

# GR\_GERICHTE ZF 2007 104 vom 11. März 2008

GR Gerichte, 2008-03-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF\\_2007\\_104](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2007_104)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2007 104 du 11 mars 2008

IT: GR\_GERICHTE ZF 2007 104 del 11 marzo 2008

## Regeste

Vertragsabschluss | Leitentscheid, publiziert als PKG 2008 5\3Cbr\3E | OR Allgemeine Bestimmung

## Erwägungen

### E. 2

A. Am 5. Januar 2006 schrieb der Y. (im Folgenden: Y.) den Sammel- dienst für den Hauskehrdienst im Verbandsgebiet exklusive A. und B. öffentlich aus. Gemäss Ausschreibung sollte der Auftrag am 1. Juni 2006 beginnen. Am 30. Januar 2006 reichte die X. ihre Offerte ein. In Ziffer 1.8 der Offerte erklärte die erwähnte Unternehmung ihr Angebot bis zum 31. Mai 2006 als verbindlich. Mit Verfügung vom 16. Februar 2006 vergab der Y. den Auftrag an die X., da diese das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hatte. Eine von einem Mitkonkurrenten gegen die- sen Zuschlag erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht Graubünden mit Urteil vom 8. Mai 2006, mitgeteilt am 10. Mai 2006 (Verfahren U 06 22), ab. Die X. hatte schon in der Vergangenheit während mehreren Jahren den Keh- richtsammeldienst für den Y. ausgeführt, wobei der alte Vertrag am 31. Mai 2006 auslief. Am 25. April 2006, also noch während Hängigkeit des im vorangehenden Abschnitt erwähnten Beschwerdeverfahrens, beauftragte der Y. die X. mit der Wei- terführung des Sammeldienstes für Hauskehrdienst ab dem 1. Juni 2006 bis zum end- gültigen Urteil des Verwaltungsgerichts und der damit eventuell verbundenen Be- reinigung des Vertrages, und zwar zu den gleichen Konditionen wie im alten Ver- trag. Die X. führte den Abfallsammeldienst ab 1. Juni 2006 im Sinne dieser Übergangsregelung aus. B/1. Am 26. Mai 2006 stellte der Y. der X. den Vertrag mit Pflichtenheft zur Unterzeichnung zu und bat sie, ihm die unterzeichneten Exemplare zu retournieren. In der Folge kam es zu Diskussionen über den Vertragsinhalt. Am 21. Juni 2006 trafen sich die Parteien zu einer Besprechung. Mit Schreiben vom 12. Juli 2006 an den Y. wies die X. darauf hin, dass die Mengenangaben in der Ausschreibung nicht mit ihren in den früheren Jahren effektiv abgelieferten Mengen übereinstimmten, worauf sie den Y. schon mit Brief vom 30. Januar 2006 aufmerksam gemacht habe. Dieser sei damals nicht bereit gewesen, die entsprechenden Angaben zu korrigie- ren, weshalb die Offerte auf Grund der grösseren Mengenangabe ausgearbeitet worden sei. Die X. laufe unberechtigterweise in einen Verlust, wenn sie den Vertrag ohne Preisanpassung bei verringerten Tonnagen unterzeichne. Sie bitte den Y. da- her, unter Artikel 12 des Vertrages einen entsprechenden neuen Absatz einzufügen. In seinem Schreiben vom 25. Juli 2006 erklärte der Y., anlässlich der Besprechung vom 21. Juni 2006 sei der X. eine Frist bis zum 15. Juli 2006 gewährt worden für den Nachweis der Bestellung der beiden neuen Fahrzeuge sowie für die Unterzeich- nung des Vertrages. Anstelle des Nachweises und des Vertrages habe die X. eine in der Ausschreibung nicht vorgesehene Vertragsanpassung gefordert,

welche of-

### **E. 3**

fenbar einen wichtigen Punkt für den Vertragsabschluss darstelle. Der Y. könne einer solchen Anpassung nicht zustimmen, da dies eine Benachteiligung der übrigen Anbieter darstelle. Zudem habe die X. die genauen Tonnagen gekannt und daher die Möglichkeit gehabt, entsprechend zu kalkulieren. Nachdem die X. nicht bereit sei, den Vertrag zu den Bedingungen der Ausschreibung abzuschliessen und sie im Besonderen innert der festgelegten Frist keinen Nachweis für die Beschaffung der Fahrzeuge gemäss Ausschreibung erbracht habe, sei der Vertragsabschluss gescheitert und der Y. gezwungen, eine Übergangslösung zu suchen. Der Sammeldienst gemäss der mündlich vereinbarten Verlängerung ende somit am 31. Juli 2007. Mit Schreiben vom 27. Juli 2006 stellte der Y. klar, dass ihm im Brief vom 25. Juli 2006 ein Versehen unterlaufen sei. Der Sammeldienst ende bereits per 31. Juli 2006 und nicht wie irrtümlich mitgeteilt erst am 31. Juli 2007. Ebenfalls am 27. Juli 2006 teilte der Y. den Verbandsgemeinden und beteiligten Unternehmungen mit, dass die Firma C. ab 1. August 2006 den Sammeldienst für Hauskehr im Verbandsgebiet exkl. A./B. übernehmen werde. Mit Schreiben vom 28. Juli 2006 an den Y. machte die X. geltend, sie habe die Kaufverträge der beiden Fahrzeuge mit der Offerte eingereicht und diese würden bestellt, sobald der Vertrag unterzeichnet sei. Sie habe den ihr vorgelegten Vertrag bis am 15. Juli 2006 vernünftigerweise nicht unterzeichnen können, da verschiedene Punkte (Vertragsbeginn, Vertragsende, Einsatztermin der neuen Fahrzeuge) vom Y. noch nicht bereinigt worden seien. Durch den riesigen Druck, den der Y. auf sie ausübe und der vollkommen ungerechtfertigt und nicht fair sei, habe sie nun den Vertrag zu den vom Y. genannten Bedingungen unterzeichnet, um damit ein verwaltungsgerichtliches Verfahren zu verhindern. Der unterzeichnete Vertrag wurde dem erwähnten Schreiben beigelegt. Am 31. Juli 2006 teilte der Y. der X. mit, innerhalb der gegebenen Frist bis 15. Juli 2006 habe keine Vertragsunterzeichnung gemäss Submission stattgefunden. Auch die geforderten Unterlagen gemäss Submission und Besprechung vom 21. Juni 2006 seien bis heute beim Y. nicht eingegangen. Aus diesem Grund werde der Y. den Sammeldienst ab dem 2. August 2006 durch eine andere Unternehmung ausführen lassen. Am 25. August 2006 reichte die X. beim Verwaltungsgericht Graubünden Rekurs ein. Sie beantragte, den Y. zu verpflichten, mit ihr den am 26. Mai 2006 unterbreiteten Vertrag abzuschliessen und zwar mit einer Ergänzung von Art. 12 des Vertrages. Überdies verlangte sie die Feststellung, dass der Vertragsabschluss mit der Firma C. rechtswidrig sei. Im Eventualbegehren beantragte die X., der Y. sei zur Bezahlung von Schadenersatz im Maximalbetrag von Fr. 500'000.-- für entgangenen Gewinn und ungedeckte Kosten zu verpflichten. Anlässlich des zweiten

### **E. 4**

Eventualiter sei der Beklagte zur Bezahlung von Schadenersatz im Maximalbetrag von CHF 500'000.00 für entgangenen Gewinn zu verpflichten, und zwar für denjenigen Schaden, der bei Abweisung des Rechtsbegehrens gemäss Ziff. 1 entstehen würde.

### **E. 5**

(Mitteilung)“ Das Bezirksgericht war zur Erkenntnis gelangt, dass der zwischen dem Y. und der X. abzuschliessende Vertrag als öffentlichrechtlich zu qualifizieren sei. Daher habe der Zivilrichter weder über den behaupteten Abschluss dieses Vertrages oder dessen Inhalt noch über eine allfällige Kontrahierungspflicht zu entscheiden, so dass auf die Klage in

diesem Punkt nicht einzutreten sei. Die entsprechende Klage müsse aber auch dann abgewiesen werden, wenn das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als privatrechtliches zu verstehen wäre. Eine Kontrahierungspflicht bestehe nämlich auch im privatrechtlichen Bereich nicht. Zudem sei kein Konsens zu Stande gekommen. Sich aus der Vergabe ergebende Haftungsfragen seien nach dem einschlägigen Staatshaftungs- oder Verantwortlichkeitsrecht zu beurteilen, da die Vergabe des Auftrags im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehe. Im vorliegenden Fall fehle es indes an einem widerrechtlichen Verhalten des Y. und damit an einer der Voraussetzungen für den klägerischerseits geltend gemachten Schadenersatzanspruch. Die Klage sei deshalb auch in diesem Punkt abzuweisen. E. Gegen dieses Urteil liess die X. am 13. Dezember 2007 die Berufung zu Handen des Kantonsgerichts von Graubünden erklären. Sie stellt folgende Berufungsanträge:

#### **E. 06**

91) ein Revisionsbegehren ein. G. Am 11. März 2008 fand die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht von Graubünden statt. Anwesend waren neben Mitgliedern der Parteien der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin, Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Hess, und der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt lic. iur. Alexander Blöchliger. Gegen die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Die Frage der Zuständigkeit bildet Gegenstand des Verfahrens. Nach dem Verlesen der Berufungsanträge wurde das Beweisverfahren geschlossen. Im Anschluss fanden die Plädoyers der Parteivertreter statt. Rechtsanwalt Hess bestätigte und begründete in seinem Plädoyer die Anträge gemäss der schriftlichen Berufungserklärung vom 13. Dezember 2007. Rechtsanwalt Blöchliger beantragte die Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne, unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten der Berufungsklägerin, und begründete seine Anträge entsprechend. Rechtsanwalt Hess und Rechtsanwalt Blöchliger gaben von ihren Vorträgen eine schriftliche Ausführung zu den Akten. Die Parteivertreter erhielten das Recht auf Replik und Duplik.

#### **E. 6**

„1. Das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 13. November 2007, Proz. Nr. 110-2007-10, sei vollumfänglich aufzuheben. 2. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, mit der Berufungsklägerin den am 26. Mai 2006 unterbreiteten „Vertrag für den Abfallsammel- dienst exkl. A./B.“ gemäss Vergabeentscheid vom 16. Februar 2006 resp. Verwaltungsgerichtsentscheiden vom 8. Mai 2006 (Verfahren U

#### **E. 7**

Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Ausführungen der Rechtsvertreter der Parteien in den Rechtsschriften und anlässlich der Berufungsverhandlung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Die Zivilkammer zieht in Erwägung : 1.a. Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Der Berufungswert ist im vorliegenden Fall erreicht. Eine Berufung ist allerdings nur in Zivilrechtsstreitigkeiten möglich (vgl. Art. 1 Abs. 1 ZPO). Entscheidend ist hierbei, dass die Parteien nach ihren Rechtsbegehren und Sachvorbringen Ansprüche des Bundeszivilrechts erhoben haben und ebensolche objektiv streitig sind. Als Zivilrechts-

streitigkeit gilt aber auch die Frage, ob überhaupt bundesprivatrechtliche Ansprüche streitig sind (BGE 128 III 250 [252], E. 1a). Während die Berufungsklägerin die Ansicht vertritt, ihre gegenüber dem Y. eingeklagten Forderungen seien privatrechtlich, hat die Vorinstanz angenommen, bei den fraglichen Forderungen handle es sich um solche öffentlichrechtlicher Natur. Dementsprechend hat sie verneint, dass die X. nach ihren Rechtsbegehren und Sachvorbringen privatrechtliche Ansprüche einklagt, wogegen sich die Berufungs- klägerin im vorliegenden Verfahren wehrt. In diesem Sinn liegt im vorliegenden Fall eine Zivilrechtsstreitigkeit vor, und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz ist gegeben. Ob die Vorinstanz die privatrechtliche Natur der eingeklagten Ansprüche bundesrechtskonform verneint hat, ist im Folgenden in der Sache zu prüfen. b. Eine Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Die Berufung der X. vom 13. Dezember 2007 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 13. November 2007, mitgeteilt am 22. November 2007, wurde frist- und formgerecht eingereicht, so dass darauf eingetreten werden kann. 2.a. Das Bezirksgericht Maloja trat auf die Frage des Abschlusses und des Inhalts des zwischen dem Y. und der X. abzuschliessenden Beschaffungsvertrages nicht ein, weil es diesen Vertrag als öffentlichrechtlich qualifizierte. Das Gericht war

## **E. 8**

zur Erkenntnis gelangt, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vorliege, da einem Privaten, der X., die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, nämlich das Sammeln und der Abtransport von Abfällen, übertragen werde. Vertragsgegenstand sei daher die Auslagerung einer öffentlichen Aufgabe. Es handle sich nicht um eine als privatrechtlich zu qualifizierende sogenannte administrative Hilfstätigkeit für die öffentliche Hand. Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob sich der besagte Vertrag tatsächlich als öffentlichrechtlich erweist, was den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz rechtfertigen würde, oder ob ein privatrechtlicher Vertrag vorliegt, mit der Folge, dass ein Zivilgericht, im vorliegenden Fall das Kantonsgericht, über dessen Abschluss und Inhalt zu urteilen hat. b. Für die Abgrenzung privater Rechtsverhältnisse, deren Beurteilung der Zivilgerichtsbarkeit obliegt, von solchen öffentlichrechtlicher Natur, die einer Überprüfung durch das Verwaltungsgericht unterliegen, sind verschiedene Theorien entwickelt worden, deren grundsätzliche Abgrenzungskriterien sich nicht ausschliessen und die im Einzelfall herangezogen werden, soweit sie sich am besten zur Lösung der konkreten Fragestellung eignen. In Betracht fällt vornehmlich die Subordinationstheorie, welche das Gewicht auf die Gleich- oder Unterordnung der Beteiligten bzw. die Ausübung von hoheitlichem Zwang legt. Daneben werden aber auch die Interessen- und Funktionstheorie herangezogen, die danach unterscheiden, ob private oder öffentliche Interessen verfolgt bzw. öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Bei der Anwendung dieser theoretischen Kriterien ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen (BGE 128 III 250 ff. [253], E. 2a, mit diversen Hinweisen). Im vorliegenden Fall geht es darum, eine Vertragsbeziehung dem privat- oder dem öffentlichrechtlichen Bereich zuzuordnen. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag lässt sich dadurch charakterisieren, dass er direkt die

Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt hat oder dass er einen öffentlichrechtlich normierten Gegenstand betrifft. Dagegen handelt der Staat in der Regel privatrechtlich, wenn er sich zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben die erforderlichen Hilfsmittel durch Kauf, Werkvertrag oder Auftrag beschafft. Ein Vertrag ist in diesen Fällen in der Regel nur dann als öffentlichrechtlich zu qualifizieren, wenn dem Privaten dadurch unmittelbar die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe übertragen wird (BGE 128 III 250 ff. [253 f.], E. 2b, mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 9**

c. Im vorliegenden Fall ist der Y., ein Gemeindeverband, mit einer öffentlichen Aufgabe, nämlich mit der Abfuhr des Hauskehrichts aus den angeschlossenen Gemeinden sowie dessen Verwertung und Entsorgung, betraut. Durch den vorliegend umstrittenen Vertrag beabsichtigt der Y., einen Teil dieser Aufgabe, nämlich den Sammel- und Transportdienst, in einem Teil des Verbandsgebiets durch eine private Transportunternehmung ausführen zu lassen. Dem beauftragten Transportunternehmer wird dadurch nicht die öffentliche Aufgabe des Y. als solche übertragen; die Verantwortlichkeit für Abfuhr, Verwertung und Entsorgung von Hauskehricht verbleibt nach wie vor beim erwähnten Verband. Der Y. beschafft sich durch den entsprechenden Auftrag lediglich die erforderlichen Mittel, damit er selbst seine öffentliche Aufgabe erfüllen kann. Vertragsgegenstand bildet insofern die Sammel- und Transportdienstleistung als reine Hilfstätigkeit. Unter diesen Umständen liegt entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen kein verwaltungsrechtlicher Vertrag, sondern ein privatrechtliches Vertragsverhältnis vor. Diese Auffassung vertrat dem Grundsatz nach bereits das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden im Urteil U 06 91 vom 7. November 2006, welches vom Bundesgericht am 15. Juni 2007 (2P.329/2006) bestätigt wurde. d. Diese Feststellungen decken sich auch mit der Tatsache, dass vorliegend ein Submissionsverfahren, das heisst eine öffentliche Auftragsvergabe, stattfand. Eine öffentliche Beschaffung liegt dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt. Bei den Verträgen über die öffentliche Beschaffung geht es jeweils um Rechtsgeschäfte, mit welchen sich die öffentliche Hand gegen entsprechende Bezahlung die für ihre Tätigkeit benötigten Sachmittel und Leistungen beschafft (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 96; Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Kap. 4.1.1). Vorliegend verschafft sich der Y. die für die Erfüllung der ihm übertragenen öffentlichen Aufgabe notwendigen Sammel- und Transportdienstleistungen. Das Vergaberecht unterscheidet im Sinne der Zweistufentheorie klar zwischen dem Zuschlag des Auftrags und dem Abschluss des Vertrags. Der Zuschlag ist eine Verfügung des öffentlichen Rechts, die dem Vertragsabschluss vorausgeht und mit der sich die Vergabebehörde entscheidet, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen werden soll. Diese Verfügung kann mittels Beschwerde angefochten werden, mit der sämtliche Rechtsfehler geltend gemacht werden können (Art. 25 ff. SubG). Ein Vertrag, der im Rahmen eines Submissionsgeschäfts alsdann abgeschlossen wird, ist dagegen in der Regel privatrechtlicher Natur; dies im Unterschied etwa zu einer Sondernutzungskonzession. Entsprechend richten sich insbe-

#### **E. 10**

sondere Abschluss, Form, Abänderung und Beendigung des Beschaffungsvertrags nach dem anwendbaren Privatrecht. Der Beschaffungsvertrag wird folglich durch die privatrechtlichen Regeln des OR und seiner Nebengesetze beherrscht. Für Streitigkeiten aus

dem Vertragsverhältnis sind die ordentlichen Zivilgerichte zuständig (BGE 125 I 209 ff. [214], E. 6b; Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 7. November 2006, U 06 91, E. 2 f.; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 529; Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag [im Folgenden: Beschaffungsvertrag], in: Baurecht [BR] 1/2003, S. 3 ff., S. 4, mit weiteren Hinweisen; Peter Gauch, Zuschlag und Verfügung, Ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht [im Folgenden: Zuschlag], in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Hänni, Freiburg 2003, S. 595 ff., S. 601; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, Rz. 288). e. Die Frage, ob vorliegend ein Vertrag zwischen dem Y. und der X. zustande gekommen ist bzw. ob der Y. zum Abschluss eines auf dem Zuschlag basierenden Vertrags verpflichtet ist, die Frage des Inhalts dieses Vertrages sowie die Frage einer mit dem Vertrag im Zusammenhang stehenden Schadenersatzforderung sind demnach privatrechtlicher Natur und entsprechend von den zuständigen Zivilgerichten zu beurteilen. Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid erweist sich unter diesen Umständen als nicht korrekt. 3.a. Aufgrund des Gesagten hat das Kantonsgericht nachfolgend zu beurteilen, ob der Beschaffungsvertrag zwischen dem Y. und der X. zustande gekommen ist. aa. Mit dem Zuschlag, der dem Vertragsabschluss vorausgeht, entscheidet sich die Vergabebehörde, dass, mit welchem Inhalt und an welchen Anbieter der in Frage stehende Auftrag durch Abschluss des für die Ausführung erforderlichen Beschaffungsvertrags vergeben werden soll. Damit wird das Vergabeverfahren abgeschlossen. Der eigentliche Beschaffungsvertrag ist hiermit aber noch nicht zustande gekommen. Nach schweizerischem Recht hat der Zuschlag selbst keine vertragsschliessende Wirkung, was sich auch darin zeigt, dass der Vertragsabschluss dem Zuschlag zeitlich folgt. Insbesondere enthält der vergaberechtliche Zuschlag keine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung, mit der die Offerte des Zuschlagsempfängers akzeptiert wird. Zuschlag und Vertragsabschluss sind somit klar zu trennen. Dafür, dass der Beschaffungsvertrag zustande kommt, bedarf es der gesonderten rechtsgeschäftlichen Willenseinigung im Sinne von Art. 1 OR (Gauch, Beschaffungsvertrag, S. 4; Gauch, Zuschlag, S. 599 ff.).

## **E. 11**

bb. Obwohl Zuschlag und Vertragsabschluss auseinander fallen, sind sie rechtlich doch miteinander verknüpft. Denn der Zuschlag bildet eine vergaberechtliche Voraussetzung dafür, dass der Beschaffungsvertrag mit einem bestimmten Anbieter abgeschlossen werden darf. Vor und ohne Zuschlagsverfügung, die einem gesetzlich geregelten und gesetzmässigen Vergabeverfahren entstammt, ist der Vertragsabschluss verboten. Der Zuschlag beseitigt dieses Verbot des Vertragsabschlusses im Verhältnis zum Zuschlagsempfänger. Mit der korrekten Durchführung des Vergabeverfahrens und mit dem in diesem Rahmen erfolgten rechtskräftigen Zuschlag verschafft sich die öffentliche Hand die Abschlusserlaubnis (Gauch, Beschaffungsvertrag, S. 4; Gauch, Zuschlag, S. 602; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg, Zürich 2004, Rz. 271). Eine eigentliche Kontrahierungspflicht der öffentlichen Auftraggeberin bzw. ein Kontrahierungsanspruch des Zuschlagsempfängers wird durch den Zuschlag indes nicht geschaffen. Hierfür besteht keine gesetzliche Grundlage. Das öffentliche Submissionsrecht berührt insofern das private Vertragsrecht nicht. Der Zuschlag bindet den Auftraggeber nur aber immerhin insoweit, als dieser den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessen hat, sofern er überhaupt einen solchen eingeht. Grundsätzlich steht es der öffentlichen Auftraggeberin indes auch nach Erlass der

Zuschlagsverfügung frei, auf den Vertragsschluss zu verzichten und definitiv von der Beschaffung der ursprünglich geplanten Leistung abzusehen. Weder die Ausschreibung noch die Durchführung des Vergabeverfahrens, die Zuschlagsverfügung oder die Abschlusserlaubnis bilden einen Grund, gestützt auf den die öffentliche Auftraggeberin zur Realisierung einer Beschaffung gezwungen werden könnte, die sie nicht mehr benötigt (BGE 129 I 410 ff. [416], E. 3.4, mit weiteren Hinweisen; Gauch, Zuschlag, S. 605 ff.; Beyeler, a.a.O., Rz. 370 u. 372 ff., mit Hinweisen auf abweichende Meinungen). Nach den Regeln des Vergaberechts ist es der Auftraggeberin indessen, einen anderen Vertragspartner als den Zuschlagsempfänger und einen anderen Vertragsinhalt als den im Vergabeverfahren bestimmten auszuwählen. Dieses Verbot bedeutet aber keineswegs zugleich, dass sie dazu verpflichtet wäre, einen Vertrag einzugehen. Die Pflicht der Auftraggeberin besteht lediglich darin, dass sie den Zuschlagsempfänger als Vertragspartner und die im Vergabeverfahren bestimmte Leistung unter den festgelegten Modalitäten wählen muss, sofern sie einen Vertrag abschliesst (Beyeler, a.a.O., Rz. 375). cc. Wie in Erwägung 3a/aa bereits erwähnt, bedarf es einer Willenseinigung im Sinne von Art. 1 OR, damit der Beschaffungsvertrag zustande kommt. Die Gültigkeit einer Offerte zum Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages und die

## **E. 12**

Dauer der Annahmefrist, während der ein Offerent an sein Angebot gebunden bleibt, beurteilen sich somit auch im Rahmen einer öffentlichen Vergabe nach Massgabe des Privatrechts. In der Regel geschieht die rechtsgeschäftliche Willenseinigung in der Weise, dass der Auftraggeber das Angebot des Bieters bzw. Zuschlagsempfängers durch eine separate Erklärung annimmt, mit welcher er seinem auf den Vertragsabschluss gerichteten Geschäftswillen Ausdruck verleiht. Diese Möglichkeit der „einseitigen“ Annahme hat das Gemeinwesen dann, wenn die Annahmefrist zum Zeitpunkt des Akzepts noch nicht abgelaufen ist. Der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Bindungsfrist wird in diesem Sinn die Bedeutung einer stillschweigend angesetzten Annahmefrist (Art. 3 Abs. 1 OR) zugemessen, falls ein Submittent sein Angebot einreicht, ohne diesbezüglich etwas anderes zu bestimmen. Die Lehre geht damit von einer zivilrechtlichen Gebundenheit des Offerenten und Zuschlagsempfängers bis zum Ablauf der in der Offerte genannten Bindungsfrist aus. Ist die Bindung des Zuschlagsempfängers bzw. die Annahmefrist für das Angebot bereits abgelaufen, erlischt das Recht des Ausschreibers, den angebotenen Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung (also ohne weiteres Zutun des Antragsstellers) zum Abschluss zu bringen. Die Annahme der Vergabestelle reicht für das Zustandekommen des Vertrages somit nicht mehr, sondern es bedarf einer erneuten Vertragserklärung auch des betreffenden Bieters bzw. Zuschlagsempfängers, damit der Vertrag mit ihm zum Abschluss gelangt (Gauch, Beschaffungsvertrag, S. 4; Gauch, Zuschlag, S. 600 f.; BR 4/1997, S. 123; vgl. auch Beyeler, a.a.O., Rz. 372 Fn. 825). b. Im vorliegenden Fall ist einleitend festzuhalten, dass die X. mit rechtskräftiger Verfügung vom 16. Februar 2006 den Zuschlag für den Abfallsammelauftrag erhielt. Dieser Zuschlagsentscheid hat nach wie vor Bestand. Festzustellen ist im Weiteren, dass ein genereller Verzicht des Y., den Abfallsammeldienst zu vergeben, nicht zur Diskussion steht. Die fragliche Beschaffung erweist sich zweifellos als notwendig, was sich einerseits daraus ergibt, dass Hauskehricht zwingend fortlaufend entsorgt werden muss und sich andererseits daran zeigt, dass der Y. den entsprechenden Auftrag in einer – mittlerweile schon über 1 ½ Jahre dauernden – Übergangslösung einer anderen Unternehmung übertragen hat. Einer näheren Betrachtung bedarf jedoch die Frage, ob übereinstimmende Willensäußerungen im Sinne von Art. 1 OR

vorliegen.

### **E. 13**

c. Gemäss Ziffer 1.8 der Offerte der X. vom 30. Januar 2006 (KB 19) wies ihr Angebot eine Bindungsfrist bis zum 31. Mai 2006 auf. Nach dem in Erwägung 3a/cc Ausgeführten kommt der im Rahmen der Ausschreibung eingereichten Offerte auch zivilrechtlich die Funktion eines Antrags zu, wobei der Zuschlagsempfänger bis zum Ablauf der Bindungsfrist gebunden bleibt. Der Auftraggeber kann das Angebot des Bieters innerhalb dieser Frist durch einseitige Erklärung annehmen, indem er seinem auf den Vertragsabschluss gerichteten Geschäftswillen Ausdruck verleiht. Am 26. Mai 2006, also noch innerhalb der Bindungsfrist, sandte der Y. der X. drei Exemplare des Beschaffungsvertrags und des Pflichtenhefts zu und bat sie, die unterzeichneten Exemplare zu retournieren. Durch diese Zusendung der Vertragsunterlagen äusserte der Y. nicht nur seine grundsätzliche Bereitschaft, einen Vertrag mit der X. abzuschliessen, sondern verlieh seinem auf den Abschluss des konkreten Vertrages gerichteten Willen Ausdruck. Zwar äusserte der Y. im Schreiben vom 26. Mai 2006 nicht explizit, er erkläre die Annahme der Offerte, doch ist eine Annahme an keine bestimmte Form gebunden und kann daher auch stillschweigend bzw. durch konkludentes Handeln erklärt werden (Art. 1 Abs. 2 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, Band I, Rz. 445 ff.). Im vorliegenden Fall sandte der Y. der X. nicht irgendwelche Vertragsunterlagen oder einen blossen ersten Entwurf eines Vertrages zu, sondern einen Vertrag, der exakt dem Inhalt der Ausschreibung und insofern auch dem Inhalt der Offerte entsprach. Dass der Y. überhaupt keinen Beschaffungsvertrag schliessen wollte, stand, wie bereits ausgeführt, nicht zur Diskussion. Auch war er nicht befugt, den Vertrag mit einer anderen Partei zu schliessen. Unter all diesen Umständen erklärte der Y. mit dem Schreiben vom 26. Mai 2006, dem die Vertragsunterlagen beigelegt waren, unzweifelhaft, mit der X. den entsprechenden Vertrag abzuschliessen zu wollen und in diesem Sinn Annahme der Offerte vom 30. Januar 2006. Es ist somit davon auszugehen, dass bereits am 26. Mai 2006 übereinstimmende Willenserklärungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR vorlagen und der Vertrag daher bereits mit dem erwähnten Schreiben zustande kam. d. Selbst wenn dem Schreiben vom 26. Mai 2006 nicht die Bedeutung einer zivilrechtlichen Annahmeerklärung zukommen sollte, wäre im vorliegenden Fall das Zustandekommen des fraglichen Vertrages anzunehmen. aa. Auszugehen wäre in diesem Fall – wie auch den Ausführungen der Parteien entnommen werden kann – davon, dass es sich beim Schreiben vom 26.

### **E. 14**

Mai 2006, in dem der Y. der X. den Vertrag zur Unterzeichnung zustellte, um den Antrag handelte, und beim Schreiben der X. vom 28. Juli 2006, dem der unterzeichnete Vertrag beigelegt war, um die Annahme. Zu prüfen bleibt in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese Annahme rechtzeitig erfolgte. Eine Frist zur Annahme des Antrags im Sinne von Art. 3 OR wurde im Schreiben vom 26. Mai 2006 nicht gesetzt. Wird ein Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in dem er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf (Art. 5 Abs. 1 OR). Die Annahmefrist des Art. 5 OR setzt sich aus drei Abschnitten zusammen, nämlich aus der Normalzeit, welche die Übermittlung des Antrags in der gewählten Übermittlungsart braucht, aus einer angemessenen Überlegungsfrist, die sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles

bemisst, und aus der Normalzeit, welche die Übermittlung der ordnungsmässig abgesandten Antwort benötigt (Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, a.a.O., Band I, Rz. 411). bb. Im vorliegenden Fall bedarf in erster Linie die angemessene Überlegungsfrist einer näheren Betrachtung. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass es nach dem Schreiben vom 26. Mai 2006 zwischen den Parteien zu Diskussionen kam, weil die X. eine Klausel in den Vertrag aufnehmen wollte, die eine Preisanpassung bei veränderten Tonnagen vorsah. Der Y. liess sich in der Folge auf Verhandlungen zum Vertragsinhalt ein, fand doch am 21. Juni 2006 eine Besprechung zwischen den Parteien statt. Der genaue Inhalt dieser Besprechung ist nicht bekannt. Aufgrund der Ausführungen der Parteien darf angenommen werden, dass Ziel der Besprechung war, eine einvernehmliche Regelung im Hinblick auf den Vertragsabschluss zu finden, und zwar nicht nur, was die fragliche Anpassungsklausel, sondern auch was die Laufzeit des Vertrages betraf, hätte dieser an sich doch schon am 1. Juni 2006 beginnen sollen. Offenbar haben die Parteien anlässlich der Besprechung vom 21. Juni 2006 den 15. Juli 2006 als nächsten Bezugspunkt gewählt. Allerdings ist umstritten, zu welchem Zweck. Während die Berufungsklägerin vorbringt, man habe sich darauf geeinigt, sich die Angelegenheit nochmals zu überlegen und bis zum 15. Juli 2006 Bescheid zu geben, macht der Berufungsbeklagte geltend, es habe sich um eine verbindliche und endgültige Frist für die Unterzeichnung des Vertrages gehandelt. Es erweist sich grundsätzlich als zulässig, dass ein Antragsteller auch nachträglich noch eine Frist zur Annahme der Offerte ansetzt. Hätte der Y. der X. anlässlich der Besprechung vom 21. Juni 2006 daher tatsächlich eine (nachträgliche)

#### **E. 15**

Juli 2006, an den Y., wies darauf hin, dass sie bei einer Unterzeichnung des vorliegenden Vertrags einen unberechtigten Verlust erleiden würde und bat den Y. um eine Neuausfertigung des Vertrags mit dem entsprechenden Zusatz betreffend Preisanpassung. Dieses Schreiben bewirkte entgegen der Ansicht des Berufungsbeklagten nicht, dass er nicht mehr an seine Offerte gebunden gewesen wäre, äusserte die Berufungsklägerin doch lediglich ihr Anliegen auf Vertragsanpassung und erklärte nicht, sie würde den Vertrag nur unter der Bedingung der Anpassung unterzeichnen. In seiner Antwort vom 25. Juli 2006 erklärte der Y. dann, anlässlich der Besprechung vom 21. Juni 2006 sei der X. eine Frist bis zum 15. Juli 2006 gewährt worden für den Nachweis der Bestellung der beiden neuen Fahrzeuge sowie für die Unterzeichnung des Vertrages. Nachdem die X. nicht bereit sei, den Vertrag zu den Bedingungen der Ausschreibung abzuschliessen, sei der Vertragsabschluss gescheitert. Wie bereits erwähnt, ist die Ansetzung einer verbindlichen Frist zur Vertragsunterzeichnung bis zum 15. Juli 2006 durch den Y. nicht nachgewiesen, selbstverständlich auch durch das nachträgliche Schreiben vom 25. Juli 2006 nicht. Darin ist indes eine unmissverständliche Erklärung des Y. zu erblicken, dass er zu einer Vertragsanpassung der von der Berufungsklägerin geforderten Art nicht bereit war. Am 25. Juli 2006 brachte der Y. somit erstmals klar und eindeutig zum Ausdruck, dass er sich auf (weitere) Verhandlungen zu einem Vertragshauptpunkt nicht einlasse. Innerhalb von drei Tagen nach dieser Erklärung unterzeichnete die X. daraufhin am 28. Juli 2006 den Vertrag ohne weitere Bedingungen und sandte ihn dem Y. zu. In Würdigung all dieser Umstände, namentlich der Vertragsverhandlungen und der Korrespondenz zwischen den Parteien und der somit erfolgten Verlängerung der Überlegungsfrist, ist die Annahmeerklärung der X. vom 28. Juli 2006 als rechtzeitig anzusehen.

#### **E. 16**

dd. Diesem Ergebnis steht auch die Feststellung des Verwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 7. November 2006 (Verfahren U 06 91), die X. habe selbst eine Lage geschaffen, welche es der Vergabebehörde verunmöglichte, den privatrechtlichen Vertrag mit ihr abzuschliessen, nicht entgegen. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren befasste sich nämlich lediglich mit der Frage, ob der Y. die Unternehmung C. im Sinne einer Übergangslösung im freihändigen Verfahren mit der Kehrichtentsorgung beauftragen durfte. Die Frage des Vertragsabschlusses zwischen dem Y. und der X. wurde mangels Zuständigkeit explizit offen gelassen. ee. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle festgehalten, dass einem Vertragsschluss auch der Einwand des Y. im Schreiben vom 25. Juli 2006, die X. habe den Nachweis für die Beschaffung der Fahrzeuge gemäss Ausschreibung nicht erbracht, nicht entgegensteht. So fügte die Berufungsklägerin ihrem Angebot vom 30. Januar 2006 zwei Kaufverträge über insgesamt drei Kehrtraktfahrzeuge bei. Die Verträge sollten bei der Auftragserteilung durch den Y. in Kraft treten und sahen eine Lieferfrist von drei Monaten vor. Mit Erteilung des Zuschlags erklärte sich der Y. mit diesem Vorgehen einverstanden. Da die Berufungsklägerin bereits bis anhin den Sammeltransport zur vollen Zufriedenheit für den Y. ausgeführt hatte, konnte dieser zudem sichergehen, dass die X. auch den neuen Auftrag in den drei Monaten bis zur Lieferung der neuen Fahrzeuge ohne Weiteres ausführen kann. Indem der Y. Ende Mai 2006 plötzlich auf der sofortigen Beschaffung der neuen Kehrtraktfahrzeuge bestand – gemäss Art. 13 des am 26. Mai 2006 zugestellten Vertrages sollten die neuen Fahrzeuge am 1. Juni 2006, also wenige Tage später, bereits einsatzbereit sein –, setzte er sich daher einerseits in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten. Andererseits kann es sich beim Einsatztermin der neuen Fahrzeuge nur um einen unwesentlichen Vertragspunkt handeln, lagen die Verträge für die neuen Fahrzeuge doch schon seit längerem vor und war überdies die Durchführung des Auftrags zu keiner Zeit in Frage gestellt. Die X. führte ja den Sammeldienst auch nach dem 1. Juni 2006 aus (vgl. das Schreiben des Y. vom 25. April 2006). e. Unter diesen Umständen ist die Berufung der X. im Hauptpunkt gutzuheissen, und der Y. ist zu verpflichten, den am 26. Mai 2006 der X. unterbreiteten Vertrag für den Abfallsammeldienst exkl. A./B. gemäss Vergabeentscheid vom 16. Februar 2006 abzuschliessen. 4.a. Im Eventualbegehren beantragt die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Vertrag mit ihr mit einer Anpassungsklausel hinsichtlich der Preisbestimmung abzuschliessen. Bei näherer Betrachtung handelt es sich bei diesem Begehren nicht um ein Eventualbegehren, könnte ein solches doch

#### **E. 17**

nur bei Abweisung des Hauptbegehrens beurteilt werden. Vielmehr liegt ein eigenständiges Begehren vor, das sogar noch über das Hauptbegehren hinausgeht. Verlangt wird nicht nur der grundsätzliche Abschluss des Vertrages, sondern zusätzlich dessen inhaltliche Anpassung. b. Öffentlichrechtliche Auftraggeber geniessen in vergaberechtlicher Hinsicht eine Freiheit in der Planung ihrer Vorhaben mit Bezug auf den Zeitpunkt, die Art, den Umfang und die Qualität der zu beschaffenden Leistungen (Beyeler, a.a.O., Rz. 96 ff.). Als Teil dieser Planungsfreiheit, welche sich – wie in Erwägung 3a/bb erwähnt – auch in der fehlenden Kontrahierungspflicht im Nachgang zu einem rechtkräftigen Zuschlag reflektiert, gilt, dass die Vergabestelle grundsätzlich frei ist zu bestimmen, welchen Vertragsinhalt sie mit einem Dritten vereinbaren will. Das Vergaberecht ist Auswahlrecht und kümmert sich insofern nicht direkt um den Vertragsinhalt (Beyeler, a.a.O., Rz. 111 ff.). Nichtsdestotrotz führt das Vergaberecht aber zu Besonderheiten bei der inhaltlichen Ausgestaltung bzw. der Festlegung des Inhalts der

Verträge für öffentliche Beschaffungen. Die Vertragsfreiheit der Vergabestelle ist nämlich auf die Planungsphase beschränkt. Aufgrund des Grundsatzes der Stabilität der Ausschreibung kann nach erfolgter Ausschreibung in der Vergabephase nämlich grundsätzlich keine Änderung des Vertragsinhalts mehr erfolgen. Der Vertragsinhalt wird somit durch die Ausschreibung festgelegt. Zudem gilt der Grundsatz der Konformität und Stabilität der Angebote, wonach der Anbieter die ausgeschriebene Leistung inhaltlich unverändert in sein Angebot zu übernehmen hat (Beyeler, a.a.O., Nr. 298 ff.). Mit der Erteilung des Zuschlags stehen folglich alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrages fest. Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen sowie allfällige wesentliche Nebenbestimmungen. Im Rahmen des Vertragsschlusses, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder in Frage gestellt würde (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 532). Das in Erwägung 3a/bb erwähnte Abschlussverbot untersagt insofern nicht nur den Vertragsschluss ohne Erlaubnis, sondern auch Abschluss und Änderung des Vertrags in wesentlicher Abweichung von der Erlaubnis. Weder vor noch nach dem Vertragsschluss darf die Auftraggeberin von den in der Zuschlagsverfügung festgelegten Eckpunkten ihrer Abschlusserlaubnis – von den im Vergabeverfahren

## **E. 18**

geprägten Leistungsparametern – in wesentlichem Umfang abweichen. Wesentliche Änderungen des ursprünglich kundgegebenen Leistungsinhalts sind vielmehr nur nach Massgabe der Regeln über Abbruch und Wiederholung des Verfahrens zulässig. Die Abschlusserlaubnis ist in diesem Sinn in sachlicher Hinsicht und bezüglich der Person des Vertragspartners nach Massgabe der Ausschreibung, der Vergabeunterlagen, des Angebots des Zuschlagsempfängers und der Zuschlagsverfügung beschränkt (Beyeler, a.a.O., Rz. 273 u. 362). c/aa. Vorliegend beantragt die X., in den abzuschliessenden Vertrag eine Klausel aufzunehmen, die für den Fall, dass die zu sammelnde Abfallmenge unter die in der Ausschreibung angegebenen Basismengen fällt, die Anpassung der Entschädigung regelt. Bei der geforderten Preisanpassungsregel handelt es sich um ein wesentliches Element des Vertrages. Eine derartige Preisanpassung war im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht vorgesehen. Daher darf eine solche Änderung des Vertragsinhalts aufgrund des im vorangehenden Abschnitt Ausgeführten nicht mehr vorgenommen werden. bb. Hinzu kommt, dass der Berufungsklägerin die mit der Preisfestlegung verbundenen Tatsachen bereits bei Angebotseinreichung bekannt waren. Zwar trifft es zu, dass die X. den Y. bereits mit Schreiben vom 30. Januar 2006 darauf hingewiesen hatte, dass die Tonnagenangaben gemäss Submission nicht stimmten. Letztlich offerierten indes alle Submissionsteilnehmer, auch die Berufungsklägerin, zu den Bedingungen gemäss Submission. Mit ihrer Unterschrift akzeptierte die X. im Übrigen auch denjenigen Passus der Offerte, der explizit ausschloss, dass Änderungen der jährlichen Mengen an Hauskehrrecht im Vergleich zur Basismenge 2005 für die Kalkulation zu einer Anpassung der Entschädigung pro Tonne führen (vgl. Ziffer 2.6 der Offerte). Nicht zuletzt unterschrieb die Berufungsklägerin den Vertrag am 28. Juli 2006 auch zu den vom Y. vorgegebenen Bedingungen. Alle diese Umstände stehen einer Vertragsanpassung im erwähnten Punkt ebenfalls entgegen. d. Darauf hinzuweisen ist, dass die in Erwägung 4b erwähnte Planungsfreiheit privatrechtlich in dem Sinne beschränkt wird, als der intendierte Beschaffungsvertrag den privatrechtlichen

Abschluss- und Gültigkeitsvorschriften sowie dem sonstigen zwingenden Vertragsrecht unterliegt und somit nicht irgendwelcher Ausgestaltung sein kann (Beyeler, a.a.O., Rz. 104). Dass vorliegend ohne die von der Berufungsklägerin gewünschte Anpassungsklausel eine Gültigkeitsvorschrift verletzt würde oder der Vertrag zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Vertragsrechts widerspräche, wird von der Berufungsklägerin

#### **E. 19**

vorliegend nicht geltend gemacht und ist offensichtlich auch nicht der Fall, so dass sich ihr Begehren auch vor diesem Hintergrund als unbegründet erweist. e. Zusammenfassend erweist sich das Begehren der Berufungsklägerin auf Vertragsanpassung als unzulässig, und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. 5. In ihrem Plädoyer führte die Berufungsklägerin aus, gestützt auf den Grundsatz „*clausula rebus sic stantibus*“ sei der abzuschliessende Vertrag an die veränderten Verhältnisse anzupassen und der Y. zu verpflichten, mit der X. ab Rechtskraft des Urteils einen Vertrag auf 5 Jahre einzugehen. Ob eine derartige Vertragsanpassung gerechtfertigt ist, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Die Berufungsinstanz ist nämlich an die Anträge der Berufungserklärung gebunden. Aus diesen geht nicht hervor, dass die Berufungsklägerin eine Anpassung der Vertragslaufdauer verlangt. Vielmehr beantragt sie lediglich den Vertragsabschluss gemäss dem am 26. Mai 2006 unterbreiteten und am 28. Juli 2006 unterzeichnet zugestellten Vertrag sowie eine Preisanpassung bei veränderten Tonnagen. Auf die Frage einer Anpassung der Vertragslaufdauer kann unter diesen Umständen nicht eingegangen werden. 6.a. Schliesslich beantragt die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte sei zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangenen Gewinn und nicht abwälzbare Kosten bis zum Maximalbetrag von Fr. 13'463.65 zu verpflichten, und zwar für diejenigen Schäden, die der Berufungsklägerin in Folge des kurzfristigen Entzugs des Transportauftrags und des unberechtigten Nichtabschlusses des neuen Vertrags entstanden seien. b. Der frühere Vertrag zwischen dem Y. und der X. lief am 31. Mai 2006 aus. Gemäss Schreiben des Y. vom 25. April 2006 beauftragte dieser die X. im Sinne einer Übergangsregelung, den Sammeldienst für Hauskehricht exkl. A./B. zu den gleichen Konditionen wie im alten Vertrag weiterzuführen, und zwar vom 1. Juni 2006 bis zum endgültigen Urteil des Verwaltungsgerichts im hängigen Beschwerdeverfahren und der damit eventuell verbundenen Bereinigung des Vertrages. Die X. führte den Abfallsammeldienst ab 1. Juni 2006 im Sinne dieser Abmachung aus. Mit Schreiben vom 25. bzw. 27. Juli 2006 kündigte der Y. den Sammeldienst gemäss der mündlich vereinbarten Verlängerung per 31. Juli 2006. c/aa. Da vorliegend ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zu beurteilen ist – die Ausführungen in Erwägung 2 gelten nicht nur für den neu abzuschliessenden

#### **E. 20**

Vertrag, sondern auch für den ursprünglich abgeschlossenen und am 25. April 2006 verlängerten Vertrag –, richtet sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz und des Berufungsbeklagten auch die Frage einer Schadenersatzpflicht des Y. im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung nach Privatrecht und nicht nach Staatshafungs- oder Submissionsrecht. bb. Die Folgen der Vertragsauflösung und die Frage des Schadenersatzes richten sich nach Art. 404 OR (vgl. auch Art. 440 Abs. 2 OR und Art. 15 des neuen Vertrages). Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann ein Auftrag von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatz des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet (Art. 404 Abs. 2 OR). Eine Kündigung zur Unzeit liegt dann vor, wenn die Beendigung des Vertrages ohne

sachlich vertretbaren bzw. wichtigen Grund erfolgt und der anderen Partei besondere Nachteile bzw. einen Schaden verursacht, welcher auf den Zeitpunkt der Beendigung sowie auf die im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrages getätigten Dispositionen zurückzuführen ist (Carole Gehrer/Gion Giger, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 14 zu Art. 404 OR, mit weiteren Hinweisen; Walter Fellmann, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N 53 ff. zu Art. 404 OR). Art. 404 Abs. 2 OR gibt einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Vertrauensschaden). Der ersatzfähige Schaden besteht in der Vermögenseinbusse, die der Geschädigte deshalb erleidet, weil er bei seinen Dispositionen auf den Fortbestand des Vertrags vertraute bzw. vertrauen durfte und nicht mit einer Beendigung gemäss Art. 404 OR rechnete bzw. rechnen musste (Gehrer/Giger, a.a.O., N 16 f. zu Art. 404 OR; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 49 Rz. 30 f.). d. Im vorliegenden Fall beendete der Y. den (Übergangs-)Vertrag mit der X. am 25. bzw. 27. Juli 2006 ohne sachlich vertretbaren Grund. Wie in Erwägung 3 dargelegt, durfte der Berufungsklagte zu jenem Zeitpunkt nicht davon ausgehen, dass der Vertragsabschluss mit der Berufungsklägerin schon endgültig gescheitert war. Zudem bestand keinerlei zeitliche Dringlichkeit dafür, den Vertrag mit der X. sofort aufzulösen und den Auftrag an eine Drittunternehmung zu erteilen, war die X. im Sinne einer Übergangslösung – der alte Kehrrechtsammelvertrag war, wie oben erwähnt, Ende Mai 2006 ausgelaufen – doch bereits mit der fortlaufenden Entsorgung des Hauskehrrechts beauftragt. Eine Unterbrechung der Kehrrechtsammlung drohte nicht, zumal eine Kündigung der Übergangslösung seitens der X. nie zur Diskussion stand.

## **E. 21**

Die Beendigung des Vertrags durch den Y. verursachte der X. besondere Nachteile, die auf den Zeitpunkt der Beendigung am 25. bzw. 27. Juli 2006 sowie auf die im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrags getätigten Dispositionen zurückzuführen sind, wobei bei diesen Dispositionen in erster Linie die Anstellung von Arbeitskräften zur Diskussion steht (vgl. dazu nachfolgend lit. e). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Beendigung des Vertrags durch den Y. zur Unzeit erfolgte. e/aa. Als Schaden macht die X. einen Betrag von Fr. 13'463.65 geltend, bestehend aus Lohnzahlungen für Mitarbeiter, denen nicht so kurzfristig gekündigt werden konnte. Es handelt sich um die Löhne für D. von August 2006 bis und mit November 2006 (3 x Fr. 1'900.--, 1 x Fr. 763.65) und für E. von August 2006 und September 2006 (2 x Fr. 3'500). bb. Der Arbeitsvertrag mit D. wurde am 19. Mai 2006 abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt war der Zuschlag des Auftrags an die X. rechtskräftig, wurde die von einem Mitkonkurrenten dagegen erhobene Beschwerde vom Verwaltungsgericht doch mit Urteil vom 8. Mai 2006, mitgeteilt am 10. Mai 2006, abgelehnt. Die Berufungsklägerin durfte daher davon ausgehen, dass ein neuer Vertrag zu Stande kommt. Zudem wusste sie bei Abschluss des Arbeitsvertrags, dass sie den Sammeltransport ab 1. Juni 2006 bis zum Vertragsschluss im Sinne einer Übergangslösung weiterführen würde, erfolgte die diesbezügliche Auftragserteilung doch bereits am 25. April 2006. Die Anstellung von D. geschah daher im Vertrauen auf den Fortbestand der Übergangslösung bzw. im Vertrauen auf das Zustandekommen des neuen Vertrags und zu einem Zeitpunkt, in dem die Berufungsklägerin nicht mit einer Beendigung gemäss Art. 404 OR rechnen musste. Im Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags am 25. bzw. 27. Juli 2006 konnte die X. den Arbeitnehmer nicht umgehend entlassen, sondern hatte diesem den Lohn für eine gewisse Zeit weiter zu bezahlen. Im Umfang dieser Lohnzahlungen erlitt die

Berufungsklägerin eine Vermögenseinbusse, die ihm der Y. gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR zu entschädigen hat. Diese Entschädigung ist allerdings auf zwei Monatslöhne zu beschränken. In Ziffer 11 des Arbeitsvertrags mit D. wurde nämlich geregelt, dass der Vertrag bis am 30. November 2006 dauert, allerdings gegenseitig jederzeit auf Ende eines Kalendermonats unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst werden kann. Die Berufungsklägerin hätte somit das Arbeitsverhältnis mit D. gemäss Arbeitsvertrag und Art. 335c Abs. 1 OR im August 2006 per Ende September 2006 kündigen und den Schaden damit mindern können. Eine Auflösung bereits im Juli 2006 per Ende August 2006 war bedingt durch die Tatsache,

## **E. 22**

dass die Kündigung der Übergangslösung erst am 25. bzw. 27. Juli 2006 erfolgte, indes nicht mehr durchführbar. Gemäss Ziffer 6 des Arbeitsvertrages der X. mit D. vom 19. Mai 2006 wurde mit dem genannten Arbeitnehmer ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 2'100.-- vereinbart. Effektiv erhielt der erwähnte Arbeitnehmer gemäss Lohnabrechnungen jeweils Fr. 1'900.-- brutto pro Monat ausbezahlt. Die entsprechenden Lohnabrechnungen und Belege für die Überweisung der fraglichen Beträge liegen vor. Der Schadenersatzanspruch betreffend die Lohnzahlungen für D. ist somit auf Fr. 3'800.-- für die zwei Monate August und September 2006 festzusetzen. cc. Im Sinne der vorangehenden Erwägungen ist auch die Schadenersatzforderung hinsichtlich der Lohnzahlungen für E. gutzuheissen. Der Arbeitsvertrag mit dem genannten Arbeitnehmer wurde am 9. Juni 2006 geschlossen. Der Vertragsschluss erfolgte somit ebenfalls im Vertrauen auf den Fortbestand der Übergangslösung bzw. auf das Zustandekommen des neuen Vertrags und zu einem Zeitpunkt, in dem die Berufungsklägerin nicht mit einer Beendigung gemäss Art. 404 OR rechnen musste. Auch E. konnte die X. im Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags am 25. bzw. 27. Juli 2006 nicht umgehend entlassen, sondern hatte diesem den Lohn für eine gewisse Zeit weiter zu bezahlen. Somit erlitt die Berufungsklägerin in diesem Fall ebenfalls eine Vermögenseinbusse, die der Y. gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR zu entschädigen hat. Gemäss Ziffer 6 des Arbeitsvertrages der X. mit E. vom 9. Juni 2006 erhielt der Arbeitnehmer einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 3'500.--. In Ziffer 11 des Vertrags wurde geregelt, dass das Anstellungsverhältnis bis am 30. November 2006 befristet ist, so dass dieses nicht früher hätte beendet werden können. Als Schaden geltend gemacht werden indes lediglich die Löhne für die Monate August und September 2006. Die entsprechenden Lohnabrechnungen und Belege für die Überweisung der fraglichen Beträge liegen vor. Der Schadenersatzanspruch betreffend die Lohnzahlungen für E. beläuft sich somit auf insgesamt Fr. 7'000.--. f. Zusammenfassend ist der Y. zu verpflichten, der X. Fr. 10'800.-- Schadenersatz infolge Auflösung des Vertrags zur Unzeit zu bezahlen. Die Berufung ist in diesem Punkt somit teilweise gutzuheissen. Eine den Schadenersatz betreffende Zinsforderung wurde im Berufungsantrag nicht gestellt, so dass sich das Gericht mit dieser Frage nicht zu befassen hat.

## **E. 23**

7.a. Im Ergebnis steht fest, dass der Y. verpflichtet ist, den Vertrag mit der X. gemäss Vergabeentscheid einzugehen und der genannten Unternehmung Fr. 10'800.-- Schadenersatz zu bezahlen. Die Klage der X. ist dementsprechend teilweise gutzuheissen. Die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung, die auf dem vollständigen Unterliegen der Klägerin beruhte, erweist sich folglich als nicht mehr gerechtfertigt und ist entsprechend abzuändern. b. Der in einem Zivilverfahren unterliegende Teil wird in der Regel zur

Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Die unterliegende Partei wird zudem in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen verteilt werden (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Gemäss Klageschrift verlangte die Klägerin den Abschluss des Vertrages selbst, die Aufnahme einer Preisanpassungsklausel, Schadenersatz für entgangenen Gewinn und nicht abwälzbare Kosten im Betrag von maximal Fr. 30'000.-- sowie eventualer Schadenersatz im Maximalbetrag von Fr. 500'000.-- für entgangenen Gewinn. Aufgrund des Verfahrensausgangs obsiegt sie letztlich in der hauptgewichtigen Frage des Vertragsabschlusses und nur geringfügig auch im Schadenersatzbegehren. Mit Bezug auf die Preisanpassungsklausel und den überwiegenden Teil des Schadenersatzes unterliegt sie. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens je hälftig dem Y. und der X. aufzuerlegen und die ausseramtlichen Entschädigungen wettzuschlagen (Art. 122 ZPO). 8.a. Nach Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO wird der in einem zivilrechtlichen Berufungsverfahren unterliegende Teil in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. Die unterliegende Partei wird zudem in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen verteilt werden (Art. 223 ZPO in Verbindung mit 122 Abs. 2 ZPO).

#### **E. 24**

b. In ihren Berufungsanträgen verlangte die Berufungsklägerin den Abschluss des Vertrages selbst, die Aufnahme einer Preisanpassungsklausel sowie Schadenersatz für entgangenen Gewinn und nicht abwälzbare Kosten im Betrag von maximal Fr. 13'463.65. Im Ergebnis ist die Berufung der X. teilweise gutzuheissen, wobei sie in der Frage des Vertragsschlusses vollständig und hinsichtlich ihres Schadenersatzbegehrens mehrheitlich obsiegt sowie in Bezug auf die geforderte Vertragsanpassung unterliegt. Das die Schadenersatzforderung über den Betrag von maximal Fr. 500'000.-- betreffende Eventualbegehren bildete im Gegensatz zur Vorinstanz nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens zu  $\frac{1}{4}$  der X. und zu  $\frac{3}{4}$  dem Y. aufzuerlegen. Dieser hat die X. überdies ausseramtlich zu entschädigen, wobei in Anbetracht der von den Rechtsvertretern eingereichten Honorarnoten eine Entschädigung von Fr. 1'500.-- inkl. MwSt. als angemessen erscheint.

#### **E. 25**

Demnach erkennt die Zivilkammer : 1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und das angefochtene Urteil wird aufgehoben. 2. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Y. verpflichtet: a. den am 26. Mai 2006 der X. unterbreiteten „Vertrag für den Abfallsammelndienst exkl. A./B.“ gemäss Vergabeentscheid vom 16. Februar 2006 abzuschliessen. b. der X. Fr. 10'800.-- zu bezahlen. 3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 4. Die Kosten des Bezirksgerichts Maloja von Fr. 7'500.-- sowie die vermittlungamtlichen Kosten von Fr. 250.-- gehen je zur Hälfte zu Lasten des Y. und der X.. Die ausseramtlichen

Entschädigungen werden wettgeschlagen. 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 8'448.-- (Gerichtsgebühr Fr. 8'000.--, Schreibgebühren Fr. 448.--) gehen zu  $\frac{1}{4}$  zu Lasten der X. und zu  $\frac{3}{4}$  zu Lasten des Y., welcher die X. für das Berufungsverfahren mit Fr. 1'500.-- inkl. MwSt. ausseramtlich zu entschädigen hat. 6. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden. Diese ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG. 7. Mitteilung an:

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