Urteilskopf

143 II 37

4. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Axpo Power AG und Mitb. gegen Swissgrid AG und Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016

Regeste (de):
Art. 14 f. StromVG, aArt. 31b StromVV, Art. 62 ff., Art. 102 ff., Art. 108 Abs. 1 OR (analog), Art. 3 Abs. 1 lit. a KG; Zinsen auf der Rückerstattung von (auf gesetzwidriger Grundlage geleisteten) Akontozahlungen für Systemdienstleistungen.

Die Swissgrid muss die von den Kraftwerkbetreiberinnen aufgrund der Gesetzwidrigkeit von aArt. 31b StromVV zu Unrecht bezahlten Akontozahlungen aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückerstatten. Streitig ist der Zeitpunkt, ab welchem auf den Beträgen Zins in welcher Höhe zu bezahlen ist (E. 2). Rechtsgrundlagen für Zinsen im öffentlichen Recht (Verzugszins, Vergütungszins, Bereicherungszins, E. 5). Da die Stromversorgungsgesetzgebung keine Regelung enthält, ist Art. 102 ff. OR analog anwendbar: Eine Verfalltagsabrede bestand nicht und ergibt sich auch nicht aus den Zahlungen unter Vorbehalt; ebenso wenig war eine Mahnung überflüssig (E. 6). Keine Anwendung des KG auf hoheitliche Preisregelungen (E. 6.2.3). Ein Anspruch auf Vergütungszins besteht nicht: Die Swissgrid ist nicht verfügungsberechtigt, im Gegenteil selber an die Verfügungen der ElCom gebunden und nicht mit einer Veranlagungsbehörde vergleichbar, deren (rechtswidrige) Verfügungen Anlass für einen Vergütungszins geben können (E. 7). Auch ein Bereicherungszins ist nicht geschuldet (E. 8).

Regeste (fr):
Art. 14 s. LApEl, ancien art. 31b OApEl, art. 62 ss, art. 102 ss, art. 108 al. 1 CO (par analogie), art. 3 al. 1 let. a LCart; intérêts sur le remboursement d'acomptes versés (sur une base illégale) pour les services-système.

Compte tenu de l'illégalité de l'ancien art. 31b OApEl, la société Swissgrid doit rembourser les acomptes payés à tort par les exploitants de centrales électriques dont il est résulté un enrichissement illégitime. Sont litigieux le moment à partir duquel les intérêts sur ces sommes doivent être payés, ainsi que le montant du taux d'intérêt (consid. 2). Bases légales relatives aux intérêts en droit public (intérêts de retard, intérêts rémunératoires, intérêts sur l'enrichissement, consid. 5). Comme la réglementation sur l'approvisionnement en électricité ne contient pas de dispositions en la matière, les art. 102 ss CO s'appliquent par analogie: il n'y a pas d'accord sur le jour de l'échéance et celui-ci ne découle pas non plus des paiements qui ont été effectués sous réserve de leur exigibilité; en outre, une sommation n'était pas inutile (consid. 6). La loi sur les cartels ne s'applique pas à la réglementation des prix étatique (consid. 6.2.3). Il n'existe pas de droit à des intérêts rémunératoires: Swissgrid n'a pas la compétence pour émettre des décisions et est, au contraire, liée par les décisions de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom); elle n'est pas comparable à une autorité de taxation dont les décisions (contraires au droit) peuvent donner droit à des intérêts rémunératoires (consid. 7). Des intérêts sur l'enrichissement ne sont pas non plus dus (consid. 8).

Regesto (it):
Art. 14 seg. LAEl, vecchio art. 31b OAEl, art. 62 segg., art. 102 segg., art. 108 cpv. 1 CO (per analogia), art. 3 cpv. 1 lett. a LCart; interessi sul rimborso di acconti versati (su una base illegale) per le prestazioni di servizio relative al sistema.

Tenuto conto dell'illegalità del vecchio art. 31b OAEl, la società Swissgrid deve rimborsare gli acconti versati a torto dai gestori di centrali elettriche dai quali è scaturito un arricchimento indebito. Sono litigiosi il momento a partire dal quale devono essere pagati gli interessi su questi importi, nonché il tasso d'interesse

(consid. 2). Basi legali concernenti gli interessi nel diritto pubblico (interessi moratori, interessi compensativi, interessi sull'arricchimento, consid. 5). Siccome la legislazione sull'approvvigionamento elettrico non disciplina la questione, gli art. 102 segg. CO si applicano per analogia: non vi è consenso sul giorno della scadenza e esso non deriva neanche dai pagamenti effettuati, riservata la loro esigibilità; una diffida non era inoltre inutile (consid. 6). La legge sui cartelli non si applica alla regolamentazione dei prezzi fissati dallo Stato (consid. 6.2.3). Non vi è alcun diritto ad interessi compensativi: Swissgrid non è competente per pronunciare decisioni, essendo invece vincolata dalle decisioni della Commissione dell'energia elettrica (ElCom); essa non è paragonabile ad un'autorità di tassazione le cui decisioni (lesive del diritto) possono dar luogo ad interessi compensativi (consid. 7). Non sono nemmeno dovuti interessi sull'arricchimento (consid. 8).

Sachverhalt ab Seite 39

BGE 143 II 37 S. 39

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 er einen 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).

BGE 143 II 37 S. 40

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 Verschiedene Gesellschaften, allesamt Kraftwerkbetreiberinnen im Sinne von aArt. 31b Abs. 2 StromVV, erhoben gegen die beiden Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 keine Beschwerde. Sie bezahlten ausserdem die von der Swissgrid für die Jahre 2009 und 2010 gestellten Akontorechnungen für ihren Anteil an den SDL-Kosten, allerdings 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, an denen u.a. auch die hier Beschwerde führenden Kraftwerkgesellschaften beteiligt waren, vom Bundesgericht bestätigt (Urteil 2C_572/2012 / 2C_573/2012 vom 27. März 2013 E. 3.1; hinten Lit. D.b). Inzwischen wurde Art. 31b StromVV am 30. Januar 2013 mit Wirkung ab 1. März 2013 auch formell aufgehoben (AS 2013 559).

D.

D.a Mit Verfügung vom 14. April 2011 genehmigte die ElCom die SDL-Kosten für das Tarifjahr 2009 (Dispositivziffer 1). Gegen diese Verfügung erhoben (u.a.) die Kraftwerkbetreiberinnen am 31. Mai 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 hiess dieses die Beschwerde im Sinne der Erwägungen aus formellen Gründen (Verletzung des rechtlichen Gehörs) gut, soweit darauf einzutreten war, und wies die Angelegenheit zur Fortsetzung des Verfahrens an die ElCom zurück. In seinen Erwägungen führte es aus, Dispositivziffer 3 der Verfügung der

ElCom vom 6. März 2009 sei gegenüber den beschwerdeführenden Kraftwerkbetreiberinnen in formelle Rechtskraft erwachsen und lege somit deren Zahlungspflicht verbindlich fest (vgl. E. 4.5 des Urteils).

D.b Diese zogen das Urteil ans Bundesgericht weiter. Mit Urteil vom 27. März 2013 in den vereinigten Verfahren 2C_572/2012 / 2C_573/2012 hiess das Bundesgericht ihre Beschwerden gut und hob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auf, soweit dieses sie verpflichtete, als Kraftwerkbetreiberinnen für das Tarifjahr 2009 einen Teil der SDL-Kosten zu übernehmen. Ausserdem hob es Dispositivziffer 3 der Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 in Bezug auf sie auf.

E.

E.a Am 6. Juli 2011 stellten die Kraftwerkbetreiberinnen bei der ElCom ein Gesuch mit dem Antrag, die Swissgrid habe ihnen die in den Tarifjahren 2009 und 2010 bezahlten Beiträge für allgemeine SDL-Kosten zurückzuerstatten zuzüglich Verzugszins ab Entrichtung der jeweiligen Zahlungen. Das Gesuch wurde damit begründet, dass die Beträge aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 (vorne Lit. C) zu Unrecht bezahlt worden seien.

E.b Nach Ergehen des Urteils des Bundesgerichts vom 27. März 2013 (vorne Lit. D.b) erstattete die Swissgrid am 28. Mai 2013 (u.a.) den Kraftwerkbetreiberinnen die Akontozahlungen zurück, die sie für ihren (vermeintlichen) Anteil an den SDL-Kosten für das Tarifjahr 2009 geleistet hatten.

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

F. Mit Verfügung vom 14. November 2013 setzte die ElCom die von der Swissgrid zu bezahlenden (Rest-)Beträge fest (Dispositivziffern 1-15; jeweils aufgeteilt in Teilbeträge für die Tarifjahre 2009 und 2010, zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 28. Mai 2013 [auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2009]bzw. dem 4. Oktober 2013 [auf den Teilbeträgen für das Tarifjahr 2010]). Bei der Berechnung der (Rest-)Beträge ging sie davon aus, auf den geleisteten Akontozahlungen sei aufgrund eines Schreibens der

Swissgrid vom 9. Februar 2011, in dem diese einen Rückerstattungsanspruch der Kraftwerkbetreiberinnen, die gegen die Tarifverfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und 4. März 2010 keine Beschwerde geführt hatten, verneinte, ab dem 10. Februar 2011 ein Verzugszins von 5 % geschuldet.

G. Gegen die Verfügung der ElCom vom 14. November 2013 erhoben die Kraftwerkbetreiberinnen am 13. Januar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten zusammengefasst, die Swissgrid sei zu verpflichten, ihnen 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. Verschiedene Gesellschaften erheben mit gemeinsamer Eingabe vom 27. April 2015 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, es sei ihnen für die geleisteten SDL-Akontozahlungen ab Zeitpunkt der jeweiligen Zahlungen ein Verzugszins von 5 % zu bezahlen, abzüglich der bereits geleisteten Rück- und Zinszahlungen, zuzüglich jeweils Zins von 5 % ab 8. April 2014. In verschiedenen Eventual- und weiter nachgeordneten Begehren beantragen sie die Zahlung eines Bereicherungszinses von 4,55 % bis zu bestimmten späteren Zeitpunkten und anschliessend von 5 % Verzugszins. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.
(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Streitgegenstand und Argumentation der Parteien
Es ist nicht streitig, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen die zu Unrecht bezahlten Akontozahlungen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR analog) zurückerstatten muss (Urteil 2C_25/2011 / 2C_58/2011 vom 3. Juli 2012 E. 1.4.6, nicht publ. in: BGE 138 II 465) 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 10. Februar 2011 zugesprochen. Die Beschwerdeführerinnen beantragen einen Verzugszins,

eventuell einen Bereicherungszins von 4,55 %, bereits ab einem früheren Zeitpunkt.

2.1 Die ElCom hat erwogen, die Swissgrid habe mit Schreiben vom 9. Februar 2011 an die Beschwerdeführerinnen die Rückerstattung definitiv verweigert; damit sei in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR auch ohne Mahnung (Art. 102 OR) der Schuldnerverzug eingetreten und ab dem Folgetag Zins geschuldet. Vorher liege kein Verzug vor. Der Zinssatz betrage in Anwendung von Art. 104 Abs. 1 OR 5 %. (...)

5. Rechtsgrundlage für Zinsen

5.1 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. 5.2), Vergütungszins (E. 5.3) oder Bereicherungszins (E. 5.4).

5.2 Verzugszins

5.2.1 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; BGE 101 Ib 252 E. 4b S. 258 f.; Urteil 2C_188/2010 vom 24. Januar 2011 E. 7.2.1, in: ASA 79 S. 863; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 156 ff. S. 34 f.; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, S. 417).

5.2.2 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.; BGE 130 V 414 E. 5.1 S. 421; BGE 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, in: ASA 53 S. 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; BGE 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 (Urteile 4A_285/2007 vom 8. November 2007 E. 6.3, nicht publ. in: BGE 133 III 675; 5C.152/2003 vom 5. Februar 2004 E. 4.1.3, nicht publ. in: BGE 130 III 302; BGE 110 II 141 E. 1b S. 143 f.; BGE 97 II 58 E. 5 S. 64 f.; BGE 94 II 26 E. 3a S. 32 f.; WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 11 zu Art. 102 OR). 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).

5.2.3 Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag 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, N 110 ff. zu Art. 102 OR, mit zahlreichen Hinweisen; WIEGAND, a.a.O., N. 10 zu Art. 102 OR). 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 S. 518 E. 3a).

5.3 Vergütungszins

Anders als der Verzugszins ist ein Vergütungszins (intérêt rémunératoire; interesse compensativo), d.h. ein Zins, der auf zu viel 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 S. 558 E. 4 und 6; Urteil 2C_411/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 3.4/3.5; ASA 78 S. 663 E. 3; ASA 68 S. 518 E. 3b; ASA 53 S. 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 S. 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 S. 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 S. 558 E. 4; vgl. auch Urteil 2C_872/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 4.1.3; ASA 78 S. 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, in: StR 65/2010 S. 156; A.159/1980 vom 25. November 1983 E. 8, in: ASA 53 S. 84).

5.4 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; BGE 116 II 689 E. 3b/bb S. 692; BGE 84 II 179 E. 4 S. 186).

6. Materielle Beurteilung Verzugszins

6.1 Zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdegegnerin früher als von der Vorinstanz angenommen - also vor dem 10. Februar 2011 (vorne Sachverhalt 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. 6.2), verneinendenfalls, ob bzw. wann eine Mahnung erfolgt ist (hinten E. 6.3), und schliesslich, ob bzw. in welchem Zeitpunkt auf eine solche verzichtet werden durfte (hinten E. 6.4).

6.2 Verfall

6.2.1 Ein gesetzlicher Zahlungstermin, dessen Nichteinhaltung analog zu Art. 102 Abs. 2 OR zum Verzug führen würde (vorne E. 5.2.3), besteht für die hier streitigen Forderungen nicht.

6.2.2 Die Beschwerdeführerinnen erblicken eine Verfallsabrede in Ziff. 9 der AGB der Beschwerdegegnerin vom 3. Oktober 2008. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz sind hingegen der Auffassung, der vorliegende Sachverhalt sei nicht von diesen AGB erfasst. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, ein tatsächlicher Konsens über die Anwendung der AGB auf den vorliegenden Fall sei nicht erstellt. (...)

Ob ein tatsächlicher Konsens vorliegt, ist Tatfrage, die vom Bundesgericht nur in den Schranken von Art. 97 und 105 BGG überprüft wird. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Unterlagen vermögen nicht darzulegen, dass die Feststellung der Vorinstanz offensichtlich unrichtig wäre. (...)

6.2.3 Unbegründet ist auch das Argument der Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin würde gegen Art. 7 KG (SR 251) verstossen, wenn sie die AGB einseitig zur Anwendung bringe und auf der Rückerstattung keine Zinsen bezahle. 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.

6.2.4 Eventualiter erblicken die Beschwerdeführerinnen eine Verfalltagsabrede in den Schreiben, mit denen sie die Zahlung unter Vorbehalt erklärt haben, in Verbindung mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 i.S. Gommerkraftwerke AG. Indessen ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern aus diesen Schreiben (dazu hinten E. 6.3.2) eine Abrede hervorginge, an einem bestimmten Termin zu leisten, wie dies für eine Verfallsabrede erforderlich wäre (vorne E. 5.2.3).

6.3 Fälligkeit/Mahnung

6.3.1 Voraussetzung für die Inverzugsetzung durch Mahnung ist, dass die Forderung fällig ist (Art. 102 Abs. 1 OR, vgl. auch vorne E. 5.2.2). 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, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 3 zu Art. 67 OR; BENOÎT CHAPPUIS, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 5 zu Art. 67 OR; 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 Beschwerdeführerinnen 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 4c S. 578 f.; BGE 105 Ia 214 E. 5 S. 217). Erst mit der Aufhebung der Verfügung entsteht die Rückerstattungsforderung (MOOR/POLTIER, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, S. 170); vorher ist sie auch nicht fällig und kann daher kein Verzug eintreten (vgl. ASA 53 S. 558 E. 4; Urteil A.75/1982 vom 9. März 1983 E. 6). Vorliegend wurden die Tarifverfügungen gegenüber den Beschwerdeführerinnen zunächst formell rechtskräftig. Mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 27. März 2013 wurde dann allerdings festgestellt, dass die Tarifverfügungen Zwischenverfügungen und nach wie vor anfechtbar waren und deshalb auch die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf Rückerstattung haben (vorne Sachverhalt Lit. D.b). Die Frage der Fälligkeit kann jedoch offenbleiben, wenn sich erweist, dass vor dem von der Vorinstanz angenommenen Verzugstermin gar keine Mahnung vorliegt.

6.3.2 Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf ihre Schreiben an die Beschwerdegegnerin, mit denen sie anlässlich der Zahlungen jeweils einen Vorbehalt ausgedrückt haben. Sie haben in diesen Schreiben ausgeführt, sie würden 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 ihnen eine freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR dereinst nicht entgegengehalten werden könne; sie würden 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. 5.2.2) nicht als Mahnung gelten.

6.3.3 Die Beschwerdeführerinnen berufen 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 zu viel bezahlte Summe zurückzufordern. Das Bundesgericht erblickte darin eine gültige "Mahnung", die das Gemeinwesen in Verzug gesetzt habe.

6.3.4 Von diesem Fall unterscheidet sich die vorliegende Konstellation schon dadurch, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich ihrer Zahlungen die Richtigkeit nicht konkret bestritten und die zugrunde liegenden Tarifverfügungen nicht angefochten, sondern nur "allfällige" künftige Rechtsverfahren und daraus resultierende Rückforderungen vorbehalten haben. Sodann liegt die Verfügungskompetenz nicht wie in jenem Fall bei der Rückerstattungsschuldnerin (hier: der Beschwerdegegnerin), sondern bei der ElCom. Es bestand kein Subordinationsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und den Beschwerdeführerinnen. 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, in: ASA 82 S. 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, Bd. I, Nr. 31.A, B.IV, Nr. 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. 5.3), ebenso in ASA 53 S. 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. 5.3; hinten E. 7).

6.4 Verzicht auf Mahnung

6.4.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Beschwerdegegnerin habe bereits mit ihren Schreiben vom 18. August 2010 bzw. 11. November 2010 die Rückerstattung definitiv verweigert, was eine Mahnung überflüssig gemacht habe. (...). Jedenfalls wäre eine Mahnung spätestens nach dem Nichteintretensentscheid der ElCom auf das Wiedererwägungsgesuch am 13. Januar 2011 zwecklos gewesen.

6.4.2 Im Schreiben vom 18. August 2010 nahm die Beschwerdegegnerin Bezug auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010. (...). Sie stellte sodann in Aussicht, die bereits bezahlten Beträge würden "den aufgrund von BVGer-Urteilen berechtigten Kraftwerken" rückvergütet werden. Zeitpunkt und Modalitäten der Rückvergütungen "an die berechtigten Kraftwerke" seien derzeit noch Gegenstand von Abklärungen. Darin kann offensichtlich keine definitive Verweigerung der Rückzahlung erblickt werden, sondern bloss ein Hinweis auf die nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts noch erforderlichen Abklärungen.

6.4.3 Im Schreiben vom 11. November 2010 führte die Beschwerdegegnerin eingangs aus, inzwischen seien einige Punkte geklärt

worden, es seien aber nach wie vor einige zu klärende Punkte offen. Sodann nahm sie Bezug auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und wies auf dessen Dispositiv hin, wonach die Verfügung "mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben" worden sei. Demgemäss bleibe die SDL-Restkostenverrechnung für die nicht beschwerdeführenden Kraftwerkbetreiber und auch für die Swissgrid verbindlich. Anspruch auf Rückerstattung hätten somit nur diejenigen Kraftwerke, welche eine Beschwerde gegen die Tarifverfügung 2009 eingereicht hätten. Die Beschwerdegegnerin brachte damit das damalige Verständnis des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausdruck (vgl. vorne Sachverhalt Lit. D.a), bestritt aber nicht eine Rückforderung, falls eine solche gerichtlich angeordnet würde. (...)

6.4.4 Was den Nichteintretensentscheid der ElCom vom 13. Januar 2011 auf das Wiedererwägungsgesuch vom 12. Oktober 2010 betrifft, so hat die Vorinstanz mit Recht erwogen, die Umstände, die auf die Nichterfüllung der Leistungspflicht schliessen lassen, müssten sich aus dem Verhalten des Schuldners ergeben (oder zumindest aus Umständen, die dem Schuldner zuzurechnen sind, vgl. Urteil 4A_474/2009 vom 25. Mai 2010 E. 4.1.1), nicht aus demjenigen von Dritten. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem klaren Wortlaut von Art. 108 Ziff. 1 OR. (...)

6.4.5 Ein früheres Datum für den Beginn des Zinsenlaufes - den Verzugszins betreffend -, wie es von den Vorinstanzen des Bundesgerichts festgesetzt bzw. geschützt wurde (10. Februar 2011, vgl. vorne E. 2.1 und 2.2), fällt aus all diesen Gründen ausser Betracht.

7. Materielle Beurteilung Vergütungszins

7.1 Nach den vorne in E. 5.3 dargelegten Grundsätzen fehlt es vorliegend an den Voraussetzungen für einen Vergütungszins schon deshalb, weil die Beschwerdeführerinnen bei der Zahlung zwar einen Vorbehalt anbrachten, aber nicht zugleich Rechtsmittel ergriffen, um die Forderung zu bestreiten.

7.2 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. 6.3.3 und 6.3.4). In solchen Situationen erscheint es als billig, umgekehrt die Rückerstattung ebenfalls zu verzinsen (vgl. zum Ganzen vorne E. 5.3).

7.3 Eine extensivere Bejahung von Vergütungszinsen ausserhalb von Verzugssituationen (vorne E. 6) 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. 5.3).

7.4 Zudem ist hier der besonderen Situation im Dreiecksverhältnis zwischen ElCom, Beschwerdeführerinnen 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 Beschwerdeführerinnen 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 Beschwerdeführerinnen 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 (vgl. vorne E. 6.2.2). Zwar erfolgte die Zahlung der Beschwerdeführerinnen 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 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. (...)

8. Materielle Beurteilung Bereicherungszins

8.1 Die Beschwerdeführerinnen haben vor der Vorinstanz einen Bereicherungszins in der Höhe des WACC-Zinses (”Weighted Average Cost of Capital”; im hier relevanten Zeitraum 4,55 %) geltend gemacht. Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, die Beschwerdeführerinnen brächten nicht vor, die Beschwerdegegnerin habe auf den Akontozahlungen einen Zins bezogen; sie machten also keinen Anspruch auf Bereicherungszins geltend. (...)

8.2 Die Beschwerdeführerinnen kritisieren die vorinstanzliche Annahme, sie hätten keinen Bereicherungszins geltend gemacht. (...)

8.3 Der WACC ist der kalkulatorische Zinssatz, den die Netzbetreiber auf den betriebsnotwendigen Vermögenswerten berechnen dürfen (Art. 15 Abs. 3 lit. b des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG; SR 734.7]; 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.

8.4 Auf den ersten Blick plausibel erscheint hingegen die Überlegung, dass die Beschwerdegegnerin dank den von den Beschwerdeführerinnen 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 den Beschwerdeführerinnen herauszugeben habe.

8.4.1 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.).

8.4.2 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, Bd. 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.

8.4.3 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 Beschwerdeführerinnen 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 gegeben, 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 Beschwerdeführerinnen haben anstelle der eigentlich zahlungspflichtigen Endverbraucher der Beschwerdegegnerin das nötige Kapital zur Verfügung gestellt; es liegt wohl eine Entreicherung der Beschwerdeführerinnen vor, aber nicht eine entsprechende (Ersparnis-)Bereicherung der Beschwerdegegnerin. (...)