

# **BVGer A-134/2014 vom 6. März 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-134\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-134_2014)

FR: TAF A-134/2014 du 6 mars 2015

IT: TAF A-134/2014 del 6 marzo 2015

## **Regeste**

Energie (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 1.2.1**

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. Beschwerdebefugt ist in erster Linie der materielle Adressat einer Verfügung, dessen Rechtsstellung durch die Verfügung direkt beeinträchtigt wird. Beschwerdeberechtigt können aber auch Dritte sein, sofern sie ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten und nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8666/2010 vom 2. Mai 2013 E. 1.3; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.78).

### **E. 1.2.2**

Mit einer Ausnahme beantragten die Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren Geldleistungen an sich selbst, drangen mit ihren Begehren aber nur teilweise durch. Sie sind daher ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführerin 1 stellte mangels

eigener SDL-Akontozahlungen für die Tarifjahre 2009 und 2010 kein entsprechendes Begehren. Die Vorinstanz sprach ihr daher mit der Begründung, sie werde durch die angefochtene Verfügung nicht in ihren Rechten und Pflichten berührt, die Parteistellung ab. Ob sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Folge der Übernahme der gegenüber Dritten bestehenden Aktiven und Passiven der vormaligen Beschwerdeführerin 4 beschwerdebefugt ist, kann offen bleiben. Auch wenn dies zu bejahen und die Beschwerde hinsichtlich deren Rückerstattungsforderungen deshalb nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben wäre, wäre die Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. E. 1.3.3), abzuweisen (vgl. E. 3 ff.), weshalb der Frage keine massgebliche Bedeutung zukommt.

### **E. 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, a.a.O., 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).

### **E. 1.3.2**

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin auf den Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerinnen ab dem von der Vorinstanz für den Verzugseintritt jeweils als massgeblich erachteten Zeitpunkt (vgl. Bst. G) einen Verzugszins von 5 % zu entrichten hatte. Streitig ist jedoch einerseits, ob der Verzug bereits mit der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen unter Vorbehalt eintrat und die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen daher ab diesem Zeitpunkt bis zu dem von der Vorinstanz für den Verzugseintritt jeweils als massgeblich erachteten späteren Zeitpunkt zusätzliche Verzugszinsen zu bezahlen hat (vgl. Rechtsbegehren 1-9). 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. Eventualbegehren). Streitig ist zudem die Verlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Rechtsbegehren 10).

### **E. 1.3.3**

Während die Beschwerdeführerinnen mit den Rechtsbegehren 1-9 nicht über den Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens hinausgehen, da sie bereits dort Verzugszins ab Entrichtung der SDL-Akontozahlungen geltend machten, und die mit Rechtsbegehren 10 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. 9).

#### **E. 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. 1.2.2 und 1.3.3) - darauf einzutreten ist. Kognition

#### **E. 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 amtet 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.). Natur des Rechtsverhältnisses

#### **E. 3**

Wie erwähnt (vgl. E. 1.3.2), ist vorliegend einerseits streitig, ob der Verzug bereits mit der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen unter Vorbehalt eintrat und die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen daher ab diesem Zeitpunkt bis zu dem von der Vorinstanz für den Verzugseintritt jeweils als massgeblich erachteten späteren Zeitpunkt zusätzliche Verzugszinsen zu bezahlen hat (vgl. Rechtsbegehren 1-9). 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. Eventualbegehren). Streitig ist zudem die Verlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Rechtsbegehren 10). Nachfolgend wird zunächst die erste Frage (vgl. E. 4 ff.), anschliessend die zweite (vgl. E. 7 ff.) und schliesslich die dritte

geprüft (vgl. E. 10). 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.

### **E. 3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zum Verhältnis zwischen Kraftwerksbetreiberinnen 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 Kraftwerksbetreiberinnen 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.).

### **E. 3.2**

Aus diesem Dokument ist ersichtlich, dass zwischen den Kraftwerksbetreiberinnen 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 unterschiedete sich von den Vertragsbeziehungen zum einen dadurch, dass sie keinen Austausch von Leistungen zum Gegenstand hatte, sondern eine einseitig von den erwähnten Kraftwerksbetreiberinnen 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 Verfügung der Vorinstanz vom 14. April 2011, mit der diese die SDL-Kosten für das Tarifjahr 2009 genehmigte, 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).

### **E. 3.3**

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 Ordnungsgeber 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. 5.4.2). Eine Klärung der Frage ist zudem auch wegen des Begehrens auf Zusprechung von Bereicherungszins nicht erforderlich (vgl. E. 9.5.1).  
Zusätzlicher Verzugszins (Rechtsbegehren 1-9)

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerinnen nennen im Zusammenhang mit ihrem Begehren auf zusätzlichen Verzugszins (vgl. Rechtsbegehren 1-9) die Gründe, wieso der Verzug bereits mit der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen unter Vorbehalt eingetreten sei (vgl. dazu nachfolgend E. 5 f.). 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 Verzugsseintritts sei mangels einer Regelung im Stromversorgungsrecht grundsätzlich auf die Kriterien von Art. 102 OR abzustellen (entweder direkt [bei einer Qualifikation der Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerin 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, soweit erforderlich, auf diese Bestimmung einzugehen.

#### **E. 4.1**

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.).

#### **E. 4.2**

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.).

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen zugunsten des Verzugseintritts im Zeitpunkt der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen unter Vorbehalt als Erstes vor, 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, die allgemein für Fälle gelte, in denen ein Rechtssubjekt gestützt auf Verwaltungsrecht unrechtmässig zur Zahlung eines Abgabebetrags verpflichtet werde, seien die Vorbehalte, die mit den SDL-Akontozahlungen verbunden gewesen seien, als Mahnungen zu qualifizieren. Dafür spreche insbesondere auch der Umstand, dass es sich nicht rechtfertige, einen Schuldner, der aufgrund einer gesetzes- und verfassungswidrigen Verordnungsbestimmung verpflichtet sei, eine Geldsumme vorerst zu bezahlen und den Ausgang eines gerichtlichen Normenkontrollverfahrens abzuwarten, das wirtschaftliche Risiko dieser Bestimmung tragen zu lassen. Unerheblich sei zudem, ob die Rechnungsstellung der Beschwerdegegnerin auf hoheitlichem Verfügungshandeln basiert habe. Für den Zinsenlauf könne es nicht darauf ankommen, ob die Zahlungsempfängerin die verfügende Behörde sei oder nur deren Verfügung vollziehe.

#### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die Beschwerdeführerinnen könnten aus BGE 95 I 258 nichts zu ihren Gunsten ableiten, da der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt anders gelagert sei. Ihre Rechnungsstellung für die SDL-Akontozahlungen habe nicht auf hoheitlichem Verfügungshandeln beruht. Die Vorbehalte der Beschwerdeführerinnen hätten sich somit anders als der Vorbehalt im zitierten Bundesgerichtsentscheid nicht gegen eine

(provisorische) Veranlagungsverfügung gerichtet. Es sei daher nicht gerechtfertigt, sie - und damit die Endverbraucher - mit Verzugszinsen von 5 % ab Zahlung unter Vorbehalt zu belasten.

### **E. 5.3**

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 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.

### **E. 5.4.1**

Der von den Parteien erwähnte BGE 95 I 258 betrifft den Fall eines Ersatzpflichtigen, der von der zuständigen Behörde festgesetzten Militärpflichtersatz bezahlte, um einen Auslandsurlaub 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. 4.1).

### **E. 5.4.2**

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 diesem Entscheid beurteilte Situation mit der hier zu beurteilenden vergleichbar wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie dargelegt (vgl. E. 3.3), 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 diesen Unternehmen 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 diesen Unternehmen bestehenden Verhältnisses daher nicht mit der Leistung des Beschwerdeführers in BGE 95 I 258 an die Veranlagungsbehörde zu vergleichen. Sie könnten deshalb entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen, die die unterschiedliche Rechtsstellung der Beschwerdegegnerin zu Unrecht als irrelevant qualifizieren, 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. Die Beschwerdegegnerin hat denn auch - wie die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik einräumen - nie anerkannt, sie müsse auf den SDL-Akontozahlungen ab deren Entrichtung Verzugszinsen leisten.

#### **E. 5.4.3**

Soweit die Beschwerdeführerinnen vorbringen, die mit den SDL-Akontozahlungen verbundenen Vorbehalte seien gestützt auf BGE 95 I 258 E. 3 als Mahnungen zu qualifizieren, die die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Entrichtung dieser Zahlungen in Verzug gesetzt hätten, erweist sich dies demnach als unzutreffend.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich zugunsten des Verzugsseintritts im Zeitpunkt der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen unter Vorbehalt ausserdem 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 bzw. will sie insoweit eine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 KG erzwingen, als sie als marktbeherrschendes Unternehmen für den Beginn des Verzugszinsenlaufs auf den Rückerstattungsforderungen für die zu Unrecht entrichteten SDL-Akontozahlungen eine Mahnung verlange. Die Vorinstanz hätte deshalb eine kartellrechtlich angemessene Regelung in dem Sinn treffen müssen (und dürfen), dass der Lauf der Verzugszinsen 30 Tage nach der Rechnungsstellung der Beschwerdegegnerin für die SDL-Akontozahlungen, mithin mit deren Leistung begonnen habe. Da sie dies in Verletzung von Bundesrecht nicht getan habe, müsse das Bundesverwaltungsgericht diese Regel anordnen und bei der Berechnung der Verzugszinsen berücksichtigen.

## **E. 6.2**

Die Beschwerdegegnerin bringt namentlich vor, hinsichtlich der SDL-Akontozahlungen bestehe zwischen den Beschwerdeführerinnen und ihr keine vertragliche Beziehung, weshalb das KG nicht anwendbar sei. Sollte dieses wider Erwarten doch anwendbar sein, fehlte es an einem missbräuchlichen Verhalten ihrerseits. Zum einen sei keine Benachteiligung der Marktgegenseite ersichtlich bzw. liege kein wettbewerbsrelevanter Sachverhalt im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vor. Zum anderen bestehe keine Situation im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, da diese Bestimmung eine hier nicht vorliegende offensichtliche Ausbeutung verhindern wolle.

## **E. 6.3**

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

### **E. 6.4.1**

Wie dargelegt (vgl. E. 3.2. f.), war das Rechtsverhältnis zwischen den Kraftwerkbetreiberinnen 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. Zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin bestand entsprechend hinsichtlich der Frage, ab wann auf den Forderungen auf Leistung der in Rechnung gestellten SDL-Akontozahlungen bzw. allfälligen Rückerstattungsforderungen gegebenenfalls Verzugszinsen zu entrichten seien, keine Vereinbarung. Namentlich existierte weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens, dass die in den vertraglichen Geschäftsbeziehungen zwischen diesen Parteien geltenden Verfalltagsgeschäfts-Regeln anzuwenden seien. Ebenso wenig ist ersichtlich bzw. erstellt, dass die Beschwerdegegnerin von der Geltung dieser Regeln für die Rechnungsstellung für die Akontozahlungen von Kraftwerkbetreiberinnen im erwähnten Sinn ausging oder sie in einem konkreten Fall auf diese Rechnungen anwandte.

### **E. 6.4.2**

Das Fehlen einer einschlägigen vertraglichen Verzugsregelung bedeutet nun jedoch - entgegen dem, was die Beschwerdeführerinnen offenbar annehmen - nicht, bei der Frage, ab wann auf den Rückerstattungsforderungen für die zu Unrecht entrichteten SDL-Akontozahlungen Verzugszinsen zu leisten sind, gehe es darum, das durch öffentlich-rechtliche Vorgaben determinierte Rechtsverhältnis insoweit nachträglich um eine angemessene Regel zu ergänzen. Vielmehr geht es um die Eruierung der Antwort, die sich aus der Anwendung der allgemeinen Verzugsregeln auf die Rückerstattungsforderungen für diese Zahlungen ergibt. Mit dem Argument, der Beginn des

Verzugszinsenlaufs setze eine Mahnung voraus, stellt die Beschwerdegegnerin demnach keine Geschäftsbedingung für dieses Verhältnis auf. Vielmehr bringt sie zum Ausdruck, welche Antwort sie den allgemeinen Verzugsregeln bezüglich der vorliegend streitigen Frage entnimmt. Es kann ihr folglich allein schon deshalb nicht vorgeworfen werden, sie handle mit ihrer Forderung missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bzw. sie wolle eine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich daher bereits aus diesem Grund als unzutreffend, weshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

### **E. 6.4.3**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen trat der Verzug der Beschwerdegegnerin somit nicht im Zeitpunkt der Leistung der SDL-Akontozahlungen unter Vorbehalt ein. Damit erweisen sich die Rechtsbegehren 1-9 als unbegründet, weshalb sie abzuweisen sind. Ergänzender Bereicherungszins (Eventualbegehren)

### **E. 7**

Im Zusammenhang mit dem Eventualbegehren der Beschwerdeführerinnen stellt sich einerseits die Frage, ob für den Verzugseintritt von einem früheren Zeitpunkt auszugehen ist, als ihn die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung jeweils als massgeblich erachtete. Andererseits ist zu prüfen, ob den Beschwerdeführerinnen ab der Entrichtung der SDL-Akontozahlungen bis zum massgeblichen späteren Zeitpunkt des Verzugseintritts Bereicherungszins zusteht. Nachfolgend wird zunächst auf erstere (vgl. E. 7.1 ff. und E. 8), anschliessend auf letztere Frage (vgl. E. 9) eingegangen. Verzugseintritt

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen im Zusammenhang mit ihrem Eventualbegehren geltend, ihre Beschwerden gegen die Tarifverfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 seien als verzugsauslösende Mahnungen zu qualifizieren, da sie damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hätten, die geleisteten Akontozahlungen zurückfordern zu wollen.

#### **E. 7.2**

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2619/2009 vom 29. November 2011 aus, die Beschwerdeführerinnen hätten in den Beschwerden gegen die beiden Tarifverfügungen jeweils einzig die Aufhebung jener Dispositivziffer beantragt, mit welcher der von den Kraftwerksbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV zu übernehmende Anteil an den SDL-Kosten festgesetzt worden sei. Ein konkretes Leistungsbegehren auf Rückerstattung der entrichteten SDL-Akontozahlungen hätten sie jedoch nicht gestellt. Ihre Beschwerden könnten daher nicht als Mahnungen qualifiziert werden.

#### **E. 7.3.1**

Das von der Vorinstanz zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betrifft die Beschwerde einer Kraftwerksbetreiberin im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, mit der diese die Aufhebung von Dispositivziffer 3 der Tarifverfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 (vgl. Bst. B.a) und die Rückerstattung allfälliger bereits geleisteter SDL-Akontozahlungen zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem jeweiligen Zahlungseingang beantragte (vgl. Bst. D des Urteils). Das Bundesverwaltungsgericht führte hinsichtlich des Zeitpunkts des Verzugseintritts in Übereinstimmung mit Lehre und

Rechtsprechung (vgl. BGE 130 III 591 E. 3; Wiegand, a.a.O., Art. 102 N. 9) aus, das gerichtliche Geltendmachen einer Forderung sei eine Art der Mahnung, wobei der Verzug in dem Moment eintrete, in dem die Rechtsschrift dem Schuldner zugestellt werde. Es stellte deshalb im beurteilten Fall für den Eintritt des Verzugs auf den Zeitpunkt ab, in dem die Beschwerdeschrift der Beschwerdegegnerin zugeing, dies allerdings nur hinsichtlich allfälliger bis zu diesem Zeitpunkt bereits geleisteter SDL-Akontozahlungen (vgl. E. 5 des Urteils).

### **E. 7.3.2**

Im Unterschied zur beschwerdeführenden Kraftwerksbetreiberin im vorstehend erwähnten Fall beantragten die Beschwerdeführerinnen unbestrittenermassen weder in ihren Beschwerden vom 23. April 2009 gegen die Tarifverfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 noch in jenen vom 21. (Beschwerdeführerin 10) und 22. (übrige Beschwerdeführerinnen) April 2010 gegen die Tarifverfügung der Vorinstanz vom 4. März 2010, die Beschwerdegegnerin sei zur Rückzahlung (allfälliger) bereits geleisteter SDL-Akontozahlungen zu verpflichten. Vielmehr beschränkten sie sich darauf, jeweils (u.a.) die Aufhebung jener Dispositivziffer zu fordern, mit welcher der von den Kraftwerksbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV zu übernehmende Anteil an den SDL-Kosten festgesetzt wurde (Dispositivziffer 3 der Tarifverfügung vom 6. März 2009 bzw. Dispositivziffer 5 der Tarifverfügung vom 4. März 2010; vgl. Bst. B). Sie machten somit mit ihren Beschwerden ans Bundesverwaltungsgericht keine Rückerstattungsforderungen gegen die Beschwerdegegnerin für (allfällige) für die Tarifjahre 2009 und 2010 bereits geleistete SDL-Akontozahlungen geltend. Ihre Beschwerden können daher, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, nicht als Mahnungen qualifiziert werden. Dies gilt im Übrigen umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung gegen die Tarifverfügung für das Jahr 2009 maximal drei Akontozahlungen für dieses Tarifjahr und im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung gegen die Tarifverfügung für das Jahr 2010 noch keine Akontozahlung für dieses Tarifjahr geleistet hatten, ihre Rückerstattungsforderungen im Zeitpunkt der Einreichung dieser Beschwerden mithin zum grössten Teil noch gar nicht bestanden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2619/2009 vom 29. November 2011 E. 5). Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, der Verzug sei bereits im Zeitpunkt der Erhebung dieser Beschwerden eingetreten, erweist sich dies demnach als unzutreffend.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen in der Beschwerde im Zusammenhang mit ihrem Eventualbegehren weiter vor, sollten die Zahlungsvorbehalte nicht als Mahnungen qualifiziert werden, seien sie jedenfalls als Vereinbarung eines Verfalltags zu interpretieren. Dies in dem Sinne, dass gegebenenfalls 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. Ab diesem Zeitpunkt sei die Beschwerdegegnerin folglich ohne besonderen Hinweis zur Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen verpflichtet gewesen. In der Replik führen sie aus, die Frage, ob die Beschwerdegegnerin einen Verfalltag vereinbaren können, stelle sich nicht, habe sich diese doch nach Treu und Glauben darüber im Klaren sein müssen, dass sie spätestens mit dem erwähnten Urteil in Verzug geraten sei.

### **E. 8.2**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Verzug könne nicht am Tag des Urteils A-2607/2009 des Bundesverwaltungsgerichts eingetreten sein, da sie mit den Beschwerdeführerinnen keinen Verfalltag vereinbart habe. Im Weiteren sei nicht nachvollziehbar, inwieweit dieses Urteil, das eine Drittperson betroffen habe, für diese Unternehmen relevant gewesen sein solle.

### **E. 8.3.1**

Die Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 5-10 reichten im vorinstanzlichen Verfahren jeweils mindestens zwei einschlägige Schreiben an die Beschwerdegegnerin aus der Zeit vor dem Ergehen des Urteils A-2607/2009 des Bundesverwaltungsgerichts ein. In den im Wesentlichen übereinstimmenden Schreiben weisen sie zunächst darauf hin, sie beglichen die konkret betroffenen SDL-Akontorechnungen nur unter (ausdrücklichem) Vorbehalt und ohne Anerkennung einer Schuldspflicht. 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. Betreffend die vormalige Beschwerdeführerin 4 finden sich in den vorinstanzlichen Akten zwei E-Mails bezüglich eventueller künftiger SDL-Akontorechnungen mit entsprechendem Inhalt.

### **E. 8.3.2**

Aus diesen Schreiben bzw. E-Mails geht nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin ihr bezahlte SDL-Akontobeträge ohne besonderen Hinweis 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 bzw. E-Mails 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 nicht dahingehend interpretiert werden, diese Unternehmen verlangten die Rückerstattung solcher Beträge zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. an einem bestimmten Tag. Mangels einer entsprechenden Willensäusserung können die Vorbehaltsschreiben bzw. -E-Mails von vornherein nicht als Grundlage für eine Verfalltagsvereinbarung herangezogen werden, wie sie die Beschwerdeführerinnen in der Beschwerde geltend machen. Ebenso wenig musste die Beschwerdegegnerin aufgrund dieser Schreiben bzw. E-Mails nach Treu und Glauben davon ausgehen, mit dem Urteil A-2607/2009 des Bundesverwaltungsgerichts sei sie automatisch und ohne Mahnung der Beschwerdeführerinnen in Verzug geraten. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich demnach bereits aus diesen Gründen als unzutreffend, weshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

### **E. 8.3.3**

Damit bleibt es beim Zeitpunkt, den die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung für den Verzugsbeginn jeweils als massgeblich erachtete (vgl. Bst. G), 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

### **E. 9.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, gemäss der stromversorgungsrechtlichen Regelung dürfe die Beschwerdegegnerin das betriebsnotwendige Vermögen mit einem kalkulatorischen Zinssatz, der seit dem 1. März 2013 dem durchschnittlichen Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital [WACC]; Art. 13 Abs. 3 Bst. b StromVV) entspreche, verzinsen und diese Zinsen als anrechenbare Kapitalkosten über den Netznutzungstarif den Endverbrauchern anlasten. Aus den Geschäftsberichten der Beschwerdegegnerin gehe hervor, dass sie dies in den Jahren 2009 und 2010 getan habe, und zwar jeweils mit einem kalkulatorischen Zinssatz von 4,55 %. Sie habe somit auf den SDL-Akontozahlungen einen Zins gezogen, der nach den Regeln des Bereicherungsrechts Bestandteil der Bereicherungsforderung bilde und an sie herauszugeben sei. Daran änderten die Einwände der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin nichts. Insbesondere hätten die Akontozahlungen dieser direkt Kapital zugeführt und deren betriebsnotwendiges Vermögen bzw. deren Nettoumlaufvermögen (NUV) erhöht; wie sie intern verbucht und ob sie zur Begleichung laufender Rechnungen verwendet worden seien, spiele keine Rolle. Aus einem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 9. Februar 2011 gehe im Übrigen hervor, dass die Vorinstanz ursprünglich eine WACC-Verzinsung der gesamten Akontozahlungen anerkannt habe. Sollte für die Verzinsung nicht auf den WACC abzustellen sein, habe ihnen die Beschwerdegegnerin zumindest den Zins zu bezahlen, den sie dadurch eingespart habe, dass sie auf dem Markt nicht Kapital in der Höhe der Akontozahlungen habe aufnehmen müssen. Den massgeblichen Zinssatz bzw. die Höhe der in diesem Sinne eingesparten Finanzierungskosten habe das Bundesverwaltungsgericht gemäss der im Beschwerdeverfahren geltenden Untersuchungsmaxime von Amtes wegen zu ermitteln. Sollte es zum Schluss kommen, es obliege ihnen in dieser Hinsicht eine Mitwirkungspflicht, seien sie bereit, den Beweis dafür anzutreten, dass der Beschwerdegegnerin Finanzierungskosten mindestens in der Höhe des beantragten Bereicherungszinses entstanden wären, wenn sie im Frühjahr 2009 innert kürzester Zeit die von ihr und weiteren grösseren Kraftwerkbetreiberinnen geleisteten Beträge auf dem Kapitalmarkt hätte beschaffen müssen.

### **E. 9.2**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die von der 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 Nettoumlaufvermögens (NUV) selbst dann, wenn die flüssigen Mittel aus den Akontozahlungen nicht umgehend verwendet, sondern auf einem Bankkonto gehalten worden wären, da sie dieses Vermögen nicht nach der bilanziellen, sondern nach der von der Vorinstanz angeordneten Umsatzmethode berechne. 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. Die Beschwerdeführerinnen übersähen, dass zwischen dem betriebsnotwendigen Vermögen, welches mit dem WACC

verzinst werde, und jenem, das in ihren Büchern ausgewiesen sei, unterschieden werden müsse.

### **E. 9.3**

Die Vorinstanz bringt vor, 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 bzw. zu leisten 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. Dass sie ursprünglich eine WACC-Verzinsung der SDL-Akontozahlungen anerkannt habe, treffe im Übrigen nicht zu.

#### **E. 9.4.1**

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, 3ème éd., Berne 2011, p. 169).

#### **E. 9.4.2**

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. 9.5.1).

### **E. 9.4.3**

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).

### **E. 9.5.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen zwar, wie dargelegt (vgl. E. 9.1), vor, die Beschwerdegegnerin habe auf den SDL-Akontozahlungen einen Zins in der Höhe des WACC gezogen. Ihrer Ansicht nach soll sie dies aber nicht dadurch getan haben, dass sie direkt auf diesen Zahlungen effektiv einen Zins in dieser Höhe erwirtschaftete, sondern indirekt dadurch, dass sie ihr angeblich im Umfang dieser Zahlungen erhöhtes NUV bzw. betriebsnotwendiges Vermögen rechnerisch mit diesem Satz verzinste und den berechneten Zins über den Netznutzungstarif den Endverbrauchern anlastete. Die Beschwerdeführerinnen erheben somit keinen Anspruch auf einen Bereicherungszins im vorstehend erwähnten Sinn (vgl. E. 9.4.2). Vielmehr stützen sie den geltend gemachten bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Verzinsung der rechtsgrundlos geleisteten SDL-Akontozahlungen mit dem WACC auf den stromversorgungsrechtlichen Mechanismus der Verzinsung des NUV. Dies vermag nicht zu überzeugen.

### **E. 9.5.2**

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin bei einer Zahlungsverweigerung der Beschwerdeführerinnen eine Unterdeckung verzeichnet hätte und sie diese gemäss dem stromversorgungsrechtlichen Mechanismus der Verzinsung von Unterdeckungen rechnerisch mit dem WACC hätte verzinsen und den berechneten Zins über den SDL-Tarif den zur Kostentragung Verpflichteten hätte anlasten können. Sie hätte demnach in diesem Sinn hinsichtlich der ausgebliebenen SDL-Akontozahlungen gleich vorgehen können, wie sie es nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen bezüglich der geleisteten Zahlungen tat. Ihre Vermögenssituation ohne diese Zahlungen hätte sich insoweit somit nicht von der Vermögenssituation unterschieden, die gemäss den Beschwerdeführerinnen mit diesen Zahlungen bestand. Selbst wenn das NUV der Beschwerdegegnerin durch diese Zahlungen tatsächlich um deren Umfang erhöht worden sein sollte - was die Beschwerdeführerinnen allerdings lediglich mehr oder weniger pauschal behaupten - und die Zahlungen dadurch indirekt in der erwähnten Weise mit dem WACC verzinst worden sein sollten, wäre demnach eine Bereicherung der Beschwerdegegnerin im vorstehend dargelegten Sinn (vgl. E. 9.4.3) zu verneinen, da gegenüber der Situation ohne diese Zahlungen insoweit keine Vermögensdifferenz bestünde. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich

somit bereits aus diesem Grund als unzutreffend, weshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht.

### **E. 9.5.3**

An diesem Ergebnis vermag im Übrigen auch das von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 9. Februar 2011 nichts zu ändern. Dies schon deshalb, weil sich daraus - wie auch aus der darin zitierten Verfügung der Vorinstanz vom 11. November 2010 betreffend "Kosten und Tarife 2011 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen" - nicht ergibt, dass die Vorinstanz einen Anspruch der Beschwerdeführerinnen bzw. der weiteren betroffenen Kraftwerksbetreiberinnen auf einen Bereicherungszins in der Höhe des WACC auf den entrichteten SDL-Akontozahlungen anerkannte.

### **E. 9.6.1**

Soweit die Beschwerdeführerinnen alternativ geltend machen, die Beschwerdegegnerin habe durch ihre SDL-Akontozahlungen die Aufnahme von Kapital auf dem Kapitalmarkt und damit Finanzierungskosten mindestens in der Höhe des von ihnen geforderten Bereicherungszinses vermieden, machen sie zwar eine Ersparnisbereicherung der Beschwerdegegnerin geltend (vgl. E. 9.4.3). Auch dieses Vorbringen vermag jedoch nicht zu überzeugen.

### **E. 9.6.2**

Wie dargelegt (vgl. E. 9.5.2), hätte die Beschwerdegegnerin bei einer Zahlungsverweigerung der Beschwerdeführerinnen die daraus resultierende Unterdeckung rechnerisch mit dem WACC verzinsen und den berechneten Zins über den SDL-Tarif den zur Kostentragung Verpflichteten anlasten können. Den Finanzierungskosten, die ihr nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ohne die SDL-Akontozahlungen entstanden wären, wären somit die aus dem stromversorgungsrechtlichen Mechanismus der Verzinsung von Unterdeckungen resultierenden Erträge gegenübergestellt. Eine Ersparnisbereicherung in dem Sinn, wie sie die Beschwerdeführerinnen mehr oder weniger pauschal geltend machen, käme somit nur in Betracht, wenn die angeblichen Finanzierungskosten höher ausgefallen wären als diese Erträge. Solches wird von den Beschwerdeführerinnen, die sich zu dieser Frage nicht äusseren, allerdings weder explizit noch implizit geltend gemacht und entsprechend in keiner Weise substantiiert. Vielmehr begnügen sie sich damit, mit der Formulierung, der Beschwerdegegnerin wären mindestens Finanzierungskosten in der Höhe des geforderten Bereicherungszinses entstanden, vage und implizit die Möglichkeit anzudeuten, dass die angeblichen Finanzierungskosten - in welchem Umfang auch immer - höher ausgefallen wären als die von ihnen im vorliegenden Beschwerdeverfahren geltend gemachten Bereicherungsforderungen. Es bleibt deshalb völlig offen, ob und, falls ja, inwieweit der Beschwerdegegnerin ihrer Ansicht nach höhere Finanzierungskosten im erwähnten Sinn entstanden wären und gegebenenfalls wieso. Dies genügt angesichts ihrer trotz der grundsätzlichen Geltung der Untersuchungsmaxime im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht (auch) in tatsächlicher Hinsicht bestehenden Begründungspflicht (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 144; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.120) nicht, weshalb insoweit nicht weiter auf ihr Vorbringen eingegangen zu werden braucht.

### **E. 9.6.3**

Damit erweist sich auch dieses Vorbringen und entsprechend das Begehren der Beschwerdeführerinnen, die Rückerstattungsforderungen für die SDL-Akontozahlungen seien ab deren Entrichtung bis zum Verzugseintritt mit dem WACC zu verzinsen, insgesamt als unbegründet. Ihr Eventualbegehren ist daher abzuweisen. Neuverlegung Verfahrenskosten (Rechtsbegehren 10)

#### **E. 10.1**

Wie erwähnt (vgl. Bst. H), beantragen die Beschwerdeführerinnen, es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens neu (vollumfänglich) der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (vgl. Rechtsbegehren 10). Zwar begründen sie dieses Begehren nicht; es ist jedoch davon auszugehen, sie erachteten die Beschwerdegegnerin bei einer Guttheissung der Rechtsbegehren 1-9 als im vorinstanzlichen Verfahren vollumfänglich - statt bloss teilweise - unterliegend.

#### **E. 10.2**

Wie dargelegt, sind die Rechtsbegehren 1-9 abzuweisen. Gleiches gilt für das Eventualbegehren. Soweit die Verfügung der Vorinstanz durch diese Begehren angefochten wird, ist sie demnach zu bestätigen. Es besteht entsprechend kein Anlass, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens im Sinne der Beschwerdeführerin neu zu verlegen. Deren Begehren ist daher abzuweisen. Fazit

#### **E. 11**

Damit erweisen sich sämtliche Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Gleiches gilt für deren Eventualbegehren. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann und sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Kosten und Entschädigung

#### **E. 12.1**

Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegend. Sie haben deshalb die auf Fr. 7'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten (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 Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **E. 12.2**

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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.