Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 352/2015

Urteil vom 23. Mai 2016

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichter Haag,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte
Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwälte
Mariella Orelli und Andreas Burger,

gegen

Swissgrid AG,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom.

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

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I,
vom 6. März 2015.

Sachverhalt:

A.
Am 12. Dezember 2008 änderte der Bundesrat die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) ab (AS 2008 6467). Unter anderem fügte ereinen neuen Art. 31b ein mit folgendem Wortlaut:
Art. 31b Systemdienstleistungen

1 Die nationale Netzgesellschaft stellt in den Jahren 2009-2013 den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher die Kosten für Systemmanagement, Messdatenmanagement, Schwarzstart und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern, Spannungshaltung, Primärregelung und die Anteile der Leistungsvorhaltung für die Sekundär- und Tertiärregelung, welche nicht einer Bilanzgruppe zugeordnet werden können, zu höchstens 0,4 Rappen pro

kWh in Rechnung.

2 Sie stellt in den Jahren 2009-2013 den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW den Teil der Kosten der Systemdienstleistungen, der mit dem nach Absatz 1 festgelegten Tarif von 0,4 Rappen pro kWh nicht gedeckt werden kann, gemäss ihrem Anteil an der Bruttoenergieerzeugung individuell in Rechnung.

Die Verordnungsänderung trat am 1. Januar 2009 in Kraft.

B.

B.a. Mit Verfügung vom 6. März 2009 legte die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) den Tarif für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) für das Jahr 2009 auf 0,77 Rp./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 gestützt auf Art. 31b Abs. 2 StromVV übernehmen sollten, auf 0,45 Rappen pro kWh fest (Dispositivziffer 3). Sie führte dazu aus, die Swissgrid AG (im Folgenden: Swissgrid) habe ihr nach Bekanntwerden der tatsächlichen SDL-Kosten einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen und die genehmigten anrechenbaren Kosten den erwähnten Kraftwerkbetreiberinnen 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).

B.c. Die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG, eine Kraftwerkbetreiberin im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, erhob gegen die beiden Tarifverfügungen der ElCom Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Beschwerdeverfahren A-2658/2009 und A-2853/2010). Sie bezahlte jedoch die von der Swissgrid für die Jahre 2009 und 2010 für ihren Anteil an den SDL-Kosten gestellten Akontorechnungen, wenn auch nur unter Vorbehalt und ohne Anerkennung einer Schuldpflicht.

C.
Mit Urteil A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 (teilweise abgedruckt in BVGE 2010/49) hiess das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde einer weiteren Kraftwerkbetreiberin (der Gommerkraftwerke AG) gegen die Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 teilweise gut. Es erwog im Wesentlichen, Abs. 2 von aArt. 31b StromVV sei verfassungs- und gesetzeswidrig, Abs. 1 gesetzeswidrig. Dieses Urteil blieb unangefochten und wurde rechtskräftig.
Dass aArt. 31b Abs. 2 StromVV gesetzwidrig ist, wurde später in anderen Verfahren auch vom Bundesgericht bestätigt (Urteil 2C 572 und 573/2012 vom 27. März 2013 E. 3.1).
Inzwischen wurde Art. 31b StromVV am 30. Januar 2013 mit Wirkung ab 1. März 2013 auch formell aufgehoben (AS 2013 559).

D.
Mit Urteil A-2658/2009 vom 24. August 2011 hiess das Bundesverwaltungsgericht in einem analogen Entscheid die Beschwerde der Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG gegen die Tarifverfügung der ElCom vom 6. März 2009 gut und hob Dispositivziffer 2 Satz 2 sowie Dispositivziffer 3 dieser Verfügung auch mit Bezug auf sie auf. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils stellte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG der Swissgrid beziffert Rechnung für die Akontozahlungen (nachfolgend: SDL-Akontozahlungen), die sie für ihren (vermeintlichen) Anteil an den SDL-Kosten für das Tarifjahr 2009 geleistet hatte, zuzüglich Zins von 4,25 % für die Dauer eines Jahres auf dem um die Mehrwertsteuer verminderten Betrag dieser Zahlungen. Am 7. November 2011 überwies ihr die Swissgrid den verlangten Betrag.

E.
Am 14. Juni 2012 zog die ElCom die Tarifverfügung vom 4. April 2010 (u.a.) mit Bezug auf die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG in Wiedererwägung und hob deren Verpflichtung zur Übernahme von SDL-Kosten für das Tarifjahr 2010 auf. Das Bundesverwaltungsgericht schrieb darauf das Verfahren A-2853/2010 betreffend die Beschwerde der Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG gegen diese Verfügung am 18. September 2012 als gegenstandslos geworden ab. In der Folge stellte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG der Swissgrid beziffert Rechnung für die SDL-Akontozahlungen für das Tarifjahr 2010, zuzüglich Zins von 4,14 % für die Dauer eines Jahres auf dem um die Mehrwertsteuer reduzierten Betrag dieser Zahlungen. Am 9. Oktober 2012 bezahlte ihr die Swissgrid den in Rechnung gestellten Betrag.

F.
Mit Gesuch vom 8. November 2012 beantragte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG bei der ElCom, die Swissgrid sei zu verpflichten, ihr für die SDL-Akontozahlungen, die sie für die Tarifjahre 2009 und 2010 entrichtet habe, zusätzliche Zahlungen zuzüglich Zins zu 5 % ab 8. November 2011 zu leisten. Mit Verfügung vom 14. November 2013verpflichtete die ElCom die Swissgrid, der Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG für das Tarifjahr 2009 einen (zusätzlichen) Betrag von Fr. 14'517.– zuzüglich Verzugszinsen von 5 % ab dem 7. November 2011 (Dispositivziffer 1) und für das Tarifjahr 2010 einen (zusätzlichen) Betrag von Fr. 28'990.– zuzüglich Verzugszinsen von 5 % ab dem 9. Oktober 2012 (Dispositivziffer 2) zu leisten.
Bei der Berechnung dieser Beträge ging sie davon aus, auf den geleisteten Akontozahlungen sei aufgrund einer Mahnung der Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG ab dem 16. Dezember 2010 ein Verzugszins von 5 % geschuldet.

G.
Gegen die Verfügung der ElCom vom 14. November 2013 erhob die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG am 10. Januar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte zusammengefasst, die Swissgrid sei zu verpflichten, ihr über die in der angefochtenen Verfügung zugesprochenen Beträge hinaus zusätzliche Zahlungen zuzüglich zusätzlicher Zinsen zu leisten.
Mit Urteil vom 6. März 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

H.
Die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG erhebt mit Eingabe vom 27. April 2015 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, die Swissgrid sei zu verpflichten, ihr über den in Ziff. 1 der ElCom-Verfügung zugesprochenen Betrag hinaus zusätzlich die Differenz zwischen Fr. 195'642.60 zuzüglich Zins von 5 % ab 7. November 2011 und Fr. 16'273.15, und über den in Ziff. 2 der ElCom-Verfügung zugesprochenen Betrag hinaus zusätzlich die Differenz zwischen Fr. 45'176.90 zuzüglich Zins von 5 % ab 9. Oktober 2012 und Fr. 31'160.20 zu leisten; die Kosten des Verfahrens vor der ElCom seien der Swissgrid aufzuerlegen. Eventualiter sei die Sache in Aufhebung des angefochtenen Urteils zurückzuweisen, insbesondere zur Ermittlung der von der Swissgrid effektiv bezogenen Zinsen.
Die Swissgrid beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die ElCom schliesst auf Abweisung. Das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation verzichten auf Vernehmlassung. Die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG und die Swissgrid replizieren und duplizieren.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG) und die Beschwerdeführerin ist als Verfügungs-Adressatin, deren Begehren nicht geschützt wurde, dazu legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Streitgegenstand und Argumentation der Parteien
Es ist nicht streitig, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die zu Unrecht bezahlten Akontozahlungen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR analog) zurückerstatten muss (vgl. BGE 138 II

465 nicht publ. E. 1.4.6) und dass sie dies inzwischen getan hat. Streitig ist der Zeitpunkt, ab welchem auf den zurückerstatteten Beträgen Zins zu bezahlen ist, bzw. in welcher Höhe dies zu geschehen hat. Die ElCom bzw. das Bundesverwaltungsgericht haben einen Verzugszins von 5 % ab dem 16. Dezember 2010 zugesprochen. Die Beschwerdeführerin beantragt einen Verzugszins, eventuell einen Bereicherungszins, bereits ab einem früheren Zeitpunkt.

2.1. Die ElCom hat erwogen, die Beschwerdeführerin habe die Swissgrid mit Schreiben vom 22. November 2010 mit Ansetzung einer Zahlungsfrist bis 15. Dezember 2010 gemahnt und mit Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist in Verzug gesetzt. Vorher liege kein Verzug vor. Der Zinssatz betrage in Anwendung von Art. 104 Abs. 1 OR 5 %.

2.2. Die Vorinstanz hat zunächst erwogen, in Bezug auf die (vermeintlichen) Zahlungspflichten nach aArt. 31b Abs. 2 StromVV bestehe zwischen den Kraftwerkbetreiberinnen und der Beschwerdegegnerin keine vertragliche Beziehung, sondern ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis (E. 3.2 des angefochtenen Entscheides); allerdings habe die Beschwerdegegnerin keine Verfügungskompetenz; sie stehe den Kraftwerkbetreiberinnen nicht wie eine Veranlagungsbehörde, sondern als gleichrangige Akteurin gegenüber; es könne offen bleiben, ob das Verhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sei; jedenfalls würden dafür nicht die gleichen Grundsätze gelten wie für Leistungen an eine Steuerbehörde (E. 3.3). Unabhängig von der Qualifikation der Rückerstattungsforderung richte sich der Verzugseintritt direkt oder analog nach Art. 102 OR (E. 4). Der Bundesgerichtsentscheid 95 I 258, auf den sich die Beschwerdeführerin berufe, sei in der Folge nicht bestätigt worden; zudem sei das Verhältnis nicht vergleichbar, da die Beschwerdegegnerin nicht verfügungsberechtigt sei; die Zahlung unter Vorbehalt könne daher nicht als Mahnung betrachtet werden (E. 5). Der Standpunkt der Beschwerdegegnerin sei nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG (SR
251) und es könne ihr auch nicht vorgeworfen werden, sie wolle eine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erzwingen (E. 6). Die Beschwerdeerhebung gegen die Tarifverfügungen sei nicht als Mahnung zu betrachten, da die Beschwerdeführerin darin keine Rückerstattung verlangt habe (E. 7). Auch die Vorbehalte anlässlich der Zahlungen könnten nicht als Verfalltagsabrede betrachtet werden (E. 8). Ein Bereicherungszins sei nicht geschuldet, da die Swissgrid nicht entsprechend bereichert sei bzw. eine Bereicherung nicht nachgewiesen sei (E. 9).

2.3. Die Beschwerdeführerin bringt im Hauptstandpunkt vor, der Verzug sei gemäss BGE 95 I 258 bereits mit der Zahlung unter Vorbehalt eingetreten; die Zahlungen gingen auf rechtswidrige Verfügungen der ElCom zurück, so dass ein vergleichbares Verhältnis vorliege wie bei Abgabepflichtigen, zumal die ElCom einer Beschwerde gegen die Tarifverfügungen die aufschiebende Wirkung entzogen habe. Die Verweigerung der Verzinsung ab Zahlung sei auch ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. c KG. Eventualiter sei ab Zahlung ein Bereicherungszins geschuldet und sei der Verzug mit der Beschwerdeerhebung gegen die Tarifverfügungen eingetreten, da in Verbindung mit den bei der Zahlung angebrachten Vorbehalten klar gewesen sei, dass eine Rückforderung verlangt würde. Subeventualiter sei der Verzug mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Gommerkraftwerke vom 8. Juli 2010 eingetreten.

3. Natur des Rechtsverhältnisses

3.1. Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzlichen Erwägungen (vorne E. 2.2) als bundesrechtswidrig. Sie kritisiert, es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz zum Schluss komme, die Beschwerdegegnerin sei als gleichrangige Akteurin zu betrachten. Entscheidend sei nicht, wem die Verfügungskompetenz zukomme, sondern dasseine Verfügungskompetenz vorliege. Das Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin sei klarerweise öffentlich-rechtlicher Natur. Davon, dass ein Subordinationsverhältnis fehle, könne nicht die Rede sein.

3.2. Die streitbetroffenen Zahlungen der Beschwerdeführerin wurden nicht aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien geleistet, sondern aufgrund der (sich später als gesetzwidrig erweisenden) öffentlich-rechtlichen Regelung in aArt. 31b Abs. 2 StromVV bzw. aufgrund der gestützt darauf ergangenen Verfügungen der ElCom. Trotz öffentlich-rechtlicher Grundlage ist die Beschwerdegegnerin in Bezug auf diese

Beträge gegenüber der Beschwerdeführerin nicht verfügungsberechtigt: Selbst wenn man davon ausgeht, dass sie mit der Inrechnungstellung dieser Kosten eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt (vgl. Art. 18 ff. des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7]), ergibt sich daraus keine Verfügungskompetenz: Die Delegation einer Verwaltungsaufgabe an Private beinhaltet nicht automatisch auch die Übertragung einer entsprechenden Verfügungskompetenz; eine solche setzt vielmehr eine hinreichende, formellgesetzliche Grundlage voraus; diese kann allenfalls auch implizit erfolgen, wenn ein Privater gesetzlich mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betraut wird, jedoch nur, wenn die Verfügungskompetenz zur Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe unerlässlich
ist (BGE 138 II 134 E. 5.1 S. 158 f.; 137 II 409 E. 6.1 ff. S. 412 f. mit Hinweis; Urteil 2C 1042/2012 vom 2. Juli 2013 E. 2.2). Das Stromversorgungsgesetz überträgt der Swissgrid jedenfalls für die hier zur Diskussion stehende Erhebung von Netznutzungsentgelten (samt Kosten für Systemdienstleistungen [Art. 15 Abs. 2 StromVG; Art. 7 Abs. 3 lit. e und Art. 15 Abs. 2 StromVV]) keine Verfügungskompetenz. Im Gegenteil weist das Gesetz diese Verfügungskompetenz ausdrücklich der ElCom zu (Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG)

3.3. Insgesamt ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin zwar mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes und dessen Finanzierung eine ihr öffentlich-rechtlich übertragene Aufgabe wahrnimmt, aber zu deren Erfüllung keine Verfügungskompetenz hat. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen der Swissgrid und den Kraftwerkbetreiberinnen erübrigt sich unter diesen Umständen. Ein Subordinationsverhältnis liegt jedenfalls nicht vor (zu der besonderen Situation im Dreiecksverhältnis zwischen ElCom, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin vgl. hinten E. 6.4)

4. Rechtsgrundlage für Zinsen

4.1. Zunächst ist darzulegen, was für Rechtsgrundlagen für die geltend gemachten Zinsen überhaupt in Frage kommen. Eine spezialgesetzliche Regelung für die Verzinsung der hier streitbetroffenen Rückzahlungen besteht nicht. Eine allfällige Verzinsungspflicht richtet sich daher nach allgemeinen Grundsätzen. In Frage kommen Verzugszins (E. 4.2), Vergütungszins (E. 4.3) oder Bereicherungszins (E. 4.4).

4.2. Verzugszins

4.2.1. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung oder eines qualifizierten Schweigens als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht vorbehältlich bestimmter Ausnahmen die Pflicht, Verzugszins (intérêt moratoire; interesse di mora) zu bezahlen, wenn der Schuldner im Verzug ist (BGE 95 I 258 E. 3 S. 263; 101 Ib 252 E. 4b S. 258 f.; Urteil 2C 188/2010 vom 24. Januar 2011 E. 7.2.1, ASA 79 863; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016 Rz. 156 ff. S. 34 f.; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, S. 417).

4.2.2. Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 1 OR einerseits die Fälligkeit der Forderung, anderseits die Mahnung durch den Gläubiger (BGE 130 III 591 E. 3 S. 596 f.; 130 V 414 E. 5.1 S. 421; 93 I 382 E. 3 S. 389; Urteile A.75/1982 vom 9. März 1983 E. 6; A.320/1981 vom 25. November 1983 E. 3, ASA 53 558). Vor der Fälligkeit kann kein Verzug eintreten (BGE 130 III 591 E. 3.1 S. 597 f.; Urteil 4C.291/2001 vom 9. Juli 2002 E. 6c). Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt. Mit der Mahnung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner erkennt, was der Gläubiger fordern will. Geht es um eine Geldforderung, ist deren Höhe in der Regel zu beziffern. Auf eine Bezifferung in der Mahnung selbst kann jedoch zum Beispiel verzichtet werden, wenn damit auf eine früher zugestellte, den Geldbetrag enthaltende Rechnung verwiesen wird. Eine Bezifferung ist sodann nicht erforderlich, wenn sie im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung nicht möglich ist, weil deren genaue Höhe noch nicht feststeht (zum Ganzen BGE 129 III 535 E. 3.2.2 S. 541 f., mit Hinweisen auf Lehre und
Rechtsprechung).
Auch im öffentlichen Recht wird verlangt, dass die Geldforderung unmissverständlich geltend gemacht und zur Zahlung innert einer bestimmten Frist aufgefordert wird (BGE 130 V 414 E. 5.1 S. 421; 108 Ib 334 E. 7b

S. 344), z.B. mit einem Schreiben, in dem die Zahlung verlangt wird (BGE 106 Ib 279 E. 3 und 4 S. 284 ff.), durch Zustellung eines Zahlungsbefehls (Urteil 2C 1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 9.2) oder durch Erhebung einer Beschwerde, mit der ein höherer als der zugesprochene Betrag gefordert wird (Urteil A.75/1982 vom 9. März 1983 E. 6), oder auch mit Verkaufsverhandlungen, die einer Anmeldung der Forderung aus materieller Enteignung gleichzusetzen sind (BGE 108 Ib 334 E. 7b S. 344). Es reicht hingegen nicht, dass der Gläubiger gegenüber dem Schuldner zum Ausdruck bringt, dass er die Verweigerung der Zahlung für unbegründet hält, die Zahlung eines gekürzten Betrages jeweils aber trotzdem ohne Widerspruch hinnimmt (BGE 85 I 180 E. 4 S. 184 f.).
Nach Lehre und Rechtsprechung ist sodann in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR eine Mahnung nicht erforderlich, wenn der Schuldner unmissverständlich erklärt oder zum Ausdruck bringt, dass er nicht leisten werde (BGE 133 III 675 nicht publ. E. 6.3; 130 III 302 nicht publ. E. 4.1.3; 110 II 141 E. 1b S. 143 f.; 97 II 58 E. 5 S. 64 f.; 94 II 26 E. 3a S. 32 f.; WIEGAND, Basler Kommentar zum OR, 6. Aufl. 2015, Art. 102 N. 11). Wenn der Schuldner blosse Zweifel an seiner Leistungspflicht äussert, aber die korrekte Leistung noch möglich erscheint, ist eine Mahnung hingegen nicht überflüssig (BGE 110 II 141 E. 1b S. 143 f.). Diese Grundsätze gelten ebenfalls im öffentlichen Recht (Urteil 2P.201/2004 vom 8. Februar 2006 E. 4.3).

4.2.3. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter V erfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner erfüllen muss, kalendermässig bestimmt oder zumindest aufgrund des Vertragsinhalts bestimmbar ist; eine bloss ungefähre Festlegung des Erfüllungszeitpunktes reicht nicht aus (vgl. BGE 116 II 441 E. 2a S. 443; Urteile 4C.245/2004 vom 12. November 2004 E. 2.5; 5C.57/2001 vom 14. Mai 2001 E. 2b; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, 2000, Art. 102 OR N 110 ff., mit zahlreichen Hinweisen; WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N. 10). Im öffentlichen Recht kann sich ein Verfall insbesondere daraus ergeben, dass eine Zahlungspflicht von Gesetzes wegen in einem bestimmten Zeitpunkt eintritt (BGE 93 I 656 E. 6 S. 666; StE 2010 B 99.2 Nr. 22 E. 3.2; ASA 68 518 E. 3a).

4.3. Vergütungszins
Anders als der Verzugszins ist ein Vergütungszins (intérêt rémunératoire; interesse compensativo), d.h. ein Zins, der auf zuviel bezahlten und deshalb zurückzuerstattenden Beträgen zu entrichten ist, grundsätzlich nur geschuldet, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist (Urteil 2C 411/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.2 mit Hinweisen), wie dies vor allem im Steuerrecht häufig der Fall ist. Das Bundesgericht hat mangels gesetzlicher Regelung Vergütungszinsansprüche oftmals verneint (zur Kasuistik vgl. ASA 53 558 E. 4 und 6; Urteil 2C 411/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.4/3.5; ASA 78 663 E. 3, ASA 68 518 E. 3b, ASA 53 558 E. 5). Ausnahmsweise hat es allerdings auch aus Sinn und Zweck einer gesetzlichen Regelung durch Analogieschluss oder aus allgemeinen Prinzipien abgeleitet, dass ein Vergütungszins zu bezahlen sei, namentlich für die Rückerstattung von zu viel bezahlten Steuern, wenn im umgekehrten Verhältnis der Steuerpflichtige bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Steuerforderung ebenfalls einen Zins schuldet (Urteil 2C 411/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.3; ASA 78 663 E. 3.3). Ferner hat das Bundesgericht in BGE 108 Ib 12 E. 3 ohne nähere Begründung in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 1 der damaligen Verordnung vom 30. Oktober 1978 über
die Verzinsung ausstehender Stempelabgaben (AS 1978 1800) einen Vergütungszins zugesprochen auf der Rückerstattung einer zu Unrecht erhobenen Stempelsteuer. In ASA 53 558 hat es dies einerseits bestätigt, zugleich aber eingeschränkt auf Fälle, in denen gegenüber dem Abgabepflichtigen eine Abgabe verfügt worden ist und der Pflichtige zur Vermeidung einer gesetzlichen Verzugszinspflicht gezwungen ist, die Abgabe vorläufig unter Vorbehalt zu bezahlen, aber gleichzeitig mit Rechtsmitteln die Abgabepflicht bestreitet (ASA 53 558 E. 4; vgl. auch Urteil 2C 872/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 4.1.3; ASA 78 663 E. 3.3). Unter diesen Voraussetzungen wird praxisgemäss auch auf der Rückerstattung einer zu Unrecht zurückverlangten Verrechnungssteuer ein Vergütungszins zugesprochen (Urteile 2C 896/2008 vom 30. Oktober 2009 E. 5, StR 65/2010 S. 156; A.159/1980 vom 25. November 1983 E. 8, ASA 53 84).

4.4. Bereicherungszins
Nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung gehört zu der ungerechtfertigten Bereicherung, die gemäss Art. 62 ff. OR zurückzuerstatten ist, unabhängig von einem Verzug auch der Zins, den der ungerechtfertigt Bereicherte

in der Zeit zwischen dem Empfang und der Rückerstattung der Leistung bezogen hat (BGE 120 II 259 E. 5 S. 266; 116 II 689 E. 3b/bb S. 692; 84 II 179 E. 4 S. 186).

5. Materielle Beurteilung Verzugszins

5.1. Zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdegegnerin früher als von der Vorinstanz angenommen - also vor dem 16. Dezember 2010 (vorne lit. F.) - in Verzug geraten ist. Da die Stromversorgungsgesetzgebung keine Regelung über die hier streitigen Verzugszinsen enthält und auch kein qualifiziertes Schweigen vorliegt, hat die Vorinstanz zutreffend die Regelung der Art. 102 ff. OR angewendet, was von den Parteien im Grundsatz auch nicht in Frage gestellt wird. Zu prüfen ist zuerst, ob ein verzugsauslösender Verfalltag galt (hinten E. 5.2), und verneinendenfalls, ob bzw. wann eine Mahnung erfolgt ist (hinten E. 5.3).

5.2. Verfall

5.2.1. Ein gesetzlicher Zahlungstermin, dessen Nichteinhaltung analog zu Art. 102 Abs. 2 OR zum Verzug führen würde (vorne E. 4.2.3), besteht für die hier streitigen Forderungen nicht.

5.2.2. Die Beschwerdeführerin erachtet es als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, wenn die Beschwerdegegnerin für die Auslösung der Verzinsungspflicht eine Mahnung verlange. Dies sei missbräuchlich, unabhängig davon, ob es zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin in Bezug auf den Beginn des Zinsenlaufs eine Vereinbarung gebe. Die Beschwerdeführerin behauptet somit nicht, es bestehe zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin eine Verfalltagsabrede. Namentlich stellt sie die vorinstanzliche Feststellung nicht in Frage, es habe auch bezüglich der Akontozahlungen keine Vereinbarung über die Verzugszinspflicht gegeben.

5.2.3. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann sich die ihres Erachtens angemessene Verzugszinsregelung nicht aus Art. 7 KG ergeben. Das KG findet gemäss seinem Art. 3 Abs. 1 lit. a keine Anwendung, soweit eine staatliche Markt- oder Preisordnung besteht, die Wettbewerb nicht zulässt (vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2 S. 70 ff.). Die hier streitbetroffenen Zahlungen aufgrund von aArt. 31b Abs. 2 StromVV wurden von vornherein nicht am Markt gebildet, sondern ergaben sich aus einer öffentlich-rechtlichen, hoheitlichen Regelung, die durch Verfügung der ElCom konkretisiert wurde. Die ElCom hat insbesondere auch die hier streitige Frage der Verzugszinsen hoheitlich durch Verfügung geregelt. Für die Anwendung des KG verbleibt daher kein Raum.

5.3. Fälligkeit/Mahnung

5.3.1. Voraussetzung für die Inverzugsetzung durch Mahnung ist, dass die Forderung fällig ist (Art. 102 Abs. 1 OR, vgl. auch vorne E. 4.2.2). Gemäss privatrechtlicher Lehre und Rechtsprechung wird bei der condictio sine causa die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung schon mit der (ungerechtfertigten) Zahlung zur Rückzahlung fällig, bei der condictio causa finita jedoch erst, wenn feststeht, dass die causa weggefallen ist (BRUNO HUWILER, Basler Kommentar OR, 6. Aufl. 2015, Art. 67 N. 3; BENOÎT CHAPPUIS, Commentaire Romand, CO, 2. Aufl. 2012, Art. 67 N. 5; BGE 129 III 503 E. 3.3 S. 505).
Da die Rechtsgrundlage der Zahlungen (aArt. 31b Abs. 2 StromVV) von Anfang an gesetzwidrig war, liegt an sich eine condictio sine causa vor, so dass mit der Zahlung durch die Beschwerdeführerin der Rückforderungsanspruch bereits fällig geworden wäre (vgl. BGE 124 II 570 E. 4g S. 580). Im öffentlichen Recht gilt jedoch eine Zahlung, die sich auf eine zwar materiellrechtlich falsche, aber rechtskräftige Verfügung stützt, nicht als ungerechtfertigt, solange kein Grund besteht, auf diese Verfügung zurückzukommen (BGE 124 II 570 E. 4b und E. 4c S. 578 f.; 105 Ia 214 E. 5 S. 217). Erst mit der Aufhebung der Verfügung entsteht die Rückerstattungsforderung (MOOR/POLTIER, Droit administratif, Vol. II 3. Aufl. 2011, S. 170); vorher ist sie auch nicht fällig und kann daher kein Verzug eintreten (vgl. ASA 53 558 E. 4; Urteil A.75/1982 vom 9. März 1983 E. 6). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Tarifverfügungen angefochten, so dass sie ihr gegenüber nicht formell rechtskräftig wurden. Der Rückerstattungsanspruch war noch in der Schwebe, solange nicht feststand, dass aArt. 31b StromVV gesetzwidrig war. Wie es sich unter diesen Umständen mit der Fälligkeit der Rückerstattungsforderung verhält, kann jedoch offen bleiben, wenn sich erweist,

dass vor dem von der Vorinstanz angenommenen Verzugstermin gar keine Mahnung vorliegt.

5.3.2. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Zahlung unter Vorbehalt habe den Verzug ausgelöst. In den Schreiben, in denen sie anlässlich der Zahlungen jeweils einen Vorbehalt ausdrückte, hat sie ausgeführt, sie werde zwar die Rechnung vollumfänglich begleichen; zur Wahrung ihrer Rechte erfolge die Begleichung allerdings nur unter einem ausdrücklichen Vorbehalt und ohne Anerkennung einer diesbezüglichen Schuldpflicht; der Vorbehalt beziehe sich auf allfällige Rechts- oder Schiedsverfahren oder sonstige Rechtsbehelfe irgendwelcher Art, welche das Inkasso überhöhter Rechnungen durch Swissgrid feststellen würde. Daraus ergebe sich, dass ihr eine freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR dereinst nicht entgegengehalten werden könne; sie werde sich ausdrücklich ein Rückforderungs- bzw. Verrechnungsrecht bezüglich allenfalls zu viel einkassierter Beträge vorbehalten.
Diese Erklärungen enthalten keine Zahlungsaufforderung, und schon gar nicht eine unmissverständliche, sondern einen blossen Vorbehalt eines allfälligen Rückforderungsrechts für den Fall, dass sich die Rechnung als unberechtigt oder überhöht erweisen sollte. Sie können angesichts der dafür geltenden Anforderungen (vorne E. 4.2.2) nicht als Mahnung gelten.

5.3.3. Die Beschwerdeführerin beruft sich allerdings auch auf BGE 95 I 258 E. 3 S. 263: Dort ging es um einen Fall, in dem ein Militärpflichtersatzpflichtiger vor dem beabsichtigten Auslandurlaub für den Militärpflichtersatz unter Vorbehalt veranlagt wurde. Um den in Aussicht gestellten Auslandurlaub zu erwirken, entrichtete er den festgesetzten Abgabebetrag, bestritt jedoch die Richtigkeit der Veranlagung und behielt sich gleichzeitig das Recht vor, die zuviel bezahlte Summe zurückzufordern. Das Bundesgericht erblickte darin eine gültige "Mahnung", die das Gemeinwesen in Verzug gesetzt habe.

5.3.4. Die Beschwerdeführerin hat die Tarifverfügungen der ElCom angefochten und damit wie der Pflichtige in BGE 95 I 258 zum Ausdruck gebracht, dass sie ihre Zahlungspflicht bestreitet. Im Unterschied zu jenem Fall liegt hier die Verfügungskompetenz aber nicht bei der Rückerstattungsschuldnerin (hier: der Beschwerdegegnerin), sondern bei der ElCom (vorne E. 3). Zudem betraf BGE 95 I 258 eine ausgesprochene Sondersituation: Die Behörde hatte dem Pflichtigen den beantragten Auslandurlaub nur gewährt, nachdem er die Ersatzabgabe entrichtet hatte; das Bundesgericht stellte fest, dass dieses Vorgehen unrechtmässig war, weil die Bewilligung des Auslandurlaubs nicht von der sofortigen Zahlung des noch nicht rechtskräftig veranlagten Ersatzes hätte abhängig gemacht werden dürfen (a.a.O., E. 3 S. 262). Der Pflichtige entrichtete somit eine unter unrechtmässigem indirektem Zwang von ihm verlangte Leistung, um einer drohenden "Notsituation" zu entkommen. Aus diesem Entscheid kann nicht gefolgert werden, dass eine unter Vorbehalt entrichtete Zahlung (die sich nachträglich als unrechtmässig erweist) generell den Rückerstattungsschuldner in Verzug setzt (ebenso wenig aus den Urteilen 2C 114/2011 vom 26. August 2011 und 2C 115/2011 vom 22.
November 2011, wo das Gemeinwesen selber bereits in den Verfügungen, in denen die Zahlung festgelegt wurde, einen Rückerstattungsvorbehalt aufgenommen hatte). Auch wenn eine Zahlung unter Vorbehalt im Allgemeinen als Bestreitung der Leistungspflicht verstanden werden kann (Urteil 2C 678/2012 vom 17. Mai 2013 E. 2.3, ASA 82 311), ist doch damit noch keine Aufforderung zur Rückerstattung verbunden. Zwar wurde das Urteil BGE 95 I 258 in der Literatur teilweise als leading case dargestellt (IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 1976, Nr. 31.A, B.IV; 32.B.V), teilweise aber auch als ausnahmsweise Konstellation (HANS-ULRICH ZÜRCHER, Verzugszinsen im Bundesverwaltungsrecht, 1998, S. 82). In BGE 108 Ib 12 E. 3 wurde eine vergleichbare Konstellation nicht als Fall des Verzugs-, sondern des Vergütungszinses betrachtet (vorne E. 4.3), ebenso in ASA 53 558 E. 3 und 4, wo in ausdrücklicher Auseinandersetzung mit BGE 95 I 258 erkannt wurde, dass eine Zahlung unter Vorbehalt noch nicht den Verzug auslöst. Insgesamt hat somit das Bundesgericht in seiner späteren Praxis in analogen Konstellationen wie sie in BGE 95 I 258 zu beurteilen waren, nicht das Vorliegen einer verzugsauslösenden Mahnung bejaht, sondern allenfalls einen
Vergütungszins zugesprochen. Auch im vorliegenden Fall hat deshalb die Zahlung unter Vorbehalt noch keinen Verzug ausgelöst, sondern sie kann allenfalls Anlass für Vergütungszins bilden, freilich nur unter den dafür geltenden Voraussetzungen (vorne E. 4.3; hinten E. 6).

5.4. Eventualstandpunkte zum Verzugseintritt

5.4.1. Die Beschwerdeführerin ist eventualiter der Auffassung, mit der Erhebung der Beschwerden gegen die Tarifverfügungen 2009 und 2010 (23. April 2009 bzw. 22. April 2010) sei der Verzug eingetreten. Die Vorinstanz hat demgegenüber festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in diesen Beschwerden nur beantragt hat, die entsprechenden Ziffern in den Tarifverfügungen aufzuheben, nicht aber, die Beschwerdegegnerin sei zur Rückzahlung der geleisteten Akontozahlungen zu verpflichten. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin denn auch nicht; sie ist aber der Auffassung, angesichts der gesamten Umstände sei die Anfechtung der Tarifverfügung auch als Rückerstattungsantrag zu verstehen, zumal die Beschwerdegegnerin selber in Aussicht gestellt habe, sie werde allenfalls zu viel erhobene Akontozahlungen zurückerstatten, falls sich erweisen sollte, dass aArt. 31b StromVV rechtswidrig sei.

5.4.2. Gewiss trifft es zu, dass alle Beteiligten bereits im Zeitpunkt der Beschwerden gegen die Tarifverfügungen davon ausgehen mussten, dass die geleisteten Akontozahlungen zurückzuerstatten sein würden, falls sich aArt. 31b StromVV als gesetzwidrig erweisen würde. Dies war jedoch im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch ungewiss. Zudem genügt nach der dargelegten Lehre und Praxis (vorne E. 4.2.2) nicht zur Inverzugsetzung, dass die Forderung bekannt und fällig ist; verlangt ist zusätzlich, dass der Gläubiger die Zahlung innert einer bestimmten Frist verlangt oder die Forderung einklagt. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin im hier streitigen Zeitraum weder die Beschwerdegegnerin als Rückerstattungsschuldnerin zur Zahlung innert einer bestimmten Frist aufgefordert noch bei der ElCom beantragt, die Beschwerdegegnerin zur Rückerstattung zu verpflichten. Unter diesen Umständen kann die blosse Beschwerdeerhebung gegen die Tarifverfügungen nicht als verzugsauslösend betrachtet werden.

5.4.3. Aus dem gleichen Grund kann auch der Leitentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 (vorne lit. C) nicht als verzugsauslösend betrachtet werden. Damit (bzw. mit der Rechtskraft dieses Entscheids) stand zwar fest, dass die Tarifverfügung, auf welche sich die Akontozahlungen stützten, aufgehoben war, freilich formell vorerst bloss im Verhältnis zu der dort Beschwerde führenden Gommerkraftwerke AG. Es war in diesem Zeitpunkt damit zu rechnen, dass auch die analogen Beschwerden der Beschwerdeführerin gutgeheissen werden würden. Damit stand aber bloss fest, dass der (bisher in der Schwebe befindliche) Rückerstattungsanspruch effektiv bestand; eine Inverzugsetzung war damit nicht verbunden.
Ein früheres Datum für den Beginn des Zinsenlaufes - den Verzugszins betreffend - wie es von den Vorinstanzen des Bundesgerichts festgesetzt bzw. geschützt wurde (16. Dezember 2010, vgl. vorne E. 2.1 und E. 2.2), fällt aus all diesen Gründen ausser Betracht.

6. Materielle Beurteilung Vergütungszins

6.1. Die Beschwerdeführerin hat bei der Zahlung einen Vorbehalt angebracht und zudem die Tarifverfügungen der ElCom mit Rechtsmitteln angefochten. Die rechtsprechungsgemässen Voraussetzungen für einen Vergütungszins (vorne E. 4.3) sind insoweit teilweise gegeben.

6.2. Die Rechtsprechung hat betont, dass ein Absehen vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für einen Vergütungszins nur ausnahmsweise in Frage kommt. Im Wesentlichen geht es dabei um Konstellationen, in denen jemand durch eine sich später als unrechtmässig erweisende Verfügung zu einer Leistung an die verfügende Behörde verpflichtet wird, diese Verfügung zwar mit Rechtsmitteln bestreitet, aber die Leistung trotzdem erbringt, weil er bei verspäteter Zahlung seinerseits Verzugszinsen entrichten müsste; die Zahlung unter Vorbehalt dient dazu, die drohende Verzugszinspflicht abzuwehren (Urteil 2C 678/2012 vom 17. Mai 2013 E 2.3) oder andere Nachteile zu vermeiden (so im Fall BGE 95 I 258, vorne E. 5.3.3 und E. 5.3.4). In solchen Situationen erscheint es als billig, umgekehrt die Rückerstattung ebenfalls zu verzinsen (vgl. zum Ganzen vorne E. 4.3).

6.3. Eine extensivere Bejahung von Vergütungszinsen ausserhalb von Verzugssituationen (vorne E. 5) rechtfertigt sich jedoch nicht, u.a. auch aufgrund der aktuellen Entwicklung auf dem Finanzmarkt: Die praxisgemäss zugesprochenen Vergütungszinsen von 5 % entsprachen zu gewissen Zeiten einem üblichen, auf dem Markt erreichbaren Zins, so dass der Vergütungszins ungefähr einen adäquaten Vermögensausgleich schuf zwischen der effektiven Situation und derjenigen, die ohne die unrechtmässige Zahlung entstanden wäre. Bei den heutigen marktüblichen Zinsen würde jedoch ein Vergütungszins von 5 % zu einer erheblichen Bereicherung des

Rückerstattungsberechtigten führen. Umgekehrt wäre es auch mit dem Anliegen der Rechtssicherheit kaum vereinbar, den Vergütungszinssatz den jeweiligen Marktverhältnissen angepasst zu bemessen. Das spricht für Zurückhaltung bei der Anerkennung von Vergütungszinsen ohne gesetzliche Grundlage (vgl. vorne E. 4.3).

6.4. Zudem ist hier der besonderen Situation im Dreiecksverhältnis zwischen ElCom, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin Rechnung zu tragen: Die ElCom hatte in den Tarifverfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 die grundsätzliche Kostenpflicht u.a. der Beschwerdeführerin festgelegt und allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung entzogen. Sie hat damit aber nicht die Kosten, welche die einzelnen Zahlungspflichtigen zu tragen haben, individuell festgelegt, sondern die Beschwerdegegnerin angewiesen, später die definitiven Kosten zu erheben und anschliessend den genannten Kraftwerkbetreiberinnen zu belasten (vgl. Urteil 2C 572/2012 vom 27. März 2013 E. 3.4). Die Verfügungen der ElCom verpflichteten somit die Beschwerdeführerin nicht direkt und vollstreckbar zur Zahlung der Beträge. Die Zahlungen erfolgten erst aufgrund der von der Beschwerdegegnerin gestützt auf die ElCom-Verfügungen ausgestellten Akonto-Rechnungen, wobei aber nicht dargelegt ist, dass dafür eine Verzugszinspflicht bei verspäteter Zahlung bestanden hätte (vorne E. 4.2.2). Zwar erfolgte die Zahlung der Beschwerdeführerin letztlich aufgrund einer hoheitlichen Verfügung. Diese stammte jedoch von der ElCom, nicht von der Beschwerdegegnerin, welche die
Zahlungen erhalten hat; die Beschwerdegegnerin ist nicht verfügungsbefugt (vorne E. 3.3) und deshalb nicht mit einer Veranlagungsbehörde vergleichbar, deren (rechtswidrige) Verfügungen Anlass für einen Vergütungszins geben können. Sie ist auch nicht gewissermassen Teil oder Hilfsperson der ElCom, so dass ihr deren Handeln anzurechnen wäre, sondern sie ist im Gegenteil selber an die Verfügungen der ElCom gebunden, solange diese nicht gerichtlich aufgehoben wurden. Ordnet die ElCom an, dass die Kraftwerksgesellschaften der Beschwerdegegnerin eine Zahlung zu leisten haben, liegt es nicht im Belieben der Beschwerdegegnerin, ob sie entsprechende Rechnungen ausstellen will. Der Beschwerdegegnerin kann nicht vorgeworfen werden, rechtswidrig gehandelt zu haben. Die ElCom ihrerseits erlässt zwar die Verfügungen, nimmt aber keine entsprechenden Gelder ein, auf denen sie Zinsen erzielen könnte. In einer solchen Situation besteht kein Anlass, extra legem einen Vergütungszins anzuerkennen. Vielmehr war es der Beschwerdeführerin zumutbar, selber klare Rückforderungsbegehren zu stellen, wenn sie einen Anspruch auf Verzugsverzinsung wahren wollte. Hat sie das nicht getan, besteht kein Anlass für die Zusprache von Vergütungszins.

7. Materielle Beurteilung Bereicherungszins

7.1. Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz einen Bereicherungszins in der Höhe des WACC-Zinses (”Weighted Average Cost of Capital”) geltend gemacht, eventualiter in der gerichtlich festzustellenden Höhe der Ersparnisbereicherung. Die Vorinstanz hat zunächst die Frage aufgeworfen, ob darin eine unzulässige Ausweitung des Streitgegenstands liege (da vor der ElCom nur ein Verzugszins geltend gemacht worden war), die Frage jedoch offen gelassen, da der Antrag ohnehin abzuweisen sei (E. 1.3 des angefochtenen Entscheides). In der Sache hat sie zunächst offen gelassen, ob auch im Verwaltungsrecht Anspruch auf Bereicherungszins bestehe (E. 9.4.2). Die Beschwerdeführerin mache nämlich keinen solchen geltend, sondern stütze den Verzinsungsanspruch auf den stromversorgungsrechtlichen Mechanismus der Verzinsung des Nettoumlaufvermögens, was aber nicht überzeuge (E. 9.5.1 - 9.5.3). Eine Ersparnisbereicherung in der Höhe der eingesparten Finanzierungskosten sei nicht substantiiert (E. 9.6.2).

7.2. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, das Eintreten hätte nicht offen gelassen werden können; auf den Antrag auf Bereicherungszins sei einzutreten gewesen, da damit nicht der Streitgegenstand, sondern nur zulässigerweise dessen rechtliche Begründung geändert worden sei.
Dass eine Rechtsmittelinstanz die Eintretensfrage offen lässt mit der Begründung, das Begehren sei ohnehin materiell abzuweisen, kommt häufig vor und ist grundsätzlich nicht zu beanstanden (BGE 133 V 579 nicht publ. E. 8.2). Vorliegend hat die Vorinstanz die Frage des Bereicherungszinses materiell geprüft. Es besteht kein Grund, den angefochtenen Entscheid deswegen aufzuheben, weil sie das Eintreten offen liess.

7.3. Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Feststellung, sie habe keinen Bereicherungszins, sondern mit dem WACC nur einen rechnerischen Zins beantragt, als offensichtlich unrichtig; sie habe vielmehr eine Ersparnisbereicherung geltend gemacht und für dessen Höhe auf den WACC-Zins abgestellt, da die Akon-

tozahlungen effektiv zum WACC-Zins hätten verzinst werden können; subsidiär habe sie geltend gemacht, der Zinssatz sei von Amtes wegen zu ermitteln, und sie habe auch entsprechende Beweise offeriert. Die Beschwerdegegnerin wäre ohne die Akontozahlungen der Kraftwerksgesellschaften sehr bald in Liquiditätsengpässe geraten, so dass sie auf dem Finanzmarkt hätte Liquidität beschaffen müssen, was notorisch mit hohen Zinskosten verbunden sei. Diese Zinskosten hätte die Vorinstanz von Amtes wegen ermitteln müssen.

7.4. Der WACC ist der kalkulatorische Zinssatz, den die Netzbetreiber auf den betriebsnotwendigen Vermögenswerten berechnen dürfen (Art. 15 Abs. 3 lit. b StromVG; Art. 13 Abs. 3 lit. b StromVV), was zu den anrechenbaren Kapitalkosten führt, die als Bestandteil der anrechenbaren Netzkosten (Art. 15 Abs. 1 StromVG) in die Netznutzungsentgelte einfliessen (Art. 14 Abs. 1 StromVG). Er entspricht nicht einem effektiv bezogenen Zins, sondern enthält auch eine Risikokomponente, welche den Netzeigentümern Anreize bieten soll, genügende Investitionen zu tätigen (Art. 13 Abs. 3bis und Anhang 1 StromVV; BGE 138 II 465 E. 8.6.2 S. 495 f.). Es kann daher keine Vermutung geben, dass die Beschwerdegegnerin auf den von ihr vereinnahmten Akontozahlungen effektiv einen Zins in der Höhe des WACC erzielt hat.

7.5. Auf den ersten Blick plausibel erscheint hingegen die Überlegung, dass die Beschwerdegegnerin dank den von der Beschwerdeführerin geleisteten Akontozahlungen eine hohe Liquidität erhielt, die sie der Notwendigkeit enthob, Fremdkapital aufzunehmen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Daraus könnte gefolgert werden, dass sie die dank den Zahlungen eingesparten Fremdkapitalzinsen als Ersparnisbereicherung der Beschwerdeführerin herauszugeben habe.

7.5.1. Nach der zivilrechtlichen Betrachtung besteht die nach Art. 62 ff. OR herauszugebende Bereicherung in der Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge. Diese Differenz kann sich nicht nur aus einer Vergrösserung (lucrum emergens), sondern auch aus einer Nichtverminderung des Vermögens (damnum cessans) ergeben. Im zweiten Fall liegt eine so genannte Ersparnisbereicherung vor, die entweder auf einer Nichtverminderung der Aktiven oder einer Nichterhöhung der Passiven beruht (BGE 129 III 646 E. 4.2 S. 651 f.; ALEXANDER CHRISTOPH BÜRGI-WYSS, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, 2005, S. 104 f.).

7.5.2. Es ist allerdings fraglich, ob die Figur des Bereicherungszinses ohne weiteres auf das öffentliche Recht übertragen werden kann. Im Privatrecht ist die Rückerstattungsforderung im Grundsatz begrenzt auf die noch vorhandene Bereicherung (Art. 64 OR). Im öffentlichen Recht geht man hingegen davon aus, dass der Staat ohne weiteres den ganzen zu Unrecht erhaltenen Betrag zurückbezahlen muss (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Vol. II 1984, S. 621; MOOR/POLTIER, a.a.O., S. 169). Dies beruht auf der Prämisse, dass der Staat grundsätzlich immer über hinreichende Bonität verfügt. Allfällige Fremdkapitalzinsen, die der Staat bezahlen muss, sind dem allgemeinen Staatshaushalt zuzurechnen und nicht dem konkreten Bereicherungsgeschäft. Es lässt sich daher vertreten, auch umgekehrt die dank den ungerechtfertigten Zahlungen eingesparten Zinsen nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zu betrachten.

7.5.3. Jedenfalls rechtfertigt sich ein Ersparnisbereicherungszins in der vorliegenden Konstellation aus folgenden Gründen nicht: Causa der hier zur Diskussion stehenden ungerechtfertigten Zahlungen und der entsprechenden Rückerstattungen sind die sich nachträglich als gesetzwidrig erweisende Regelung von aArt. 31b StromVV und die gestützt darauf ergangenen Tarifverfügungen, wonach ein Teil der Kosten des Übertragungsnetzes nicht den Netzbetreibern und den direkt angeschlossenen Endverbrauchern, sondern den Betreibern von Kraftwerken mit mehr als 50 MW Leistung auferlegt wurde. Massstab für das Quantitativ der Rückerstattungsforderung ist somit die hypothetische Vermögenssituation, in der sich die Beschwerdegegnerin befände, wenn es diese Causa (d.h. die gesetzwidrige Verordnungsbestimmung) und die entsprechenden Zahlungen und Rückerstattungen nicht gegeben hätte. Dabei können die Zahlungen der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin nicht isoliert betrachtet werden, sondern nur im Kontext des gesamten gesetzlichen Systems. Dieses sieht vor, dass die Beschwerdegegnerin ihre anrechenbaren Netzkosten auf die Endverbraucher überwälzen kann (Art. 14 f. StromVG). Wird dieses System gesetzeskonform vollzogen, kann die
Beschwerdegegnerin ihre gesamten Kosten mit ihren Einnahmen decken und es entsteht kein Liquiditätsengpass und kein Bedarf nach Fremdfinanzierung. Hätte es die gesetzwidrige Verordnungsbestimmung nicht ge-

geben, hätte die Beschwerdegegnerin denjenigen Teil ihrer Kosten, den nun (zu Unrecht) die Kraftwerkbetreiberinnen bezahlt haben, vollumfänglich den Endverbrauchern überwälzen können. In der hypothetischen Vergleichssituation wäre ihr Vermögensstand deshalb gleich gewesen wie jetzt und sie hätte ebenfalls keine Fremdkapitalzinsen bezahlen müssen. Die Beschwerdeführerin hat anstelle der eigentlich zahlungspflichtigen Endverbraucher der Beschwerdegegnerin das nötige Kapital zur Verfügung gestellt; es liegt wohl eine Entreicherung der Beschwerdeführerin vor, aber nicht eine entsprechende (Ersparnis-) Bereicherung der Beschwerdegegnerin. Die Entreicherung der Beschwerdeführerin könnte allenfalls Anlass für einen Vergütungszins geben (wofür jedoch die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, vorne E. 6), nicht aber für einen Bereicherungszins. Ausführungen über Höhe und Nachweis des Zinssatzes erübrigen sich damit.

8. Ergebnis/Kosten
Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (BGE 140 II 415 nicht publ. E. 8), ebenso wenig die ElCom (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, und dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Mai 2016

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein