

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 275/2021 und 4A 283/2021

Urteil vom 11. Januar 2022

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin May Canellas,
Gerichtsschreiber Leemann.

Verfahrensbeteiligte
4A 283/2021

Swissgrid AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Marco Donatsch,
Beklagte und Beschwerdeführerin,

gegen

1. A. _____ AG,
2. B. _____ AG,
beide vertreten durch Rechtsanwälte
Matthias Kaufmann und Werner Schib,
Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen,

und

4A 275/2021

1. A. _____ AG,
2. B. _____ AG,
beide vertreten durch Rechtsanwälte
Matthias Kaufmann und Werner Schib,
Klägerinnen und Beschwerdeführerinnen,

gegen

Swissgrid AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Marco Donatsch,
Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie, Zuständigkeit,

Beschwerde gegen den Zwischenentscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau, 2. Kammer,
vom 9. April 2021 (HOR.2020.8).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. _____ AG (Klägerin 1) ist eine Gesellschaft mit Sitz in U. _____. Sie bezweckt im Wesentlichen die Versorgung und den Handel mit Energie, einschliesslich deren Erzeugung sowie die Erbringung von Energie-, Ingenieur- und weiteren damit direkt oder indirekt zusammenhängenden

Dienstleistungen.

Die B. _____ AG (Klägerin 2) ist eine Gesellschaft mit Sitz in V. _____. Sie hat die Nutzbarmachung der Wasserkräfte des Flusses X. _____ und ihrer Zuflüsse im Gebiet Y. _____ gemäss ihren Konzessionen zum Zweck.

Die Swissgrid AG (Beklagte) mit Sitz in Aarau bezweckt als nationale Netzgesellschaft im Wesentlichen den diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz und der einzelnen Landesteile im Rahmen des europäischen Verbundbetriebs sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen, wie insbesondere Bilanz- und Engpassmanagement, Systemdienstleistungen und Wahrnehmung nationaler und internationaler Interessen im Übertragungsnetzbereich.

A.b. Zwischen der A. _____ AG und der Swissgrid AG besteht der Bilanzgruppenvertrag vom 30. Oktober 2016.

Das Verhältnis zwischen der B. _____ AG und der Swissgrid AG ist Gegenstand der Betriebsvereinbarung vom 20. Juli 2010.

A.c. Am 22. August 2018 ergriff die Swissgrid AG aufgrund einer kritischen Situation im Stromnetz verschiedene Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Netzsicherheit. Unter anderem nahm sie einen Eingriff in den Kraftwerkeinsatz der B. _____ AG vor, mit dem sie diese verpflichtete, ihre Kraftwerkleistung zu reduzieren. Dieser Eingriff führte in der Energiebilanz der Bilanzgruppe der A. _____ AG zu einer Unterdeckung, die sie nicht mehr ausgleichen konnte. Die Swissgrid AG stellte der A. _____ AG daraufhin die Kosten für die Ausgleichsenergie in Höhe von EUR 1'330'389.02 in Rechnung, wobei der Betrag aufgrund eines der Bank C. _____ AG erteilten SEPA-Firmenlastschrift-Mandats direkt dem Bankkonto der A. _____ AG belastet wurde. Diese verrechnete die Kosten anschliessend der B. _____ AG weiter.

Die A. _____ AG beschwerte sich mit Schreiben vom 17. Oktober 2018 bei der Swissgrid AG über die Ausgleichsenergierechnung für August 2018. Diese wies die erhobenen Vorwürfe mit Antwortschreiben vom 25. Oktober 2018 zurück.

Mit Betreibungsbegehren vom 15. August 2019 betrieben die Klägerinnen die Beklagte über den Betrag von Fr. 1'552'896.31 zuzüglich Zins zu 5 % seit 26. Oktober 2018. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag.

A.d. Die Klägerinnen strebten in einem ersten Schritt an, die sich stellenden Rechtsfragen durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom), die unabhängige staatliche Regulierungsbehörde im Elektrizitätsbereich, klären zu lassen.

Mit Verfügung vom 21. November 2019 trat die EiCom auf das entsprechende Feststellungsgesuch der Klägerinnen nicht ein. Zur Begründung führte sie aus, die EiCom sei - zumindest teilweise - nicht zuständig für die Beurteilung der gestellten Feststellungsanträge; zudem fehle es an einem Feststellungsinteresse der Klägerinnen. Die Verfügung blieb unangefochten.

B.

B.a. Mit Eingabe vom 16. März 2020 stellten die Klägerinnen beim Handelsgericht des Kantons Aargau die folgenden Rechtsbegehren:

"1.

Die Beklagte sei zu verurteilen, das Ausgleichsenergiekonto der Bilanzgruppe der Klägerin 1 (Energy Identification Code xxx) bei der Beklagten für den Zeitraum 22. August 2018 von 18.00 Uhr bis 20.00 Uhr im Umfang von 327,75 MWh zu korrigieren bzw. auszugleichen.

2.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 1 1'330'389.02 Euro zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins seit dem 26. Oktober 2018.

3.

Eventualiter: Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin 2 1'330'389.02 Euro zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins seit dem 26. Oktober 2018.

4.

In der Betreuung yyy des Regionalen Betreibungsamts Buchs sei der Rechts vorschlag der Beklagten vom 20. August 2019 im Umfang des Betrags in Schweizerfranken, welcher dem Wert von

1'330'389.02 Euro zum Wechselkurs Euro:Schweizerfranken am Tag des Urteils im vorliegenden Verfahren entspricht, zu beseitigen.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Die Klägerinnen führten zur Begründung im Wesentlichen an, die von der Beklagten vorgenommene Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie am 22. August 2018 sei ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt und stehe im klaren Widerspruch zur Stromversorgungsgesetzgebung sowie zu den anwendbaren vertraglichen Grundlagen, weshalb das Ausgleichsenergiekonto der Bilanzgruppe der Klägerin 1 zu korrigieren und die belasteten Kosten der Ausgleichsenergie den Klägerinnen zurückzuerstatten seien.

Die Beklagte beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten; eventualiter sei die Klage abzuweisen. Sie wendete insbesondere ein, es handle sich um eine öffentlich-rechtliche und nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit, weshalb das Handelsgericht des Kantons Aargau nicht zuständig sei.

Das Verfahren wurde in der Folge auf die Frage der Zuständigkeit des Handelsgerichts beschränkt.

Am 9. April 2021 fand die Hauptverhandlung statt.

B.b. Mit Zwischenentscheid vom 9. April 2021 erklärte sich das Handelsgericht des Kantons Aargau in Bezug auf Rechtsbegehren 1 der Klage vom 16. März 2020 für zuständig (Dispositiv-Ziffer 1). Auf die Klagebegehren Ziffern 2, 3 und 4 trat es demgegenüber infolge fehlender Zuständigkeit nicht ein (Dispositiv-Ziffer 2). Ausserdem regelte es die Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffern 3 und 4).

Zur Begründung führte das Handelsgericht aus, mit der mit Klagebegehren 1 geltend gemachten Korrektur des Ausgleichsenergiekontos der Bilanzgruppe der Klägerin 1 bei der Beklagten hätten sich nach der ausdrücklichen Regelung von Art. 5 Abs. 5 StromVV die Zivilgerichte zu beschäftigen. Klagebegehren 2-4 hätten Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Gegenstand, für deren Beurteilung die Zivilgerichte nicht zuständig seien.

C.

Alle Parteien haben gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 9. April 2021 beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben.

Die Beklagte beantragt im Verfahren 4A 283/2021, Dispositiv-Ziffer 1 des handelsgerichtlichen Entscheids vom 9. April 2021 sei aufzuheben und das Handelsgericht sei in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klage vom 16. März 2020 für unzuständig zu erklären bzw. es sei darauf nicht einzutreten. Zudem seien Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids insoweit aufzuheben bzw. abzuändern, als dass die Beklagte in Bezug auf die Nebenfolgenregelung nicht als vollständig obsiegend behandelt wird; entsprechend seien ihr keine Gerichtskosten für das handelsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen und es sei ihr eine Parteientschädigung von Fr. 26'000.-- auszurichten; eventualiter sei die Angelegenheit zur Regelung der Nebenfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Klägerinnen beantragen im Verfahren 4A 275/2021, es seien die Dispositiv-Ziffern 2-4 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und es sei auch auf die Klagebegehren 2-4 der Klage vom 16. März 2020 einzutreten. Die Angelegenheit sei sodann zur materiellen Beurteilung dieser Rechtsbegehren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei festzustellen, dass für die Beurteilung der Klagebegehren 2-4 die EICom zuständig ist; die Angelegenheit sei zur materiellen Beurteilung der Klage an die EICom zurückzuweisen.

Die Klägerinnen beantragen in ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde der Beklagten. Die Beklagte schliesst ihrerseits auf Abweisung der Beschwerde der Klägerinnen, soweit darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassungen verzichtet.

Im Verfahren 4A 283/2021 reichte die Beklagte am 2. August 2021 eine Replik ein.

D.

Mit Verfügung vom 14. Juni 2021 wies die Abteilungspräsidentin im Verfahren 4A 275/2021 die Verfahrensanträge der Klägerinnen ab, es sei das vorliegende Verfahren vorerst auf die Beurteilung des Hauptantrags ihrer Beschwerde zu beschränken, es sei das koordinierte Verfahren nach Einreichung der Beschwerde der Beklagten gegen Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids vorerst auf die Beurteilung der Beschwerde der Beklagten zu beschränken und es sei den Klägerinnen im Falle der Gutheissung dieser Beschwerde Frist zum Rückzug ihres Hauptbegehrens und zur Ergänzung der Begründung des Eventualantrags anzusetzen.

Erwägungen:

1.

Wenn - wie hier - an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind, den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, und sich die beiden Beschwerden gegen das gleiche Urteil richten, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Eingaben in der Regel in einem einzigen Entscheid. Es rechtfertigt sich daher unter den gegebenen Umständen, die beiden Beschwerdeverfahren 4A 275/2021 und 4A 283/2021 zu vereinigen.

2.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 145 I 121 E. 1; 143 III 140 E. 1; 141 III 395 E. 2.1).

2.1. Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig gegen Entscheide in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 1 BGG). Ob eine Zivilsache im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, beurteilt sich nach der Rechtsnatur des Streitgegenstandes. Entscheidend ist, ob die Parteien nach ihren Rechtsbegehren und Sachvorbringen Ansprüche des Bundesprivatrechts erhoben haben und ebensolche objektiv streitig sind oder ob es sich eben um solche des öffentlichen Rechts handelt. Auch der Streit um die Frage, ob objektiv bundesprivatrechtliche Ansprüche erhoben werden, gilt als Zivilsache (BGE 135 III 483 E. 1.1.1; 129 III 415 E. 2.1; 128 III 250 E. 1a; je mit Hinweisen). Die Klägerinnen behaupten, ihre Klageansprüche gründeten im Bundesprivatrecht, während die Beklagte die Zuständigkeit des Handelsgerichts mit dem Vorbringen bestreitet, die Streitsache sei nach öffentlich-rechtlichen Normen zu beurteilen. Es handelt sich damit um eine Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG.

Soweit sich das Handelsgericht in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klage für zuständig erklärt hat (Dispositiv-Ziffer 1), handelt es sich um einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit (Art. 92 Abs. 1 BGG). Soweit es auf die Rechtsbegehren Ziffern 2 - 4 der Klage nicht eintrat (Dispositiv-Ziffer 2), schliesst der Entscheid das Verfahren ab (Art. 90 f. BGG). Gegen den angefochtenen Entscheid steht damit die Beschwerde in Zivilsachen offen.

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerden - unter Vorbehalt zulässiger Anträge sowie einer hinreichenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

Nicht einzutreten ist auf die erstmals vor Bundesgericht gestellten Eventualbegehren der Klägerinnen im Verfahren 4A 275/2021 (Feststellung der Zuständigkeit der EICom sowie Überweisung an die EICom). Neue Begehren sind im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren nach Art. 99 Abs. 2 BGG unzulässig.

2.2. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Macht die beschwerdeführende Partei beispielsweise eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend, genügt es

nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde mit jeder einzelnen auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten (BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2).

Beschwerde der Beklagten (4A 283/2021)

3.

Die Beklagte rügt, Art. 5 Abs. 5 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) begründe entgegen dem angefochtenen Entscheid keine Zuständigkeit der Zivilgerichte zur Beurteilung der mit Klagebegehren 1 geltend gemachten Korrektur des Ausgleichsenergiekontos der Bilanzgruppe der Klägerin 1.

Art. 5 StromVV ("Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetriebs") lautet wie folgt:

" 1 Die nationale Netzgesellschaft, die Netzbetreiber, die Erzeuger und die übrigen Beteiligten treffen vorbereitende Massnahmen zur Gewährleistung des sicheren Netzbetriebs. Nebst verbindlichen Vorgaben berücksichtigen sie dabei:

a. Regelwerke, Normen und Empfehlungen von anerkannten Fachorganisationen, insbesondere der 'European Network of Transmission System Operators for Electricity (ENTSO-E) ';

b. Empfehlungen des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorates.

2 Die nationale Netzgesellschaft vereinbart mit den Netzbetreibern, Erzeugern und den übrigen Beteiligten auf einheitliche Weise die für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen, insbesondere eine Regelung des automatischen Lastabwurfs sowie der Produktionsanpassung bei Kraftwerken im Fall einer Gefährdung des stabilen Netzbetriebs.

3 Weigert sich ein Netzbetreiber, ein Erzeuger oder einer der übrigen Beteiligten, eine Vereinbarung nach Absatz 2 abzuschliessen, so verfügt die EICom den Vertragsabschluss.

4 Bei einer Gefährdung des stabilen Netzbetriebs hat die nationale Netzgesellschaft von Gesetzes wegen alle Massnahmen zu treffen oder anzuordnen, die für die Gewährleistung der Netzsicherheit notwendig sind (Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe c StromVG). Wird eine Anordnung der nationalen Netzgesellschaft nicht befolgt, so kann diese auf Kosten des Adressaten der Anordnung eine Ersatzmassnahme treffen.

5 Pflichten aus Vereinbarungen nach den Absätzen 2 und 3 und die Überbindung von Kosten nach Absatz 4 werden auf dem Zivilweg durchgesetzt.

6 Das Bundesamt für Energie (BFE) kann technische und administrative Mindestanforderungen an ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz festlegen und internationale technische und administrative Bestimmungen und Normen sowie Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen für verbindlich erklären."

3.1. Die Vorinstanz wies darauf hin, dass die Klägerinnen ihren mit Klagebegehren 1 geltend gemachten Anspruch auf Korrektur bzw. Ausgleich des Ausgleichsenergiekontos der Bilanzgruppe der Klägerin 1 auf die Betriebsvereinbarung zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten vom 20. Juli 2010 stützen. Die Klägerinnen argumentierten, dass es nicht zu einer Unterdeckung auf dem Ausgleichsenergiekonto gekommen wäre, wenn die Beklagte nicht gegen die Betriebsvereinbarung verstossen hätte, und machten geltend, ihnen stehe ein vertraglicher Anspruch auf Ausgleich des Ausgleichsenergiekontos gestützt auf die Betriebsvereinbarung zu. Die Vorinstanz erwog sodann, der Abschluss einer Betriebsvereinbarung werde von Art. 5 Abs. 2 StromVV vorgeschrieben. Konkret habe die Beklagte mit den Netzbetreibern, Erzeugern und den übrigen Beteiligten auf einheitliche Weise die für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen zu vereinbaren, insbesondere eine Regelung des automatischen Lastabwurfs sowie der Produktionsanpassung bei den Kraftwerken im Falle einer Gefährdung des stabilen Netzbetriebs. Sofern sich ein Netzbetreiber, ein Erzeuger oder einer der übrigen Beteiligten weigere, eine solche Vereinbarung abzuschliessen, verfüge die EICom nach Art. 5 Abs. 3 StromVV den Vertragsabschluss. Gemäss Art. 5 Abs. 5 StromVV würden Pflichten aus Vereinbarungen nach den Absätzen 2 und 3 auf dem Zivilweg durchgesetzt. Wenn die Klägerinnen nun vorbrächten, das Ausgleichsenergiekonto der Klägerin 1 sei unausgeglichen, weil die Beklagte ihren Pflichten aus der Betriebsvereinbarung mit der Klägerin 2 nicht nachgekommen sei, hätten sie dies aufgrund von Art. 5 Abs. 5 StromVV in einem zivilgerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Es lasse sich somit festhalten, dass in Bezug auf

Klagebegehren 1 eine spezialgesetzliche Grundlage bestehe, welche die Streitigkeit der Zivilgerichtsbarkeit unterwerfe.

Die Unterstellung dieser Streitigkeiten unter die Zivilgerichtsbarkeit auf Verordnungsstufe verstosse weder gegen das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) noch gegen Art. 30 Abs. 1 oder Art. 164 Abs. 1 lit. g der Bundesverfassung (BV). Entsprechend hätten sich aufgrund von Art. 5 Abs. 5 StromVV die Zivilgerichte mit Klagebegehren 1 zu beschäftigen. Da diese spezialgesetzliche Vorschrift die Streitigkeit auf den Zivilweg verweise, erübrige sich die Qualifizierung der Betriebsvereinbarung als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich.

3.2. Somit ist zu prüfen, ob sich die Vorinstanz zur Bejahung ihrer sachlichen Zuständigkeit auf Art. 5 Abs. 5 StromVV stützen konnte. Die Beklagte bestreitet dies. Sie hält diese Verordnungsbestimmung für verfassungs- und gesetzeswidrig.

Verordnungen des Bundesrates können vorfrageweise daraufhin überprüft werden, ob sie gesetzes- und verfassungskonform sind (zur vorfrageweisen bzw. konkreten Normenkontrolle von Bundesratsverordnungen BGE 144 II 454 E. 3.2 und 3.3; 143 II 87 E. 4.4; 143 V 208 E. 3.3 und 4.3; 141 II 169 E. 3.4). Erweist sich die Rüge der mangelnden Gesetz- oder Verfassungsmässigkeit als begründet, ist der betreffenden Verordnungsbestimmung im konkreten Einzelfall die Anwendung zu versagen (vgl. BGE 140 II 194 E. 5.8).

3.2.1. Nach Art. 1 lit. a ZPO regelt die Zivilprozessordnung das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für streitige Zivilsachen. Unzweifelhaft liegt im zu beurteilenden Fall eine streitige Angelegenheit vor; zwischen den Parteien bestehen jedoch gegensätzliche Auffassungen darüber, ob es sich bei der fraglichen Streitigkeit um eine Zivilsache handelt. Die Vorinstanz konnte die Frage nach der Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung - als privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Grundlage des mit Rechtsbegehren Ziffer 1 eingeklagten Anspruchs - nur unter der Voraussetzung offenlassen, dass Art. 5 Abs. 5 StromVV auch unter der Annahme, dass die Betriebsvereinbarung als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren wäre, eine gesetzes- und verfassungskonforme Grundlage für die Zuständigkeit der Zivilgerichte darstellen würde. Wäre die Betriebsvereinbarung privatrechtlicher Natur, würde sich die Zuständigkeit der Zivilgerichte - und damit der Vorinstanz - bereits aus Art. 1 lit. a ZPO ergeben und Art. 5 Abs. 5 StromVV käme keine eigenständige Bedeutung zu.

Die Bestimmung von Art. 1 lit. a ZPO gilt unter dem Vorbehalt bundesrechtlicher Sondervorschriften, die bestimmte Streitigkeiten ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Natur den Zivilgerichten oder den Verwaltungs (gerichts) behörden zuweisen (Bernhard Berger, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 24 zu Art. 1 ZPO; vgl. auch MARKUS SCHOTT, in: ZPO, Oberhammer/Domej/ Haas [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, N. 15a zu Art. 1 ZPO; Urteil 5A 503/2016 vom 23. Dezember 2016 E. 2.2). So sieht etwa Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1) vor, dass vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kunden und Unternehmen in jedem Fall - selbst wenn es sich um einen öffentlich-rechtlichen Transportvertrag handeln sollte - durch die Zivilgerichte beurteilt werden; für die übrigen Streitigkeiten gelten die Vorschriften der Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 56 Abs. 2 PBG). Nach Art. 47 lit. b des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2016 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG; SR 531) wird für Streitigkeiten zwischen Pflichtlagerhaltern und Pflichtlagerorganisationen das Bundesverwaltungsgericht für zuständig erklärt, während nach Art. 48 LVG bestimmte andere Streitigkeiten (über das Aussonderungs- und das Pfandrecht des Bundes an Pflichtlagern und Transportmitteln [lit. a] sowie über allfällige Ersatzansprüche und Anfechtungsklagen des Bundes [lit. b]) durch die Zivilgerichte zu beurteilen sind. Mitunter wird die Zuständigkeit der Zivilgerichte mittelbar bestimmt, indem bestimmte Rechtsbeziehungen im Gesetz ausdrücklich dem Privatrecht unterstellt werden, so etwa in Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) oder Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11).

3.2.2. Soweit eine Sondervorschrift öffentlich-rechtliche Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit unterstellt, wird in die Bestimmung von Art. 1 lit. a ZPO eingegriffen, indem eine von dieser grundsätzlichen Regelung abweichende Zuständigkeit der Zivilgerichte geschaffen wird. Wie die Beklagte zutreffend vorbringt, bedarf eine von der gesetzlichen Grundregel abweichende Begründung der Zivilgerichtsbarkeit ihrerseits einer formellgesetzlichen Grundlage. Nach Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Nach der Rechtsprechung sind etwa wesentliche Verfahrensbestimmungen wie die sachliche Zuständigkeit der Gerichte und der Rechtsmittelweg in einem formellen Gesetz zu erlassen (Urteil 2C 857/2015 vom

27. Juli 2016 E. 1.2.1, nicht publ. in BGE 142 II 446; vgl. auch BGE 134 I 125 E. 3.2; zur Wichtigkeit der Zuständigkeitsordnung etwa MICHEL DAUM/PETER BIERI, in: Auer und andere [Hrsg.], VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 7 VwVG; REGINA KIENER, in: Auer und andere [Hrsg.], VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, N. 3 zu Art. 47 VwVG). Dies muss umso mehr für eine Regelung gelten,

die nicht allein die (funktionelle, sachliche oder örtliche) Zuständigkeit festlegt, sondern den Rechtsweg auf noch grundlegendere Weise bestimmt, indem sie bestimmte Streitigkeiten ungeachtet ihrer öffentlich-rechtlichen Natur der Zuständigkeit der Zivilgerichte unterstellt. Daran vermag auch der von der Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 164 Abs. 1 lit. g BV hervorgehobene Umstand nichts zu ändern, dass mit der Verweisung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auf den Zivilweg nicht die Zuständigkeit innerhalb der Bundesbehörden geregelt werde, zumal die Aufzählung in dieser Bestimmung (Abs. 1 Satz 2) nicht etwa abschliessend ist, sondern vielmehr dazu dient, das Prinzip nach Abs. 1 Satz 1 zu veranschaulichen (PIERRE TSCHANNEN, in: Ehrenzeller und andere [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 164 BV; zur Regelung des Prozessrechts auf Gesetzesstufe RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl. 2021, S. 13 Rz. 32; RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller und andere [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 3 der Vorbemerkungen zur Justizverfassung; vgl. auch KISS/KOLLER, in: Ehrenzeller und andere

[Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 21 ff. zu Art. 188 BV). Ausserdem verkennt die Vorinstanz mit ihrer Erwägung, wonach die Begründung der Zuständigkeit der Zivilgerichte keinen Einfluss auf die Machtverteilung unter den staatlichen Funktionsträgern oder im Verhältnis der Funktionsträger zu den Stimmbürgern habe, dass mit einer solchen - vom gesetzlichen Grundsatz gemäss Art. 1 lit. a ZPO abweichenden - Regelung durch bundesrätliche Verordnung die Bestimmung des Rechtswegs den direktdemokratischen Einflussmöglichkeiten entzogen wird; Art. 164 Abs. 1 BV dient auch dem Schutz der Volksrechte (vgl. BGE 145 V 380 E. 6.3.1; 133 II 331 E. 7.2.1). Entgegen dem angefochtenen Entscheid stellt eine Bestimmung, die vorsieht, dass öffentlich-rechtliche Streitigkeiten anstatt von den grundsätzlich zuständigen Verwaltungs (gerichts) behörden von den Zivilgerichten zu entscheiden sind, einen erheblichen Eingriff in die Rechte Privater dar (dazu BGE 145 V 380 E. 6.3.1; 134 I 322 E. 2.6.3; 133 II 331 E. 7.2.1).

Ob sich das Erfordernis des formellen Gesetzes im zu beurteilenden Fall auch aus Art. 30 Abs. 1 BV ergeben würde, wie die Beklagte vorbringt, braucht bei diesem Ergebnis nicht vertieft zu werden. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass im Falle der öffentlich-rechtlichen Natur des strittigen Rechtsverhältnisses die Zuständigkeit in persönlicher, zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht gerade nicht generell-abstrakt und im Voraus durch die Zivilprozessordnung bestimmt ist, wie die Vorinstanz ausführt, zumal die ZPO auf öffentlich-rechtliche Streitsachen gar nicht anwendbar ist. Vielmehr würde mit der Verordnungsbestimmung von Art. 5 Abs. 5 StromVV ein von der allgemeinen Zuständigkeitsordnung für öffentlich-rechtliche Streitsachen abweichender Rechtsweg festgelegt, was auch unter dem Blickwinkel von Art. 30 Abs. 1 BV als unzulässig erscheint (vgl. BGE 134 I 125 E. 3, wonach die kantonale Exekutivbehörde nach Art. 30 Abs. 1 BV nicht befugt war, die gerichtliche Zuständigkeitsordnung zur richterlichen Überprüfung bestimmter Massnahmen in Abweichung von der allgemeinen Gerichtsordnung durch blosse Verordnung festzulegen).

3.2.3. Soweit die Verordnungsbestimmung von Art. 5 Abs. 5 StromVV vorsieht, dass Pflichten aus Vereinbarungen des öffentlichen Rechts auf dem Zivilweg durchzusetzen sind, hätte eine solche Regelung in der Form des formellen Gesetzes erlassen werden müssen (zutreffend KATHRIN S. FÖHSE, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz [StromVG], 2014, Rz. 438). Dem Stromversorgungsgesetz lässt sich bezüglich Vereinbarungen nach Art. 5 StromVV und damit auch der hier strittigen Betriebsvereinbarung keine Regelung des Rechtswegs im Streitfall entnehmen. Der Einwand der Klägerinnen, wonach Art. 5 Abs. 5 StromVV in Art. 30 Abs. 2 StromVG eine genügende Grundlage habe, verfährt nicht. Die erwähnte Gesetzesbestimmung ermächtigt den Bundesrat lediglich allgemein zum Erlass der erforderlichen Ausführungsbestimmungen.

Art. 5 Abs. 5 StromVV verstösst somit gegen Art. 164 und Art. 182 Abs. 1 BV, soweit damit Streitigkeiten betreffend öffentlich-rechtliche Verhältnisse auf den Zivilweg verwiesen werden. Der Bestimmung ist in diesem Fall die Anwendung zu versagen. Die Vorinstanz hat demnach zu Unrecht auf eine Qualifizierung der Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung verzichtet. Ihre Zuständigkeit zur Beurteilung des Klagebegehrens 1 kann sie nicht auf Art. 5 Abs. 5 StromVV stützen. Sie wäre einzig gegeben, wenn es sich beim strittigen Anspruch aus der Betriebsvereinbarung um eine Zivilsache im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO handeln würde.

4.

Zu entscheiden ist demnach, ob die Betriebsvereinbarung vom 20. Juli 2010 zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten, auf die sich Klagebegehren 1 stützt, privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.

4.1. Ob eine streitige Zivilsache im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO oder eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vorliegt, beurteilt sich nach der Rechtsnatur des Streitgegenstands. Für die Abgrenzung von Privat- und öffentlichem Recht hat die Lehre mehrere Methoden entwickelt, insbesondere die Interessen-, Funktions- und Subordinationstheorie. Das Bundesgericht nimmt die Abgrenzung gestützt auf verschiedene Methoden vor, wobei keiner a priori der Vorrang zukommt (Methodenpluralismus). Vielmehr prüft es in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird. Damit trägt es dem Umstand Rechnung, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz unterschiedliche Funktionen zukommen, die sich nicht mit einem einzigen theoretischen Unterscheidungsmerkmal erfassen lassen (BGE 138 I 274 E. 1.2; 138 II 134 E. 4.1; Urteil 4A 305/2017 vom 18. Januar 2018 E. 3, nicht publ. in BGE 144 III 111).

Nach der Interessentheorie wird eine Norm oder ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem privaten Recht danach zugeordnet, ob sie die Wahrung öffentlicher oder privater Interessen bezwecken. Nach der Funktionstheorie wird eine Norm oder ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zugeordnet, wenn das entsprechende Verwaltungshandeln unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient, sofern das einschlägige Gesetz dieses Handeln nicht dem Zivilrecht unterstellt (BGE 138 I 274 E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil 4A 305/2017, a.a.O., E. 3, nicht publ. in BGE 144 III 111).

In Bezug auf Verträge steht die Funktionstheorie im Vordergrund. Ein dem öffentlichen Recht unterstehender, d.h. verwaltungsrechtlicher Vertrag zeichnet sich daher dadurch aus, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt hat oder einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand betrifft, wie zum Beispiel Erschliessungen, Enteignungen oder Subventionen. Dagegen liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich ein Gemeinwesen zum Beispiel durch Kauf- oder Werkverträge bloss die Hilfsmittel beschafft, die es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf und dem Privaten dadurch nicht unmittelbar die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe übertragen wird (BGE 134 II 297 E. 2.2; 128 III 250 E. 2b; Urteil 1C 602/2018 vom 3. Juli 2019 E. 3.1).

4.2.

4.2.1. Die Beklagte ist als nationale Netzgesellschaft (Art. 18 StromVG), deren Kapital und damit verbundene Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehören muss (Art. 18 Abs. 3 StromVG), von Gesetzes wegen verpflichtet, dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz zu sorgen (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 StromVG). Zu ihren Aufgaben gehört unter anderem, bei Gefährdung des stabilen Netzbetriebs die notwendigen Massnahmen anzuordnen, wobei sie die Einzelheiten mit den Kraftwerksbetreibern, den Netzbetreibern und weiteren Beteiligten regelt (Art. 20 Abs. 2 lit. c StromVG). Auch wenn die Beklagte in der Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft organisiert ist (Art. 18 Abs. 1 StromVG), handelt sie nicht als kommerzielle Marktteilnehmerin (vgl. Art. 18 Abs. 6 StromVG).

Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung wird von Art. 5 Abs. 2 StromVV vorgeschrieben. Nach dieser Bestimmung vereinbart die Beklagte mit den Netzbetreibern, Erzeugern und den übrigen Beteiligten auf einheitliche Weise die für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen, insbesondere eine Regelung des automatischen Lastabwurfs sowie der Produktionsanpassung bei Kraftwerken im Fall einer Gefährdung des stabilen Netzbetriebs. Weigert sich ein Netzbetreiber, ein Erzeuger oder einer der übrigen Beteiligten, eine solche Vereinbarung abzuschliessen, verfügt die ElCom nach Art. 5 Abs. 3 StromVV den Vertragsabschluss.

4.2.2. Die Klägerinnen führen zum Gegenstand der Vertriebsvereinbarung aus, dass sich damit Kraftwerke, die für den Abtransport der von ihnen erzeugten elektrischen Energie direkt am Übertragungsnetz angeschlossen sind, im Wesentlichen dazu verpflichten, die sie betreffenden betrieblichen, technischen und organisatorischen Regeln einzuhalten. Dazu zähle namentlich die Unterstützung der Beklagten bei der Spannungshaltung im Übertragungsnetz im Rahmen des Bilanzmanagements. Die Einzelheiten in Bezug auf diese Dienstleistung zugunsten der Beklagten seien in einem Anhang zur Betriebsvereinbarung im Einzelnen geregelt, wobei sich die Kraftwerksbetreiber gemäss diesem Anhang namentlich dazu verpflichteten, die Einspeisung ihres Kraftwerks in das Übertragungsnetz auf Anforderung der Beklagten zu reduzieren. Die Klägerinnen

weisen grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass die von der Beklagten angeforderte Reduktion der Einspeisung eines Kraftwerks in das Übertragungsnetz den Ausgleich der Energiebilanz im Übertragungsnetz bezweckt und der Beklagten somit bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben im Rahmen des Bilanzmanagements dient. Sie stellen auch zu Recht nicht grundsätzlich in Frage, dass es sich beim Betrieb des schweizerischen

Übertragungsnetzes durch die Beklagte um eine gesetzlich übertragene öffentliche Aufgabe handelt (Urteile 1C 595/2020 vom 23. März 2021 E. 2; 1C 418/2017 vom 28. März 2019 E. 5.2; 2C 348/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2/4.3, nicht publ. in BGE 143 II 37; vgl. auch Urteil 1C 647/2019 vom 8. Oktober 2020 E. 8, nicht publ. in BGE 147 II 201).

Sie bringen jedoch zu Unrecht vor, mit der auf Grundlage der Betriebsvereinbarung zu erfolgenden Produktionsanpassung im Fall einer Gefährdung des stabilen Netzbetriebs erbringe die Beklagte - vergleichbar mit der Lieferung blosser Hilfsmittel (vgl. etwa BGE 134 II 297 E. 2.2) - lediglich auf rein freiwilliger und privatrechtlicher Basis eine (Energie-) Dienstleistung, welcher die Beklagte zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe bedürfe. Entgegen ihrer Ansicht dient die gestützt auf die Betriebsvereinbarung veranlasste Produktionsanpassung durch das Kraftwerk unmittelbar der Sicherstellung eines stabilen Netzbetriebs und damit einer öffentlichen Aufgabe. Insoweit sind die Kraftwerksbetreiber gestützt auf Art. 20 Abs. 2 lit. c StromVG und Art. 5 Abs. 2 StromVV vertraglich direkt in die Gewährleistung des stabilen Netzbetriebs eingebunden. Zudem verfängt der in der Beschwerdeantwort erhobene Einwand nicht, es bestehe in diesem Bereich kein regulierter Tarif, da die Kraftwerksbetreiber für ihre Dienstleistung nicht entschädigt würden. Die fehlende Entschädigung spricht im Gegenteil gegen ein im Rahmen der Privatautonomie abgeschlossenes privatrechtliches Rechtsverhältnis (vgl. zur Bedeutung der Regulierung der Entgelte BGE 144 III

111 E. 5.1 mit Hinweisen). Bei der Betriebsvereinbarung mit der Beklagten ist demnach von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen (so zutreffend auch FÖHSE, a.a.O., Rz. 436).

Ob die Bestimmung von Art. 5 Abs. 3 StromVV, nach dessen Wortlaut die ECom im Weigerungsfall den Abschluss einer Betriebsvereinbarung verfügt, verfassungswidrig ist, wie die Klägerinnen vorbringen, ist hier nicht relevant und braucht nicht behandelt zu werden, zumal nicht in Frage steht, dass die Klägerin 2 am 20. Juli 2010 mit der Beklagten die strittige Betriebsvereinbarung abgeschlossen hat.

4.3. Damit ergibt sich, dass die Betriebsvereinbarung vom 20. Juli 2010 öffentlich-rechtlicher Natur ist, weshalb es sich beim darauf gestützten Klagebegehren 1 nicht um eine streitige Zivilsache nach Art. 1 lit. a ZPO handelt. Nachdem sich Art. 5 Abs. 5 StromVV als verfassungswidrig erwiesen hat, lässt sich die Zuständigkeit der Vorinstanz auch nicht auf diese Bestimmung stützen.

Die Beschwerde der Beklagten (4A 283/2021) ist entsprechend gutzuheissen und auf Klagebegehren 1 ist mangels Zuständigkeit der Vorinstanz nicht einzutreten.

Beschwerde der Klägerinnen (4A 275/2021)

5.

Die Klägerinnen rügen, die Vorinstanz habe Art. 15a Abs. 1 und Art. 22 Abs. 2 StromVG verletzt, indem sie ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der Klagebegehren 2-4 (betreffend die Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie) verneinte, und bringen vor, beim Bilanzgruppenvertrag vom 30. Oktober 2016 handle es sich um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis.

5.1. Die Vorinstanz wies darauf hin, dass es sich gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e ter StromVG bei der Ausgleichsenergie um Elektrizität handelt, die zum Ausgleich der Differenz zwischen dem effektiven Bezug oder der effektiven Lieferung einer Bilanzgruppe und deren Bezug bzw. deren Lieferung nach Fahrplan in Rechnung gestellt wird. Sie erwog, die Ausgleichsenergie bzw. deren Verrechnung sei Teil des Bilanzmanagements, das gestützt auf Art. 20 Abs. 2 lit. b StromVG in den Aufgabenbereich der Beklagten falle. Die Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie habe ihre Grundlage in Art. 15a Abs. 1 StromVG, wonach die Beklagte den Bilanzgruppen die Kosten für die Ausgleichsenergie individuell in Rechnung stellt. In Art. 15 Abs. 1 lit. b StromVV werde spezifiziert, dass die Beklagte den Bilanzgruppen jene Kosten für die Ausgleichsenergie individuell in Rechnung stellt, die sie verursacht haben. Die Verrechnung von Kosten werde auch im Bilanzgruppenvertrag erwähnt, den die Beklagte mit der Klägerin 1 aufgrund von Art. 23 Abs. 3 StromVV abgeschlossen habe.

Entgegen der Ansicht der Klägerinnen ergebe sich die Kostentragungspflicht für Ausgleichsenergie aus dem Stromversorgungsgesetz und nicht aus einem Vertrag. Im Übrigen brächten die Klägerinnen nicht vor, die Beklagte habe durch die Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie gegen eine konkrete Bestimmung des Bilanzgruppenvertrags verstossen, etwa indem der Preis für die Ausgleichsenergie nicht in Übereinstimmung mit den Vorgaben im Bilanzgruppenvertrag (insbesondere Anhang 1) festgelegt worden sei. Vielmehr machten sie geltend, nicht sie, sondern die

Beklagte bzw. Umstände im Verantwortungsbereich der Beklagten hätten die Kosten für die Ausgleichsenergie verursacht. Da den Bilanzgruppen aufgrund von Art. 15a Abs. 1 StromVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b StromVV nur jene Kosten für die Ausgleichsenergie verrechnet werden dürften, die von diesen auch verursacht worden seien, machten die Klägerinnen mit den Rechtsbegehren 2-4 im Zusammenhang mit dem Ereignis vom 22. August 2018, das ihrer Ansicht nach keine verrechenbare Kosten verursachte, primär eine Verletzung dieser gesetzlichen Bestimmungen geltend. Die Überwachung der Einhaltung des Gesetzes falle gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG in den Aufgabenbereich der ECom. Da das

Bilanzmanagement in Art. 20 Abs. 2 lit. b StromVG als Aufgabe der Beklagten genannt werde, seien Streitigkeiten in diesem Bereich folglich von der ECom zu beurteilen. Es bestehe daher nach Art. 22 Abs. 1 StromVG eine spezialgesetzliche Grundlage, welche die Streitigkeit über die Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie der ECom zum Entscheid zuweise.

Die Vorinstanz erwog sodann, selbst wenn sich die mit Klagebegehren 2-4 geltend gemachten Ansprüche aus dem Bilanzgruppenvertrag ergeben sollten, bliebe es bei der Zuständigkeit der ECom, da dieser Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur sei. Die Subordinationstheorie sei im zu beurteilenden Fall nicht entscheidend. Ebenso wenig sei für die Qualifikation des Bilanzgruppenvertrags ausschlaggebend, ob die Kosten durch das Gesetz und die ECom reguliert werden. Dafür komme der Interessen- und der Funktionstheorie eine besondere Bedeutung zu. Die Beklagte übernehme mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes und daher mit dem Bilanzgruppenmanagement eine öffentliche Aufgabe, weshalb der Bilanzgruppenvertrag als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sei. Die Verrechnung von Kosten für Ausgleichsenergie diene überdies öffentlichen Interessen. Der zumindest indirekte Kontrahierungszwang und die fehlende Wahl des Vertragspartners aus Sicht der Klägerinnen sowie die gesetzlich statuierten Grundsätze zur Preisgestaltung, auf welche die Klägerinnen keinen Einfluss hätten, wie auch die Vorgaben zur Verwendung eines allfälligen Gewinns aus dem Verkauf von Ausgleichsenergie sprächen ebenfalls für die öffentlich-rechtliche Natur des

Bilanzgruppenvertrags. Im Ergebnis unterliege die Beurteilung von Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis nicht der Zivilgerichtsbarkeit.

5.2.

5.2.1. Aus physikalischen und technischen Gründen muss die Menge des von den Kraftwerken in das Elektrizitätsnetz eingespeisten Stroms immer gleich gross sein wie die Menge des von den Verbrauchern aus dem Netz bezogenen Stroms. Für den stabilen Betrieb des Stromnetzes muss also jederzeit gleich viel Strom in das Netz eingespeist werden, wie bezogen wird (Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates [UREK-N] vom 31. März 2014 zur Parlamentarischen Initiative Kostentragungspflicht für Ausgleichsenergie: Gewährleistung einer sicheren Stromversorgung [13.467], BBl 2014 3970). Die Gewährleistung dieses Gleichgewichts ist nach Art. 20 StromVG Aufgabe der Beklagten als nationale Netzgesellschaft, die unter anderem für das sog. Bilanzmanagement verantwortlich ist und die weiteren Systemdienstleistungen einschliesslich Bereitstellung von sog. Regelenergie sicherstellt (Abs. 2 lit. b). Beim Bilanzmanagement handelt es sich gemäss der Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. d StromVV um die Gesamtheit der technischen, organisatorischen und abrechnungstechnischen Massnahmen zur ständigen Aufrechterhaltung der elektrischen Energie- und Leistungsbilanz im Elektrizitätssystem; dazu gehören insbesondere

Fahrplanmanagement, Messdatenmanagement und Bilanzausgleichsmanagement. Das Bilanzmanagement gehört zu den sog. Systemdienstleistungen, mithin den für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdiensten (Art. 4 Abs. 1 lit. g StromVG).

Damit die Beklagte das Gleichgewicht von eingespeistem und bezogenem Strom im Netz gewährleisten kann, arbeitet sie mit den sog. Bilanzgruppen zusammen. Dabei handelt es sich um rechtliche Zusammenschlüsse von Teilnehmern am Elektrizitätsmarkt (u.a. Endverbraucher und Produzenten), um gegenüber der nationalen Netzgesellschaft (d.h. der Beklagten) eine gemeinsame Mess- und Abrechnungseinheit innerhalb der Regelzone Schweiz zu bilden (Art. 4 Abs. 1 lit. e bis StromVG). Die Beklagte legt in Richtlinien die Mindestanforderung an die Bilanzgruppen nach transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien fest (Art. 23 Abs. 2 Satz 1 StromVV). Art. 23 Abs. 3 StromVV sieht vor, dass sie mit jeder Bilanzgruppe einen Vertrag abschliesst; dazu hat jede Bilanzgruppe einen beteiligten Teilnehmer zu bezeichnen (sog. Bilanzgruppenverantwortlicher), der die Bilanzgruppe gegenüber der Beklagten und Dritten vertritt (Art. 23 Abs. 4 StromVV).

Die Bilanzgruppen erstellen bis spätestens am Vortag Prognosen über ihre voraussichtlichen Strombezüge und -lieferungen (sog. Fahrpläne) und reichen diese der nationalen Netzgesellschaft ein. Wird in der Regelzone Schweiz am Tag der Abwicklung mehr Strom bezogen als eingespeist, gleicht die nationale Netzgesellschaft diese Abweichung mit dem Abruf von Regelenergie aus, d.h. durch

einen automatischen oder von Kraftwerken abrufbaren Einsatz von Elektrizität zur Einhaltung des geplanten Elektrizitätsaustausches und zur Gewährleistung des sicheren Netzbetriebs (Art. 4 Abs. 1 lit. e StromVG). Dabei handelt es sich um eine physikalische Lieferung. Am Tag nach der Abwicklung beginnt die Abrechnung der Differenzen zwischen Fahrplan und effektiver Stromlieferung, also die Berechnung der sogenannten Ausgleichsenergie (zum Begriff Art. 4 Abs. 1 lit. e ter StromVG). Im Gegensatz zur Regelenergie handelt es sich bei der Ausgleichsenergie nicht um eine reale physikalische Lieferung, sondern um eine reine Abrechnungsgrösse. Hat die Bilanzgruppe mehr Strom bezogen als mit dem Fahrplan angemeldet, besteht in der Bilanzgruppe eine Unterdeckung. Die nationale Netzgesellschaft stellt der Bilanzgruppe in einem solchen Fall den Marktpreis samt Zuschlag

als Ausgleichsenergie in Rechnung (vgl. Art. 15a StromVG). Hat die Bilanzgruppe umgekehrt weniger Strom bezogen als angemeldet, besteht also eine Überdeckung, so erhält sie eine Gutschrift, dies mit einem Abschlag zum Marktpreis. Die nationale Netzgesellschaft legt dabei die Preise für Ausgleichsenergie so fest, dass sie gegenüber den Marktpreisen unvorteilhaft sind, damit für die Bilanzgruppen ein Anreiz besteht, ihre Prognosen bzw. Fahrpläne möglichst einzuhalten (Bericht UREK-N vom 31. März 2014, a.a.O., BBI 2014 3970 f.).

5.2.2. Die Klägerinnen bringen grundsätzlich zutreffend vor, dass Art. 15a Abs. 1 StromVG die Beklagte zunächst erst in allgemeiner Weise zur Verrechnung von Ausgleichsenergie gegenüber "den Bilanzgruppen" ermächtigt und verpflichtet. Da es sich bei der Bilanzgruppe um einen rechtlichen Zusammenschluss verschiedener Teilnehmer handelt (Art. 4 Abs. 1 lit. e bis StromVG), zu deren internem Verhältnis sich in der Stromversorgungsgesetzgebung keine Vorgaben finden, wird damit für den einzelnen Teilnehmer wohl noch keine unmittelbare Verpflichtung zur Bezahlung von Ausgleichsenergie begründet. Vielmehr setzt die konkrete Verrechnung der Ausgleichsenergie den Abschluss eines Bilanzgruppenvertrags mit dem Bilanzgruppenverantwortlichen voraus (Art. 23 Abs. 3 f. StromVV). Ein solcher Vertrag wurde zwischen der Klägerin 1 (als Bilanzgruppenverantwortlicher) und der Beklagten am 30. Oktober 2016 abgeschlossen. Auch wenn der Bilanzgruppenvertrag gesetzlichen Vorgaben zu genügen hat und im Lichte der Stromversorgungsgesetzgebung auszulegen ist, ist mit den Klägerinnen davon auszugehen, dass sie mit ihren Klagebegehren 2-4 Ansprüche aus dem abgeschlossenen Bilanzgruppenvertrag geltend machen. Für die Beurteilung solcher Ansprüche ist im StromVG

keine spezialgesetzliche Grundlage ersichtlich, welche die Zuständigkeit ungeachtet der Rechtsnatur des Bilanzgruppenvertrags regeln würde.

5.2.3. Die Vorinstanz hat es jedoch nicht etwa bei der Erwägung bewenden lassen, die Klägerinnen machten in erster Linie gesetzliche Ansprüche geltend, sondern hat auch die Rechtsnatur des Bilanzgruppenvertrags geprüft. Da sich dem Gesetz keine ausdrückliche Zuweisung dieses Vertrags zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht entnehmen lässt, hat sie die Qualifikation nach den von der Rechtsprechung für die Abgrenzung entwickelten Kriterien geprüft. Dabei ist sie ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgegangen, dass der Subordinationstheorie bei der Einordnung von Verträgen im Zusammenhang mit der Stromversorgung keine entscheidende Bedeutung zukommt, sondern vielmehr die Interessen- und die Funktionstheorie im Vordergrund steht (vgl. Urteile 4A 305/2017 vom 18. Januar 2018 E. 3, nicht publ. in: BGE 144 III 111; 4A 582/2014 vom 17. April 2015 E. 2.1).

Gegenstand des zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 abgeschlossenen Bilanzgruppenvertrags vom 30. Oktober 2016 bilden Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Management der Bilanzgruppe sowie der Abwicklung von Fahrplanmeldungen der Bilanzgruppenverantwortlichen und der Abrechnung von Ausgleichsenergie (Ziffer 2.1). Die Beklagte sorgt nach Art. 20 Abs. 1 StromVG als nationale Netzgesellschaft dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das Bilanzmanagement zu den der nationalen Netzgesellschaft nach Art. 20 Abs. 2 lit. b StromVG gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gehört und eine für den sicheren Betrieb der Netze notwendige Systemleistung darstellt (Art. 4 Abs. 1 lit. g StromVG). Beim Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes durch die Beklagte handelt es sich - wie bereits erwähnt (siehe vorn E. 4.2.2) - um eine gesetzlich übertragene öffentliche Aufgabe, was auch die Klägerinnen nicht grundsätzlich in Abrede stellen (Urteile 1C 595/2020 vom 23. März 2021 E. 2; 1C 418/2017 vom 28. März 2019 E. 5.2; 2C 348/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2/4.3, nicht publ. in BGE 143 II 37; vgl. auch Urteil 1C 647/2019 vom 8. Oktober 2020 E. 8, nicht publ. in BGE 147 II 201). Sie berufen sich jedoch auch in diesem Zusammenhang zu Unrecht darauf, mit dem Bilanzgruppenvertrag lediglich auf rein freiwilliger und privatrechtlicher Basis - vergleichbar mit der Lieferung blosser Hilfsmittel (vgl. etwa BGE 134 II 297 E. 2.2) -

Dienstleistungen zu erbringen, derer die Beklagte zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe bedürfe. Die im Bilanzgruppenvertrag geregelte Abwicklung von Fahrplanmeldungen und die Abrechnung von Ausgleichsenergie stellen kein blosses Hilfsmittel im Sinne der Bedarfsverwaltung dar, sondern dienen als notwendiger Bestandteil des Bilanzmanagements unmittelbar der Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebs und sind insofern Instrumente, mit denen die Beklagte ihre öffentliche Aufgabe wahrnimmt.

Die Voraussetzungen der Verrechnung von Ausgleichsenergie sind zudem in der Stromversorgungsgesetzgebung (Art. 15a StromVG und Art. 15 Abs. 1 lit. b StromVV) eigens geregelt. Die Vorinstanz hat zu Recht berücksichtigt, dass die Preise für Ausgleichsenergie nicht etwa verhandelbar sind und von den Vertragsparteien privatautonom bestimmt werden können, sondern von der Beklagten nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben einseitig festgesetzt werden: Nach Art. 15a Abs. 2 StromVG legt die Beklagte die Preise für die Ausgleichsenergie so fest, dass ein Anreiz besteht, gesamtschweizerisch Regelernergie und Regelleistung effizient einzusetzen, und dass Missbräuche verhindert werden. Die Preise für Ausgleichsenergie haben sich dabei an den Kosten für Regelernergie zu orientieren. Zudem schreibt Art. 15a Abs. 3 StromVG vor, dass ein allfälliger Gewinn aus dem Verkauf von Ausgleichsenergie mit den Kosten der Systemdienstleistungen zu verrechnen ist.

Auch wenn sich die Klägerin 1 freiwillig als Bilanzgruppenverantwortliche zur Verfügung stellte, kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass von einer Vertragsfreiheit beim Abschluss des Bilanzgruppenvertrags kaum gesprochen werden kann. Nach Art. 23 Abs. 1 StromVV muss jeder Ein- bzw. Ausspeisepunkt einer einzigen Bilanzgruppe zugeordnet werden, weshalb jeder Marktteilnehmer (insbesondere Produzent, Lieferant und Endverbraucher) zwingend einer Bilanzgruppe anzugehören hat. Die Beklagte als nationale Netzgesellschaft hat mit jeder Bilanzgruppe einen Vertrag abzuschliessen (Art. 23 Abs. 2 StromVV), wobei jede Bilanzgruppe einen Bilanzgruppenverantwortlichen zu bestimmen hat (Art. 23 Abs. 3 StromVV). Weder aus Sicht der Beklagten noch aus derjenigen der Bilanzgruppenverantwortlichen besteht demnach eine Wahl hinsichtlich des Vertragspartners. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass dieser Umstand - zusammen mit der fehlenden Verhandelbarkeit des Preises für Ausgleichsenergie - ebenfalls für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Bilanzgruppenvertrags spricht.

5.2.4. Insgesamt ist die Erwägung im angefochtenen Entscheid, wonach es sich beim Bilanzgruppenvertrag um eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung handelt, nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass die Beurteilung von Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis nicht der Zivilgerichtsbarkeit unterliegt. Ist der strittige materielle Anspruch (Klagebegehren 2 und 3) nicht im Zivilprozess, sondern im Verwaltungsverfahren geltend zu machen, ist die Verwaltungsbehörde nach Art. 79 SchKG auch zur Beseitigung des Rechtsvorschlags (Klagebegehren 4) zuständig (dazu etwa DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 14 ff. zu Art. 79 SchKG; vgl. auch BGE 134 III 115 E. 3.2).

An der fehlenden Zuständigkeit der Zivilgerichte vermag auch der von den Klägerinnen eventualiter erhobene Einwand nichts zu ändern, Klagebegehren 2-4 betreffen Forderungen aus dem privatrechtlichen SEPA-Vertrag der Klägerin 1 mit der Bank C. _____ AG, gestützt auf den die Beklagte den strittigen Betrag per Lastschrift auf dem Bankkonto der Klägerin 1 belastet habe. Selbst wenn es sich bei diesem (privatrechtlichen) Vertrag um einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten handelt (Art. 112 Abs. 2 und 3 OR), wie die Klägerinnen geltend machen, richtet sich die Rechtsnatur ihres Anspruches gegenüber der Beklagten auf Rückforderung der angeblich grundlos erfolgten Leistung nach dem zwischen den Parteien bestehenden Grundverhältnis. Nachdem sich erwiesen hat, dass ihr Rechtsverhältnis mit der Beklagten öffentlich-rechtlicher Natur ist, wäre auch der geltend gemachte Rückforderungsanspruch im öffentlichen Recht begründet, wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat. Die Zivilgerichte sind für die Beurteilung solcher Ansprüche nicht zuständig.

Die Klägerinnen berufen sich im Übrigen selber darauf, die Klagebegehren 2-4 (Rückerstattung der zu Unrecht belasteten Ausgleichsenergie gestützt auf den Bilanzgruppenvertrag) seien mit dem Klagebegehren 1 (Ausgleich der Bilanzgruppe nach dem Eingriff in den Kraftwerkseinsatz gestützt auf die Betriebsvereinbarung) untrennbar verbunden. Nachdem sich erwiesen hat, dass die Vorinstanz weder zur Beurteilung von Klagebegehren 1 noch von Rechtsbegehren 2-4 zuständig ist, liegt jedoch keine Spaltung der Zuständigkeit vor, weshalb nicht zu vertiefen ist, ob eine solche gegen die Bundesverfassung (Art. 5, Art. 9 und Art. 29a BV) verstossen würde, wie die Klägerinnen vorbringen. Die Beschwerde der Klägerinnen (4A 275/2021) ist demnach abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6.

Soweit die Klägerinnen hinsichtlich der Regelung der Prozesskosten im vorinstanzlichen Verfahren

rügen, sie seien entgegen dem angefochtenen Entscheid nicht als zu drei Vierteln unterliegend zu betrachten, sind ihre Vorbringen gegenstandslos, zumal neben Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids auch Dispositiv-Ziffern 3 und 4 aufzuheben sind und die Prozesskosten neu festzusetzen sein werden.

Im Weiteren stösst ihr Einwand ins Leere, die Kosten für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren seien in jedem Fall vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen. Nachdem die Beschwerde der Beklagten gutzuheissen und diejenige der Klägerinnen abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann, unterliegen die Klägerinnen vor Bundesgericht vollständig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der von ihnen unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) hervorgehobene Umstand, dass die beiden strittigen Verträge einen Gerichtsstand am Sitz der Beklagten vorsahen, vermag entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht keinen Vertrauenstatbestand zugunsten der Klägerinnen zu begründen, der sie von der Bezahlung von Prozesskosten im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren befreien würde. Über die Verfahrenskosten im kantonalen Verfahren wird die Vorinstanz erneut zu befinden haben.

7.

In Gutheissung der Beschwerde der Beklagten (4A 283/2021) sind Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 9. April 2021 aufzuheben und auf das Rechtsbegehren 1 der Klage vom 16. März 2020 ist mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Im Übrigen ist die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 Satz 2 BGG). Die Beschwerde der Klägerinnen (4A 275/2021) ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Klägerinnen unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG), wobei die Gerichtskosten auf Fr. 18'000.-- für beide Verfahren festgelegt werden. Die Beklagte prozessiert als Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes, was gemäss Art. 20 StromVG eine ihr übertragene öffentliche Aufgabe darstellt. Sie hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG; Urteile 1C 595/2020 vom 23. März 2021 E. 2; 1C 418/2017 vom 28. März 2019 E. 5.2).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 4A 275/2021 und 4A 283/2021 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerde der Beklagten (4A 283/2021) wird gutgeheissen, Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 9. April 2021 werden aufgehoben und auf Rechtsbegehren 1 der Klage vom 16. März 2020 wird nicht eingetreten. Im Übrigen wird die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an das Handelsgericht des Kantons Aargau zurückgewiesen.

3.

Die Beschwerde der Klägerinnen (4A 275/2021) wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 18'000.-- werden den Klägerinnen (unter solidarischer Haftbarkeit und intern je zur Hälfte) auferlegt.

5.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Januar 2022

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Leemann