und ohne Anerkennung einer Schuldpflicht.

**D.**

Mit Urteil A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 (teilweise abgedruckt in BVGE 2010/49) hiess das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde der Gommerkraftwerke AG, einer weiteren Kraftwerkbetreiberin im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, gegen die Verfügung der ECom vom 6. März 2009 teilweise gut und hob Dispositivziffer 2 Satz 2, wonach die SDL-Kosten den Endverbrauchern nur im Umfang von 0,4 Rappen pro kWh angelastet werden dürfen, sowie Dispositivziffer 3 dieser Verfügung mit Bezug auf sie auf. Zur Begründung führte es aus, Abs. 2 von aArt. 31b StromVV sei verfassungs- und gesetzeswidrig, Abs. 1 gesetzeswidrig. Dieses Urteil blieb unangefochten und wurde rechtskräftig.

**E.**

**E.a** Mit Verfügung vom 14. April 2011 genehmigte die ECom die SDL-Kosten für das Tarifjahr 2009 (Dispositivziffer 1). Gegen diese Verfügung erhoben (u.a.) die im Rubrum aufgeführten Kraftwerkbetreiberinnen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 hiess dieses die Beschwerde im Sinne der Erwägungen aus formellen Gründen (Verletzung des rechtlichen Gehörs) gut, soweit darauf einzutreten war, und wies die Angelegenheit zur Fortsetzung des Verfahrens an die ECom zurück. Da es in seinen Erwägungen ausführte, Dispositivziffer 3 der Verfügung der ECom vom 6. März 2009 sei gegenüber den beschwerdeführenden Kraftwerkbetreiberinnen in formelle Rechtskraft erwachsen und lege somit deren Zahlungspflicht verbindlich fest (vgl. E. 4.5 des Urteils), zogen diese das Urteil ans Bundesgericht weiter.

**E.b** Mit Urteil vom 27. März 2013 in den vereinigten Verfahren 2C\_572/2012 und 2C\_573/2012 hiess das Bundesgericht ihre Beschwerden gut und hob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auf, soweit dieses sie verpflichtete, als Kraftwerkbetreiberinnen für das Tarifjahr 2009 einen Teil der SDL-Kosten zu übernehmen. Ausserdem hob es Dispositivziffer 3

der Verfügung der ECom vom 6. März 2009 in Bezug auf sie auf. Zur Begründung führte es aus, diese Verfügung sei als Zwischenverfügung zu qualifizieren und lege daher die Zahlungspflicht der betroffenen Kraftwerkbetreiberinnen, die sich mit Art. 31b StromVV unbestrittenermassen auf eine gesetzeswidrige Grundlage stütze, nicht verbindlich fest; Dispositivziffer 3 der Verfügung könne deshalb im Rahmen der Beschwerde gegen die Endverfügung der ECom vom 14. April 2011 noch angefochten werden (vgl. E. 3.1 ff. des Urteils).

#### **F.**

Am 28. Mai 2013 erstattete die Swissgrid AG (u.a.) den im Rubrum aufgeführten Kraftwerkbetreiberinnen die Akontozahlungen (nachfolgend: SDL-Akontozahlungen) zurück, die sie für ihren (vermeintlichen) Anteil an den SDL-Kosten für das Tarifjahr 2009 geleistet hatten.

#### **G.**

Mit Verfügung vom 4. Juli 2013 stellte die ECom fest, dass (u.a.) die im Rubrum aufgeführten Kraftwerkbetreiberinnen (auch) für das Tarifjahr 2010 nicht mit SDL-Kosten belastet werden dürfen, und wies die Swissgrid AG an, die entsprechenden Akontozahlungen zurückzuzahlen, was diese am 4. Oktober 2013 tat.

#### **H.**

Bereits am 17. Juli 2013 hatte die ECom das seit dem 6. Juli 2011 hängige Verfahren betreffend Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen für die Tarifjahre 2009 und 2010 der im Rubrum aufgeführten Kraftwerkbetreiberinnen, das sie für die Dauer der Rechtsmittelverfahren gegen ihre Verfügung vom 14. April 2011 sistiert gehabt hatte, wieder aufgenommen. Mit Verfügung vom 14. November 2013 setzte sie die von der Swissgrid AG zu bezahlenden (Rest-) Beträge fest (Dispositivziffern 1-15; jeweils aufgeteilt in Teilbeträge für die Tarifjahre 2009 und 2010, zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 28. Mai 2013 [auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2009] bzw. dem 4. Oktober 2013 [auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2010]). Bei der Berechnung der (Rest-) Beträge ging sie davon aus, auf den geleisteten Akontozahlungen sei aufgrund eines Schreibens der Swissgrid AG vom 9. Februar 2011, in dem diese einen Rückerstattungsanspruch der Kraftwerkbetreiberinnen, die gegen die Tarifverfügungen der ECom vom 6. März 2009 und 4. März 2010 keine Beschwerde geführt hatten, verneinte, ab dem 10. Februar 2011 ein Verzugszins von 5 % geschuldet. Die Gebühren für die Verfügung auferlegte sie zu einem Viertel der Swissgrid AG und zu drei Vierteln den Kraftwerkbetreiberinnen (Dispositivziffer 17).

**I.**

Gegen diese Verfügung der Elcom (nachfolgend: Vorinstanz) erheben die im Rubrum aufgeführten Kraftwerksbetreiberinnen (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) am 13. Januar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die Swissgrid AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) sei zu verpflichten, ihnen über die in der angefochtenen Verfügung zugesprochenen Beträge hinaus jeweils die Beträge zu bezahlen, die sich zusätzlich ergäben, wenn auf den SDL-Akontozahlungen bereits ab dem Zeitpunkt ihrer Entrichtung (Valutadatum) ein Verzugszins von 5 % berechnet werde, zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 28. Mai 2013 auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2009 bzw. ab dem 4. Oktober 2013 auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2010 (Antrag 1). Ausserdem seien die Gebühren des vorinstanzlichen Verfahrens in Aufhebung von Dispositivziffer 17 der angefochtenen Verfügung (vollumfänglich) der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Antrag 2).

Eventualiter beantragen sie, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihnen über die in der angesprochenen Verfügung zugesprochenen Beträge hinaus jeweils die Beträge zu bezahlen, die sich zusätzlich ergäben, wenn auf den SDL-Akontozahlungen ab dem Zeitpunkt ihrer Entrichtung (Valutadatum) bis zum 8. Juli 2010 (Datum des Urteils A-2607/2009 des Bundesverwaltungsgerichts; vgl. Bst. D) ein Bereicherungszins von 4,55 % und ab diesem Zeitpunkt ein Verzugszins von 5 % berechnet werde, zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 28. Mai 2013 auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2009 bzw. ab dem 4. Oktober 2013 auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2010 (Eventualantrag 1).

Sub-, subsub-, subsubsub- und subsubsubsubeventualiter stellen sie vier weitere Begehren, die sich vom Eventualantrag 1 im Wesentlichen dadurch unterscheiden, dass der Zeitpunkt, ab dem auf den SDL-Akontozahlungen anstelle eines Bereicherungszinses von 4,55 % ein Verzugszins von 5 % berechnet werden soll, zunehmend später eintritt (18. August 2010, 11. November 2010, 13. Januar 2011 und 11. Februar 2011; Eventualanträge 2-5).

**J.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 24. Februar 2014 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung bringt sie (teilweise implizit) vor, der Verzug der Beschwerdegegnerin sei nicht bereits im Zeitpunkt der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen und auch nicht in einem

anderen von den Beschwerdeführerinnen genannten Zeitpunkt eingetreten. Massgeblich sei vielmehr der in der angefochtenen Verfügung genannte Zeitpunkt (10. Februar 2011). Den Beschwerdeführerinnen stehe im Weiteren kein Bereicherungszins zu.

**K.**

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. März 2014, der sie eine Liste mit den Valutadaten der von den Beschwerdeführerinnen geleisteten SDL-Akontozahlungen beilegt, ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Wie die Vorinstanz ist sie der Ansicht, die von den Beschwerdeführerinnen genannten Zeitpunkte für den Eintritt des Verzugs bzw. den Beginn des Zinsenlaufs seien nicht einschlägig. Wie diese bestreitet sie zudem einen Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Bereicherungszins.

**L.**

Am 8. April 2014 bezahlt die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen die in der angefochtenen Verfügung festgesetzten Beträge, zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 28. Mai 2013 auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2009 bzw. ab dem 4. Oktober 2013 auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2010.

**M.**

Die Beschwerdeführerinnen halten in ihrer Replik vom 9. Mai 2014 an der Beschwerde fest und konkretisieren – gestützt auf die erwähnte Liste mit den Valutadaten der SDL-Akontozahlungen und unter Berücksichtigung der von der Beschwerdegegnerin am 8. April 2014 geleisteten Zahlungen – ihre Begehren (jeweils bezifferte Forderungen für die Tarifjahre 2009 und 2010, zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 8. April 2014); ausserdem äussern sie sich ergänzend.

**N.**

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Stellungnahme vom 3. Juni 2014 an ihrer Beschwerdeantwort fest und macht vereinzelte zusätzliche Bemerkungen.

**O.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 3. Juni 2014 weiterhin die Abweisung der Beschwerde und nimmt ergänzend Stellung.

**P.**

Die Beschwerdeführerinnen bekräftigen in ihren Schlussbemerkungen

vom 24. Juni 2014 ihre Begehren und äussern sich ergänzend namentlich zur Frage des Anspruchs auf Bereicherungszins.

**Q.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**Eintreten**

**1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt.

Die angefochtene Verfügung ist eine Verfügung im erwähnten Sinn und stammt von einer eidgenössischen Kommission gemäss Art. 33 Bst. f VGG; eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Der Vorinstanz kommt weiter hinsichtlich Streitigkeiten, welche die Anwendung des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) und seiner Ausführungsbestimmungen betreffen, eine umfassende Entscheidkompetenz zu (vgl. Art. 22 Abs. 1 und 2 StromVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.4 f.). Mit der angefochtenen Verfügung entschied sie über die Folgen, die daraus resultieren, dass die Beschwerdeführerinnen der Beschwerdegegnerin für die Tarifjahre 2009 und 2010 Akontozahlungen für den Anteil an den SDL-Kosten leisteten, den sie gemäss der damals geltenden verfassungs- und gesetzeswidrigen Bestimmung von aArt. 31b Abs. 2 StromVV übernehmen sollten. Sie war entsprechend zum Erlass der Verfügung befugt. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG).

**1.2** Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene

Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerinnen beteiligten sich am vorinstanzlichen Verfahren, drangen mit ihren Rechtsbegehren jedoch nur teilweise durch. Sie sind somit formell und materiell beschwert und ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

### 1.3

**1.3.1** Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das durch die angefochtene Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit es im Streit liegt. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, ansonsten sie in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8). Aus prozessökonomischen Gründen kann allerdings ausnahmsweise auf Begehren, die über den vorinstanzlichen Streitgegenstand hinausgehen, eingetreten werden, wenn sie zu diesem einen (sehr) engen Bezug haben und die Verwaltung im Laufe des Verfahrens Gelegenheit hatte, sich zur neuen Streitfrage zu äussern (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.254/2004 vom 7. Februar 2005 E. 2.3 mit Hinweisen; BVGE 2009/37 E. 1.3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-832/2014 vom 20. August 2014 E. 1.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.210).

**1.3.2** Vorliegend ist – auch wenn die Beschwerdeführerinnen in ihrem Subsubsubeventualbegehren (Eventualantrag 5) versehentlich vom 11. Februar 2011 ausgehen – unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin auf den Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerinnen ab dem von der Vorinstanz für den Verzugseintritt als massgeblich erachteten Zeitpunkt, d.h. dem 10. Februar 2011, einen Verzugszins von 5 % zu entrichten hatte. Streitig ist jedoch einerseits, ob der Verzug bereits mit der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen eintrat und die Beschwerdegegnerin daher ab diesem Zeitpunkt bis zu dem von der Vorinstanz für den Verzugseintritt als massgeblich erachteten späteren Zeitpunkt zusätzliche Verzugszinsen zu bezahlen hat (vgl. Antrag 1). Umstritten ist andererseits, ob die Beschwerdeführerinnen für den Fall, dass dies zu verneinen ist, ab der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen bis zum – ebenfalls streitigen – massgeblichen späteren Zeitpunkt des Verzugseintritts Anspruch auf Bereicherungszins haben (vgl. die verschiedenen Eventualanträge). Streitig ist zudem die Verlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Antrag 2).

**1.3.3** Während die Beschwerdeführerinnen mit Antrag 1 nicht über den Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens hinausgehen, da sie bereits dort Verzugszins ab Entrichtung der SDL-Akontozahlungen geltend machten, und die mit Antrag 2 geforderte Kostenverlegung der vor der Vorinstanz verlangten entspricht, beantragen sie Bereicherungszins erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Auf dieses Begehren müsste somit im Prinzip nicht eingetreten werden, zumal es sich hinsichtlich der tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen vom Begehren auf zusätzlichen Verzugszins unterscheidet. Es hat allerdings einen engen Bezug zu diesem Begehren und damit zum Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens. Die Vorinstanz konnte sich im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zudem dazu äussern, ebenso die Beschwerdegegnerin. Da Erstere in ihren Stellungnahmen einen Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Bereicherungszins verneint, sprechen weiter auch prozessökonomische Gründe für ein ausnahmsweises Eintreten auf dieses Begehren. Die Frage braucht letztlich jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden, wäre das Begehren doch – wenn darauf eingetreten werden dürfte – abzuweisen (vgl. E. 13).

**1.4** Die Beschwerde wurde im Weiteren frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), weshalb – unter Vorbehalt der vorstehenden Ausführungen (vgl. E. 1.3.3) – darauf einzutreten ist.

## **Kognition**

### **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – grundsätzlich – Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG). Soweit es um Verfügungen der Vorinstanz geht, ist allerdings zu beachten, dass diese keine gewöhnliche Vollzugsbehörde ist, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Verfügungen, befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf die Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Die Vorinstanz amtiert sodann in einem höchst technischen Bereich, in dem sowohl Fachfragen im Bereich der Stromversorgung als auch solche mit ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Dabei steht ihr – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches

"technisches Ermessen" zu. Bei der Beurteilung ausgesprochener Fachfragen darf ihr daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 133 II 35 E. 3; 132 II 257 E. 3.2; 131 II 13 E. 3.4; 131 II 680 E. 2.3.2; BVGE 2009/35 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-549/2013 vom 4. August 2014 E. 2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.154 ff.).

### **Rechtliches Gehör**

#### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen in formeller Hinsicht vor, die Vorinstanz habe ihr Recht auf Orientierung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör verletzt, weshalb die angefochtene Verfügung bereits aus formellen Gründen aufzuheben sei. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 habe sie ihnen unter anderem zwei Briefe der Beschwerdegegnerin vom 11. November 2010 und 9. Februar 2011 an die Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG zugestellt und dazu ausgeführt, gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin hätten sie identische Briefe erhalten. Das Schreiben habe keinerlei Hinweise enthalten, inwiefern die beiden Briefe als weitere Sachverhaltsgrundlage für die rechtliche Beurteilung relevant seien. Auch sonst hätten sich in den Akten keinerlei Anhaltspunkte dafür gefunden, dass die Vorinstanz diese Briefe zur Bestimmung des Zinsenlaufs heranziehen und letztlich auf den Brief vom 9. Februar 2011 als Verzugszins auslösendes Ereignis abstellen würde. Solches sei während der gesamten Verfahrensdauer auch nie zur Diskussion gestanden. Es sei für sie deshalb nicht erkennbar gewesen, dass den Briefen entscheidrelevante Bedeutung zukomme. Sie hätten sich daher auch nicht rechtsgenügend zu diesen Sachverhaltselementen äussern können. Insbesondere sei es ihnen nicht möglich gewesen, den entscheidrelevanten Sachverhalt zu ergänzen.

**3.2** Die Vorinstanz verneint eine Gehörsverletzung. Sie macht geltend, sie habe die Beschwerdeführerinnen vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung zwar nicht explizit darauf hingewiesen, dass sie den Brief der Beschwerdegegnerin vom 9. Februar 2011 an die Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG, der identisch an die weiteren betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen gegangen sei, für den Beginn des Zinsenlaufs als massgeblich erachte. Da sie den Brief zu den Verfahrensakten genommen und den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen dies mit Schreiben vom

23. Oktober 2013 mitgeteilt habe, hätten diese jedoch davon ausgehen müssen, sie betrachte ihn bzw. dessen Inhalt als entscheidrelevant. Sie hätten somit die Möglichkeit gehabt, sich vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung dazu zu äussern. Wie der Inhalt des Briefs zu würdigen sei, sei im Übrigen eine Rechts-, nicht eine Tatfrage. Die Beschwerdeführerinnen hätten insoweit daher nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Anspruch auf vorgängige Anhörung gehabt.

### 3.3

**3.3.1** Das im VwVG nicht ausdrücklich erwähnte Recht auf Orientierung als Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV) bezieht sich zur Hauptsache auf jene Informationspflichten der Behörden, die den Beteiligten die Wahrnehmung ihrer Äusserungs- und Mitwirkungsrechte erst ermöglichen (vgl. KÖLZ/HÄNER/ BERTSCH, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 491). Es umfasst unter anderem das Recht, über den Umfang und die Tragweite der vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung informiert zu werden, und in diesem Zusammenhang insbesondere den Anspruch, grundsätzlich über neu beigezogene, neu bestellte oder neu hinzugekommene entscheiderehebliche Beweismittel in Kenntnis gesetzt zu werden (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: *Praxiskommentar zum VwVG*, 2009, nachfolgend: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 29 N. 75).

**3.3.2** Die Vorinstanz teilte den Beschwerdeführerinnen im Schreiben vom 23. Oktober 2013 zwar nicht ausdrücklich mit, sie erachte den Inhalt der zu den Verfahrensakten genommenen Briefe der Beschwerdegegnerin vom 11. November 2010 und 9. Februar 2011 an die Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG bzw. die Zustellung identischer Briefe an sie als (potentiell) entscheidrelevant. Aus dem Schreiben ging indes hervor, dass sie die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Ermittlung des rechtlich relevanten Sachverhalts am 8. Oktober 2013 in E-Mails, die dem Schreiben beigelegt waren, um eine Bestätigung ersuchte, identische Briefe auch den übrigen betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen zugestellt zu haben. Dieses Ersuchen sowie der Umstand, dass sie in der Folge sowohl die E-Mail mit der entsprechenden Bestätigung der Beschwerdegegnerin als auch die beiden Briefe zu den Verfahrensakten nahm und in ihrem Schreiben ausdrücklich darauf hinwies, legten nahe, sie qualifiziere den Inhalt dieser Briefe bzw. die Zustellung identischer Briefe an die Beschwerdeführerinnen als (potentiell) entscheidrelevant. Diesen musste daher aufgrund des Schreibens auch ohne entsprechenden ausdrücklichen Hinweis klar sein, dass es sich

bei den beiden neu zu den Verfahrensakten genommenen Briefen – wie auch der E-Mail mit der Bestätigung der Beschwerdegegnerin – nach Ansicht der Vorinstanz um (potentiell) entscheidenerhebliche Dokumente bzw. Beweismittel handelte. Dies gilt umso mehr, als sie anwaltlich vertreten waren.

Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz sie in diesem Schreiben lediglich hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin eingereichten und zu den Verfahrensakten genommenen Datenmaterials ausdrücklich zur Stellungnahme aufforderte. Diese Aufforderung war, wie aus dem Schreiben hervorgeht, darauf zurückzuführen, dass sie ihre Rückerstattungsforderungen nicht belegt hatten und die Vorinstanz insoweit daher auf dieses Datenmaterial abzustellen beabsichtigte. Dass sie die neu zu den Verfahrensakten genommenen Unterlagen bzw. Dokumente ansonsten nicht als entscheidungsrelevant qualifizierte, ergibt sich aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Aufforderung zur Stellungnahme zu den beiden Briefen bzw. zur Bestätigung der Beschwerdegegnerin daher nicht.

**3.3.3** Die Beschwerdeführerinnen waren somit aufgrund des Schreibens der Vorinstanz vom 23. Oktober 2013 ausreichend über die neu zu den Akten genommenen (potentiell) entscheidenerheblichen Dokumente bzw. Beweismittel informiert. Sie hätten sich entsprechend – sofern erforderlich – über die mögliche rechtliche Relevanz des Inhalts der beiden Briefe bzw. der Zustellung identischer Briefe an sie kundig machen und sich dazu wie auch zu allfälligen in diesem Zusammenhang bestehenden tatsächlichen Fragen gegenüber der Vorinstanz noch vor Erlass der angefochtenen Verfügung von sich aus äussern können. Es kann daher nicht gesagt werden, die Vorinstanz sei ihrer Orientierungspflicht nicht nachgekommen bzw. habe das Recht auf Orientierung der Beschwerdeführerinnen und damit deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

### **Natur des Rechtsverhältnisses**

#### **4.**

Wie erwähnt (vgl. E. 1.3.2), ist vorliegend einerseits streitig, ob der Verzug bereits mit der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen eintrat und die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen daher ab diesem Zeitpunkt bis zu dem von der Vorinstanz für den Verzugseintritt als massgeblich erachteten späteren Zeitpunkt zusätzliche Verzugszinsen zu bezahlen hat (vgl. Antrag 1). Andererseits ist umstritten, ob die Beschwerdeführerinnen für den Fall, dass dies zu verneinen ist, ab der Entrichtung

der Akontozahlungen bis zum – ebenfalls streitigen – massgeblichen späteren Zeitpunkt des Verzugseintritts Anspruch auf Bereicherungszins haben (vgl. die verschiedenen Eventualanträge). Streitig ist zudem die Verlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Antrag 2). Nachfolgend wird zunächst die erste Frage (vgl. E. 5 ff.), anschliessend die zweite (vgl. E. 10 ff.) und schliesslich die dritte geprüft (vgl. E. 14). Vorab ist an dieser Stelle auf die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses einzugehen, welches zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Beiträge an die SDL-Kosten nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV bzw. der entsprechenden Akontozahlungen bestand.

**4.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zum Verhältnis zwischen Kraftwerkbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, die SDL-Akontozahlungen leisteten, und der Beschwerdegegnerin bereits im Urteil A-3305/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012 (teilweise abgedruckt in BVGE 2013/13) geäussert, jedoch bloss in allgemeiner Weise. Aus diesen allgemeinen Äusserungen geht nicht hervor, welche Rechtsbeziehungen zwischen diesen Kraftwerkbetreiberinnen und der Beschwerdegegnerin im hier massgeblichen Zeitraum konkret existierten. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht hingegen die massgebliche Ausgabe des Marktmodells für elektrische Energie – Schweiz (MMEE) (vgl. Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Marktmodell für die elektrische Energie – Schweiz [MMEE], Ausgabe 2009, S. 8 ff.).

**4.2** Aus diesem Dokument ist ersichtlich, dass zwischen den Kraftwerkbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, die an die Netzebene 1 (Übertragungsnetz) angeschlossen waren, und der Beschwerdegegnerin mehrere, unterschiedliche Gegenstände betreffende Vertragsbeziehungen bestanden. Zusätzlich existierte die hier interessierende Beziehung betreffend den Anteil an den SDL-Kosten nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV bzw. die entsprechenden Akontozahlungen. Diese unterschied sich von den Vertragsbeziehungen zum einen dadurch, dass sie keinen Austausch von Leistungen zum Gegenstand hatte, sondern eine einseitig von den erwähnten Kraftwerkbetreiberinnen zu erbringende Leistung bzw. entsprechende Akontozahlungen. Zum anderen basierte sie nicht auf einer Vereinbarung. Die grundsätzliche Pflicht zur Entrichtung der Akontozahlungen wie auch deren Höhe ergaben sich vielmehr aus aArt. 31b Abs. 2 StromVV in Verbindung mit den Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010; die grundsätzliche Pflicht zur Leistung der definitiven SDL-

Beiträge und deren Höhe wiederum wären aus dieser Verordnungsbestimmung in Verbindung mit der Genehmigungsverfügung der Vorinstanz vom 14. April 2011 (Tarifjahr 2009) bzw. einer entsprechenden Genehmigungsverfügung für das Tarifjahr 2010 resultiert.

Zwischen den erwähnten Kraftwerksbetreiberinnen und der Beschwerdegegnerin bestand insoweit somit keine vertragliche Geschäftsbeziehung, sondern ein durch die genannten öffentlich-rechtlichen Vorgaben determiniertes Schuldverhältnis. Dies gilt auch bezüglich der Kraftwerksbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, die nicht dem Übertragungsnetz, sondern einer tieferen Netzebene angeschlossen waren. Das MMEE, Ausgabe 2009, wies das Verhältnis entsprechend in beiden Fällen nicht als Vertrags-, sondern als "Verrechnungs-" Verhältnis aus (vgl. S. 9).

**4.3** Aus der Rechtsnatur dieses Verhältnisses folgt zwar, dass es klar von den erwähnten vertraglichen Geschäftsbeziehungen zwischen den betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen und der Beschwerdegegnerin zu unterscheiden ist und daher namentlich nicht einfach den für diese Beziehungen geltenden vertraglichen Regeln unterstellt werden darf. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich daraus hingegen nicht, dass es als abgaberechtlich zu qualifizieren ist. Die von den vertraglichen Geschäftsbeziehungen abweichende Rechtsnatur resultierte daraus, dass der Verordnungsgeber einen Aspekt des umfassenderen Rechtsverhältnisses zwischen den betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen und der Beschwerdegegnerin selbst regelte. Diese punktuelle Regelung änderte indes nichts daran, dass die Beschwerdegegnerin auch in dieser Hinsicht gegenüber den betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen nicht zu hoheitlichem Handeln befugt war und keine Verfügungskompetenz hatte, sondern ihnen vielmehr als gleichrangige Akteurin gegenüberstand, die aus den erwähnten öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht nur berechtigt, sondern wie sie auch daran gebunden war. Ihre Stellung war somit nicht mit der einer Steuer- oder Veranlagungsbehörde vergleichbar, die dem Steuer- oder Abgabepflichtigen hoheitlich gegenübertritt und dessen Leistungspflicht mittels Verfügung festsetzt.

Es kann deshalb offen bleiben, ob – was zwischen den Parteien streitig ist – das Verhältnis zwischen den betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der regulierten Frage der (vermeintlichen) Beitragspflicht nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV bzw. der entsprechenden Akontozahlungen als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Auch wenn dem so wäre, wären die rechtsgrundlos erbrachten SDL-Akontozahlungen

wegen der rechtlichen Stellung der Beschwerdegegnerin nicht mit entsprechenden Leistungen an eine Steuer- oder Veranlagungsbehörde vergleichbar. Sie könnten daher auch nicht den für derartige Leistungen allenfalls geltenden besonderen Regeln unterstellt werden (vgl. E. 9.4.2). Eine Klärung der Frage ist zudem auch wegen des Begehrens auf Zusprechung von Bereicherungszins nicht erforderlich (vgl. E. 13.5.1).

### **Zusätzlicher Verzugszins (Antrag 1)**

#### **5.**

Die Beschwerdeführerinnen bringen im Zusammenhang mit ihrem Begehren auf zusätzlichen Verzugszins (vgl. Antrag 1) mehrere Gründe vor, wieso der Verzug bereits mit der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen eingetreten sei (vgl. dazu nachfolgend E. 6 ff.). Soweit sie sich dabei nicht auf besondere Regeln berufen, gehen sie mit der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz zu Recht davon aus, zur Bestimmung des Zeitpunkts des Verzugseintritts sei mangels einer Regelung im Stromversorgungsrecht grundsätzlich auf die Kriterien von Art. 102 OR abzustellen (entweder direkt [bei einer Qualifikation der Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerinnen als privatrechtlich] oder unter Heranziehung dieser Kriterien im öffentlichen Recht [bei einer Qualifikation dieser Forderungen als öffentlich-rechtlich]; vgl. BGE 127 V 377 E. 5e/bb; Urteil des Bundesgerichts 9C\_66/2012 vom 25. Juni 2012 E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.5.3 m.w.H. und A-2619/2009 vom 29. November 2011 E. 5). Nachfolgend ist daher vorab auf diese Bestimmung einzugehen.

**5.1** Nach Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner einer fälligen Verbindlichkeit grundsätzlich durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Unter Mahnung wird dabei die an den Schuldner gerichtete, empfangsbedürftige Erklärung des Gläubigers verstanden, mit der dieser in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung fordert. Aus der Erklärung muss für den Schuldner nicht nur klar hervorgehen, dass der Gläubiger die Leistung endgültig verlangt; sie muss vielmehr auch die zu erbringende Leistung so genau bezeichnen, dass er erkennt, was der Gläubiger fordert. Geht es um eine Geldforderung, ist deren Höhe in der Regel zu beziffern. Auf eine Bezifferung in der Mahnung selbst kann aber verzichtet werden, wenn auf eine früher zugestellte Rechnung verwiesen wird, die den Betrag nennt, oder wenn die genaue Höhe der fälligen Geldforderung noch nicht feststeht (vgl. zum Ganzen BGE 129 III 535 E. 3.2.2; WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar OR I, 5. Aufl. 2011, nachfolgend: BSK OR

I, Art. 102 N. 5 und 7 m.w.H.; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Orell Füssli Kommentar OR, 2. Aufl. 2009, Art. 102 N. 3 f.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, Rz. 65.08 f.).

**5.2** Wurde für die Erfüllung der Forderung ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, gerät der Schuldner auch ohne Mahnung des Gläubigers mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung ist in diesen Fällen entbehrlich, weil sich der Schuldner ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein muss, wann er seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat. Dies gilt im ersten Fall allerdings nur, wenn das genaue Datum des Verfalltags in der Vereinbarung genannt wird oder der Schuldner die Möglichkeit hat, es aus der Vereinbarung zu ermitteln (vgl. zum Ganzen BGE 116 II 441 E. 2a; Urteile des Bundesgerichts 5C.97/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.3.1, 5C.177/2005 vom 25. Februar 2006 E.6.1 und 4C.245/2004 vom 12. November 2004 E. 2.5; WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N. 10 m.w.H.; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., Art. 102 N. 3 und 8; SCHWENZER, a.a.O., Rz. 65.10 f.).

**5.3** Neben den vorstehend genannten Fällen kann namentlich – in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR – von einer Mahnung abgesehen werden, wenn der Schuldner unmissverständlich erklärt, er werde nicht leisten, und sich eine Mahnung deshalb als überflüssig erweisen würde. Der Eintritt des Verzugs ergibt sich in diesem Fall aus der ratio legis und dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. zum Ganzen BGE 97 II 58 E. 5; 94 II 26 E. 3a; WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N. 11 m.w.H.; SCHWENZER, a.a.O., Rz. 65.13; ausserdem die Hinweise in E. 11.3.1).

## 6.

**6.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen zugunsten eines Verzugseintritts im Zeitpunkt der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen als Erstes vor, die Beschwerdegegnerin habe auf diese Zahlungen die Verfalltagsgeschäfts-Regeln gemäss ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und ihren Rahmenverträgen angewandt, was sie durch widerspruchslose Entgegennahme der entsprechenden Rechnungen akzeptiert hätten. Gemäss den allgemeinen vertraglichen Grundsätzen seien diese Regeln nicht nur für sie verbindlich gewesen, sondern auch für die Beschwerdegegnerin. Sie hätten daher auch für die Rückerstattung der zu

Unrecht erbrachten SDL-Akontozahlungen gegolten, weshalb diesbezüglich von einem vertraglich vereinbarten Verfalltagsgeschäft auszugehen sei.

**6.2** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie sei gemäss aArt. 31b StromVV in Verbindung mit den Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 verpflichtet gewesen, die SDL-Akontozahlungen in Rechnung zu stellen, und habe weder von der Ordnungsbestimmung noch den beiden Verfügungen abweichen können. Zwischen ihr und den Beschwerdeführerinnen sei daher weder über die Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen noch über ein Verfalltagsgeschäft eine Vereinbarung zustande gekommen.

**6.3** Die Vorinstanz bringt vor, zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin seien weder hinsichtlich der Zahlung der SDL-Akontorechnungen noch bezüglich der Rückerstattung der Akontozahlungen Verfalltagsgeschäfte vereinbart worden. Wie sie bereits in der angefochtenen Verfügung ausgeführt habe, seien die AGB der Beschwerdegegnerin über die Nutzung des Übertragungsnetzes nicht anwendbar; Gleiches gelte für den Rahmenvertrag zur Lieferung von Primärregelleistung.

#### **6.4**

**6.4.1** Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 4.2. f.), war das Rechtsverhältnis zwischen den Kraftwerksbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Beiträge an die SDL-Kosten bzw. der entsprechenden Akontozahlungen klar von den übrigen Beziehungen zwischen diesen Parteien zu unterscheiden. Insbesondere beruhte es abweichend davon nicht auf einer vertraglichen Grundlage und hatte es keinen Austausch von Leistungen zum Gegenstand. Es kann daher nicht einfach den für diese Beziehungen geltenden vertraglichen Regeln unterstellt werden (vgl. E. 4.3). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies im Grundsatz zwar nicht. Sie versuchen aber, eine auf die Frage des Zeitpunkts des Verzugseintritts beschränkte Vereinbarung über die Anwendbarkeit der für die vertraglichen Geschäftsbeziehungen geltenden Regeln zu konstruieren, und zwar sowohl hinsichtlich der SDL-Akontorechnungen als auch – offenbar abgeleitet davon – bezüglich der Rückerstattungsforderungen. Dies vermag nicht zu überzeugen.

Zum einen ist nicht ersichtlich, dass zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin ein tatsächlicher Konsens über die Anwendung der für die vertraglichen Geschäftsbeziehungen geltenden Verfalltagsgeschäfts-Regeln auf die SDL-Akontorechnungen bzw. auf allfällige Rückerstattungsforderungen zustande kam. Zum anderen ist die Annahme eines entsprechenden normativen Konsenses mit der erwähnten Rechtsnatur des Verhältnisses nicht vereinbar. Diese spricht vielmehr gerade gegen die Heranziehung der für die vertraglichen Geschäftsbeziehungen geltenden Regeln und damit auch gegen die Heranziehung der entsprechenden Verfalltagsgeschäfts-Regeln. Es geht denn entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen aus den Akten auch nicht hervor bzw. ist nicht erstellt, dass die Beschwerdegegnerin von der Geltung dieser Regeln für die Rechnungsstellung für die SDL-Akontozahlungen von Kraftwerksbetreiberinnen im erwähnten Sinn ausging oder sie in einem konkreten Fall auf diese Rechnungen anwandte.

**6.4.2** Die erwähnten Verfalltagsgeschäfts-Regeln betreffen im Weiteren, soweit sie nicht ohnehin separat vereinbarte Termine voraussetzen, Forderungen, die (von der Beschwerdegegnerin) in Rechnung gestellt werden. Es ist daher nicht ersichtlich, wieso sie auf die Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerinnen, für die kein separater Zahlungstermin vereinbart wurde und für welche diese auch nicht Rechnung stellten, anwendbar sein sollten. Nicht nachvollziehbar ist zudem, wieso sich aus diesen Regeln ergeben sollte, die Beschwerdegegnerin sei bereits im Zeitpunkt der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen, mithin in einem Zeitpunkt, der in diesen Regeln gar nicht vorgesehen ist, in Verzug geraten. Selbst wenn angenommen würde, die Parteien hätten sich auf die Anwendung der für die vertraglichen Beziehungen geltenden Verfalltagsgeschäfts-Regeln geeinigt, könnte dieser Zeitpunkt demnach nicht als vereinbarter Verfalltag gelten. Das entsprechende Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich daher auch insoweit als unzutreffend.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerinnen berufen sich zugunsten des Verzugseintritts im Zeitpunkt der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen weiter auf Art. 7 KG (SR 251). Danach verhalten sich marktbeherrschende

Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Abs. 1). Als unzulässige Verhaltensweise fällt dabei namentlich die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Abs. 2 Bst. c).

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen handelt die Beschwerdegegnerin insoweit missbräuchlich und ausbeuterisch bzw. will sie insoweit unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 KG erzwingen, als sie als marktbeherrschendes Unternehmen auf die SDL-Akontorechnungen ihre allgemeinen Verfalltagsgeschäfts-Regeln angewandt habe, diese bezüglich der Rückerstattungsforderungen jedoch einseitig zu ihren Gunsten nicht gelten lassen wolle. Aus dem Kartellrecht ergebe sich demzufolge, dass sie diese Regeln auch gegen sich und damit hinsichtlich der Rückerstattungsforderungen gelten lassen und entsprechend die SDL-Akontozahlungen ab deren Entrichtung verzinsen müsse. Solches ergebe sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV.

**7.2** Die Beschwerdegegnerin bringt namentlich vor, die allgemeinen Regeln, die in den vertraglichen Beziehungen zwischen ihr und den Beschwerdeführerinnen gälten, seien auf die SDL-Akontozahlungen nicht anwendbar gewesen, da für eine vertragliche Beziehung in dieser Hinsicht kein Raum bestanden habe (vgl. E. 6.2). Mangels einer derartigen Beziehung komme das KG nicht zur Anwendung. Sollte dieses wider Erwarten doch anwendbar sein, fehlte es an einem missbräuchlichen Verhalten ihrerseits, sei doch keine Benachteiligung der Marktgegenseite ersichtlich bzw. liege kein wettbewerbsrelevanter Sachverhalt im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vor. Ebenso wenig bestehe eine Situation im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, da diese Bestimmung eine hier nicht vorliegende offensichtliche Ausbeutung verhindern wolle.

**7.3** Die Vorinstanz macht geltend, es könne offen bleiben, ob das KG zur Anwendung komme, sei sie doch als Behördenkommission des Bundes und Aufsichtsbehörde über die Einhaltung der Stromversorgungsgesetzgebung nicht befugt, im Bereich des Privatrechts neue kartellrechtskonforme Vertragsbestimmungen zu schaffen, wie dies die Beschwerdeführerinnen verlangten. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG setze als Missbrauchstatbestand im Weiteren unter anderem ein ausbeuterisches Verhalten voraus. Inwiefern ein solches vorliege, wenn für den Beginn des Verzugszinsenlaufs nach

den geltenden obligationenrechtlichen Regeln auf ein den Verzug auslösendes Ereignis und nicht auf die Zahlung unter Vorbehalt abgestellt werde, sei nicht ersichtlich.

## 7.4

**7.4.1** Wie dargelegt (vgl. E. 6.4.1), einigten sich die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerin weder hinsichtlich der SDL-Akontozahlungen noch bezüglich allfälliger Rückerstattungsforderungen auf die Anwendung der im Rahmen der vertraglichen Beziehungen geltenden Verfalltagsgeschäfts-Regeln. Es kann daher nicht gesagt werden, die Beschwerdegegnerin habe den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung einseitig zu ihren Gunsten nur hinsichtlich der SDL-Akontozahlungen durchgesetzt. Aus den Akten ist weiter nicht ersichtlich und kann entsprechend auch nicht als erstellt gelten, dass sie von der Geltung dieser Regeln für die Rechnungsstellung für die SDL-Akontozahlungen ausging oder sie in einem konkreten Fall darauf anwandte. Es kann ihr daher auch nicht vorgeworfen werden, sie habe diese Regeln einseitig zu ihren Gunsten für sich in Anspruch genommen, wolle sie für die Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerinnen nunmehr jedoch nicht gelten lassen. Ihr Standpunkt, diese Regeln fänden auf diese Forderungen keine Anwendung, kann demnach bereits aus diesem Grund nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bzw. als auf die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gerichtet qualifiziert werden. Auch kann bereits aus diesem Grund nicht gesagt werden, er verletze den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV.

**7.4.2** Nicht ersichtlich bzw. nicht nachvollziehbar ist sodann, wieso die Verfalltagsgeschäfts-Regeln auf die Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerinnen anwendbar sein sollten bzw. wieso sich daraus ergeben sollte, die Beschwerdegegnerin sei bereits im Zeitpunkt der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen durch die Beschwerdeführerinnen in Verzug geraten (vgl. E. 6.4.2). Selbst wenn angenommen würde, die Beschwerdegegnerin habe diese Regeln für sich in Anspruch genommen und handle kartellrechts- und treuwidrig, wenn sie sie nicht auch gegen sich gelten lasse, ergäbe sich daraus daher nicht, dass die SDL-Akontozahlungen ab dem Zeitpunkt ihrer Entrichtung zu verzinsen wären. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich somit auch insoweit als unzutreffend, weshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

## **8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerinnen berufen sich zugunsten des Verzugseintritts im Zeitpunkt der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen ausserdem auf eine analoge Anwendung der steuerrechtlichen Prinzipien betreffend die Rückerstattung zu viel bezahlter Beträge, wie sie exemplarisch aus Art. 5 der Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 10. Dezember 1992 über die Fälligkeit und Verzinsung der direkten Bundessteuer (SR 642.124; nachfolgend: FVV) hervorgingen. Die Spezialregelung des Bundessteuerrechts stelle zwar keinen allgemeingültigen öffentlich-rechtlichen Grundsatz auf. Sie zeige jedoch, dass im öffentlichen Recht zu viel bezahlte Beträge mit Verzugszins zurückzuerstatten seien und der Zins ab Zahlungseingang bei der Behörde geschuldet sei. Eine analoge Heranziehung der steuerrechtlichen Prinzipien auf den vorliegenden Fall sei insbesondere aufgrund der konzeptionellen Ähnlichkeit der beiden Konstellationen angezeigt. Sowohl im Steuerrecht als auch bei den Beiträgen an die SDL-Kosten sei es systemimmanent, dass es zu Rückzahlungen oder zusätzlichen Forderungen komme, da eine definitive Abrechnung erst nach Abschluss des Steuer- bzw. Tarifjahrs erfolge.

**8.2** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, aus der Spezialregelung des Bundessteuerrechts könne kein allgemeingültiger öffentlich-rechtlicher Grundsatz abgeleitet werden. Im Steuerrecht sei es systemimmanent, dass sich zwischen der provisorischen und der definitiven Veranlagungsverfügung Differenzen ergäben, die nachträglich auszugleichen seien. Dem Steuerpflichtigen zurückerstattete Beträge würden nach Art. 168 Abs. 2 DBG (SR 642.11) ab dem Zeitpunkt ihrer Zahlung verzinst, sofern seit dieser mehr als 30 Tage vergangen seien. Der Gesetzgeber habe somit bewusst darauf verzichtet, hinsichtlich der Zinspflicht des Staates auf eine Mahnung oder ein anderes den Zinsenlauf auslösendes Ereignis abzustellen. Vorausgesetzt sei stattdessen, dass aufgrund einer definitiven oder provisorischen Steuerrechnung ein Zahlungszwang bestanden habe und bei verspätetem Zahlungseingang ein Verzugszins erhoben worden wäre. Art. 5 FVV betreffe demnach gerade keine Verzugszinskonstellation, weshalb darin konsequenterweise auch nicht von "Verzugszins", sondern ausdrücklich von "Rückerstattungszins" die Rede sei. Diese sehr spezifische Bestimmung sei bewusst für steuerrechtliche Konstellationen geschaffen worden; auf andere Normenbereiche könne sie hingegen nicht angewandt werden.

## **8.3**

**8.3.1** Gemäss dem Recht der direkten Bundessteuer hat die steuerpflichtige Person auf Beträgen, die sie nicht fristgemäss entrichtet, einen Verzugszins zu bezahlen (vgl. Art. 164 Abs. 1 DBG; Art. 3 FVV). Dies gilt namentlich, wenn sie (provisorische oder definitive) Steuerrechnungen nicht innert 30 Tagen seit deren Zustellung bezahlt (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a FVV). Im Gegenzug hat sie Anrecht auf eine Verzinsung von Beträgen, die ihr zurückzuerstatten sind, weil sich deren Bezahlung als nicht gerechtfertigt erweist. Dies gilt zum einen für Beträge, die wegen des Bezugssystems zu viel bezahlt wurden – etwa weil beim provisorischen Bezug von einem zu hohen mutmasslichen Steuerbetrag ausgegangen wurde oder weil die definitive Steuerrechnung einen Betrag nannte, der mit einem Rechtsmittelentscheid herabgesetzt wurde –, und zum anderen für Beträge, die rechtskräftig veranlagt wurden, jedoch nicht geschuldet waren (vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, Art. 162 N. 12). Während Art. 162 Abs. 3 DBG für erstere Beträge festhält, das EFD bestimme, inwieweit sie verzinst werden, sind letztere Beträge nach Art. 168 Abs. 2 DBG vom Zeitpunkt ihrer Zahlung an zu einem vom EFD festzusetzenden Zinssatz zu verzinsen, wenn seit dieser mehr als 30 Tage vergangen sind. Das EFD hat die Frage in Art. 5 FVV (weiter) geregelt. Danach wird auf Beträgen, die wegen der nachträglichen Herabsetzung der definitiven oder provisorischen Steuerrechnung zurückzuerstatten sind, der "Rückerstattungszins" gewährt (Abs. 1). Der Zinssatz entspricht dabei dem Verzugszinssatz nach Art. 3 Absatz 2 FVV (Abs. 2), mithin jenem Zinssatz, den das EFD für jedes Kalenderjahr festsetzt.

**8.3.2** Obschon in Art. 5 FVV abweichend von Art. 163 Abs. 2 DBG und Art. 4 FVV, die den "Vergütungszins" auf Zahlungen der steuerpflichtigen Person vor dem Fälligkeitstermin regeln, von "Rückerstattungszins" die Rede ist, handelt es sich auch bei diesem Zins der Sache nach um einen Vergütungszins, ist darunter doch (namentlich) auch jener Zins zu verstehen, der zugunsten einer steuerpflichtigen Person besteht, die einen Steuerbetrag zu Unrecht bezahlt hat (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_411/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.2, 2C\_410/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.2 und 2C\_191/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.3.5). Dieser Zins ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen klar vom Verzugszins zu unterscheiden. Anders als dieser ist er wirtschaftlich motiviert und setzt insbesondere keinen Verzug der Verwaltung voraus (vgl. die vorstehenden Zitate). Art. 5 FVV betrifft demnach, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, gerade keine Verzugszinssituation. Gleiches gilt für andere derartige Bestimmungen des Bundessteuerrechts. Soweit die Beschwerdeführerinnen

den Rückerstattungszins von Art. 5 FVV als Verzugszins qualifizieren und unter exemplarischem Verweis auf diese Bestimmung bzw. die "steuerrechtlichen Prinzipien" betreffend die Rückerstattung zu viel bezahlter Beträge geltend machen, der Lauf der Verzugszinsen habe im Zeitpunkt der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen begonnen, erweist sich dies daher von vornherein als unzutreffend.

## **9.**

**9.1** Die Beschwerdeführerinnen machen zugunsten des Verzugseintritts im Zeitpunkt der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen schliesslich geltend, das Bundesgericht habe in einem Fall, in dem der Betroffene eine Abgabeforderung bezahlt, gleichzeitig jedoch berechtigterweise die Richtigkeit der Veranlagung bestritten und sich das Recht vorbehalten habe, den zu viel bezahlten Betrag zurückzufordern, festgestellt, dieses Vorgehen könne als Mahnung betrachtet werden, die das Gemeinwesen in Verzug gesetzt habe (vgl. BGE 95 I 258 E. 3). Angesichts dieser Rechtsprechung seien die Vorbehalte, die sie mit den SDL-Akontozahlungen verbunden habe, als Mahnungen zu qualifizieren. Dafür spreche insbesondere auch der Umstand, dass sich ihre Situation gleich präsentiert habe, wie wenn die Vorinstanz selbst die SDL-Akontorechnungen gestellt hätte, eigentliche Mahnschreiben sich mithin nicht aufgedrängt hätten, da der im Subordinationsverhältnis stehende Rechtsunterworfenen der Behörde üblicherweise keine solchen Schreiben zustelle, sondern deren Zinspflicht – wie dies im Abgaberecht gesetzlich vorgesehen sei – automatisch mit der Leistung der geforderten, aber nicht geschuldeten Abgabe ausgelöst werde.

**9.2** Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die Beschwerdeführerinnen könnten aus BGE 95 I 258 nichts zu ihren Gunsten ableiten, da der vorliegende Sachverhalt anders gelagert sei. Zunächst sei sie hinsichtlich der Rechnungsstellung für die SDL-Akontozahlungen nicht verfügungsbefugt gewesen und habe diesbezüglich auch keinen Handlungsspielraum gehabt; vielmehr habe sie die Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 vollzogen. Weiter gehe es nicht um die Höhe der zu tragenden SDL-Kosten, sondern um die Kostentragungspflicht als solche. Schliesslich seien den betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen mit den SDL-Akontorechnungen nicht die (vermeintlichen) definitiven SDL-Kostenbeiträge in Rechnung gestellt worden.

**9.3** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, der von den Beschwerdeführerinnen zitierte Bundesgerichtsentscheid sei vor über 40 Jahren ergangen. Es handle sich um einen Einzelfallentscheid in einem spezifischen Normenbereich, der vom Bundesgericht für andere Bereiche bislang nicht bestätigt worden sei. Eine konstante und fortwährende bundesgerichtliche Praxis, die den Beginn des Zinsenlaufs in einer Konstellation wie der vorliegenden im Sinne der Beschwerdeführerinnen festlege, bestehe somit nicht. Eine Mahnung setze im Weiteren eine unmissverständliche Erklärung des Gläubigers an den Schuldner voraus, worin dieser die unverzügliche Erfüllung verlange. Eine Zahlung unter Vorbehalt könne nicht so gedeutet werden, dass der Gläubiger den entsprechenden Geldbetrag in dem Moment, in dem er die Zahlung vornehme, vom Schuldner zurückverlange. Werde ein Geldbetrag unter Vorbehalt bezahlt, sei vielmehr gerade ungewiss, ob der Leistende zu einem späteren Zeitpunkt die Rückerstattung verlangen werde. Eine Zahlung, bei der sich der Leistende ausdrücklich eine spätere Rückerstattung vorbehalte, könne daher nicht als Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR interpretiert werden.

#### **9.4**

**9.4.1** Der von den Parteien erwähnte BGE 95 I 258 betrifft den Fall eines Ersatzpflichtigen, der den von der zuständigen Behörde festgesetzten Militärflichtersatz bezahlte, um einen Auslandurlaub zu erwirken, die Richtigkeit der Veranlagung jedoch berechtigterweise bestritt und sich das Recht vorbehielt, den zu viel bezahlten Betrag zurückzufordern. Das Bundesgericht führte dazu aus, in diesem Vorgehen "[könne] eine gültige 'Mahnung' erblickt werden, welche das Gemeinwesen in Verzug setzte" (vgl. E. 3 des Urteils). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, bestätigte es diesen Entscheid in der Folge allerdings nicht. In einem späteren Urteil aus dem Jahre 1983 verwies es für die Frage, ob bei einer derartigen Konstellation von einem Verzug auszugehen sei, überdies auf seine Ausführungen zum Vergütungszins in diesem Urteil sowie auf einen weiteren Entscheid (BGE 108 Ib 12 E. 3), in dem es der beschwerdeführenden Person in analoger Anwendung der massgeblichen abgaberechtlichen Bestimmung einen Vergütungszins zusprach (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 1983 in Sachen M.E.D. [teilweise abgedruckt in ASA 53 S. 558 ff.] E. 3). Es ist daher fraglich, ob es eine Konstellation wie die in BGE 95 I 258 beurteilte weiterhin als Verzugssituation qualifizieren würde. Dies gilt umso mehr, als diese Qualifikation – wie die Vorinstanz ebenfalls zu Recht vorbringt – nur schwer mit den Anforderungen an eine Mahnung vereinbar ist, wie sie in Rechtsprechung und Lehre genannt werden (vgl. E. 5.1).

**9.4.2** Wie es sich mit der Aktualität von BGE 95 I 258 genau verhält, braucht allerdings nicht abschliessend beantwortet zu werden. Dies wäre nur dann erforderlich, wenn die in dieser Entscheidung beurteilte Situation mit der hier zu beurteilenden vergleichbar wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie dargelegt (vgl. E. 4.3), bestand zwischen der Beschwerdegegnerin und den Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der (vermeintlichen) Beitragspflicht nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV bzw. der entsprechenden Akontozahlungen kein Subordinations- resp. kein abgaberechtliches Verhältnis. Die Beschwerdegegnerin war gegenüber den Beschwerdeführerinnen nicht zu hoheitlichem Handeln befugt und hatte keine Verfügungskompetenz. Sie stand ihnen vielmehr als gleichrangige Akteurin gegenüber, die aus den öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht nur berechtigt, sondern wie sie auch daran gebunden war. Ihre Stellung entsprach somit gerade nicht jener der Veranlagungsbehörde in BGE 95 I 258, die dem dortigen Beschwerdeführer hoheitlich gegenübertrat und dessen Leistungspflicht mittels Veranlagungsverfügung festsetzte.

Auch wenn sich die grundsätzliche Pflicht der Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung der SDL-Akontorechnungen aus öffentlich-rechtlichen Vorgaben, namentlich den Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 ergab, sind die rechtsgrundlos erfolgten Akontozahlungen wegen der rechtlichen Stellung der Beschwerdegegnerin bzw. der Rechtsnatur des zwischen dieser und den Beschwerdeführerinnen bestehenden Verhältnisses daher nicht mit der Leistung des Beschwerdeführers in BGE 95 I 258 an die Veranlagungsbehörde zu vergleichen. Sie könnten deshalb auch nicht dieser Rechtsprechung unterstellt werden, hätte dies doch zur Folge, dass die Beschwerdegegnerin wie eine Steuer- oder Veranlagungsbehörde bzw. wie eine hoheitlich handelnde Leistungsempfängerin behandelt würde, obschon sie dies gerade nicht ist.

**9.4.3** Damit erweist sich auch dieses Vorbringen der Beschwerdeführerinnen als unzutreffend. Soweit diese geltend machen, der Verzug der Beschwerdegegnerin sei bereits im Zeitpunkt der Entrichtung (Valutadatum) der SDL-Akontozahlungen eingetreten, ist dies daher zurückzuweisen. Ihr Antrag auf zusätzlichen Verzugszins ab diesem Zeitpunkt ist entsprechend abzuweisen.

#### **Ergänzender Bereicherungszins (Eventualanträge)**

**10.**

Im Zusammenhang mit den verschiedenen Eventualanträgen der Beschwerdeführerinnen stellt sich einerseits die Frage, ob für den Verzugs-eintritt von einem früheren Zeitpunkt auszugehen ist, als ihn die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung als massgeblich erachtete. Andererseits ist zu prüfen, ob den Beschwerdeführerinnen ab der Entrichtung (Valuta-datum) der SDL-Akontozahlungen bis zum massgeblichen späteren Zeit-punkt des Verzugs-eintritts Bereicherungszins zusteht. Nachfolgend wird zunächst auf die erste Frage (vgl. E. 10.1 ff. und E. 11 f.), anschliessend auf die zweite (vgl. E. 13) eingegangen.

Verzugseintritt

**10.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen im Zusammenhang mit ihrem Eventualbegehren (Eventualantrag 1) vor, sollten die Zahlungsvorbehalte nicht als Mahnungen qualifiziert werden, seien sie jedenfalls als Verfall-tagsvereinbarung zu interpretieren. Dies in dem Sinne, dass gegebenen-falls jener Tag als Verfalltag gelte, an dem die Rechtsgrundlage für die SDL-Akontozahlungen als rechtswidrig qualifiziert werde. Mit Urteil A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 habe das Bundesverwaltungsgericht dies getan und entschieden, aArt. 31b Abs. 2 StromVV sei mit Gesetz und Ver-fassung nicht vereinbar. Ab diesem Zeitpunkt sei die Beschwerdegegnerin folglich ohne weitere Mahnung zur Rückerstattung der SDL-Akontozahlun-gen verpflichtet gewesen.

**10.2** Die Vorinstanz bestreitet unter Verweis auf ein Schreiben der Be-schwerdeführerin 11, worin diese hinsichtlich ihrer Pflicht zur Leistung von SDL-Akontozahlungen einen Vorbehalt erklärt, dass eine Verfalltagsverein-barung im Sinne der Beschwerdeführerinnen zustande kam. Aus diesem Schreiben gehe nicht unmissverständlich hervor, dass die Beschwerde-gegnerin die SDL-Akontozahlungen an einem bestimmten Tag – etwa am Tag eines zugunsten der Beschwerdeführerin 11 ausfallenden Gerichtsentscheids – zurückzuzahlen habe. Die Beschwerdeführerin 11 behalte sich das Rückforderungs- bzw. Verrechnungsrecht vielmehr ledig-lich vor. Da keine Willensäusserung der Beschwerdeführerin 11 bezüglich eines konkreten Verfalltags vorliege, könne von vornherein nicht von einem entsprechenden Konsens ausgegangen werden. Selbst wenn im Übrigen von einem derartigen Konsens ausgegangen würde, könnten die Be-schwerdeführerinnen daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, da in Bezug

auf nicht bereits mit dem Urteil A-2607/2009 des Bundesverwaltungsgerichts festgestanden sei, dass sie keine Beiträge an die SDL-Kosten zu leisten hätten.

### **10.3**

**10.3.1** Mit Ausnahme der Beschwerdeführerin 10 – bei der indes von einem gleichlautenden Vorbehalt auszugehen ist – reichten sämtliche Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Beschwerdeverfahren mindestens ein Schreiben an die Beschwerdegegnerin aus der Zeit vor dem Ergehen des Urteils A-2607/2009 des Bundesverwaltungsgerichts ein, aus dem sich die von ihnen geltend gemachte Verfalltagsvereinbarung ergeben soll. In den im Wesentlichen übereinstimmenden Schreiben weisen die Beschwerdeführerinnen zunächst darauf hin, sie beglichen die konkret betroffenen SDL-Akontorechnungen nur unter ausdrücklichem Vorbehalt und ohne Anerkennung einer Schuldpflicht. Der Vorbehalt beziehe sich auf allfällige Rechts- und Schiedsverfahren oder sonstige Rechtsbehelfe irgendwelcher Art, die das Inkasso überhöhter Rechnungen durch die Beschwerdegegnerin unter dem Titel Systemdienstleistungen feststellten. Anschliessend halten sie fest, es könne ihnen dereinst keine freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR entgegengehalten werden und sie behielten sich ausdrücklich ein Rückforderungs- bzw. Verrechnungsrecht bezüglich allenfalls zu viel bezahlter Beträge bei künftigen Rechnungen vor.

**10.3.2** Aus diesen Schreiben geht nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin ihr bezahlte SDL-Akontobeträge ohne Mahnung zurückzuerstatten habe, wenn in einem Verfahren festgestellt werden sollte, sie seien zu Unrecht entrichtet worden. Vielmehr legen sie nahe, die Beschwerdeführerinnen würden die entsprechenden Beträge in einem solchen Fall ausdrücklich zurückfordern oder sie von künftigen Rechnungsbeträgen in Abzug bringen. Die Schreiben lassen somit sowohl offen, ob die Beschwerdegegnerin solche Beträge überhaupt zurückzahlen müsste – oder die Beschwerdeführerinnen sie stattdessen verrechnen würden –, als auch, wann die Rückzahlung gegebenenfalls zu erfolgen hätte. Sie können daher – wie die Vorinstanz zu Recht einwendet – nicht dahingehend interpretiert werden, die Beschwerdeführerinnen verlangten die Rückerstattung solcher Beträge zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. an einem bestimmten Tag. Schon gar nicht kann daraus gefolgert werden, der massgebliche Zeitpunkt sei der Tag des Ergehens des Urteils A-2607/2009 des Bundesverwaltungsge-

richts. Dies, da sich auch nach dem Ergehen dieses Urteils in den vereinzelt eingereichten Schreiben betreffend SDL-Akontorechnungen die Formulierung findet, es könne nicht von einer freiwilligen Bezahlung einer Nichtschuld ausgegangen werden und ein Rückforderungs- bzw. Verrechnungsrecht bezüglich allenfalls zu viel bezahlter Beträge werde ausdrücklich vorbehalten, mithin die gleiche Formulierung, die die Beschwerdeführerinnen zur Begründung des von ihnen bevorzugten Verfalltags heranziehen.

Mangels einer entsprechenden Willensäußerung können die Vorbehaltsschreiben von vornherein nicht als Grundlage für eine Verfalltagsvereinbarung herangezogen werden, wie sie die Beschwerdeführerinnen geltend machen. Deren Vorbringen erweist sich damit bereits aus diesem Grund als unzutreffend, weshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

## **11.**

**11.1** Die Beschwerdeführerinnen machen im Zusammenhang mit ihrem Subeventual- bzw. Subsubeventualbegehren (Eventualanträge 2 und 3) weiter geltend, der Verzug sei bereits am 18. August 2010 bzw. am 11. November 2010 eingetreten. Zur Begründung verweisen sie auf zwei entsprechend datierte Schreiben der Beschwerdegegnerin, in denen diese sie über die Folgen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 informierte. Ihrer Ansicht nach geht aus diesen Schreiben – sowie aus einer Pressemitteilung der Beschwerdegegnerin vom 19. August 2010 – hervor, dass die Beschwerdegegnerin eine Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen für die Jahre 2009 und 2010 an jene Kraftwerksbetreiberinnen, die gegen die Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 keine Beschwerde erhoben hatten, verweigere. Nach der Praxis des Bundesgerichts und allgemein vorherrschender Rechtsauffassung bedürfe es für eine gültige Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 108 OR keiner in bestimmter Form an den Schuldner gerichteten Erklärung. Vielmehr genüge es, wenn sich die Leistungsverweigerung aus dessen Verhalten bzw. aus den Umständen ergebe, was hier der Fall sei.

**11.2** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, erkläre der Schuldner unmissverständlich, dass er nicht leisten werde, erweise sich die Mahnung als überflüssig und trete der Verzug nach Abgabe der entsprechenden Erklärung ein. Erforderlich sei eine eindeutige und definitive

Verweigerungserklärung. Die Aufforderung zur Leistungserfüllung müsste sich im konkreten Fall ohne Zweifel als zwecklos erweisen. Aus dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 11. November 2010 – die Vorinstanz äussert sich nur zu diesem Schreiben – gehe lediglich implizit hervor, dass diese zum damaligen Zeitpunkt irrtümlicherweise annahm, die Beschwerdeführerinnen hätten ihr gegenüber keinen Anspruch auf Rückerstattung der im Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen. Dass sie die Rückzahlung der Akontozahlungen in jedem Fall verweigern werde, ergebe sich daraus hingegen nicht, bringe sie dies doch nicht unmissverständlich zum Ausdruck. Die Beschwerdeführerinnen hätten solches daher auch nicht ohne Zweifel annehmen dürfen. Dies gelte umso mehr, als die Beschwerdegegnerin im Schreiben einleitend ausführe, hinsichtlich der SDL-Restkostenabrechnung seien noch einige zu klärende Punkte offen.

### 11.3

**11.3.1** Wie erwähnt (vgl. E. 5.3), kann in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR von der nach Art. 102 Abs. 1 OR grundsätzlich erforderlichen Mahnung abgesehen werden, wenn der Schuldner unmissverständlich erklärt, er werde nicht leisten, und sich eine Mahnung deshalb als überflüssig erweisen würde. Gleiches gilt – wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht vorbringen –, wenn das Verhalten des Schuldners auch ohne eine solche Erklärung eine Mahnung als sinnlos erscheinen lässt (vgl. BGE 97 II 58 E. 5; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., Art. 102 N. 9). Voraussetzung ist dabei jeweils, dass die definitive Leistungsverweigerung klar bzw. eindeutig ist (vgl. BGE 97 II 58 E. 5; WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N. 11 und Art. 108 N. 2).

**11.3.2** Im Schreiben vom 18. August 2010 mit dem Betreff "Kostenverrechnung Systemdienstleistungen für das Jahr 2011" informiert die Beschwerdegegnerin über das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 und erläutert dessen Folgen für die Anlastung der SDL-Kosten. Ausserdem zeigt sie die Entwicklung dieser Kosten auf und spricht sich für Massnahmen zu deren Reduktion aus. Im Rahmen ihrer Ausführungen geht sie namentlich auf die Tarifjahre 2009 und 2010 ein. Sie weist dabei insbesondere darauf hin, dass sie einen Teil der Beträge, die die Kraftwerksbetreiberinnen nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV für diese Jahre geleistet hätten, zurückzahlen und infolgedessen den Endverbrauchern anlasten müsse. Dies betreffe jene Kraftwerksbetreiberinnen, die durch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts entsprechend berechtigt seien. Zeitpunkt und Modalitäten der Rückvergütungen seien Gegenstand von Abklärungen.

Die mit "Systemdienstleistungstarife für das Jahr 2011" betitelte Pressemitteilung der Beschwerdegegnerin vom 19. August 2010 stimmt inhaltlich weitgehend mit dem Schreiben vom 18. August 2010 überein. Insbesondere geht die Beschwerdegegnerin auch darin auf die "Rückabwicklung von Restkosten aus den Jahren 2009 und 2010" ein. Im Unterschied zum Schreiben vom 18. August 2010 erwähnt sie allerdings nicht, welchen Kraftwerksbetreiberinnen sie – ihrer Ansicht nach – Rückzahlungen leisten muss.

Im Schreiben vom 11. November 2010 mit dem Betreff "SDL-Restkostenverrechnung an Kraftwerke mit mindestens 50 MW Leistung" weist die Beschwerdegegnerin einleitend darauf hin, dass in der Zwischenzeit einige Punkte geklärt worden, einige zu klärende Punkte aber nach wie vor offen seien. Anschliessend informiert sie im Wesentlichen über die Folgen des erwähnten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts für die betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen für die Tarifjahre 2009 und 2010. Unter Verweis auf das Urteil führt sie namentlich aus, die "SDL-Restkostenverrechnung" – d.h. die Regelung nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV – bleibe für die nicht beschwerdeführenden Kraftwerksbetreiberinnen und insoweit auch für sie verbindlich. Weiter hält sie fest, Anspruch auf eine Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen für das Jahr 2009 hätten nur jene Kraftwerksbetreiberinnen, die gegen die Tarifverfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 Beschwerde erhoben hätten und deren Beschwerden vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig gutgeheissen worden seien. Hinsichtlich des Jahres 2010 führt sie aus, die "SDL-Restkostenverrechnung" bleibe sistiert, bis die Vorinstanz geklärt habe, wie mit der Tarifverfügung vom 4. März 2010 zu verfahren sei. Um die Kostenanteile für das Jahr 2010 für die nicht beschwerdeführenden Kraftwerksbetreiberinnen berechnen zu können, benötige sie (allerdings) weiterhin die per Selbstdeklaration erhobenen Bruttoproduktionsmengen aller betroffenen Kraftwerke.

**11.3.3** Aus dem Schreiben vom 18. August 2010 und der Pressemitteilung vom darauf folgenden Tag, insbesondere aber aus dem Schreiben vom 11. November 2010 geht zwar hervor, dass die Beschwerdegegnerin davon ausging, sie sei nur gegenüber jenen Kraftwerksbetreiberinnen zur Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen verpflichtet, die gegen die Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 Beschwerde erhoben hatten und mit ihren Beschwerden durchgedrungen waren oder noch durchdringen würden. Diese Auffassung basierte allerdings – wie sich aus den drei Dokumenten ebenfalls ergibt – einzig auf einer Beurteilung

der Rechtslage im jeweiligen Moment und zog namentlich (mögliche) rechtliche Schritte der Kraftwerksbetreiberinnen, die gegen die Tarifverfügungen keine Beschwerde erhoben hatten, insbesondere (allfällige) Wiedererwägungsgesuche, nicht mit ein. Es kann daher nicht gesagt werden, die Beschwerdegegnerin habe in diesen Dokumenten eine Rückerstattungspflicht gegenüber diesen Kraftwerksbetreiberinnen bereits endgültig verneint bzw. eine Rückerstattung (implizit) nicht bloss für den jeweiligen Moment, sondern definitiv verweigert. Solches ergibt sich im Übrigen – soweit ersichtlich – auch nicht aus ihrem sonstigen Verhalten.

Auch wenn die Beschwerdeführerinnen aufgrund der drei Dokumente davon ausgehen durften, die Beschwerdegegnerin werde zur Zeit keine Rückerstattungen leisten, konnten sie somit nicht ausschliessen, dass sie es zu einem späteren Zeitpunkt doch tun werde. Sie hätten sie daher mahnen bzw. ihr unmissverständlich klar machen müssen, dass sie die Rückerstattung unverzüglich und nicht erst in einem allfälligen späteren Zeitpunkt verlangten (vgl. E. 5.1). Dadurch wäre für die Beschwerdegegnerin auch klar gewesen, dass sie, wenn sie die Rückerstattung für den Moment verweigerte, im Falle des Bestehens einer Rückerstattungspflicht allenfalls bereits ab dem Zeitpunkt der Mahnung würde Verzugszinsen entrichten müssen. Es kann demnach nicht gesagt werden, die drei Dokumente oder das sonstige Verhalten der Beschwerdegegnerin hätten eine Mahnung überflüssig gemacht bzw. das Erfordernis einer Mahnung sei mit Treu und Glauben nicht vereinbar gewesen. Ein Abstellen auf die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten früheren Verzugszeitpunkte kommt daher nicht in Frage.

## 12.

**12.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen im Zusammenhang mit ihrem Subsubsubeventualbegehren (Eventualantrag 4) schliesslich vor, der Verzug sei an jenem Tag eingetreten, an dem die Vorinstanz auf ein Wiedererwägungsgesuch von nicht beschwerdeführenden Kraftwerksbetreiberinnen nicht eingetreten sei (13. Januar 2011). Mit diesem Entscheid und dessen Kommunikation im Newsletter 01/2011 vom 24. Januar 2011 der Vorinstanz sei der Beschwerdegegnerin keine Möglichkeit verblieben, die SDL-Akontozahlungen zurückzuzahlen. Die Vorinstanz habe damit vielmehr Umstände geschaffen, die die frühere Leistungsverweigerung der Beschwerdegegnerin unmissverständlich bestätigt hätten. Eine Mahnung sei daher nach Art. 108 Ziff. 1 OR unnütz gewesen.

**12.2** Zwar trifft es zu, dass die Beschwerdeführerinnen damit rechnen mussten, die Beschwerdegegnerin werde sich durch den Entscheid der Vorinstanz und dessen Kommunikation im Newsletter in ihrer Ansicht, sie sei ihnen gegenüber nicht zur Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen verpflichtet, bestätigt fühlen und einer Aufforderung zur Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen nun erst Recht keine Folge leisten. Von Dritten geschaffene Umstände, die – in Kombination mit früheren Erklärungen oder Verhaltensweisen des Schuldners – eine Leistungsverweigerung für die Zukunft bloss nahe legen bzw. erwarten lassen, reichen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf eine Mahnung indes nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, wie dargelegt (vgl. E. 5.3 und 11.3.1), dass der Schuldner die Erbringung der Leistung durch entsprechende Erklärung oder konkludentes Verhalten eindeutig endgültig verweigert.

Die Beschwerdegegnerin tat dies bis zum Ergehen des erwähnten Entscheids der Vorinstanz bzw. bis zu dessen Kommunikation im Newsletter nicht (vgl. E. 11.3.3). Die Beschwerdeführerinnen hätten sie deshalb mahnen müssen. Dies gilt umso mehr, als nicht feststand, ob sie die Rückerstattung in einer allfälligen Stellungnahme zu diesem Entscheid im Unterschied zu ihren bisherigen Stellungnahmen nunmehr definitiv verweigern werde. Durch die Mahnung wäre für die Beschwerdegegnerin auch klar gewesen, dass sie, wenn sie die Rückerstattung verweigerte, im Falle des Bestehens einer Rückerstattungspflicht allenfalls bereits ab dem Zeitpunkt der Mahnung würde Verzugszinsen entrichten müssen. Es kann demnach auch hier nicht gesagt werden, eine Mahnung habe sich erübrigt bzw. das Erfordernis einer Mahnung sei mit Treu und Glauben nicht vereinbar gewesen.

**12.3** Damit erweist sich auch dieses Vorbringen der Beschwerdeführerinnen als unzutreffend. Es bleibt somit beim Zeitpunkt, den die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung für den Verzugseintritt als massgeblich erachtete, d.h. beim 10. Februar 2011, ist doch, wie erwähnt (vgl. E. 1.3.2), unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin ab diesem Zeitpunkt einen Verzugszins von 5 % zu entrichten hatte. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerinnen bis zu diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Bereicherungszins haben.

#### Bereicherungszins

### **13.**

**13.1** Die Beschwerdeführerinnen machen in der Beschwerde geltend, die Bereicherung der Beschwerdegegnerin bestehe im Zins, den sie vom Eingang der SDL-Akontozahlungen bis zum Verzugseintritt erlangt habe. Massgeblich sei dabei die Verzinsung des betriebsnotwendigen Vermögens mit dem durchschnittlichen Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital [WACC]). Dieser habe gemäss den Geschäftsberichten der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2009 und 2010 4,55 % betragen.

In der Replik führen sie aus, es treffe zu, dass die Beschwerdegegnerin wegen der von ihnen geleisteten SDL-Akontozahlungen keine höheren anrechenbaren Kosten in Gestalt einer höheren Verzinsung des Nettoumlaufvermögens (NUV) habe geltend machen können. Sie hätten denn auch nicht vorgebracht, sie sei über den Mechanismus der NUV-Verzinsung ungerechtfertigt bereichert worden; massgeblich gewesen sei vielmehr der Mechanismus der Verzinsung der Deckungsdifferenzen. Die Beschwerdegegnerin habe von den Akontozahlungen insoweit indirekt profitiert, als sie keine Unterdeckung verzeichnet habe und somit bereichert gewesen sei. Diese Bereicherung müsse sie im Einklang mit der massgeblichen Weisung der Vorinstanz über Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren mit einem WACC von 4,55 % verzinsen.

In den Schlussbemerkungen machen sie geltend, es stehe heute fest, dass ihre SDL-Akontozahlungen keine Erträge seien, die den SDL-Kosten gegenübergestellt werden können. Die Beschwerdegegnerin könnte die sich dadurch ergebende Unterdeckung daher im Rahmen der Kostendeclaration gegenüber der Vorinstanz nunmehr geltend machen und die Verzinsung mit dem WACC in ihre künftigen Tarife einpreisen. Da wegen der Entrichtung der Akontozahlungen die Unterdeckung in der fraglichen Periode faktisch bei ihnen und nicht bei der Beschwerdegegnerin entstanden sei, hätten sie allerdings einen legitimen Anspruch auf die Verzinsung ihrer Akontozahlungen unabhängig davon, ob die Beschwerdegegnerin die Verzinsung bei der Vorinstanz einfordere.

**13.2** Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die von den Beschwerdeführerinnen geleisteten SDL-Akontozahlungen hätten nicht zu einer Erhöhung ihres betriebsnotwendigen Vermögens geführt. Dessen Verzinsung mit dem WACC begründe daher keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch der Beschwerdeführerinnen. Dies gälte hinsichtlich des NUV wegen der von ihr angewandten Methode zu dessen Berechnung selbst dann, wenn die flüssigen Mittel aus den Akontozahlungen nicht umgehend verwendet, sondern auf einem Bankkonto gehalten worden wären. Auch auf den weiteren

Bestandteilen des betriebsnotwendigen Vermögens habe sie wegen der Akontozahlungen keine höheren kalkulatorischen Kapitalkosten geltend machen können. Das Anlagevermögen habe sich durch diese Zahlungen nicht verändert; die Deckungsdifferenzen seien ebenfalls nicht betroffen gewesen, da die Tarifeinnahmen zur Deckung der laufenden Kosten benötigt worden seien.

**13.3** Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, beim Betrag, der sich durch die Verzinsung der für den Betrieb des Übertragungsnetzes notwendigen Vermögenswerte mit dem WACC ergebe, handle es sich nicht um eine ungerechtfertigte Bereicherung, welche die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen zurückzuerstatten habe, sondern um anrechenbare Kosten im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung. Der gesetzliche Verzinsungsanspruch bestehe weiter unabhängig davon, wer die anrechenbaren Kosten konkret übernehme. Grundlage für die Verzinsung mit dem WACC bilde ausserdem lediglich ein Sechstel der in den Tarifverfügungen der Netzebene 1 anerkannten SDL-Kosten. Die Beschwerdegegnerin hätte im Übrigen selbst dann einen Verzinsungsanspruch gehabt, wenn die Beschwerdeführerinnen keine Akontozahlungen geleistet hätten, da sie berechtigt gewesen wäre, die dadurch entstehende Unterdeckung mit dem WACC zu verzinsen.

In der Stellungnahme vom 3. Juni 2014 führt sie aus, die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2009 und 2010 SDL-Akontozahlungen leisteten, habe gerade verhindert, dass dieser eine Unterdeckung entstanden sei, hinsichtlich welcher sie eine Verzinsung mit dem WACC hätte geltend machen können. Insoweit bestehe daher kein ungerechtfertigter Vermögensvorteil der Beschwerdegegnerin.

#### **13.4**

**13.4.1** Gemäss einem allgemeinen Rechtsgrundsatz sind Zuwendungen, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund erfolgten, zurückzuerstatten. Dieser Grundsatz, der für das Privatrecht in Art. 62 Abs. 2 OR festgehalten wird, gilt auch im Verwaltungsrecht, selbst wenn er in der einschlägigen Gesetzgebung nicht ausdrücklich festgelegt ist, und zwar gleichermassen für ungerechtfertigte Leistungen vom Gemeinwesen wie von Privaten (vgl. zum Ganzen BGE 135 II 274 E. 3.1; 124 II 570 E. 4b; 105 Ia 214 E. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-

2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.3.1 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 187 und 760; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011, p. 169).

**13.4.2** Im Privatrecht sind neben dem – grundlos erworbenen – Kapital grundsätzlich auch die Zinsen, die der Bereicherungsschuldner effektiv darauf gezogen hat, zurückzuerstatten (sog. Bereicherungszins; BGE 130 V 414 E. 5.2; 116 II 689 E. 3.b/bb; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.3.3 m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl. 2008, Rz. 1525; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 1979, S. 501). Nach SCHULIN sind zur Bereicherung ausserdem die nach allgemeiner Lebenserfahrung gezogenen Zinsen zu zählen (vgl. SCHULIN, in: BSK OR I, Art. 64 OR N. 4b mit Hinweisen). Ob auch im Verwaltungsrecht ein Anspruch auf Bereicherungszins besteht oder ungerechtfertigte Zuwendungen vom Gemeinwesen nur zu verzinsen sind, wenn der Leistende einen – grundsätzlich positivrechtlich vorzusehenden – Anspruch auf Vergütungszins hat, der unabhängig davon besteht, ob Zinsen gezogen wurden (vgl. zu den Voraussetzungen für einen solchen Anspruch Urteile des Bundesgerichts 2C\_411/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.2, 2C\_410/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.2 und 2C\_191/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.3.5), erscheint offen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.3.4; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 6. Aufl. 1986, Nr. 32 V S. 192 m.w.H.; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 170). Die Frage braucht vorliegend allerdings nicht geklärt zu werden (vgl. E. 13.5.1).

**13.4.3** Die Bereicherung im Sinne des Bereicherungsrechts besteht in der Differenz zwischen dem (höheren) jetzigen und dem (tieferen) Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge. Die Vermögensdifferenz kann sich nicht nur aus einer Vergrösserung, sondern auch aus einer Nichtverminderung des Vermögens ergeben. Im zweiten Fall liegt eine sogenannte Ersparnisbereicherung vor, die entweder auf einer Nichtverminderung der Aktiven oder einer Nichterhöhung der Passiven beruht (vgl. BGE 129 III 646 E. 4.2; SCHULIN, a.a.O., Art. 62 N. 5 ff.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der Bereicherungsanspruch keine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen Bereicherungsgläubiger und -schuldner voraus; auszugleichen ist vielmehr die Bereicherung, die der Bereicherungsschuldner auf Kosten eines anderen erlangt hat

(vgl. BGE 129 III 646 E. 4.2; 129 III 422 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1; SCHULIN, a.a.O., Art. 62 N. 8 und 8a).

## **13.5**

**13.5.1** Wie dargelegt (vgl. E. 13.1), bringen die Beschwerdeführerinnen nicht vor, die Beschwerdegegnerin habe auf den SDL-Akontozahlungen einen Zins gezogen. Sie machen also keinen Anspruch auf einen Bereicherungszins im vorstehend dargelegten Sinn (vgl. E. 13.4.2) geltend. Nach der in der Replik vertretenen Auffassung wie auch der in den Schlussbemerkungen geäusserten, davon abweichenden Ansicht soll sich der bereicherungsrechtliche Anspruch auf eine Verzinsung der rechtsgrundlos geleisteten SDL-Akontozahlungen mit dem WACC vielmehr – aus unterschiedlichen Gründen – aus dem Umstand ergeben, dass gemäss dem stromversorgungsrechtlichen Verzinsungsmechanismus neben dem NUV und dem vorliegend nicht massgeblichen Anlagevermögen auch Unterdeckungen der Beschwerdegegnerin zu deren Gunsten mit dem WACC verzinst werden. Was die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang vorbringen, vermag indes nicht zu überzeugen.

**13.5.2** Dies gilt zunächst für ihr in der Replik angeführtes Argument, die Beschwerdegegnerin sei durch die SDL-Akontozahlungen insoweit indirekt bereichert worden, als sie (ursprünglich) keine Unterdeckung verzeichnet habe, und schulde ihnen auf dieser Bereicherung bzw. dem Betrag der vermiedenen Unterdeckung daher einen Zins in der Höhe des WACC. Damit fordern sie einen Zins, den die Beschwerdegegnerin im Rahmen der ursprünglichen Kostenabrechnung für die Jahre 2009 und 2010 resp. der darauf gestützten ursprünglichen Tariffestsetzung für die nachfolgenden Jahre gerade nicht geltend machen und einpreisen konnte, da sie wegen der SDL-Akontozahlungen keine Unterdeckung verzeichnete, die sie gemäss dem stromversorgungsrechtlichen Verzinsungsmechanismus zu ihren Gunsten mit dem WACC hätte verzinsen können. Sie war insoweit somit von vornherein nicht im vorstehend dargelegten Sinn (vgl. E. 13.4.3) bereichert, weshalb das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ohne weitere Prüfung zurückzuweisen ist.

**13.5.3** Nicht zu überzeugen vermag sodann deren in den Schlussbemerkungen zugunsten der Zinsforderung vorgebrachtes Argument, die Beschwerdegegnerin könnte nunmehr – nachdem feststehe, dass die SDL-

Akontozahlungen keine Erträge seien, die den Kosten der SDL gegenübergestellt werden können – die Unterdeckung im Rahmen der Kostendecklaration gegenüber der Vorinstanz geltend machen und die Verzinsung mit dem WACC in ihre künftigen Tarife einpreisen. Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin ohne die SDL-Akontozahlungen in den Jahren 2009 und 2010 eine Unterdeckung verzeichnet hätte und sie diese mit dem WACC hätte verzinsen und den berechneten Zins in ihre künftigen Tarife hätte einpreisen können. Ihre (hypothetische) finanzielle Situation ohne diese Zahlungen hätte sich insoweit somit nicht von der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten (potentiellen) jetzigen Situation unterschieden.

Zwischen einer allfälligen Verzinsung und Einpreisung, wie sie die Beschwerdegegnerin nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen nunmehr vornehmen könnte, und den SDL-Akontozahlungen bestünde demnach zwar insofern ein Zusammenhang, als diese Verzinsung und Einpreisung wegen des Umstands, dass diese Zahlungen zunächst geleistet wurden, erst jetzt erfolgte, nicht jedoch dergestalt, dass sie wegen dieser Zahlungen überhaupt vorgenommen würde, wäre sie doch, wie erwähnt, auch ohne diese erfolgt, wenn auch in einem früheren Zeitpunkt. Es kann entsprechend nicht gesagt werden, eine derartige Verzinsung und Einpreisung würde wegen dieser Zahlungen und in diesem Sinn auf Kosten der Beschwerdeführerinnen vorgenommen (vgl. E. 13.4.3). Deren Vorbringen erweist sich deshalb ungeachtet der Frage, wie eine solche Verzinsung und Einpreisung bereicherungsrechtlich ansonsten zu qualifizieren wäre, als unzutreffend, weshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

**13.5.4** Soweit die Beschwerdeführerinnen in den Schlussbemerkungen zudem geltend machen, der von ihnen geforderte Zins stehe ihnen ungeachtet der Frage zu, ob die Beschwerdegegnerin gegenüber der Vorinstanz eine Verzinsung der Unterdeckung geltend mache, weil die Unterdeckung faktisch bei ihnen entstanden sei, berufen sie sich nicht auf eine Bereicherung der Beschwerdegegnerin, sondern – offenbar – auf den nicht weiter substantiierten Umstand, dass sie wegen der SDL-Akontozahlungen selber Kapitalkosten hatten. Sie fordern mithin Ersatz für diese Kosten. Inwiefern sich ein derartiger Anspruch aus dem Bereicherungsrecht ergeben soll, erläutern sie allerdings mit guten Gründen nicht, ist solches doch nicht ersichtlich (vgl. E. 13.4.3; SCHULIN, a.a.O., Art. 62 N. 4).

**13.5.5** Damit erweist sich auch dieses Vorbringen und entsprechend das Begehren der Beschwerdeführerinnen, ihre Rückerstattungsforderungen

für die SDL-Akontozahlungen seien ab deren Entrichtung bis zum Verzugs-  
eintritt mit dem WACC zu verzinsen, insgesamt als unbegründet. Ihre  
Eventualanträge sind daher abzuweisen.

### **Neuverlegung Verfahrenskosten (Antrag 2)**

#### **14.**

**14.1** Wie erwähnt (vgl. Bst. I), beantragen die Beschwerdeführerinnen, es  
seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens neu (vollumfänglich) der  
Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (vgl. Antrag 2). Zwar begründen sie  
diesen Antrag nicht; es ist jedoch davon auszugehen, sie erachteten die  
Beschwerdegegnerin bei einer Gutheissung von Antrag 1 der Beschwerde  
als im vorinstanzlichen Verfahren vollumfänglich – statt bloss teilweise –  
unterliegend.

**14.2** Wie dargelegt, ist Antrag 1 der Beschwerde abzuweisen. Gleiches gilt  
für die Eventualanträge. Soweit die Verfügung der Vorinstanz durch diese  
Anträge angefochten wird, ist sie demnach zu bestätigen. Es besteht ent-  
sprechend kein Anlass, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens im  
Sinne der Beschwerdeführerinnen neu zu verlegen. Deren Antrag ist daher  
abzuweisen.

### **Fazit**

#### **15.**

Damit erweisen sich sämtliche Anträge und Eventualanträge der Be-  
schwerdeführerinnen als unbegründet. Die Beschwerde ist daher abzuwei-  
sen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **Kosten und Entschädigung**

#### **16.**

**16.1** Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als  
unterliegend. Sie haben deshalb die auf Fr. 15'000.– festzusetzenden Ver-  
fahrenskosten (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über  
die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht  
[VGKE, SR 173.320.2]) zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung  
zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 6a VGKE). Der einbezahlte Kos-  
tenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**16.2** Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut und ist nicht durch externe Anwälte vertreten, weshalb ihr keine Parteientschädigung zusteht (Art. 8 ff. VGKE, insb. Art. 9 Abs. 2 VGKE). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). Gleiches gilt für die unterliegenden Beschwerdeführerinnen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 15'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 231-00013; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Pascal Baur

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: