
Zusammenarbeit zwischen Personalberatungen

Betriebswirtschaftliche Aspekte und rechtliche Qualifikation

Marc A. Hermann

Master-Thesis der Fachhochschule beider Basel

Alle Rechte vorbehalten

©2003 Marc A. Hermann, Basel

Für Sandra, Jessica und Catherine

A. Vorwort

Die Branche der Personalberatung hat mich stets fasziniert. Personalberater¹ sind massgeblich an der Entstehung von Karrieren, bei Stellenwechseln und beruflichen Weichenstellungen beteiligt. Durch ihre Tätigkeit beeinflussen sie die private wie auch berufliche Zukunft von Menschen und sind gewissermassen für den Erfolg von Unternehmen oder deren Abteilungen mitverantwortlich.

Die Faszination hat bis heute nicht nachgelassen. Im Gegenteil – der Mensch steht stets im Mittelpunkt der Personalberatung, er ist sowohl Subjekt als auch Objekt dieser Dienstleistung, die ich täglich erbringe.

Meine Tätigkeit und meine Erfahrungen haben mich dazu bewogen, im Rahmen meines Nachdiplomstudiums zum „Master of Business Engineering“ am CIM-Zentrum der Fachhochschule beider Basel (FHBB) in Muttenz, für die vorliegende Diplomarbeit die Thematik „Zusammenarbeit zwischen Personalberatungen“ aufzugreifen.

Jedes Studium und jede Diplomarbeit kann nur in einem Umfeld entstehen, das die Voraussetzungen für einen reibungslosen Ablauf bietet. Die Zeit ist gekommen, mich zu bedanken.

An dieser Stelle spreche ich allen Professoren und Dozenten für die Studienzeit am CIM-Zentrum Muttenz der FHBB meinen grossen Dank aus. Es war eine lehrreiche und äusserst angenehme Zeit, die ich sehr genossen habe.

Mein Dank geht sodann an Frau lic. iur. Sabine Oegerli von der WEKA Verlag AG, Zürich, die als meine Auftraggeberin diese Diplomarbeit erst möglich gemacht hat.

Herrn Prof. Dr. phil.-hist. et lic. iur. Stephan Gass, meinem Begleitdozenten, danke ich des Weiteren², einerseits für die Freiheit in der Bearbeitung der Diplomarbeit und andererseits für seine Anregungen und die hervorragende Betreuung.

Ebenfalls danke ich Herrn Dr. iur. Marco Balmelli, Advokat und Notar, für seine äusserst wertvolle, aktive Mithilfe und grossartige Unterstützung als Experte.

Ein besonders herzlicher Dank gebührt schliesslich meiner Frau Sandra und meinen Töchtern Jessica und Catherine, welche meine Studienzeit stets mit grossem Verständnis begleiteten. Sie mussten viele Stunden auf mich verzichten, damit ich mein Studienziel erreichen konnte. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Basel, im Dezember 2003

Marc A. Hermann

¹ Zu Gunsten der Lesbarkeit und Verständlichkeit verzichte ich auf weibliche Formulierungen. Die in der Diplomarbeit gewählte männliche Form bezieht Personen weiblichen Geschlechts mit ein.

² Diese Arbeit wurde nach den Regeln der neuen deutschen Rechtschreibung verfasst.

B. Inhaltsverzeichnis

A. Vorwort	IV
B. Inhaltsverzeichnis	V
C. Literaturverzeichnis	VIII
I. Betriebswirtschaftlicher Teil	1
A. Einleitung	1
1. Ausgangslage	1
2. Zielsetzung und Aufbau der Diplomarbeit	2
3. Abgrenzung: Erscheinungsformen von Personalberatungen	2
3.1 Personalberatungen im weiteren Sinn	2
3.2 Personalberatungen im engeren Sinn	3
B. Kooperation	4
1. Was ist Kooperation?	4
2. Unterteilung von Kooperationen	4
2.1 In rechtlicher Hinsicht	4
2.1.1 Flexible Kooperation	4
2.1.2 Joint-Venture	4
2.1.3 Merger & Acquisition	5
2.1.4 Abgrenzung des rechtlichen Aspekts	5
2.1.4.1 Selbständigkeit der Unternehmen	6
2.1.4.2 Freiwilligkeit	6
2.2 In wirtschaftlicher Hinsicht	6
2.2.1 Horizontale Kooperation	6
2.2.2 Vertikale Kooperation	7
2.2.3 Diagonale Kooperation	7
2.2.4 Abgrenzung des wirtschaftlichen Aspekts	7
2.3 In zeitlicher Hinsicht	7
2.3.1 Abgrenzung des zeitlichen Aspekts	8
3. Voraussetzungen für eine erfolgreiche Zusammenarbeit	8
3.1 Organisatorische Bedingungen	8
3.1.1 Übereinstimmung der Ziele	8
3.1.2 Kosten - Nutzenverhältnis	8
3.1.3 Wettbewerbsstärken	8
3.2 Personelle Bedingungen	9
3.2.1 Persönliche Einstellung	9
3.2.2 Kommunikation	9
3.2.3 Motivation der Mitarbeiter	9
3.2.4 Vertrauen	9
4. Motive für eine Kooperation	10
4.1 Zeit	10
4.2 Wissen	10
4.3 Örtlichkeit	10
4.4 Spezialisierung	11
4.5 Gesetzliche Rahmenbedingungen	11
5. Ziele einer Kooperation	11
6. Kooperationen in der Praxis	12
6.1 Cross-Promotion	12
6.2 Outsourcing	12
6.3 Cross-Distribution	13
C. Zusammenfassung des betriebswirtschaftlichen Teils	14

II. Rechtlicher Teil	15
A. Einleitung	15
B. Rechtsunverbindliche Kooperation in Form einer Gefälligkeit	15
1. Allgemeines.....	15
1.1 Abgrenzung zur Selbstverständlichkeit.....	16
2. Die Erscheinungsformen der Gefälligkeit.....	17
2.1 In Bezug auf die Leistungserbringung.....	17
2.1.1 Leistung im Anschluss an ein Versprechen.....	17
2.1.2 Unmittelbare Leistungserbringung mit dem Versprechen.....	17
2.2 In Bezug auf den Leistungsempfänger.....	17
2.3 In Bezug auf den Inhalt der Leistung.....	18
3. Die rechtlichen Aspekte des Gefälligkeitsverhältnisses.....	18
3.1 Der Grundsatz der Unverbindlichkeit.....	18
3.2 Die Haftung.....	19
C. Rechtsverbindliche Kooperation in Form eines Auftrags	20
1. Einleitung.....	20
1.1 Abgrenzung zwischen Auftrag und Gefälligkeit.....	20
2. Wesensmerkmale des Auftrags.....	21
2.1 Treueverpflichtung.....	21
2.2 Das besondere Vertrauensverhältnis.....	21
2.3 Persönlichkeitsbezug.....	21
2.4 Inhaltliche Unbestimmtheit des Auftrags.....	21
2.5 Haftung für sorgfältige Ausführung.....	22
2.6 Die selbständige Stellung des Beauftragten.....	22
3. Entstehung des Auftrags.....	22
3.1 Formerfordernisse.....	23
3.2 Nichtigkeit / Anfechtbarkeit.....	23
4. Beendigung des Auftrags.....	24
4.1 Beendigung durch Erfüllung.....	24
4.2 Beendigung durch Widerruf und Kündigung.....	24
5. Gegenstand eines Auftrags.....	25
6. Die Pflichten des Beauftragten.....	26
6.1 Hauptpflichten und deren Verletzung.....	26
6.2 Nebenpflichten.....	27
6.2.1 Die Treuepflicht.....	27
6.2.1.1 Die Geheimhaltungspflicht.....	28
6.2.1.2 Die Benachrichtigungs- und Informationspflicht.....	28
6.2.1.3 Die Weisungsbefolgungspflicht.....	28
6.2.1.4 Die Rechenschaftspflicht.....	29
6.2.1.5 Die Erstattungspflicht.....	29
6.2.2 Die Sorgfaltspflicht.....	29
6.2.3 Die Rechtsfolgen bei Verletzung von Nebenpflichten.....	30
7. Die Pflichten des Auftraggebers.....	31
7.1 Hauptpflichten.....	31
7.1.1 Zahlung einer Vergütung.....	31
7.1.2 Auslagen- und Spesenersatz.....	31
7.1.3 Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten.....	32
7.1.4 Schadenersatzpflicht.....	32

D. Rechtsverbindliche Kooperation in Form einer einfachen Gesellschaft.....	33
1. Einleitung.....	33
1.1 Abgrenzung zwischen Auftrag und einfacher Gesellschaft.....	33
2. Erscheinungsformen.....	34
2.1 Allgemeines.....	34
2.2 Offene einfache Gesellschaft.....	34
2.3 Stille Gesellschaft.....	34
2.3.1 Aussenverhältnis.....	35
2.3.2 Innenverhältnis.....	35
2.3.3 Haftung.....	35
3. Entstehung.....	35
4. Zweck.....	36
5. Dauer.....	37
6. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien.....	37
6.1 Beitragspflicht.....	37
6.1.1 Datenschutzrechtlicher Aspekt gemäss AVG.....	38
6.2 Geschäftsführung und Konkurrenzverbot.....	38
6.3 Kontrollrechte.....	39
6.4 Gewinn- und Verlustbeteiligung.....	39
6.4.1 Unterschiedliche Beteiligung am Erfolg und Misserfolg.....	39
6.4.1.1 Gewinn(-verteilung).....	40
6.4.1.2 Verlust(-verteilung).....	41
7. Beendigung.....	41
E. Zusammenfassung des rechtlichen Teils.....	42
III. Teil – Anhang.....	45
A. Checkliste zur Planung einer Kooperation.....	45
B. Auftrag (Beispiel).....	47
C. Kooperationsvertrag (Beispiel).....	50
D. Geheimhaltungsverpflichtung (Beispiel).....	53

C. Literaturverzeichnis

- Frei, Alexander Societas leonina, Zwingende Ergebnisbeteiligung und gemeinsamer Zweck in der einfachen Gesellschaft
(Basler Studien zur Rechtswissenschaft: Reihe A, Privatrecht, Bd. 62)
Dissertation Universität Basel, Basel, 2001.
zit.: Frei
- Hermann, Marc A. Personalmanagement – Theorie und zahlreiche Beispiele aus der Praxis
Zürich: Compendio Bildungsmedien, 2002.
zit.: Hermann
- Hofstetter, Josef Schweizerisches Privatrecht
Bd 7, Obligationenrecht – besondere Vertragsverhältnisse
Teilbd. 6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag.
Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2000.
zit.: Hofstetter
- Honsell, Heinrich Schweizerisches Obligationenrecht - Besonderer Teil
6. Auflage.
Bern: Stämpfli, 2001.
zit.: Honsell, OR-BT
- Hürlimann-Kaup, Bettina Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen
(Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg
Schweiz, 179)
Dissertation Universität Fribourg, Fribourg, 1998.
zit.: Hürlimann-Kaup
- Meier-Hayoz, Arthur
Forstmoser, Peter Schweizerisches Gesellschaftsrecht
8. Auflage.
Bern: Stämpfli, 1998.
zit.: Meier-Hayoz
- Schlosser, Andreas Unternehmenswertsteigerung durch Strategische Allianzen – Ein Ansatz
zum wertorientierten Kooperationsmanagement
Dissertation Universität St. Gallen, St. Gallen, 2001.
zit.: Schlosser
- Sommer, Ueli Die stille Gesellschaft
Dissertation Universität Zürich, Zürich, 2000.
zit.: Sommer

I. Betriebswirtschaftlicher Teil

A. Einleitung

1. Ausgangslage

Vor dem Hintergrund der wachsenden Komplexität unternehmerischer Prozesse und Strukturen gehört die Rekrutierung von Mitarbeitern zu den wichtigsten und anspruchvollsten Aufgaben des Personalmanagements. Eine von vielen Möglichkeiten der Personalbeschaffung ist der Beizug von Personalberatungen.

Der Beizug von und die Zusammenarbeit mit Personalberatungen für die Unterstützung der Personalbeschaffung ist in Unternehmungen fest verankert. Anfragen von Arbeitgebern bei externen Personaldienstleistern nach einem Bewerberprofil sind in der Regel sehr genau eingegrenzt und erfordern somit einen äusserst hohen Kenntnisstand des entsprechenden Marktes. Da jedoch nicht jeder Personalberater in jedem Markt tätig sein kann, wird nicht zuletzt die Kooperation³ zwischen Personalberatungen gefördert oder gar nötig.

In Anbetracht des stetig härter werdenden Wettbewerbs verwundert es nicht, dass auch Personalberatungen durch das Eingehen von Allianzen, ihre Profitabilität und Leistungsstärke optimieren wollen. Zahlreiche Personalberatungen verfügen über ein Portfolio von Kooperationsbeziehungen, was ein deutlicher Beleg ist, dass sich Allianzen als eine strategische Alternative etabliert haben, um unternehmerische Herausforderungen zu bewältigen und neu entstehende Wachstums- und Entwicklungsmöglichkeiten zu nutzen. Gerade für kleinere und mittelgrosse Personalberatungen, die im übrigen die Mehrheit aller existierenden Personalberatungen bilden, sind Partnerschaften eine attraktive strategische Option, da sie sich oft als Spezialisten in Nischenmärkten betätigen und dem Kunden vielfach individuelle, innovative Dienstleistungen anbieten.

Ausschlaggebend für die Entscheidung, diese Master-Thesis „Kooperation zwischen Personalberatungen“ zu schreiben, war ein im Jahre 2002 gefälltes Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft⁴.

Das Gericht behandelte in zweiter Instanz einen Forderungsprozess. Zwei Personalberater, beide als selbständige Franchisenehmer desselben Franchisegebers tätig, hatten infolge einer Kooperation die Vermittlung eines Kandidaten (des einen Personalberaters) an einen Kunden (des anderen Personalberaters) erfolgreich abgeschlossen. Der Beklagte stellte dem Kunden Rechnung, welche durch diesen bezahlt wurde, sah jedoch keinen Anlass, die Klagepartei am Honorar partizipieren zu lassen. Dies obwohl beide Personalberater an der Vermittlung beteiligt waren.

³ Kooperation, lat., Mitwirkung, Zusammenarbeit, auch Genossenschaft; zusammengesetzt aus „co“ (= zusammen) und „operare“ (= arbeiten). Da diese Arbeit nur die Zusammenarbeit zwischen Personalberatungen behandelt, werden im Folgenden die Begriffe Allianz, Kooperation, Partnerschaft und Zusammenarbeit synonym verwendet.

⁴ Urteil Nr. 40-01 / 373 (A 103), heute Kantonsgericht Basel-Landschaft.

2. Zielsetzung und Aufbau der Diplomarbeit

Das Ziel dieser Diplomarbeit besteht darin, die in der Praxis vorkommenden Kooperationsformen zwischen Personalberatungen aus betriebswirtschaftlicher und vor allem in rechtlicher Hinsicht genauer zu betrachten.

Um in die vorliegende Thematik einzuführen, werden im ersten Teil der Arbeit am Anfang die Begriffe Personalberatung⁵ und Kooperation mit ihren verschiedenen Betrachtungsweisen⁶ näher erklärt und schliesslich abgegrenzt.

Daraufhin werden die Voraussetzungen⁷ für eine erfolgreiche Kooperation, die verschiedenen Motive⁸ und Ziele⁹ sowie schliesslich die in der Praxis vorkommenden Erscheinungsformen¹⁰ von Kooperationen zwischen Personalberatungen erläutert.

Im zweiten Teil der Diplomarbeit werden diese dargelegten Kooperationsformen rechtlich eingeordnet und detailliert dargelegt¹¹. Dabei wird auf die zentralen Merkmale eingegangen.

Der Anhang enthält schliesslich eine Checkliste zur Planung einer konkreten Zusammenarbeit¹² sowie Vertragsvorschläge¹³ und ein Beispiel einer Geheimhaltungsverpflichtung¹⁴.

3. Abgrenzung: Erscheinungsformen von Personalberatungen

3.1 Personalberatungen im weiteren Sinn

Personalberatungen im weiteren Sinn beinhalten verschiedene Dienstleistungen für viele Teilgebiete des betrieblichen Personalwesens, die als externe Dienstleister Unternehmen unterstützen. Dabei können diese Berater diverse Funktionen ausüben, so zum Beispiel in der Beratung oder Durchführung von Aus- und Weiterbildung oder Assessment-Centers, bei der Umsetzung von Outplacement-Projekten, bei (Mitarbeiter-)Befragungen, Mediationen, Supervisionen, Coachings, oder sie übernehmen eine Beratungstätigkeit in arbeitsrechtlichen, psychologischen und ähnlichen Angelegenheiten. Mit Ausnahme der Personalsteuerung, die meiner Meinung nach intern, durch die jeweilige Personalabteilung der Unternehmen, zu erfolgen hat, können praktisch sämtliche funktionalen und organisatorischen Aufgaben einer Personalabteilung – zumindest teilweise – ausgliedert oder von aussen unterstützt werden.

⁵ vgl. unten Ziff. 3.

⁶ vgl. hinten S. 4 ff.

⁷ vgl. hinten Ziff. 3, S. 8 ff.

⁸ vgl. hinten Ziff. 4, S. 10 f.

⁹ vgl. hinten Ziff. 5, S. 11.

¹⁰ vgl. hinten Ziff. 6, S. 12 f.

¹¹ vgl. hinten S. 15 ff.

¹² vgl. hinten S. 45 f.

¹³ vgl. hinten S. 47 ff.

¹⁴ vgl. hinten S. 53 f.

3.2 Personalberatungen im engeren Sinn

Personalberatungen im engeren Sinn umfassen die Dienstleistungen von externen Beratungsfirmen in Bezug auf Suche, Auswahl und Präsentation von Kandidaten für eine zu besetzende Position. Diese Art von Personalberatung gehört, aus Unternehmens- bzw. Arbeitgebersicht, zu den klassischen Personalbeschaffungswegen.

Unter Personalbeschaffung wird die Rekrutierung von Arbeitnehmern im Hinblick auf einen zukünftig abzuschliessenden Arbeitsvertrag verstanden. Insofern stellt die Personalberatung im engeren Sinn Arbeitsvermittlung dar, die den Bedingungen des AVG¹⁵ unterstellt ist.

Die Zusammenarbeit mit einem Personalberater empfiehlt sich für einen Arbeitgeber insbesondere dann, wenn der Firmenname aus branchen- oder hausinternen Gründen verschwiegen werden muss oder wenn man den mit der Auswahl verbundenen Aufwand delegieren möchte. Bei erfolgreicher Vermittlung eines Kandidaten werden die Arbeitgeber zur Zahlung verpflichtet¹⁶. Die Bewerber ihrerseits schätzen diese Möglichkeit der Kontaktnahme und Information über eine Vertrauensperson¹⁷.

Vielfach ist die Geschäftstätigkeit einer Personalberatung fokussiert. Eine Fokussierung ist möglich auf Seite der Kandidaten (Informatiker, Juristen, Pharma, Chemie, kaufmännische und technische Berufe usw.), auf der Arbeitgeber- bzw. Kundenseite (Finanz, Assekuranz, Industrie, Baugewerbe etc.), auf das Dienstleistungsangebot (Personalvermittlung und -verleih, Inland-/ Auslandsvermittlung) sowie auf das geographische Tätigkeitsgebiet (regional, national, international). Damit sind die Personalberatungen oft in kleinen, kundennahen Märkten tätig und stossen allenfalls rasch an die Grenzen ihrer Ressourcen¹⁸.

Die Kombination verschiedener Fokussierungen führt zu einer Spezialisierung der Personalberatung und setzt somit profunde Markt- und Branchenkenntnisse eines jeden Personalberaters voraus.

Um nun auf dem Markt bestehen zu können, muss (wie jedes Unternehmen) auch eine Personalberatung die Marktleistung hinsichtlich Qualität, Innovation, Dienstleistung und Flexibilität stets optimieren und differenzieren. Ausserdem müssen die notwendigen Ressourcen jederzeit greifbar sein. Diese jederzeitige Verfügbarkeit bedeutet nun aber nicht, dass man die einzelnen Ressourcen-Elemente auch alle selber besitzen muss.

Durch Zusammenarbeit mit einem geeigneten Kooperationspartner lässt sich das Problem der fehlenden Ressourcen mit entsprechender Organisation meist wesentlich eleganter und effizienter lösen.

¹⁵ Arbeitsvermittlungsgesetz, Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 06. Oktober 1989.

¹⁶ die Tätigkeit einer Personalberatung im engeren Sinne untersteht den Vorschriften über die Mäkelei, Art. 412 ff. OR (Schweizerisches Obligationenrecht).

¹⁷ vgl. Hermann, S. 98.

¹⁸ Unter Ressourcen sind alle Mittel materieller, immaterieller, finanzieller und personeller Art zu verstehen, die ein Unternehmen benötigt, um seine Dienstleistung zu erbringen. Vgl. auch Ziff. 4, S. 10 f.

B. Kooperation

1. Was ist Kooperation?

Jede Form der Zusammenarbeit von Wirtschaftssubjekten kann letztlich als Kooperation bezeichnet werden. Um die Kooperation von zwei oder mehreren Unternehmungen gegenüber der wirtschaftlichen Zusammenarbeit von Staaten abzugrenzen, wird sie oft auch als zwischenbetriebliche Kooperation bezeichnet. Kooperation steht dabei als Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von Formen der Zusammenarbeit. Allen Kooperationsformen gemeinsam ist eine grundsätzlich längerfristige Ausrichtung des Engagements, welche aus der Überzeugung entsteht, dass sich Herausforderungen mit vereinten Kräften besser bewältigen lassen.

2. Unterteilung von Kooperationen

Man kann Allianzen in dreierlei Hinsicht betrachten. Die Betrachtung erfolgt aufgrund von rechtlichen, wirtschaftlichen und zeitlichen Aspekten, die ihrerseits weiter unterteilt werden können. Nach Aufzeigen der jeweiligen Unterarten werden die Aspekte thematikbezogen abgegrenzt.

2.1 In rechtlicher Hinsicht

2.1.1 Flexible Kooperation

Hauptmerkmal einer flexiblen Kooperation ist, dass die beiden beteiligten Partner ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit grundsätzlich beibehalten, auch wenn die Aufgabenbereiche abgestimmt sind und dadurch oft die Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird.

Eine flexible Kooperation ist am ehesten als eine in die bestehende Organisation der beteiligten Unternehmen eingebettete Projektstruktur zu verstehen, die durch die freiwillige Zusammenlegung von Ressourcen definiert werden kann.

2.1.2 Joint-Venture

Ein *Joint-Venture on equity* ist eine Allianz mit gemeinsamen Investitionen, bei der in der Regel ein neuer Geschäftszweig gegründet wird (im Gegensatz zum *Contractual Joint-Venture*). Von einem *Equity Joint-Venture* wird gesprochen, wenn mindestens zwei Unternehmen ein mit Eigenkapital und eigenem Vermögen ausgestattetes, rechtlich und organisatorisch selbständiges Unternehmen ins Leben rufen, bei dem die Partner sowohl Führungsverantwortung als auch das finanzielle Risiko gemeinsam tragen und gemäss ihrer jeweiligen Anteile Anspruch auf die gemeinsam erwirtschafteten Erträge haben.

Die Gründung eines Joint-Ventures on equity wird durch die Ausgliederung und Zusammenlegung bestimmter Teil-Aktivitäten oder auch ganzer Geschäftseinheiten der Partner und deren Einbringung in ein gänzlich neu zu errichtendes Unternehmen erfolgen.

2.1.3 Merger & Acquisition

M&A-Transaktionen setzen sich aus Fusionen (Mergers) und Unternehmenskäufen (Acquisitions) zusammen. Dabei greift ein Unternehmen in Leitungs- und Kontrollbefugnisse des Zielunternehmens ein und beteiligt sich dort mit Kapital.

Bei einer Fusion (Übernahme mit Verschmelzung) geht ein bisher selbständiges Unternehmen in einem anderen auf¹⁹. Das Vermögen und die Verbindlichkeiten der fusionierenden Gesellschaften werden zusammengeführt. Bei einer Fusion verliert das übernommene Unternehmen nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die rechtliche Selbständigkeit. Gesellschafter der beiden fusionierenden Gesellschaften werden mit der Fusion Gesellschafter der aus der Fusion hervorgehenden Rechtseinheit.

Bei einer Akquisition (Übernahme ohne Verschmelzung) verliert typischerweise das akquirierte Unternehmen die wirtschaftliche Selbständigkeit, die rechtliche bleibt jedoch häufig bestehen.

2.1.4 Abgrenzung des rechtlichen Aspekts

Da bei Joint-Ventures in der Regel ein neues Unternehmen gegründet wird, bei Fusionen Unternehmen wirtschaftlich wie auch rechtlich miteinander verschmolzen werden und bei Akquisitionen der Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit zu verzeichnen ist, kommen sie für eine Zusammenarbeit, wie sie hier behandelt wird, nicht mehr in Frage.

In der Praxis wird im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Personalberatungen die flexible Kooperation gewählt. Adäquate und für diese Arbeit relevante Formen der flexiblen Zusammenarbeit sind das wechselseitige Empfehlen²⁰, die Delegation von Aufgaben an einen Partner²¹ und das gegenseitige Austauschen von Kandidaten- und Stellen-Profilen²².

Einerseits verfolgen die Personalberatungen eine weitere wirtschaftlich wie auch rechtlich eigenständige Zukunft, und andererseits unterstützen sie sich gegenseitig auf freiwilliger Basis.

¹⁹ vgl. Art. 3 ff. FusG (Fusionsgesetz), Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003; tritt wahrscheinlich am 01. Juli 2004 in Kraft. Die jüngste Fusion in der Branche wurde kurz vor Start dieser Arbeit publik: Die Personalberatungen SwissJobs und PartnerJob schlossen sich per 01. Oktober 2003 mit VediorNewjob zusammen. Begründet wurde die Fusion mit der aktuellen Marktlage. Der Zusammenschluss biete erhebliche Synergien, Abteilungen und Bereiche könnten an einem Ort konzentriert, doppelt vorhandene Standorte zusammengelegt werden. Quelle: Basler Zeitung, 24. Sept. 2003, II. Teil, S. 17.

²⁰ vgl. hinten Ziff. 6.1, S. 12 u. S. 15 ff.

²¹ vgl. hinten Ziff. 6.2, S. 12 f. u. S. 20 ff.

²² vgl. hinten Ziff. 6.3, S. 13 u. S. 33 ff.

2.1.4.1 Selbständigkeit der Unternehmen

Die Kooperationspartner sind rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmen.

Der Erhalt der rechtlichen Selbständigkeit der Partner stellt dabei ein konstitutives Merkmal von flexiblen Unternehmenskooperationen dar. Bei der wirtschaftlichen Selbständigkeit sind hingegen zwei Einschränkungen vorzunehmen:

Zum einen wird zwar durch die partielle Zusammenlegung von einzelnen Tätigkeiten und aufgrund der notwendigen Abstimmungen mit dem Partner gezwungenermaßen die Entscheidungsfreiheit bis zu einem gewissen Grad reduziert. Die wirtschaftliche Selbständigkeit der Partner bleibt insofern nur in den nicht von der Kooperation betroffenen Bereichen gewahrt.

Zum anderen schliesst der Begriff Kooperation die Zusammenarbeit von zwei Teileinheiten (Filialen, Profit-Center) eines Unternehmens und ebenso zweier Tochtergesellschaften eines Konzerns mit ein, so dass also nicht in jedem Fall die wirtschaftliche Selbständigkeit der Partner von vornherein vorausgesetzt werden kann. Für die vorliegende Arbeit spielt, obwohl wirtschaftliche Einheit vorliegt, lediglich eine Rolle, ob die Teileinheiten der Unternehmen am betriebswirtschaftlichen Erfolg gemessen, bewertet und geführt werden.

2.1.4.2 Freiwilligkeit

Jeder Unternehmer geht die Zusammenarbeit freiwillig ein. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit als Motivation zur Kooperation, bedingt durch Marktentwicklung oder Konzernzugehörigkeit, schliesst eine Freiwilligkeit (meines Erachtens) nicht aus. Die Möglichkeit, das Geschäft oder Teile davon alleine oder gemeinsam mit einem Partner zu führen, bleibt dabei erhalten.

2.2 In wirtschaftlicher Hinsicht

Hinsichtlich der Kooperationsrichtung lassen sich, je nach Wirtschaftsstufe auf der sich der Partner befindet, horizontale, diagonale und vertikale Allianzen unterscheiden²³.

2.2.1 Horizontale Kooperation

Die horizontale Kooperation vereinigt Unternehmen, die im gleichen Markt oder in verwandten Bereichen tätig sind und somit zueinander – grundsätzlich zumindest – in direkter Konkurrenz stehen. Jedoch kann sich aufgrund der Komplementarität der Dienstleistungen unter Umständen gar keine eigentliche Konkurrenzbeziehung ergeben; vielmehr lassen sich die Dienstleistungen der Unternehmen miteinander verbinden.

²³ vgl. Schlosser, S. 51.

2.2.2 Vertikale Kooperation

Von vertikalen Allianzen wird bei Kooperationen zwischen Unternehmen derselben Branche, jedoch auf einer vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufe gesprochen. Die Unternehmen sehen die Kooperation als Vertiefung oder Verfestigung eines meist bereits bestehenden Partnerschaftsverhältnisses. Dies erlaubt klare Abgrenzungen.

2.2.3 Diagonale Kooperation

Bei diagonalen (oder auch konglomerat genannten) Partnerschaften arbeiten Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen oder Geschäftsbereichen zusammen. Bei diagonalen Allianzen besteht trotz der unterschiedlichen Herkunft der Partner zumindest eine gewisse technologische oder absatzseitige Verwandtschaft.

2.2.4 Abgrenzung des wirtschaftlichen Aspekts

Es handelt sich bei einer Allianz zwischen Personalberatungen zweifelsohne um eine horizontale Kooperation, weshalb die vertikale und diagonale Kooperation im Folgenden nicht weiter betrachtet werden. Horizontale Allianzen entstehen aus der Einsicht, dass durch die Kombination von Kernkompetenzen und/oder Ressourcen Marktchancen wahrgenommen werden können, welche die einzelne Firma im Alleingang nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erreichen würde.

Das traditionelle Konkurrenzverhältnis und Konkurrenzdenken kann zwar eine Hemmschwelle darstellen. Eine entsprechende Marktsegmentierung jedoch nimmt dieser Einstellung meistens den vorerst schalen Geschmack und macht die komplementären Kooperationsfelder sichtbar. Dabei soll jeweils derjenige Partner seine Kompetenz einbringen, der die marktrelevante Fähigkeit am besten erfüllt²⁴.

Eine Allianz kann sich einerseits auf die Stärkung der Position in bestehenden Geschäftsfeldern der Partner beziehen. Hierbei geht es um die Verteidigung der gegenwärtigen Marktposition gegenüber verschärften Wettbewerbsbedingungen.

Andererseits kann die Erweiterung der Geschäftsfelder bezweckt werden. Im Rahmen solcher Partnerschaften werden die vorhandenen Ressourcen und Fähigkeiten des eigenen Unternehmens auf verwandte Bereiche ausgedehnt und durch komplementäre Stärken des Partnerunternehmens in quantitativer und qualitativer Hinsicht ergänzt²⁵.

2.3 In zeitlicher Hinsicht

Bezüglich der zeitlichen Dauer lassen sich zeitlich befristete (projektbezogene) Allianzen von zeitlich unbefristeten unterscheiden. Die Wahl der einen oder anderen Alternative steht im direkten Zusammenhang mit der konkreten Kooperationsaufgabe. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden: Je höher die Kosten für eine Allianz sind, desto längerfristig ist diese ausgerichtet.

²⁴ vgl. hinten Ziff. 3.1.3, S. 8.

²⁵ vgl. Schlosser, S. 61.

2.3.1 Abgrenzung des zeitlichen Aspekts

Die Zusammenarbeit zwischen Personalberatungen wird bei Bedarf und für den konkreten (Einzel-) Fall ins Leben gerufen. Als zielorientierte und zeitlich befristete Partnerschaft werden Kooperationen nicht selten aufgelöst, weil sich zwischenzeitlich das gewünschte Ergebnis eingestellt hat oder aber keine weiteren Anknüpfungspunkte für eine Fortsetzung der Zusammenarbeit gegeben sind.

3. Voraussetzungen für eine erfolgreiche Zusammenarbeit

Kooperationen funktionieren nur unter günstigen Voraussetzungen. Die Bedingungen lassen sich unterteilen in organisatorische und personelle Bedingungen:

3.1 Organisatorische Bedingungen

3.1.1 Übereinstimmung der Ziele

Konflikte sind bei unterschiedlichen Zielen programmiert. Ein wesentlicher Erfolgsfaktor ist somit die Übereinstimmung sowohl der strategischen wie auch operativen Unternehmensziele der kooperierenden Personalberater. Je intensiver eine Kooperation mit einem Partner ist, desto wichtiger ist die Übereinstimmung der Ziele und Werte.

3.1.2 Kosten - Nutzenverhältnis

Nur wenn beide Partner einen Nutzen aus der Allianz ziehen, kann die Kooperation Bestand haben und erfolgreich sein. Es ist meiner Meinung nach nicht zwingend notwendig, dass der Nutzen der Partner gleich gross ist oder zum selben Zeitpunkt entsteht. Eher ist anzunehmen, dass jeder Partner den Vorteil einer Allianz subjektiv wahrnimmt und die Verteilung als gerecht empfindet, wenn der wahrgenommene Nutzen in einem adäquaten Verhältnis zu seiner Investition steht.

3.1.3 Wettbewerbsstärken

Die zentrale Aufgabe stellt sich für eine Personalberatung im Finden der attraktiven Kooperationsfelder. Interessant und lukrativ sind nur diejenigen Bereiche, die sowohl für den Partner als auch für das eigene Unternehmen einen positiven Nutzen darstellen²⁶.

Der Kooperationspartner muss über Stärken verfügen, die im eigenen Unternehmen nicht gegeben sind. Der komplementäre Ausgleich punktueller Defizite eines Partners in klar eingegrenzten Kooperationsfeldern ermöglicht primär eine temporäre Nutzung der spezifischen Fähigkeiten oder Möglichkeiten des Allianzpartners.

²⁶ vgl. oben Ziff. 3.1.2.

3.2 Personelle Bedingungen

3.2.1 Persönliche Einstellung

Kooperative, unternehmerisch denkende Menschen wissen, dass ihre eigenen Perspektiven und Ressourcen beschränkt sind. Sie haben verstanden, dass sie Mitstreiter mit anderen Perspektiven und Ressourcen benötigen. Die Überzeugung einer jeden Partei, dass jeder der Partner etwas in die Kooperation einbringt, ist für den Erfolg mitentscheidend.

3.2.2 Kommunikation

Für die Qualität der Zusammenarbeit ist die Kommunikation zwischen den Partnern ausserordentlich wichtig. Eine offene Kommunikation erleichtert die laufende Koordinierung des jeweiligen Vorhabens. Inwieweit der Informationsaustausch abgehalten werden muss, wird jeweils vom Projekt abhängen. Förderlich, aber nicht zwingend notwendig für die Akzeptanz des Partners ist auch ein mehr oder weniger enger persönlicher Kontakt zum Partner. Schliesslich müssen Entscheidungen bei zwei kooperierenden Unternehmen gemeinsam getroffen werden, wobei eine ähnliche Entscheidungsroutine eine Zusammenarbeit immens erleichtert.

3.2.3 Motivation der Mitarbeiter

Ist eine Zusammenarbeit beschlossen, gilt es sie im täglichen Ablauf auch durchzuführen. Dies bedingt, dass die Mitarbeiter beider Unternehmen willens und fähig sind, mit dem Kooperationspartner zusammenzuarbeiten. Der Unternehmer wird daher den zuständigen Mitarbeitern klar und motivierend zu verstehen geben, dass er eine erfolgreiche Kooperation erwartet, und dass er die Mitarbeiter über die Ziele und Anforderungen der Kooperation informiert.

3.2.4 Vertrauen

Wenn eine Zusammenarbeit auf horizontaler Ebene zwischen zwei Personalberatungen zustande kommt, gibt jedes Unternehmen etwas von seinem Innersten, namentlich Geschäftsgeheimnisse, preis. Dies setzt die Bereitschaft voraus, sich dem Partner gegenüber zu öffnen, da jeder Vertrauliches für sich zu behalten hat.

Zur rechtlichen Absicherung sollte in aller Regel vor der Weiterführung von Kooperationsgesprächen eine Geheimhaltungsvereinbarung²⁷ getroffen werden, was jedoch – nicht zuletzt aus administrativen Gründen – in der Praxis nicht der Fall ist. Ausserdem beschränken Geheimhaltungsvereinbarungen nur das Dürfen, nicht aber das Können. Das heisst letztlich fördern sie nur eine gewisse Zurückhaltung. Das Geschehene, die Dritten bekannt gegebenen Informationen, kann irreversible negative Folgen haben.

²⁷ vgl. Beispiel im Anhang, S. 53 f.

So ist es für den Erfolg einer Kooperation ausserordentlich wichtig, dass die Partner eine gemeinsame Vertrauensbasis schaffen. Diese kann bereits bestehen (beispielsweise wenn sich die Partner seit längerem persönlich kennen), als gegeben angenommen werden (im Falle derselben Unternehmenszugehörigkeit) oder muss gegenseitig entsprechend erarbeitet werden.

4. Motive für eine Kooperation

Grundlage für eine Kooperation zwischen Personalberatungen ist oft der fehlende Kandidat oder die fehlende Vakanz. Darüber hinaus gibt es Motive für eine Zusammenarbeit, die in weiteren fehlenden Ressourcen zu suchen sind, die im Folgenden näher betrachtet werden.

4.1 Zeit

Im Rahmen von Partnerschaften zwischen Personalberatungen ist eine wechselseitige Funktionsabstimmung vorhanden. So können einzelne Wertschöpfungsaktivitäten auf denjenigen Partner mit der schnelleren Reaktionsgeschwindigkeit übertragen werden. Dieser ist in der Lage, die Aufgabe in kürzerer Zeit zu verrichten.

Unter Einbezug solcher „fremder“ Prozesse wird eine Beschleunigung des gesamten Leistungserstellungsprozesses dann erreicht, wenn der Partner grössere zeitliche Vorteile realisieren kann, als es durch eine Verbesserung der eigenen Prozessabläufe möglich wäre. Hinzu kommt die Möglichkeit der Konzentration auf die eigenen Prozesse, die man selbst zeitgerecht und wettbewerbsfähig beherrscht.

4.2 Wissen

Nicht jeder Personalberater hat die verlangte Ressource zur gegebenen Zeit am richtigen Ort selbst greifbar, weshalb es ebenfalls wichtig ist zu wissen, bei wem und wo eine entsprechende Ressource verfügbar sein könnte (so genanntes Meta-Wissen).

Es ist deshalb für jeden Personalberater unerlässlich, Beziehungen aufzubauen und diese langfristig zu pflegen. Das Beziehungsnetz kann einerseits im geschäftlichen Bereich auf allen Seiten der erbrachten Dienstleistung und andererseits auch in privaten Bereichen geknüpft werden.

4.3 Örtlichkeit

Vorteilhaft ist eine Zusammenarbeit mit einem Partner, der ein bestehendes Filialnetz oder einen Standort an einem aus strategischen Gründen nicht abgedeckten Ort hat. Die Kooperation ist in denjenigen Fällen zweckmässig, in denen der Partner die (Vertriebs-)Erfahrung in jener Örtlichkeit und die dafür notwendigen Marktkenntnisse mitbringt. Sein Bedarf könnte zum Beispiel die Sortimentserweiterung sein, da er die vom Partner angesprochene Zielgruppe bisher nicht abdeckte.

4.4 Spezialisierung

Eine Spezialisierung des Partners in einem bestimmten Bereich kann eine Partnerschaft ohne weiteres rechtfertigen. Einerseits spricht der Kompetenzvorsprung des Allianzpartners dafür, andererseits sind damit auch Zeit- und somit Kostenvorteile verbunden, die durch die Verlagerung von Teilprozessen auf denjenigen Partner erzielt werden können, der über die benötigten Kernkompetenzen und den entsprechenden Erfahrungsschatz bereits verfügt.

4.5 Gesetzliche Rahmenbedingungen

Ebenfalls können Gesetzesbestimmungen Anstoss zu einer Zusammenarbeit sein. Dies ist in aller Regel dann der Fall, wenn der Hilfe suchende Partner eine Bewilligung, die das Gesetz²⁸ vorschreibt, nicht besitzt. So kann es sein, dass ein ausschliesslich auf Vermittlung ausgerichteter Personalberater zwar sowohl die Stelle als auch den Kandidaten hat, der Arbeitgeber jedoch mit Letztgenanntem einen Temporärarbeitsvertrag abschliessen möchte. In diesem Falle ist es notwendig, dass dieser Personalberater einen Partner mit entsprechender Bewilligung zum Arbeitsverleih hinzuzieht und den Kandidaten über denselben an seinen Kunden im Sinne des AVG verleiht. Ähnliche Überlegungen sind in Bezug auf die Auslandsvermittlung denkbar.

5. Ziele einer Kooperation

Einer Allianz liegt ein gemeinsames Ziel zugrunde. Die Realisierung einer erfolgreichen Kooperation impliziert ein bewusstes gemeinsames Handeln, um ein bestimmtes Ziel besser oder schneller zu erreichen. Somit sind die Kooperationsziele auf die Steigerung der Leistungsfähigkeit sowie die Reduzierung von Kosten der kooperierenden Partner ausgerichtet.

Die Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit wird durch sämtliche soeben behandelten Motivationsfaktoren bestimmt und schliesslich durch die konsequente, zielgerichtete Umsetzung der Kooperation erreicht.

Unter Kostensenkungspotenzial wird die durch die Zusammenarbeit mit einem Partner erzielbare Verbesserung der Kostenposition im Vergleich zu einem individuellen Vorgehen verstanden. Einzelne Transaktionen können zu einem Verlustgeschäft führen, weil die Kosten für die Erledigung einer Aufgabe im Alleingang, ohne die notwendigen Ressourcen zu besitzen, sehr gross sein können. Die Hauptquellen zur Erreichung von Kostenvorteilen finden sich ebenfalls in den Motivationsfaktoren.

²⁸ Art. 2 AVG, Art. 1-7 AWW, Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991. Es werden durch die kantonalen Behörden die Bewilligungen zur Arbeitsvermittlung und zum Arbeitsverleih im Inland und zur Auslandsvermittlung erteilt.

6. Kooperationen in der Praxis

Im Folgenden möchte ich die im Alltag vorkommenden Arten von Kooperationen zwischen Personalberatungen näher erläutern, bevor sie im nächsten Teil in rechtlicher Hinsicht detailliert behandelt werden.

6.1 Cross-Promotion

Cross-Promotion bedeutet sinngemäss übersetzt *überkreuzte Werbung*. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass sich Personalberater, partnerschaftliches Denken vorausgesetzt, gegenseitig weiterempfehlen.

Dies kommt beispielsweise dann vor, wenn ein seitens des Kandidaten angefragter Personalberater nicht die nötigen Ressourcen²⁹ hat, um den Kandidaten kompetent zu beraten. Ähnlich wie bei der Zuweisung des Hausarztes an einen Spezialisten liegt hier eine zwischenmenschliche Basis zugrunde, bei der primär keine finanziellen Ziele im Vordergrund stehen.

Eine Referenz geniesst eine sehr hohe Glaubwürdigkeit beim Empfänger. Ausserdem ist eine Referenz als solche das günstigste und beste Marketinginstrument für beide Personalberater. Nicht zuletzt wird es auch der Kandidat verdanken, dass er an eine für sein Profil oder seine Wünsche qualifizierte Person verwiesen wurde.

Ebenfalls für die Praxis relevant und der Cross-Promotion zuzuordnen, ist das Erteilen eines Rates oder einer Auskunft³⁰. Oft ergeben sich Situationen, bei der ein Personalberater einem Standeskollegen spontan oder auf Anfrage hin einen Rat oder eine Auskunft erteilt.

Diese umgangssprachlich auch als Tipp bezeichnete (Weiter-)Empfehlung stellt rechtlich gesehen eine Gefälligkeit dar³¹.

6.2 Outsourcing

Outsourcing ist die Abkürzung für *Outside Resource Using*. Damit ist die Auslagerung bestimmter betrieblicher Funktionen gemeint, die nicht mehr durch das eigene Personal, sondern durch Dritte erbracht werden.

Die Möglichkeiten, Aufgaben an einen Partner zu delegieren, sind fast unbeschränkt. Jedoch wird jeder unternehmerisch denkende Personalberater das Abgeben von Umsatzpotenzial auf Fälle beschränken, in welchen er mangelnde Ressourcen bei sich feststellt.

Im Folgenden seien beispielhaft kurz einige Situationen aufgezeigt:

²⁹ vgl. vorne Ziff. 4, S. 10 f.

³⁰ vgl. hinten Ziff. 2.3, S. 18.

³¹ vgl. hinten S. 17 ff.

a) Ein Personalberater suchte ein Bewerberprofil, hatte jedoch keinen Zugang zu einem speziellen Internetportal, welches für die Platzierung eines entsprechenden Inserates unabdingbar war. Er wandte sich an seinen Partner, der für ihn dieses Inserat aufschaltete und die eingegangenen Bewerbungen bereits nach den bekannten Kriterien selektierte und alsdann weiterleitete.

b) Im Konzernverbund erhielt der auf Finanzleute fokussierte Personalberater den Auftrag eines Kunden, einen Software-Engineer zu suchen. Er erhielt dabei auf Anfrage Unterstützung vom Personalberater derselben Unternehmung, der den Bereich IT betreute.

c) Eine in Basel ansässige Personalberatung bekam den Auftrag eine Position in Chur zu besetzen. Der Basler gab in der Folge einem ausgewählten Berufskollegen in Chur den Auftrag, das geplante Inserat in einer Zeitung zu publizieren und nach Erscheinen des Inserates die Kandidaten vorzuselektieren, einzuladen und das erste Interview zu übernehmen.

Wenn Teilaktivitäten oder Aufgaben an einen Kooperationspartner delegiert werden, handelt es sich typischerweise um einen Auftrag³².

6.3 Cross-Distribution

Mit Cross-Distribution ist eine gegenseitige Zuteilung bzw. der Austausch von Kandidaten- und Stellenprofilen zweier Personalberatungen gemeint; eine ebenfalls in der Praxis häufig vorkommende Art der Kooperation.

Der eine Personalberater hat beispielsweise Bedarf an einem Kandidaten, um eine von ihm betreute Stelle zu besetzen. Der Personalberater fragt nun seinen Kooperationspartner an, ob er ihm weiterhelfen und einen Kandidaten mit entsprechendem Profil nachweisen kann. Wenn der angefragte Personalberater das gesuchte Profil hat, können sie gemeinsam versuchen, den Kandidaten beim Kunden zu platzieren. Dieser Austausch von Ressourcen findet seinen Ursprung vor allem in den Faktoren Vertriebsnetz³³ und Spezialisierung³⁴.

Bei erfolgter Anstellung des Kandidaten durch den Kunden profitieren denn auch alle Beteiligten davon: Der Kandidat hat dank der Kooperation der Personalberatungen die interessante Stelle erhalten, die einzelnen Personalberatungen konnten eine Vermittlung tätigen und der Kunde hat einen neuen Mitarbeiter einstellen können.

In rechtlicher Hinsicht schliessen die beiden (voneinander unabhängigen) Personalberater durch den Austausch von Kandidaten- und Stellenprofil einen Vertrag über eine einfache Gesellschaft³⁵.

³² vgl. hinten S. 20 ff.

³³ vgl. vorne Ziff. 4.3, S. 10.

³⁴ vgl. vorne Ziff. 4.4, S. 11.

³⁵ vgl. hinten S. 33 ff.

C. Zusammenfassung des betriebswirtschaftlichen Teils

Unternehmen beschaffen Personal unter gegebenen Umständen mit Hilfe von externen Personaldienstleistern. Diese Personaldienstleister können verschiedene betriebliche Funktionen übernehmen. Wenn das hauptsächliche Ziel eines Personaldienstleisters Arbeitsvermittlung darstellt, gilt sie als Personalberatung im Sinne des AVG und benötigt zur Berufsausübung eine entsprechende Bewilligung.

Personalberatungen können sich auf die Zielgruppen Kandidat und Kunde, die Dienstleistung(en) und das geographische Tätigkeitsfeld fokussieren, woraus schliesslich eine Spezialisierung resultiert.

Die notwendigen Ressourcen, um einen Auftrag sofort zu erfüllen, sind nicht immer vorhanden, weshalb sich eine Kooperation mit einem oder mehreren Partnern als Alternative zum Alleingang anbietet. Die Bildung von Netzwerken mit Partnern ermöglicht eine flexible Verknüpfung unterschiedlicher Kompetenzen zur Zusammenarbeit bei einzelnen Projekten. Dadurch lässt sich auch die wirtschaftliche Lage der einzelnen Unternehmen stärken.

Kooperation ist eine langfristig ausgerichtete Zusammenarbeit, mit dem Ziel gemeinsam Marktchancen wahrzunehmen.

Kooperationen können in rechtlicher, wirtschaftlicher und zeitlicher Hinsicht unterschieden werden. Merkmale rechtlicher Art von Kooperationen zwischen Personalberatungen sind einerseits bedingt durch die flexible Zusammenarbeit, die Selbständigkeit der Unternehmen und Freiwilligkeit. Andererseits liegt der wirtschaftliche Aspekt in der Stärkung der eigenen Position in bestehenden Geschäftsfeldern oder der Erweiterung derselben. In zeitlicher Hinsicht wird die Kooperation zwischen Personalberatungen projektbezogen ins Leben gerufen.

Die nötigen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen Personalberatungen können in organisatorische und personelle Bedingungen unterteilt werden. Zu den organisatorischen Aspekten gehören die Übereinstimmung der Ziele, ein adäquates Kosten-/Nutzenverhältnis und die temporäre Nutzung von Wettbewerbsstärken. Die persönliche Einstellung der Allianzpartner, eine offene Kommunikation zwischen den Partnern, die Motivation von Mitarbeitern sowie eine gemeinsame Vertrauensbasis zählen zu den personellen Faktoren.

Die Motive für eine Kooperation sind meist in fehlenden Ressourcen wie Kandidat, Stelle, Zeit, Know-how, Vertriebsnetz, Spezialisierung oder gesetzlichen Rahmenbedingungen zu suchen.

Als Ziele von Kooperationen sind schliesslich die Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit sowie die Reduzierung von Kosten zu nennen.

Die in der Praxis üblichen Kooperationen lassen sich auf drei Erscheinungsformen eingrenzen: Die gegenseitige Empfehlung (Cross-Promotion), das ein- oder gegenseitige Unterstützen bei oder das Abnehmen von (Teil-)Aufgaben (Outsourcing) sowie das Beibringen von Kandidaten- und Stellenprofil mit dem gemeinsamen Ziel, den Kandidaten zu platzieren (Cross-Distribution).

II. Rechtlicher Teil

A. Einleitung

Im nachstehenden rechtlichen Teil geht es darum, die vorne vorgestellten und umschriebenen Kooperationsarten zwischen Personalberatungsfirmen in rechtlicher Hinsicht darzustellen.

Die erwähnten Kooperationen lassen sich generell in rechtsunverbindliche und rechtsverbindliche Kooperationen unterteilen.

Von Interesse sind vorwiegend die rechtsverbindlichen Kooperationsarten, welche Rechte und Pflichten zwischen den Parteien begründen. Es sind dies im Falle des Outsourcing³⁶ der *Auftrag*³⁷ und für Zusammenschlüsse rechtlich selbständiger Personalberatungsunternehmen, die mit gemeinsamen Mitteln (Kandidaten- und Stellenprofil) ein gemeinsames Ziel (die Vermittlung) verfolgen, der *Vertrag über eine einfache Gesellschaft*³⁸. Demgegenüber entfaltet die rechtsunverbindliche Kooperation in Form eines Rates oder eines Tipps, die *Gefälligkeit*³⁹, in der Regel keine Rechtswirkung.

In einem ersten Schritt soll nun die Gefälligkeit als rechtsunverbindliche Kooperation dargestellt werden. Im Anschluss hierzu werden die beiden rechtsverbindlichen Kooperationsformen, der Auftrag und die einfache Gesellschaft, eingehender untersucht und dargelegt.

B. Rechtsunverbindliche Kooperation in Form einer Gefälligkeit

1. Allgemeines

Bei einer Gefälligkeit stehen sich zwei oder mehrere Parteien einander gegenüber. Einerseits der Gefällige (oder Gefälligkeitsgeber), der die Leistung zusagt bzw. erbringt, andererseits der Gefälligkeitsempfänger (oder Gefälligkeitsnehmer), derjenige, für den die Gefälligkeit erbracht wird. Im täglichen Leben werden unzählige Male Gefälligkeiten erbracht, zum Beispiel indem Nachbar A freiwillig den Rasen von Nachbar B mäht.

Als Gefälligkeit wird die Leistung an und für sich bezeichnet. Bei einer blossen Zusage zu einer Gefälligkeit handelt es sich um ein Gefälligkeitsversprechen. Das durch die Zusage⁴⁰ oder die unmittelbare Leistungserbringung⁴¹ zwischen den Betroffenen begründete Verhältnis wird Gefälligkeitsverhältnis genannt⁴².

³⁶ vgl. vorne Ziff. 6.2, S. 12 f.

³⁷ vgl. hinten S. 20 ff.

³⁸ vgl. hinten S. 33 ff.

³⁹ vgl. unten.

⁴⁰ vgl. hinten Ziff. 2.1.1, S. 17.

⁴¹ vgl. hinten Ziff. 2.1.2, S. 17.

⁴² Hürlimann-Kaup, S. 3, Ziff. 4.

Begriffsnotwendig ist die Gefälligkeit unentgeltlich und erfolgt ohne Bindungswillen⁴³ der involvierten „Parteien“. Unentgeltlichkeit liegt vor, wenn der Leistung in rechtlicher Hinsicht keine Gegenleistung gegenübersteht. Demzufolge kann die Gefälligkeit auch als Aufwand zum Vorteil eines anderen bezeichnet werden. Eine Anerkennung, wie sie gesellschaftlich üblich ist, zum Beispiel die Danksagung mit einer Flasche Wein, erfolgt rein freiwillig, das heisst ohne rechtliche Verpflichtung.

Von einer Gegenleistung zu unterscheiden ist der Auslagenersatz. Die Bezahlung der Unkosten des Gefälligen durch den Gefälligkeitsempfänger macht eine unentgeltliche Gefälligkeit nicht zu einem entgeltlichen Rechtsgeschäft. Dies zeigt sich auch in der gesetzlichen Regelung des Anspruchs auf Auslagenersatz⁴⁴ beim unentgeltlichen Auftrag⁴⁵ sowie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag⁴⁶. Demnach ist für das Erbringen einer Gefälligkeit stets der übereinstimmende Wille der Parteien erforderlich, dass die Leistung unentgeltlich ist.

Ist die Frage der Unentgeltlichkeit strittig und steht nicht fest, dass die Beteiligten einander diesbezüglich (tatsächlich) richtig verstanden haben, so sind die Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Entscheidend ist, wie der jeweilige Empfänger die Erklärung in guten Treuen verstehen durfte und musste⁴⁷.

1.1 Abgrenzung zur Selbstverständlichkeit

Der Übergang von der Selbstverständlichkeit zur Gefälligkeit ist fließend⁴⁸. Als Selbstverständlichkeit wird eine unentgeltliche und uneigennütige Handlung bezeichnet, die der Einzelne im alltäglichen Umgang mit seinen Mitmenschen spontan vornimmt, und zwar gegenüber jedermann.

Bei Selbstverständlichkeiten geht es um Leistungen, die im zwischenmenschlichen Bereich als üblich angesehen werden (der Vorgehende hält dem Folgenden die Türe auf) und deren Verweigerung als unhöflich empfunden würde.

Im Gegensatz zur Selbstverständlichkeit ist die Gefälligkeit eine Leistung, die man von seinen Mitmenschen nicht einfach ohne weiteres erwartet. Es handelt sich um eine Leistung von einer gewissen Bedeutung, die vom Gefälligen Einsatz verlangt, sei es in zeitlicher, finanzieller oder anderer Hinsicht.

⁴³ vgl. hinten Ziff. 3.1, S. 18.

⁴⁴ vgl. hinten Ziff. 7.1.2, S. 31.

⁴⁵ Art. 402 Abs. 1 OR.

⁴⁶ Art. 422 Abs. 1 OR.

⁴⁷ Hürlimann-Kaup, S. 9.

⁴⁸ vgl. Hürlimann-Kaup, S. 15.

2. Die Erscheinungsformen der Gefälligkeit

Die Gefälligkeit kennt sowohl in Bezug auf die Leistungserbringung als auch hinsichtlich der Person des Leistungsempfängers und des Leistungsinhalts verschiedene Erscheinungsformen:

2.1 In Bezug auf die Leistungserbringung

2.1.1 Leistung im Anschluss an ein Versprechen

Eine Gefälligkeit kann auf Parteiabrede beruhen, das heisst sie wird vom Gefälligen zuerst versprochen (Leistungszusage, Gefälligkeitsversprechen), wodurch zwischen den Parteien ein Gefälligkeitsverhältnis begründet wird. Die Leistungserbringung erfolgt (allenfalls) nach dem Versprechen. Wird das Versprochene vereinbarungsgemäss eingehalten, ist das Versprechen mit der Gefälligkeit gehörig erfüllt⁴⁹.

Beispiel: Im März verspricht Personalberater A seinem Kooperationspartner B diesem bei nächster Gelegenheit einen Kandidaten zuzuweisen. Wenn A seinem Kollegen B im Juni tatsächlich einen Kandidaten zuhält, hat er das Versprechen gehalten.

2.1.2 Unmittelbare Leistungserbringung mit dem Versprechen

Gefälligkeiten können auch ohne vorherige Parteiabrede direkt erbracht werden. Unmittelbar vollzogene Gefälligkeiten bewirken die gleiche Rechtslage, die in Erfüllung eines Leistungsversprechens erbracht wurden. Das Gefälligkeitsverhältnis zwischen den Parteien entsteht mit der Leistungserbringung.

Beispiel: Der ausschliesslich im kaufmännischen Bereich tätige Personalberater A verweist einen stellensuchenden Maurer, den er zufällig kennengelernt hat, an seinen Kollegen B, der auf technische Berufe spezialisiert ist.

2.2 In Bezug auf den Leistungsempfänger

Im Normalfall erbringt der Gefällige die Leistung der anderen Partei, das heisst der Gefälligkeitsempfänger und Leistungsempfänger sind identisch. Die Parteien können jedoch ohne weiteres vereinbaren, dass die versprochene Leistung einem Dritten zugute kommt⁵⁰.

Beispielsweise ist dies dann der Fall, wenn zwei Personalberater vereinbaren, dass der eine Personalberater dem Kandidaten des anderen eine Gefälligkeit erbringt.

⁴⁹ vgl. Hürliemann-Kaup, S. 12.

⁵⁰ In Anlehnung an den Vertrag zu Gunsten Dritter nach Art. 112 OR wird dieser Fall auch als Gefälligkeit zu Gunsten Dritter bezeichnet.

2.3 In Bezug auf den Inhalt der Leistung

Die Leistung wird nach Art des Verhaltens (Tun, Unterlassen, Dulden) unterschieden. In der Regel stellt die Leistung ein Tun dar. Dieses besteht entweder in einer Sachleistung oder in einer Dienstleistung.

Da zwischen Personalberatern weniger Sach- sondern hauptsächlich Dienstleistungen erbracht werden, seien hier insbesondere die (Weiter-)Empfehlung und die einfache Auskunftserteilung als Beispiele angeführt⁵¹.

3. Die rechtlichen Aspekte des Gefälligkeitsverhältnisses

3.1 Der Grundsatz der Unverbindlichkeit

Das Gefälligkeitsverhältnis hat von seiner Grundstruktur, in Bezug auf den Inhalt und die Entstehung, eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Vertragsverhältnis⁵². Der wesentliche Unterschied zwischen Vertrags- und Gefälligkeitsverhältnis liegt aber darin, dass nach dem Willen der Parteien beim Vertragsverhältnis eine Leistungspflicht besteht, beim Gefälligkeitsverhältnis hingegen nicht.

Die Gefälligkeit ist kein Vertragsverhältnis im rechtlichen Sinne. Es entsteht begriffsnotwendig nie ein obligatorisches Verhältnis zwischen den Parteien. Im Einzelfall kann es jedoch schwierig sein, die Gefälligkeit von einem Schuldverhältnis abzugrenzen⁵³.

Als Konsequenz der Rechtsunverbindlichkeit ergibt sich, dass der Gefälligkeitsempfänger, anders als der Gläubiger in einem obligatorischen Verhältnis, nicht auf Erfüllung klagen kann⁵⁴. Auch die Leistungsstörungstatbestände stehen dem Empfänger eines Gefälligkeitsversprechens nicht zur Verfügung. Wird ein Gefälligkeitsversprechen oder eine Gefälligkeit verspätet, schlecht oder gar nicht erbracht, so kann der Gefälligkeitsempfänger keinen Anspruch wegen Spät-, Schlecht- oder Nichterfüllung⁵⁵ geltend machen. Ein Rechtsschutz wird ihm gänzlich verwehrt.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht es bei einer Gefälligkeit völlig im Belieben des Gefälligen, ob er die Leistung erbringen will oder nicht. Die Erfüllung eines Gefälligkeitsversprechens kann mit rechtlichen Mitteln nicht durchgesetzt werden.

⁵¹ vgl. vorne Ziff. 6.1, S. 12

⁵² vgl. Hürlimann-Kaup, S. 130.

⁵³ vgl. hinten Ziff. 1.1, S. 20.

⁵⁴ Die Vertragspartner eines einfachen Auftrags können gestützt auf Art. 404 OR den Auftrag jederzeit widerrufen bzw. kündigen; die nach Art. 394 Abs. 1 OR versprochene Leistung kann daher letztlich rechtlich ebenso wenig durchgesetzt werden wie ein Gefälligkeitsversprechen; vorbehalten bleiben freilich Schadenersatzansprüche aus Widerruf bzw. Kündigung zur Unzeit, vgl. dazu Ziff. 4.2 Abs. 5, S. 25.

⁵⁵ im Rahmen von Art. 97, Art. 102 ff. OR.

3.2 Die Haftung

Uneigennützig, spontane Ratschläge, Empfehlungen und Auskünfte sind alltägliche Begebenheiten und entfalten keine vertragliche Haftung. Ein Auftragsverhältnis kann in solchen Fällen nicht angenommen werden.

Eine vertragliche Haftung für falsche Auskünfte und Ratschläge gibt es in der Regel nicht für diejenigen, welche weder in Ausführung eines Gewerbes noch gegen Entgelt erteilt werden⁵⁶. Eine Entstehung eines Auftragsverhältnisses wird aber angenommen, wenn zwischen dem Raterteilenden und dem Ratsuchenden eine vorbestehende Rechtsbeziehung vorhanden ist und wenn der Raterteilende erkennen muss, dass der Ratsuchende eine verlässliche Antwort für weitergehende Dispositionen erwartet.

Bei Fehlen eines Vertragsverhältnisses wird – Eintreten eines Schadens beim Empfänger vorausgesetzt – derjenige Gefällige schadenersatzpflichtig, welcher aufgrund seines (Fach-) Wissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskunft erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen (vorsätzlich) oder leichtfertig (fahrlässig) unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind oder von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss des Ratsuchenden beeinflussen könnte⁵⁷, wenn ihm ein schuldhaftes Verhalten angelastet werden kann. Hier erscheint vor allem die auf die Richtigkeit von Rat und Auskunft *vertrauende* Person als schützwürdig⁵⁸.

Beispiel: Personalberater A fragt seinen auf medizinische Berufe spezialisierten Kollegen B um Rat bezüglich der Ausschreibung einer Arztstelle. Er gibt daraufhin ein Inserat auf, erhält jedoch aufgrund von unrichtigen oder fehlenden wichtigen Angaben nicht das gewünschte Kandidatenprofil.

Obwohl für Personalberater B erkennbar war, dass die Auskunft für seinen Kollegen A wichtig ist, hat er ihm – fahrlässig oder vorsätzlich – falsche oder zu wenig Angaben erteilt, sodass in der Folge das Inserat keine Wirkung erzielt bzw. nicht die richtige Zielgruppe angesprochen hat.

Personalberater A entstand durch die falsche oder unvollständige Auskunftserteilung durch B ein wirtschaftlicher Schaden, da A die Inseratekosten vollumfänglich übernehmen und evtl. ein weiteres Mal inserieren muss.

Personalberater B kann in diese Falle ein schuldhaftes Verhalten angelastet werden, womit er schadenersatzpflichtig wird.

⁵⁶ BGE 124 III 369, (Bundesgerichtsentscheid).

⁵⁷ BGE 80 III 54 f.

⁵⁸ vgl. Honsell, OR-BT, S. 299.

C. Rechtsverbindliche Kooperation in Form eines Auftrags

1. Einleitung

Der Auftrag ist ein zweiseitiger Vertrag, durch den sich der Beauftragte zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte im Interesse des Auftraggebers verpflichtet⁵⁹. Der Auftrag kann ent- oder unentgeltlich sein⁶⁰. Der entgeltliche Auftrag ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag. Der unentgeltliche ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag, da hier der Anspruch des Beauftragten auf ein Entgelt fehlt (aber fallweise Gegenansprüche gegeben sein können, zum Beispiel auf Verwendungsersatz)⁶¹.

Die vertragsgemässe Durchführung eines jeden Auftrags verpflichtet jedoch den Beauftragten nicht zum Erfolg, sondern lediglich zum sorgfältigen Tätigwerden. Der Auftraggeber überlässt die Art und Weise der Geschäftsbesorgung durch die Auftragserteilung dem Beauftragten. Eine so genannte Subordination – ein Unterordnungsverhältnis –, wie typischerweise beim Arbeitsvertrag, besteht bei einem Auftrag nicht, da beide Parteien gleichgeordnet sind.

1.1 Abgrenzung zwischen Auftrag und Gefälligkeit

Vom verpflichtenden Auftrag zu unterscheiden sind blosser Gefälligkeitshandlungen⁶². Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. Entscheidend ist, ob ein entsprechender Rechtsbindungswille des Beauftragten angenommen werden kann. Neben den Umständen des Einzelfalles kommt es nach Treu und Glauben auf die für den Beauftragten erkennbare Bedeutung des Geschäftes für den Auftraggeber an⁶³.

Wird der Bitte entsprochen, einen Dienst zu erweisen, so liegt nicht ohne weiteres ein Auftrag vor. Wo es der erbetenen, unentgeltlichen Gefälligkeit an einem erkennbaren, rechtlich geschützten, insbesondere wirtschaftlichen Interesse für den Bittsteller ermangelt und wo das Erweisen der Gefälligkeit nach deren Natur mit keinerlei nachteiligen Auswirkungen auf das Vermögen des Gefälligen verbunden zu sein pflegt, liegt sie ausserhalb des Rechtsbereichs und fällt für den Auftrag ausser Betracht⁶⁴.

Sobald indessen aus den Umständen ein rechtlich geschütztes Interesse des Auftraggebers oder Dritter erkennbar ist oder vorausgesetzt werden muss oder mit Einwirkungen auf das Vermögen des Beauftragten zu rechnen ist, ist auch bei kleinen Gefälligkeiten ein Auftrag zu vermuten⁶⁵.

⁵⁹ Art. 394 Abs. 1 OR.

⁶⁰ Art. 394 Abs. 3 OR. Es sei an dieser Stelle kurz erwähnt, dass die Unterteilung des Auftrages in ent- und unentgeltliche Aufträge rechtshistorisch bedingt ist, jedoch darauf nicht näher eingegangen wird. In der heutigen Zeit ist ein Auftrag üblicherweise als entgeltlich zu betrachten, da die meisten Dienstleistungen aus kommerziellen Gründen erbracht werden, vgl. auch hinten Ziff. 7.1.1, S. 31.

⁶¹ vgl. Honsell, OR-BT, S. 295.

⁶² vgl. vorne S. 15 ff.

⁶³ vgl. Honsell, OR-BT, S. 298, vgl. vorne Ziff. 3.2 Abs. 3, S. 19.

⁶⁴ vgl. vorne Ziff. 3.2 Abs. 1, S. 19.

⁶⁵ vgl. Hofstetter, S. 13.

2. Wesensmerkmale des Auftrags

2.1 Treueverpflichtung

Die Treueverpflichtung des Beauftragten ist für den Auftrag kennzeichnend. Der Beauftragte hat fremde Interessen wahrzunehmen. Das bedeutet, dass der Beauftragte alles im Hinblick auf den Leistungszweck Förderliche zu unternehmen und alles Hinderliche zu unterlassen hat. Insbesondere heisst das, dass er bei der Durchführung des Auftrags den ihm anvertrauten gegenüber konkurrierenden Interessen den Vorrang gewähren muss⁶⁶.

2.2 Das besondere Vertrauensverhältnis

Beim Auftrag setzt jeder Vertragspartner Vertrauen in die Gegenpartei. Zudem erhält der Beauftragte Einblicke in sehr persönliche Angelegenheiten (Geschäftsgeheimnisse), was bei Pflichtverletzung unter Umständen irreparable Nachteile bewirken kann. Aus diesem besonderen Vertrauensverhältnis fliessen die grundsätzliche Verpflichtung zur persönlichen Besorgung des Auftrages⁶⁷, die Geheimhaltungspflichten⁶⁸ und die freie Widerruflichkeit⁶⁹. Wo nämlich ein Auftrag auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht, ist die Erreichung des Vertragszweckes in Frage gestellt, wenn ein Vertrauensschwund eintritt. Daher ist es richtig, dass der Auftrag einseitig aufgelöst werden kann, ohne dass der Nachweis wichtiger Gründe gefordert wird, sofern die Kündigung nicht zur Unzeit⁷⁰ erfolgt⁷¹.

2.3 Persönlichkeitsbezug

Ein Auftrag an einen Standeskollegen wird in aller Regel erteilt, weil eine oder mehrere Ressourcen⁷² nicht oder zu wenig vorhanden sind. Der Auftrag gebende Personalberater ist gewissermassen auf den Beauftragten angewiesen und verlässt sich auf fachliche Fähigkeiten (zum Beispiel Spezialisierung in einem Marktsegment) und charakterliche Qualitäten des anderen Personalberaters.

2.4 Inhaltliche Unbestimmtheit des Auftrags

Inhaltlich lassen sich viele Aufträge nicht genau zum Voraus bestimmen, da die vom Beauftragten zu besorgenden Angelegenheiten ständiger Veränderungen ausgesetzt sind. Oft ergeben sich neue Fragen, Schwierigkeiten, andere Lösungsmöglichkeiten etc. Der Auftraggeber darf durch verbindliche Weisungen den Auftragsgegenstand fortlaufend präzisieren⁷³. Demgegenüber kann aber der Auftraggeber auch nicht in der Lage sein, den Umfang des Auftrages zu konkretisieren, für dessen Durchführung er den Beauftragten zu Rate zieht.

⁶⁶ vgl. hinten Ziff. 6.2.1, S. 27.

⁶⁷ vgl. hinten Ziff. 6.1, S. 26.

⁶⁸ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.1, S. 28.

⁶⁹ vgl. hinten Ziff. 4.2, S. 24.

⁷⁰ Art. 404 Abs. 2 OR, vgl. hinten Ziff. 4.2 Abs. 6, S. 25.

⁷¹ vgl. Hofstetter, S. 37 f.

⁷² vgl. vorne Ziff. 4, S. 10.

⁷³ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.3, S. 28.

2.5 Haftung für sorgfältige Ausführung

Der Beauftragte schuldet sorgfältiges Bemühen um die ihm anvertraute Aufgabe⁷⁴. Wie erwähnt wird nicht ein Erfolg geschuldet. Das Fehlen einer Erfolgsgarantie wird ausgeglichen durch die Sorgfaltspflicht, die verschiedenen Treuepflichten und die freie Widerruflichkeit, denen der Beauftragte unterliegt. Ausserdem muss davon ausgegangen werden, dass sich der Beauftragte aufgrund von sich während der Ausführung verändernden Situationen neu orientieren muss, um den Auftrag zu erfüllen, was das Fehlen einer Erfolgsgarantie auch rechtfertigt⁷⁵.

2.6 Die selbständige Stellung des Beauftragten

Der Beauftragte ist stets weder organisatorisch noch örtlich an den (Betrieb des) Auftraggeber(s) eingebunden. Insofern hat der Beauftragte die Unabhängigkeit eines Unternehmers, führt jedoch die einzelnen Geschäfte in fremdem Interesse, für fremde Rechnung und auf fremdes Risiko. Lediglich in Bezug auf seinen Betrieb als Ganzes, auf seine Generalunkosten und Berufsrisiken ist der Beauftragte Unternehmer⁷⁶.

3. Entstehung des Auftrags

Ein Auftrag entsteht, wie alle Verträge, durch den Austausch übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerungen⁷⁷. Diese können konkludent⁷⁸, mündlich oder schriftlich erfolgen.

Mit übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerung kommt ein Vertrag jedoch nur zustande, wenn über die wesentlichen Vertragsbestandteile Einigkeit erzielt worden ist⁷⁹. Für den Auftrag ist die Willenserklärung des Beauftragten, die verlangte Dienstleistung⁸⁰ zu erbringen, vertragswesentlich⁸¹. Eine Gegenleistung⁸² des Auftraggebers ist für den Auftrag⁸³ nicht begriffswesentlich.

Durch den Abschluss eines Vertrages entsteht mindestens eine Leistungspflicht, das heisst dem Gläubiger kommt grundsätzlich ein klagbares Recht auf Leistung und dem Schuldner damit eine einklagbare Pflicht zur Leistung zu.

Vor dem Abschluss eines rechtsverbindlichen Kooperationsvertrages zweier Personalberatungsfirmen sind diverse Punkte vorgängig abzuklären.

⁷⁴ vgl. hinten Ziff. 6.2.2, S. 29.

⁷⁵ vgl. Hofstetter, S. 39.

⁷⁶ vgl. vorne Ziff. 2.1.4, S. 5.

⁷⁷ Art. 1 OR.

⁷⁸ konkludent, lat., schlüssig(es Verhalten). Ein konkludentes Verhalten liegt vor, wenn aus einer Handlung auf eine bestimmte Absicht geschlossen werden kann. Konkludent ist beispielsweise die Entgegennahme von für den Auftrag benötigten Unterlagen oder das Dulden der Geschäftsbesorgung nach erfolgter Absprache.

⁷⁹ Art. 2 OR.

⁸⁰ vgl. vorne Ziff. 6.2, S. 12 f. u. hinten Ziff. 5, S. 25.

⁸¹ Art. 394 Abs. 1 OR.

⁸² vgl. hinten Ziff. 7.1.1, S. 31.

⁸³ Art. 394 Abs. 3 OR.

In erster Linie ist wichtig, ob beide Parteien zum Vertragsabschluss legitimiert sind. In der Regel werden ausschliesslich zur Vertretung befugte Angestellte einer Personalberatung miteinander zusammenarbeiten oder die Zusammenarbeit – beispielsweise in einem Konzern – ist intern geregelt (die Personalberater dürfen und sollen zusammenarbeiten). Das Vorliegen einer rechtmässigen Abschlusskompetenz gilt es dennoch im Vorfeld zu überprüfen.

Zusätzlich empfiehlt es sich, abzuklären – diesbezügliche Unkenntnis vorausgesetzt –, ob die gewünschte Partnerfirma über die vom Gesetzgeber vorgeschriebene Bewilligung für Personalvermittlung bzw. Personalverleih gemäss AVG verfügt⁸⁴, sofern diese für die Aufgabenstellung von Nöten ist.

3.1 Formerfordernisse

Wenn das Gesetz nicht explizit die Einhaltung einer Formvorschrift verlangt, gilt im schweizerischen Vertragsrecht der Grundsatz der Formfreiheit. Die übereinstimmende und gegenseitige mündliche Willensäusserung⁸⁵ genügt für eine Auftragserteilung. Es ist jedoch beiden Parteien freigestellt, die Vereinbarungen schriftlich festzuhalten.

Besonders bei in der Praxis üblichen mündlichen Verträgen ist auf die Beweisbarkeit von Abmachungen zu achten. Es empfiehlt sich beispielsweise eine schriftliche Bestätigung des gemeinsamen Vorhabens mit Nennung der essenziellen Vertragspunkte über E-Mail oder Fax.

3.2 Nichtigkeit / Anfechtbarkeit

Verträge können von Anfang an nichtig sein. Das sieht das Gesetz jedoch nur bei unmöglichen (Leistung kann überhaupt nicht erbracht werden; Verkauf von Land auf dem Mond), unsittlichen (wider ethische Prinzipien und Wertmassstäbe⁸⁶; Schmiergeldversprechen, lebenslange Arbeitsverträge) oder widerrechtlichen (Verstoss gegen objektives Recht; Drogengeschäft) Verträgen vor⁸⁷. Ein eher unwahrscheinliches Beispiel wäre die Kooperation zweier Personalagenturen zur Vermittlung von Dirnen an Bordellinhaber.

Im Gegensatz zur anfänglichen Nichtigkeit kann ein Vertragsschluss zustande kommen, aber infolge Willensmangel (Irrtum⁸⁸, Täuschung⁸⁹, Furchterregung⁹⁰, Übervorteilung⁹¹) anfechtbar sein. Davon ausgehend, dass sich Personalberater untereinander mehr unterstützen als schaden wollen, wird darauf an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

⁸⁴ Art. 2 AVG, Art. 1-7 AWV.

⁸⁵ Art. 1 ff. OR.

⁸⁶ BGE 115 II 235.

⁸⁷ Art. 20 OR.

⁸⁸ Art. 23, Art. 24 OR.

⁸⁹ Art. 28 OR.

⁹⁰ Art. 29 OR.

⁹¹ Art. 21 OR.

4. Beendigung des Auftrags

4.1 Beendigung durch Erfüllung

Die gehörige Erfüllung des Auftrages erfordert nicht die Erreichung des angestrebten Erfolges oder die vollständige Abwicklung des Auftrags⁹², sondern lediglich das sorgfältige Tätigwerden des Personalberaters. Grundsätzlich bedeutet die Beendigung des Auftrags, dass der Beauftragte für den Auftraggeber nicht weiterhin die Angelegenheiten des Auftraggebers zu besorgen hat.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Beendigung des Auftragsverhältnisses und dem Erlöschen der einzelnen, während der Dauer der Auftragswirkung entstandenen Obligationen. Das Auftragsverhältnis ist beendet, aber die Honorarzahung⁹³ (des Auftraggebers) oder die Rechenschaftsablegung⁹⁴ (des Beauftragten) stehen noch aus; Pflichten wie die Geheimhaltungspflicht⁹⁵ (des Beauftragten) dauern noch an.

4.2 Beendigung durch Widerruf und Kündigung

Widerruf und Kündigung sind einseitige Akte und von gleicher rechtlicher Natur, es sind auflösende Gestaltungsrechte. Sie sind empfangs- jedoch nicht formbedürftig, sofern die Parteien nicht eine Form vereinbart haben. Das Auftragsverhältnis kann also ohne Vorliegen von wichtigen Gründen und ohne Einhaltung einer Frist von jeder Seite aufgelöst werden⁹⁶. Sie können mit sofortiger Wirkung oder auf einen bestimmten Termin ergehen.

Widerruf und Kündigung wirken vom Moment der Kündigung an. Der Beauftragte hat Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit. Pro futuro entfällt der Honoraranspruch. Geschieht die Aufhebung durch Übereinkunft, so entfällt die Ersatzpflicht⁹⁷.

Widerrufen wird der Auftrag seitens des Auftraggebers. Meist wird der Auftraggeber den Auftrag widerrufen, wenn er die Unterstützung des Beauftragten – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr benötigt. Aus wichtigem Grund, beispielsweise bei zerrüttetem Vertrauensverhältnis, kann der Auftrag ebenfalls widerrufen werden, ohne dass der Beauftragte Schadenersatz geltend machen kann.

Gekündigt wird der Auftrag seitens des Beauftragten. Der Beauftragte kann von seinen Verpflichtungen zurücktreten, wenn er feststellt, dass er den Auftrag nicht erfüllen kann oder die Tätigkeit seine Rechte gefährdet oder gar verletzt. Ebenfalls steht dem Beauftragten, wie dem Auftraggeber, die Kündigung frei, wenn das Vertrauensverhältnis nicht mehr als gegeben angesehen werden kann.

⁹² vgl. Hofstetter, S. 56.

⁹³ vgl. hinten Ziff. 7.1.1, S. 31.

⁹⁴ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.4, S. 29.

⁹⁵ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.1, S. 28.

⁹⁶ Art. 404 Abs. 1 OR.

⁹⁷ Hofstetter, S. 57.

Wenn der Widerruf oder die Kündigung zur Unzeit erfolgt, ist nach Gesetz⁹⁸ der Zurücktretende dem anderen für den verursachten Schaden verantwortlich. Ein Widerruf bzw. eine Kündigung zur Unzeit liegt vor, wenn der Zeitpunkt der Beendigung des Auftrags der Gegenpartei besondere Nachteile bringt.

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Personalberater für einen anderen in dessen Auftrag ein Inserat aufgegeben hat und der Auftrag seitens des Auftraggebers nach Redaktionsschluss widerrufen wird und die Aufgabe des Inserates nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

5. Gegenstand eines Auftrags

Die Möglichkeiten für eine Auftragserteilung zwischen Personalberatungen sind mannigfaltig⁹⁹. Der Auftrag kann grundsätzlich jede mögliche Tätigkeit zum Gegenstand haben, sofern und soweit sie nicht widerrechtlich oder sittenwidrig¹⁰⁰ ist.

In der Regel handelt sich um einen Tathandlungs- und nicht um einen Rechtshandlungsauftrag¹⁰¹. Hauptgegenstand des Auftrags ist stets ein Tun, nie aber ein Unterlassen oder Dulden, die Inhalt von Nebenverpflichtungen sein können.

Die Parteien legen den Umfang des Auftrages fest. Dieser Umfang ist oft nicht von Anfang mit genügender Bestimmtheit klar, muss aber – um Rechtsungereimtheiten zu vermeiden – erfüllbar sowie klar und unmissverständlich sein. Das Gesetz stellt zum Schliessen dieser Vertragslücke auf „die Natur des zu besorgenden Geschäftes“¹⁰² ab. In erster Linie massgebend ist der nach Treu und Glauben ermittelte Vertragszweck. Sofern der Rahmen des Auftrags feststeht, darf ihn der Auftraggeber durch seine Weisungen einseitig konkretisieren¹⁰³.

Nie Bestandteil eines Auftrags ist eine Erfolgsgarantie zu Lasten des beauftragten Personalberaters. Diese würde bewirken, dass aus der erfolglosen Berater Tätigkeit ein vertraglicher Schadenersatzanspruch erwächst.

⁹⁸ Art. 404 Abs. 2 OR

⁹⁹ vgl. vorne Ziff. 6.2, S. 12.

¹⁰⁰ vgl. vorne Ziff. 3.2, S. 23.

¹⁰¹ Im Tathandlungsauftrag verpflichtet sich der Beauftragte zur Erbringung einer Dienstleistung, beim Rechtshandlungsauftrag ist die Vornahme von Rechtshandlungen Vertragsgegenstand.

¹⁰² Art. 396 Abs. 1 OR

¹⁰³ vgl. hinten 6.2.1.3, S. 28.

6. Die Pflichten des Beauftragten

6.1 Hauptpflichten und deren Verletzung

Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag „vertragsgemäss“ auszuführen¹⁰⁴. Er schuldet also eine Tätigkeit, wobei der Auftraggeber den Beauftragten mit Weisungen unterstützen darf¹⁰⁵. Das Interesse des Beauftragten am Entgelt ändert nichts daran, dass der Beauftragte fremde Interessen wahrnimmt. Gerade um dieser Tätigkeit in fremden Interesse wegen wird er honoriert. Der Beauftragte ist angehalten, alles zu unternehmen, was dem Erreichen des Vertragszweckes dienlich ist und alle den Vertragszweck gefährdenden Handlungen zu unterlassen. Das Interesse am Honorar darf aber mit den zu besorgenden Angelegenheiten nicht in Widerstreit geraten. Mit Vertragsabschluss erhält der Beauftragte die Verantwortung für die Ausführung des Auftrags¹⁰⁶.

Die Tätigkeit wird nur so lange geschuldet, als der Beauftragte nicht von der Kündigungsmöglichkeit¹⁰⁷ Gebrauch macht. Der Beauftragte macht sich schadenersatzpflichtig, wenn er nicht tätig wird und auch nicht (rechtzeitig) kündigt¹⁰⁸.

Der Beauftragte hat grundsätzlich den Auftrag persönlich zu erfüllen¹⁰⁹. Der Bezug von unter Anleitung und Aufsicht des Beauftragten arbeitenden Erfüllungsgehilfen (beispielsweise einem Mitarbeiter) für untergeordnete Funktionen ist zulässig. Keine persönliche Tätigkeitspflicht hat der Beauftragte dann, wenn er zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig erachtet wird. Die Befugnis, einen Substituten zur Leistungserbringung beizuziehen, hat demnach der Beauftragte zu beweisen. Die richtige Erfüllung durch den Substituten schliesst eine Haftung des Beauftragten nicht aus, denn der Auftraggeber kann ein Interesse daran haben, die Kenntnis seiner Angelegenheit auf einen bestimmten von ihm ausgewählten Personenkreis zu beschränken. Die Vertragsverletzung, die der Beauftragte durch eine unbefugte Substitution begeht, führt unter Umständen zu einer Schadenersatzpflicht, wenn er sich nicht exkulpieren¹¹⁰ kann¹¹¹.

Der Beauftragte schuldet sorgfältiges Bemühen und Tätigwerden um die ihm anvertraute Aufgabe, jedoch schuldet er nicht ein bestimmtes Ergebnis. Das Fehlen eines Einstehenmüssens für den Erfolg der Tätigkeit wird ausgeglichen durch die Sorgfaltspflicht¹¹² und die vielgestalteten Treuepflichten¹¹³, denen der Beauftragte unterliegt, ferner durch die freie Widerrufbarkeit, von der er jederzeit Gebrauch machen kann. Eine Erfolgshaftung passt auch nicht zur inhaltlichen Unbestimmtheit vieler Aufträge¹¹⁴, bei denen der Beauftragte seine Tätigkeit laufend an sich veränderte Situationen anzupassen hat. Dies bedeutet insbesondere, dass der Beauftragte nach Fehlschlagen seiner Bemühungen nach neuen Wegen suchen muss, um den Auftragszweck zu erfüllen¹¹⁵.

¹⁰⁴ Art. 398 Abs. 2 u. 3 OR.

¹⁰⁵ Art. 397 Abs. 1 OR, vgl. auch hinten Ziff. 6.2.1.3, S. 28.

¹⁰⁶ Art. 394 Abs. 1 OR.

¹⁰⁷ Art. 404 Abs. 1 OR, vgl. vorne Ziff. 4.2, S. 24.

¹⁰⁸ vgl. Honsell, OR-BT, S. 304.

¹⁰⁹ Art. 398 Abs. 3 OR.

¹¹⁰ exkulpieren, lat., von Schuld frei sprechen.

¹¹¹ Art. 97 Abs. 1 OR, Art. 98 Abs. 2 OR; Hofstetter, S. 94 ff.

¹¹² vgl. hinten Ziff. 6.2.2, S. 29.

¹¹³ vgl. hinten Ziff. 6.2.1 ff., S. 27 ff.

6.2 Nebenpflichten

Um die Hauptpflicht zu erfüllen, muss der Beauftragte die für den Auftrag typischen Nebenpflichten erfüllen. Diese Nebenpflichten werden entsprechend dem Gesetzestext¹¹⁶ Treue- und Sorgfaltspflicht genannt.

6.2.1 Die Treuepflicht

Die Treuepflicht wird meist als Nebenpflicht des Beauftragten aufgefasst. Sie gehört jedoch zu den Wesensmerkmalen des Auftrages. Nebenpflicht ist die Treuepflicht nur deshalb, weil sie im Auftragsverhältnis das Bestehen der eigentlichen Dienstleistungspflicht voraussetzt, den Auftrag selbst aber zu überdauern vermag. Es handelt sich jedoch trotz der Einstufung als Nebenpflicht keineswegs um eine nebensächliche Pflicht.

Zur Treuepflicht gehört vor allem die vertragsgemässe Verwendung und sorgfältige Verwahrung der zur Durchführung des Auftrags überlassenen Gegenstände und Mittel sowie überhaupt die umfassende Interessenwahrnehmung. Insbesondere gehört zur sorgfältigen Ausführung die Geheimhaltungspflicht¹¹⁷ über Wissen, das dem Beauftragten anvertraut ist. Davon ausgehend, dass ein Auftraggeber stets mehr Fachwissen¹¹⁸ oder Kenntnisse bezüglich der konkreten Fragestellung¹¹⁹ hat als der Auftraggeber, werden diese Nebenpflichten umso ausgedehnter.

Der Beauftragte hat treuhänderisch fremde Interessen wahrzunehmen. Die Treueverpflichtung bedeutet, dass der Beauftragte alles im Hinblick auf den Leistungszweck Förderliche zu unternehmen und alles Hinderliche zu unterlassen hat. Insbesondere bedeutet sie, dass er bei der Geschäftsbesorgung den ihm anvertrauten gegenüber konkurrierenden Interessen den Vorrang gewähren muss.

Aus der Treueverpflichtung fliessen namentlich die Geheimhaltungspflicht¹²⁰, die Benachrichtigungs- und Informationspflicht¹²¹, die Weisungsbefolgungspflicht¹²², die Rechenschaftspflicht¹²³ sowie die Erstattungspflicht¹²⁴. Ausserdem ist für die Konstellation Personalberater hilft Personalberater der Beauftragte gehalten, Interessenkollisionen zu vermeiden. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Beauftragte einen Auftrag annimmt, bei welchem er sich mit einer oder mehreren Off-Limit-Companies¹²⁵ konfrontiert sieht.

¹¹⁴ vgl. vorne Ziff. 2.4, S. 21 u. Ziff. 5, S. 25.

¹¹⁵ vgl. Hofstetter, S. 39; vgl. auch vorne Ziff. 2.5, S. 22.

¹¹⁶ Art. 398 Abs. 2 OR: „Der Beauftragte haftet für getreue und sorgfältige Ausführung“.

¹¹⁷ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.1, S. 28.

¹¹⁸ vgl. vorne Ziff. 4.2, S. 10.

¹¹⁹ vgl. vorne Ziff. 4.4, S. 11.

¹²⁰ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.1, S. 28.

¹²¹ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.2, S. 28.

¹²² vgl. hinten Ziff. 6.2.1.3, S. 28.

¹²³ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.4, S. 29.

¹²⁴ vgl. hinten Ziff. 6.2.1.5, S. 29.

¹²⁵ Off-Limit-Companies sind Unternehmen, die von einer Personalberatung nicht angegangen werden dürfen. Die Personalberatung verzichtet nach einer erfolgreichen Platzierung eines Kandidaten freiwillig auf die Rekrutierung von zukünftig potenziellen Kandidaten aus dem Kundenunternehmen für eine bestimmte Zeit, meist zwei Jahre.

6.2.1.1 Die Geheimhaltungspflicht

Die Geheimhaltungspflicht verpflichtet den Beauftragten, sein Verhalten dem Interesse des Auftraggebers anzupassen. Vor allem geschützt werden die persönlichen Interessen und die Persönlichkeit, da er infolge der Zusammenarbeit mit seinem Partner äusserst vertrauliche Informationen erhält, die er geheim halten muss, soweit nicht die Erfüllung des Auftrags eine Kundgabe an Dritte verlangt. Der Auftrag gebende Personalberater kann an der Einhaltung der Geheimhaltungspflicht stärker interessiert sein, als an der Erbringung der eigentlichen Dienstleistung.

6.2.1.2 Die Benachrichtigungs- und Informationspflicht

Die Benachrichtigungspflicht gebietet dem Beauftragten den Auftraggeber unaufgefordert zu informieren, aufzuklären und gegebenenfalls auch zu warnen. Gegenüber dem Auftraggeber hat der unterstützende Personalberater auch eine Informationspflicht, welche verlangt, dass Letzterer dem Auftraggeber sämtliche Tatsachen, Vor- und Nachteile beispielsweise zu einer Stelle bzw. einem Unternehmen oder Kandidaten offen legt. Die Information hat vollständig, wahrheitsgemäss und rechtzeitig zu erfolgen. Schliesslich ist die Information dem Auftraggeber nur dann hilfreich, wenn sie ihn auch rechtzeitig erreicht. So muss sich der Beauftragte vergewissern, dass die Mitteilung den Auftraggeber innert nützlicher Frist zugeht.

6.2.1.3 Die Weisungsbefolgungspflicht

Wenn der Auftraggeber eigene Angelegenheiten einem Beauftragten zur Besorgung anvertraut, tut er dies oftmals, weil ihm der Gegenstand nicht vertraut ist, zumal es sich meist um komplexe Sachverhalte handelt oder weil er die notwendigen Ressourcen¹²⁶ nicht besitzt. Dass der Auftraggeber zur Wahrung seiner Interesse einen Beauftragten beizieht, ändert nichts an seinem Recht, in den eigenen Angelegenheiten nach Belieben zu verfahren¹²⁷.

Die Art und Weise wie der beauftragte Personalberater den Auftrag ausüben muss, wird ihm höchstwahrscheinlich kein anderer Personalberater vorschreiben. Die Weisungsbefolgungspflicht bezieht sich vielmehr auf die Bedürfnisse und Wünsche des Auftraggebers, welche sich seit Auftragserteilung geändert haben können¹²⁸.

Mit Auftragserteilung erhält der Beauftragte die Verantwortung für die Ausführung des Auftrags¹²⁹, wobei sie vom Auftraggeber mit Weisungen fortlaufend unterstützt werden kann¹³⁰. Der Beauftragte nimmt somit die jeweils aktuellen Interessen des Auftraggebers wahr, indem er das übertragene Geschäft sorgfältig und getreu ausführt¹³¹ und die Weisungen des Auftraggebers befolgt. Der Befolgung einer Weisung kann der Beauftragte auch – in beratender Weise – verweigern, wenn die Weisung(en) des Auftraggebers dem eigentlichen Zwecke des Auftrags oder dem Gesetze widersprechen, was ihm die Treupflicht gar gebietet zu tun. Die Weisungsbefugnis des Auftraggebers besteht jedoch nur innerhalb des vereinbarten Vertragsgegenstandes.

¹²⁶ vgl. vome Ziff. 4, S. 10.

¹²⁷ Hofstetter, S. 101.

¹²⁸ vgl. vome Ziff. 2.5, S. 22 u. Ziff. 6.1 Abs. 4, S. 26.

¹²⁹ Art. 394 Abs. 1 OR.

¹³⁰ Art. 397 Abs. 1 OR.

¹³¹ Art. 398 Abs. 2 OR.

6.2.1.4 Die Rechenschaftspflicht

Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsführung¹³², namentlich Information „über den Stand der Dinge“. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung ist die Konsequenz der für den Auftrag begriffsnotwendigen Fremdhützigkeit¹³³. Dazu gehören schriftliche Aufzeichnungen über seine Tätigkeit, das Anlegen der „Projekt-History“, das Archivieren von Korrespondenz, die Ablage der Stellenprofile etc. Die Rechenschaftsablegung liegt ebenfalls im Interesse des Beauftragten, der sich auf diese Weise vergewissern kann, dass er weiterhin das Vertrauen des Auftraggebers genießt und mit der Rechenschaftsablegung den Nachweis für das Tätigsein erbringt. Die Rechenschaftspflicht ist eine Vorschrift zwingenden Rechts und ist selbständig einklagbar.

6.2.1.5 Die Erstattungspflicht

Das Gesetz bestimmt¹³⁴, dass der Beauftragte auf Verlangen verpflichtet ist, alles was ihm infolge der Auftragsausführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, jederzeit zu erstatten. Somit muss der Beauftragte dem Auftraggeber alles zurückgeben, was er vom Auftraggeber oder von Dritten im Rahmen der Durchführung des Auftrags erhalten hat.

Als Arbeits- oder Hilfsmittel (Notizen, Skizzen, Berechnungen, Dokumentationen, Lebensläufe, Referenzschreiben, Stellenprofile etc.) zu bezeichnende Unterlagen, die der Beauftragte selbst angefertigt hat, um sein vertragsgemässes Vorgehen überhaupt erfüllen zu können oder um später seiner Auskunftspflicht zu genügen, müssen nicht zurückgegeben werden¹³⁵.

6.2.2 Die Sorgfaltspflicht

Der Beauftragte haftet für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis¹³⁶. „Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt“¹³⁷. Der Arbeitnehmer haftet für diejenige Sorgfalt „unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse“¹³⁸.

Der Beauftragte kann sich jedoch insbesondere nicht auf geringere Fachkenntnisse berufen. An die Sorgfalt des Beauftragten sind höhere Anforderungen zu stellen als an diejenige des Arbeitnehmers. Der Beauftragte hat stets für diejenige Sorgfalt einzustehen, „welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt“¹³⁹. Er muss also die durchschnittlichen Fähigkeiten eines Personalberaters besitzen. Hat er sie nicht, so liegt bereits in der Übernahme des Auftrags infolge Fehlen entsprechender Fähigkeiten ein Verschulden vor (so genanntes Übernahmeverschulden)¹⁴⁰.

¹³² Art. 400 Abs. 1 OR.

¹³³ Hofstetter, S. 115.

¹³⁴ Art. 400 Abs. 1 OR.

¹³⁵ vgl. Hofstetter, S. 119.

¹³⁶ Art. 398 Abs. 1 OR.

¹³⁷ Art. 321 lit. e) Abs. 1 OR.

¹³⁸ Art. 321 lit. e) Abs. 2 OR.

¹³⁹ BGE 115 II 64.

¹⁴⁰ vgl. Honsell, OR-BT, S. 306.

Ein konkretes Beispiel eines Übernahmeverschuldens wäre, wenn ein bisher ausschliesslich im kaufmännischen Temporärbereich tätiger Personalberater sich als Headhunter ausgibt und gegenüber einem hochqualifizierten CEO die Verpflichtung übernimmt, diesen beim „Absprung“ zu beraten, ohne aber irgendein brauchbares Netzwerk für Top-Shots bzw. die dafür notwendigen Kenntnisse zu haben, sodass eine Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung (überhaupt) nicht möglich ist.

6.2.3 Die Rechtsfolgen bei Verletzung von Nebenpflichten

Durch die Beziehung zwischen den Parteien ist von einem besonderen Vertrauens- und Treueverhältnis auszugehen. Entsprechend ist ein gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Verhalten der Beteiligten ein Verstoß gegen Art. 328 Abs. 2 OR.

Verletzt der Beauftragte die Sorgfalts- und/oder Treuepflicht, so kann der Geschädigte zivilrechtliche Schritte, namentlich eine Schadenersatzklage¹⁴¹, einleiten, um einen erlangten Schaden einzuklagen.

Verletzt der Beauftragte die Geheimhaltungs- und Schweigepflicht, durch Ausnützen oder Verraten von Informationen, die er infolge seiner Tätigkeit erworben hat, kann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beauftragten gegeben sein¹⁴². Es ist im übrigen nicht nur jener Berater strafbar, welcher die Schweigepflicht vorsätzlich verletzt. Ein Erfolg des Ausnützens von Informationen oder des Verrats ist ebenfalls nicht notwendig. Die subjektive Voraussetzung des (Eventual-)Vorsatzes genügt bereits, um den Tatbestand der Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses zu erfüllen.

Allgemein kann gesagt werden, dass bei Auftragserteilung zwischen Personalberatern, sollte ein Schaden entstehen, dieser Schaden schwer bezifferbar sein wird. Angenommen, der beauftragte Personalberater hat ein Inserat für seinen Kollegen aufgegeben, erhält Dossiers und leitet diese nicht weiter. Es kann ein Schaden entstanden sein, wenn einer dieser Bewerber schliesslich beim Kunden angestellt wird, sei es indirekt durch den Partner oder direkt auf Eigeninitiative des Bewerbers.

¹⁴¹ gemäss Art. 97 ff. OR u. 397 ff. OR.

¹⁴² Art. 162 StGB.

7. Die Pflichten des Auftraggebers

7.1 Hauptpflichten

7.1.1 Zahlung einer Vergütung

Der Auftrag kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Die Entgeltsvereinbarung kann bei Auftragserteilung oder später erfolgen¹⁴³.

Haben die Parteien nichts vereinbart, so ist die Vergütung dann geschuldet, wenn sie für die Leistung, insbesondere bei beruflicher Mandatstätigkeit des Beauftragten, üblich ist. Sie wird in aller Regel auch stillschweigend vereinbart, weil der Auftraggeber weiss, dass es sich um Berufsausübung zu Erwerbszwecken handelt¹⁴⁴.

Steht die Entgeltlichkeit des Auftrages fest, so ist die Form und die Höhe der Vergütung zu bestimmen, was oft Schwierigkeiten bereitet. Die Vergütung kann auf verschiedenste Weise vereinbart werden (Pauschalsumme, in Prozent vom Wert des besorgten Geschäfts, pro aufgewendeter Zeit). Zudem lassen sich diese Methoden kombinieren. Die Entgeltsvereinbarung ist innerhalb der Schranken der Vertragsfreiheit gültig. Sie ist unwirksam, soweit sie eine Übervorteilung¹⁴⁵ darstellt oder gegen die guten Sitten¹⁴⁶ verstösst.

Kein oder nicht das ganze Honorar ist geschuldet, wenn der Beauftragte den Auftrag nicht vertragsgemäss ausgeführt hat¹⁴⁷.

7.1.2 Auslagen- und Spesenersatz

Das Gesetz verpflichtet den Auftraggeber zum Ersatz der dem Beauftragten in sorgfältiger Ausführung des Auftrages entstandenen Auslagen und Verwendungen¹⁴⁸. Als Auslagen und Verwendungen gelten Vermögenseinbussen, die der Beauftragte gewollt hat, um damit den Auftrag vertragsgemäss zu besorgen¹⁴⁹. Die Terminologie ist entsprechend vielfältig: Auslagen, Kosten, Unkosten, Spesen, Verwendungen, Aufwendungen etc. Die Spesen müssen aus dem konkreten Auftrag und den dazu erteilten Weisungen erwachsen sein.

¹⁴³ Hofstetter, S. 78.

¹⁴⁴ Hofstetter, S. 79.

¹⁴⁵ Art. 21 OR.

¹⁴⁶ Art. 20 OR.

¹⁴⁷ vgl. Honsell, OR-BT, S. 312 f.

¹⁴⁸ Art. 402 Abs. 1 OR.

¹⁴⁹ vgl. Honsell, OR-BT, S. 311.

7.1.3 Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten

Der Beauftragte hat Anspruch auf Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten¹⁵⁰. Geht der beauftragte Personalberater einem Dritten, beispielsweise einem Medienunternehmen für ein Inserat, gegenüber Verpflichtungen in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers ein, so vermindert er zwar nicht seine Aktiven, erhöht aber seine Passiven. Die Lage ist grundsätzlich dieselbe wie bei bereits geleisteten Auslagen. Der Befreiungsanspruch ist deshalb unter gleichen Voraussetzungen zu gewähren¹⁵¹, das bedeutet, der Auftraggeber hat die für die sorgfältige Ausführung seines Auftrags generierten Kosten vollumfänglich zu übernehmen.

7.1.4 Schadenersatzpflicht

Schäden, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrags erlitten hat, muss der Auftraggeber ersetzen, sofern ihm nicht die Exkulpation¹⁵² gelingt. Die Ersatzpflicht für den Auftraggeber entsteht und wird fällig mit der Vermögensminderung auf Seiten des Beauftragten¹⁵³, auch wenn in der Regel nicht der Auftraggeber selbst, sondern Dritte oder ein Zufall den Beauftragten geschädigt haben¹⁵⁴.

Für unverschuldete Schäden kann der Auftraggeber dagegen grundsätzlich nicht belangt werden.

Die Haftung des Auftraggebers setzt einen dem Beauftragten zugefügten Schaden voraus. Dieser Schaden muss – um Schadenersatz geltend zu machen – vom Auftraggeber verschuldet sein sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang¹⁵⁵ zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden aufweisen.

Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten wichtige, für die Ausführung des Auftrags notwendige Unterlagen oder Informationen vorenthalten hat und dieses Verhalten dem Beauftragten Schaden zugefügt hat.

¹⁵⁰ Art. 402 Abs. 1 OR.

¹⁵¹ Hofstetter, S. 86.

¹⁵² Art. 402 Abs. 2 OR.

¹⁵³ Hofstetter, S. 85 ff.

¹⁵⁴ vgl. Hofstetter, S. 88.

¹⁵⁵ Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet war, den eingetretenen Schaden zu bewirken, BGE 123 III 110.

D. Rechtsverbindliche Kooperation in Form einer einfachen Gesellschaft

1. Einleitung

Personalberatungen arbeiten in der Regel für sich und auf eigene Rechnung¹⁵⁶. Sie können ihre Organisation bzw. Rechtsform innerhalb der gesetzlichen Schranken frei wählen. Im Zentrum der Rechtswahl stehen die *Einzelfirma*, die *Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft* als Personengesellschaften bzw. die *Aktiengesellschaft* oder die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* als Kapitalgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Wahl der Rechtsform hängt von verschiedenen Faktoren ab. Einerseits sind finanzielle, strukturelle und organisatorische Überlegungen von Bedeutung, andererseits ist die rechtliche Ausgestaltung einer Gesellschaftsform, insbesondere die Haftung für Verbindlichkeiten des Unternehmens, sehr entscheidend für die Wahl des Rechtskleides¹⁵⁷.

Gegenstand der nachfolgenden Auseinandersetzung bildet ausschliesslich die Kooperation von zwei Personalberatungsfirmen, die bereits in eine eigene Rechtsform gekleidet sind und unter eigener Firma am Geschäftsverkehr teilnehmen¹⁵⁸. Die kooperierenden Gesellschaften streben keine Zusammenarbeit in einer neu zu gründenden Firma, sondern die fallweise, projektbezogene Zusammenarbeit¹⁵⁹ mit dem gemeinsamen Zweck¹⁶⁰ der Vermittlung durch das Beibringen von Kandidaten- und Stellenprofil¹⁶¹ an. Sie bleiben rechtlich und wirtschaftlich selbständig und treten weiterhin unter ihrer eigenen Firma auf¹⁶².

Das Vertragsrecht sieht für diese Art der Kooperation nur das Konstrukt der *einfachen Gesellschaft* vor. Nachstehend wird die Kooperation zwischen Personalberatungsfirmen daher ausschliesslich unter dem Aspekt der einfachen Gesellschaft dargestellt.

1.1 Abgrenzung zwischen Auftrag und einfacher Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft ist ein Vertrag von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Das Unterscheidungskriterium zum Auftrag ist der gemeinsame Zweck¹⁶³. Beim Auftrag wird der Zweck vom Auftraggeber bestimmt, während bei der einfachen Gesellschaft der Zweck von beiden Parteien begründet wird¹⁶⁴.

¹⁵⁶ vgl. vorne Ziff. 3.2, S. 3 u. Ziff. 2.1.4.1, S. 6.

¹⁵⁷ Eine detaillierte Übersicht über die Gesellschaftsformen des Schweizerischen Obligationenrechts und die Frage, welche Rechtsform für ein Personalberatungsunternehmen am Geeignetsten erscheint, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch sprengen.

¹⁵⁸ gemäss Art. 3 Abs. 1 AVG u. Art. 8 AVV muss eine Personalberatung im Handelsregister eingetragen werden.

¹⁵⁹ vgl. vorne Ziff. 2.1.4, S. 5; Ziff. 2.2.4, S. 7; Ziff. 2.3.1, S. 8 u. hinten Ziff. 5, S. 37.

¹⁶⁰ vgl. hinten Ziff. 4, S. 36.

¹⁶¹ vgl. hinten Ziff. 6.1, S. 37.

¹⁶² vgl. vorne Ziff. 2.1.4, S. 5.

¹⁶³ vgl. hinten Ziff. 4, S. 36.

¹⁶⁴ vgl. hinten Ziff. 3, S. 35.

2. Erscheinungsformen

2.1 Allgemeines

Die Legaldefinition findet sich in Art. 530 Abs. 1 OR: „Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln“.

Die einfache Gesellschaft findet als subsidiäre Rechtsform des Schweizerischen Gesellschaftsrechts in den verschiedensten Verwendungsarten als Gelegenheitsgesellschaft für eine einmalige Tätigkeit oder für eine Vielzahl gleichartiger Kooperationsgeschäfte Anwendung¹⁶⁵.

Diese Form des vertraglichen Zusammenschlusses zweier Kooperationspartner ist keine Gesellschaft im eigentlichen Sinne¹⁶⁶. Die einfache Gesellschaft kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden, nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein und weist somit keine eigene Rechtspersönlichkeit auf. Daraus folgernd kann die einfache Gesellschaft weder vor Gericht klagen, noch beklagt oder betrieben werden.

2.2 Offene einfache Gesellschaft

Im Anwendungsbereich der Art. 530 ff. OR bildet die sogenannte *offene einfache Gesellschaft* den Normaltypus. Sie nimmt als Personenvereinigung über alle ihre Vertreter¹⁶⁷, namentlich die beiden kooperierenden Personalberater, am Rechtsverkehr mit Dritten (dem Kunden und dem Kandidaten) teil und wird auch – im Gegensatz zur Innengesellschaft¹⁶⁸ – als Aussengesellschaft bezeichnet.

2.3 Stille Gesellschaft

Neben dieser Grundform der offenen einfachen Gesellschaft kommen im Rechtsalltag auch atypische einfache Gesellschaften vor, die aufgrund der in der Praxis üblichen Abmachungen betreffend der Geschäftsführung¹⁶⁹ in der Regel auf die Kooperation zwischen Personalberatungen zutreffen werden: *die stille Gesellschaft* und die Unterbeteiligung, wobei für diese Arbeit letztere nicht interessiert. Es finden ebenfalls die Art. 530 ff. OR Anwendung.

Die stille Gesellschaft wird als reine Innengesellschaft bezeichnet, da sie nach aussen gar nicht in Erscheinung tritt und nicht am Rechtsverkehr teilnimmt. Die stille Gesellschaft wird nach aussen einzig durch den federführenden Vertragspartner¹⁷⁰ vertreten¹⁷¹, der andere Personalberater tritt nach aussen nicht auf, sondern bleibt im Hintergrund¹⁷².

¹⁶⁵ Meyer-Hayoz, S. 276.

¹⁶⁶ Um Verwirrung zu vermeiden, werden deshalb im Folgenden die Begriffe Vertragsparteien, Parteien und Beteiligte verwendet.

¹⁶⁷ Art. 543 f. OR.

¹⁶⁸ vgl. unten Ziff. 2.3.

¹⁶⁹ vgl. hinten Ziff. 6.2, S. 38.

¹⁷⁰ im Folgenden auch Geschäftsführer genannt, in der Literatur als Hauptgesellschafter bezeichnet.

¹⁷¹ vgl. Frei, S. 40.

¹⁷² so genannt stiller Gesellschafter.

2.3.1 Aussenverhältnis

Gegen aussen handelt ausschliesslich der für die jeweilige Allianz von den Kooperationspartnern ernannte Geschäftsführer in eigenem Namen und mit eigener Rechtsmacht¹⁷³.

Tritt der bisher anonyme Personalberater gegenüber Dritten als Vertragspartei auf, haftet er wie eine normale Vertragspartei¹⁷⁴ und die bisher stille Gesellschaft wird dadurch zur (gewöhnlichen) offenen einfachen Gesellschaft.

Die stille Gesellschaft wird allerdings nicht automatisch mit Wissen Dritter (zum Beispiel des Kunden) um den im Hintergrund verbliebenen Personalberater zur einfachen Gesellschaft, wenn dieser nicht nach aussen als Vertragspartei auftreten will¹⁷⁵.

2.3.2 Innenverhältnis

Beschlüsse betreffend dem Vorgehen zur Vermittlung des Kandidaten an den Kunden unterliegen grundsätzlich der Einstimmigkeit, wobei die gefassten Beschlüsse vom Geschäftsführer im Aussenverhältnis umgesetzt werden¹⁷⁶. Jedoch schränken die Beschlüsse der Parteien den Geschäftsführer in seiner Verfügungsmacht nicht ein. Die Beschlüsse beschränken lediglich sein Dürfen, nicht aber sein Können¹⁷⁷.

2.3.3 Haftung

Die Beteiligten haften grundsätzlich persönlich unbeschränkt und solidarisch für Verbindlichkeiten der einfachen Gesellschaft gegenüber Dritten¹⁷⁸. Dies gilt aber nur für eigentliche Schulden der einfachen Gesellschaft, die typischerweise beim Versuch einen Kandidaten an einen Kunden zu vermitteln nicht entstehen, weshalb an dieser Stelle nicht näher auf die Haftungsfrage eingegangen wird.

3. Entstehung

Das Gesetz verlangt die vertragsgemässe Verbindung¹⁷⁹ von mindestens zwei Personen für die Entstehung der einfachen Gesellschaft¹⁸⁰. Als wesentliche Vertragspunkte sind die Festlegung des gemeinsamen Zwecks¹⁸¹ und der Beiträge¹⁸² zu nennen.

¹⁷³ vgl. hinten Ziff. 6.2, S. 38.

¹⁷⁴ Art. 543 Abs. 3 OR.

¹⁷⁵ Meier-Hayoz, S. 324.

¹⁷⁶ vgl. Sommer, S. 129.

¹⁷⁷ Meier-Hayoz, S. 321.

¹⁷⁸ Art. 544 Abs. 3 OR.

¹⁷⁹ Art. 1 ff. OR.

¹⁸⁰ Art. 530 Abs. 1 OR.

¹⁸¹ vgl. hinten Ziff. 4, S. 36.

¹⁸² vgl. hinten Ziff. 6.1, S. 37.

Da die Entstehung des Vertrages über eine einfache Gesellschaft an keinerlei Formvorschriften gebunden ist, genügt grundsätzlich eine mündliche Abmachung oder eine konkludente Handlung (Einbringen des Stellen- und Kandidatenprofils), welche auf den Zweck (die Vermittlung) ausgerichtet ist¹⁸³.

4. Zweck

An sich kann eine einfache Gesellschaft jeden rechtlich erlaubten Zweck anstreben.

Jedoch ist der Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes¹⁸⁴ der einfachen Gesellschaft untersagt und zwar für wirtschaftliche wie auch für nicht-wirtschaftliche Ziele.

Der gemeinsame Zweck ist im Falle der Kooperation von Personalberatungen typischerweise wirtschaftlicher Art. Von einem wirtschaftlichen Zweck kann dann gesprochen werden, wenn die Vertragsparteien einen ökonomischen Vorteil anstreben. Entscheidend ist, dass der geldwerte Vorteil letzten Endes den Parteien zukommt. Wird eine solche Besserstellung beabsichtigt, hat man es mit einer wirtschaftlichen Zielsetzung zu tun.

In der Praxis pflegt man die ein kaufmännisches Unternehmen betreibenden einfachen Gesellschaften als atypische Gebilde zu dulden¹⁸⁵. In Anbetracht dessen, dass kein eigentliches Unternehmen geführt, sondern „nur“ eine projektbezogene Allianz¹⁸⁶ eingegangen wird, mit dem Ziel, gemeinsam einen Kandidaten einem Kundenunternehmen zuzuführen, ist diese Ausnahmeregelung zu begrüßen.

Mit dem Abschluss des Vertrages streben die Beteiligten die Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks an. Gemeinsam ist der Zweck, wenn alle Beteiligten ein und dasselbe Ziel verfolgen und alle am erstrebten Erfolg (Gewinn) beteiligt sein wollen und bereit sind, auch einen allfälligen Misserfolg (Verlust) mitzutragen¹⁸⁷.

Der Zweck dieser Kooperation ist ohne Zweifel, zusammen mit dem von der Personalberatung A betreuten Kandidaten die adäquate Stelle der Personalberatung B zu besetzen. Die Folge einer erfolgreichen Vermittlung ist der Anspruch auf das Honorar. Die Parteien haben ihr Handeln im Rahmen der gesellschaftlichen Tätigkeit an dem vereinbarten Zweck auszurichten und dessen Verwirklichung zu fördern¹⁸⁸.

¹⁸³ vgl. BGE 99 II 315, 116 II 707.

¹⁸⁴ Das Gesetz verwendet den Begriff „nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe“, Art. 934 Abs. 1 OR. Im Gegensatz zur Betriebswirtschaftslehre werden im schweizerischen Recht die Begriffe „Gewerbe“ und „Unternehmen“ gleichgesetzt.

¹⁸⁵ Frei, S. 44.

¹⁸⁶ vgl. vorne Ziff. 2.3.1, S. 8 u. hinten Ziff. 5, S. 37.

¹⁸⁷ Meier-Hayoz, S. 17.

¹⁸⁸ vgl. Frei, S. 30 ff.

5. Dauer

Der Zweck bestimmt die Dauer der einfachen Gesellschaft. Der Zweck kann auf ein dauerndes Zusammenhandeln ausgerichtet oder, wie im Falle der Kooperation zwischen Personalberatungen, nur von vorübergehender Art sein. Bei zeitlich begrenzter Dauer nennt man die einfache Gesellschaft auch Gelegenheitsgesellschaft. Gelegenheitsgesellschaft liegen typischerweise vor, wenn der Zweck zum Abschluss eines einzigen Vertrages mit einem Dritten führt¹⁸⁹.

6. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien

Wie im Falle des Auftrages ist auch bei einer einfachen Gesellschaft die Treuepflicht der Parteien gegenüber der einfachen Gesellschaft einerseits und gegenüber den Beteiligten andererseits eine typische Erscheinung. Sie hat aufgrund des engen und persönlichen Zusammenschlusses unter den Beteiligten eine sehr grosse Bedeutung.

Die Treuepflicht manifestiert sich in einer Reihe von Bestimmungen, so etwa in der zweckmässigen Beitragspflicht¹⁹⁰, der Regelung der Geschäftsführung und dem Konkurrenzverbot¹⁹¹ sowie in umfassenden Kontrollrechten¹⁹².

6.1 Beitragspflicht

Die Legaldefinition¹⁹³ der einfachen Gesellschaft verlangt von den Parteien, den gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln zu fördern¹⁹⁴. Es hat somit jeder Beteiligte das Recht und die Pflicht, einen Beitrag zu leisten, der zur Förderung des gemeinsamen Zweckes eingesetzt werden muss. Die Leistung eines Beitrags ist zwingender Natur, da nur Vertragspartei einer einfachen Gesellschaft sein kann, wer einen Beitrag zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks erbringt. Wer einen Zweck erreichen will, muss auch die erforderlichen Mittel dafür aufwenden und zur Verfügung stellen¹⁹⁵.

Beitragsleistung im Sinne des Gesetzes kann alles sein, was geeignet ist, den Zweck auf irgend eine Art zu fördern. Das Gesetz nennt als Beiträge ausdrücklich Leistungen in Geld, Sachen, Forderungen oder persönliche Leistungen in Form von Arbeit¹⁹⁶.

Im Falle der kooperierenden Personalberatungen sind die Beiträge einerseits sachlicher Art, nämlich vom einen der Kandidat und vom anderen die zu besetzende Position sowie andererseits persönlich erbrachte Arbeit, also die diesbezüglich vorgängig erbrachten Leistungen. Das Beibringen von Kandidaten- und Stellenprofil sind eindeutige Indikatoren, dass gemeinsame Kräfte und Mittel eingebracht wurden.

¹⁸⁹ vgl. Frei, S. 30 ff.

¹⁹⁰ vgl. unten Ziff. 6.1.

¹⁹¹ vgl. hinten Ziff. 6.2, S. 38.

¹⁹² vgl. hinten Ziff. 6.3, S. 39.

¹⁹³ Art. 530 Abs. 1 OR.

¹⁹⁴ Meier-Hayoz, §12 N 37.

¹⁹⁵ Art. 530 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 531 Abs. 1 OR; vgl. Frei, S. 34.

¹⁹⁶ Art. 531 Abs. 1 OR.

Ist die einfache Gesellschaft unbewusst eingegangen worden oder schweigt sich der Vertrag über Art und Umfang der Beiträge aus, ist die dispositive Bestimmung anwendbar¹⁹⁷. In diesem Falle haben die Parteien gleiche Beiträge in der Art und dem Umfang zu leisten, wie es die Zweckerreichung erfordert. Meines Erachtens ist die Gleichartigkeit von Kandidat und Vakanz gegeben, da das eigentliche Ziel, die Vermittlung und daraus resultierend der Anspruch auf Honorar, nicht ohne das eine oder das andere erreicht werden kann.

6.1.1 Datenschutzrechtlicher Aspekt gemäss AVG

Beim Kooperationspartner, welcher den Kandidaten in die einfache Gesellschaft miteinbringt, ist ein besonderer datenschutzrechtlicher Aspekt zu beachten.

Innerhalb derselben Unternehmung (Personalberatung) bedarf es keiner zusätzlichen Zustimmung des Kandidaten. Der Begriff „Unternehmung“ bezieht sich dabei ausschliesslich auf die Geschäftsstelle und nicht an weitere Filialen, auch wenn diese zum selben Konzern gehören.

Die Weitergabe von Daten an Dritte, in diesem Falle den Kooperationspartner mit der Vakanz, bedingt eine ausdrückliche und schriftliche Zustimmung des Kandidaten¹⁹⁸.

6.2 Geschäftsführung und Konkurrenzverbot

In der Regel wird der Personalberater mit dem Kundenkontakt als federführende Partei tätig sein und die Geschäftsführung der jeweiligen Kooperation übernehmen. Es ist aber auch ohne weiteres denkbar, dass der Personalberater mit dem Kandidatenkontakt die Geschäftsführung übernimmt.

Der Geschäftsführer dieser befristeten Allianz hat die Geschäftsführung nach bestem Wissen und Gewissen zu verfolgen. Insbesondere hat er nicht nur das Recht zur Geschäftsführung, sondern auch die Pflicht dazu.

Der durch die Vereinbarung der kooperierenden Personalberater ernannte Geschäftsführer tritt gegenüber Dritten auf¹⁹⁹ und erhält die Pflicht, für das vereinbarte Projekt alles zu tun, was für das Projekt förderlich und alles zu unterlassen, was hinderlich ist. Er muss gewinnbringende, im Rahmen des Vereinbarten liegende Geschäfte führen.

Der Geschäftsführer hat jedoch nur in diesem so genannten Aussenverhältnis und für dieses Projekt die Befugnisse. Es wäre falsch anzunehmen, der Geschäftsführer habe die Befugnis über seinen Partner oder über dessen Unternehmen Entscheidungen zu treffen.

Die Parteien dürfen die geplanten Geschäfte nicht auf andere Rechnung oder zu ihrem besonderen Vorteil führen²⁰⁰ bzw. nicht Geschäfte betreiben, welche den gemeinsamen Zweck der Kooperation vereiteln oder beeinträchtigen können (so genanntes Konkurrenzverbot). Die gemeinsamen Mittel dürfen nur im Rahmen der gemeinsamen, vereinbarten Zweckverfolgung eingesetzt werden²⁰¹.

¹⁹⁷ Art. 530 Abs. 2 OR

¹⁹⁸ Art. 19 Abs. 4 AVV.

¹⁹⁹ vgl. vorne Ziff. 2.3.1, S. 35.

²⁰⁰ Art. 536 OR

²⁰¹ Sommer, S. 131.

6.3 Kontrollrechte

Die Notwendigkeit der Aufsicht über den Geschäftsführer ergibt sich aus der engen Bindung unter den Beteiligten und dem Risiko der persönlichen Haftung gegenüber Dritten. Das Kontrollrecht kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden²⁰².

Kontrollberechtigt ist jede Partei. Der Beizug eines Dritten, zum Beispiel eines Anwalts oder Treuhänders, ist nur mit Zustimmung des anderen Partners gestattet oder dann, wenn die Kontrolle ohne den Beizug des Dritten nicht möglich ist.

In sachlicher Hinsicht ist das Kontrollrecht umfassend²⁰³. Es beinhaltet das Recht, sich persönlich über den Gang der Angelegenheiten betreffend des Kooperationsvorhabens zu informieren.

Dieses Kontrollrecht gewährt ausserdem die Feststellung des Vermögens der einfachen Gesellschaft. Einerseits handelt es dabei um die beiden beigebrachten Profile von Kandidat und Vakanz, deren Feststellung keine Schwierigkeiten bereitet. Andererseits gehört zum Vermögen die – eine erfolgreiche Vermittlung und die Bezahlung der Honorarnote vorausgesetzt – Zunahme der Aktiven bei der Rechnung stellenden Vertragspartei. Kein Kontrollrecht entsteht einer der Parteien bezüglich der Einsicht in die Vermögensverhältnisse des selbst geführten Unternehmens.

In persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht schwieriger könnte die Beobachtung der Angestellten sein, die jedem der Vertragspartner zusteht. Eine solche Beobachtung wäre nur zulässig, wenn eine Einwilligung der Beobachteten vorliegt, was wiederum bedingt, dass diese vorgängig über die Beobachtung aufgeklärt worden sind. Davon ausgehend, dass jedoch nur die zwei Personalberater zusammenarbeiten, ist eine Beobachtung von Angestellten in der Praxis eher nicht anzunehmen.

Weiter ist umfassend Einsicht in die Geschäftsbücher und -papiere sowie Zutritt zu den Räumlichkeiten, wo sich diese Akten befinden, zu gewähren. Diese Geschäftsbücher und -papiere beziehen sich ausschliesslich auf das konkrete Kooperationsvorhaben und nicht auf die einzelnen, weiterhin selbständig geführten Unternehmungen. So muss der Geschäftsführer seinem Kooperationspartner beispielsweise die gestellte Honorarnote und, nach erfolgter Bezahlung, die Gutschrift auf dem Kontokorrent offen legen. Schliesslich ist der Einsichtsberechtigte befugt sich Aufzeichnungen, wiederum projektbezogen, anzufertigen.

6.4 Gewinn- und Verlustbeteiligung

6.4.1 Unterschiedliche Beteiligung am Erfolg und Misserfolg

Jede Vertragspartei hat Anteil am Ergebnis der gemeinsamen Bestrebungen. Gemeinsame Beteiligung bedeutet aber nicht gleichmässige Beteiligung. Das Ausmass der Anteile der einzelnen Parteien an Gewinn und Verlust kann unterschiedlich festgelegt werden.

²⁰² Art. 541 Abs. 2 OR.

²⁰³ Art. 541 OR.

Die vorgesehene gleiche Beteiligung an Gewinn und Verlust ist dispositiver Natur²⁰⁴ und gilt nur für den Fall, dass eine vertragliche Vereinbarung fehlt, wonach ein vereinbarter Gewinnanteil auch für das Ausmass der Verlusttragung und umgekehrt ein vereinbarter Verlustanteil für die Quote der Gewinnbeteiligung gilt.

Von Fall zu Fall kann ein Personalberater bei Austausch von Kandidaten- bzw. Stellenprofil die Meinung vertreten, dass sein Beitrag mehr Gewicht erhalten soll als der Beitrag seines Partners. So ergeben sich in der Praxis eine Vielzahl von möglichen Varianten einer Gewinnverteilung. Wenn beide Parteien einverstanden sind, dass beispielsweise bei erfolgreicher Vermittlung die Honorarnote im Verhältnis 70/30 oder 80/20 aufzuteilen sei, steht privatrechtlich gesehen nichts gegen diese Vereinbarung.

Die Parteien werden die Aufteilung des Gewinnes jedoch meistens nach Köpfen, also nach Gesetz, vereinbaren und den Gewinn entsprechend aufteilen. Die Beiträge sind (meines Erachtens) als gleich gross zu betrachten²⁰⁵.

Typisch für die gewinnstrebige einfache Gesellschaft ist der Grundsatz der gleichzeitigen Beteiligung aller Parteien an Gewinn und Verlust²⁰⁶. Da der Geschäftsführer die Honorarnote im Falle einer erfolgreichen Vermittlung des Kandidaten (des anderen Partners) stellen und demzufolge der Geschäftsführer als Erster die Gutschrift des Geldbetrages feststellen wird, ist von einer zeitlichen Verzögerung auszugehen. Er wird seinen Partner erst partizipieren lassen, wenn er selbst über das Geld verfügt.

6.4.1.1 Gewinn(-verteilung)

Unter Gewinn ist das positive finanzielle Ergebnis der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens zu verstehen. Gewinn ist jede Vermögensvermehrung über die von den Vertragsparteien geleisteten Beiträge.

Die zwei kooperierenden Personalberatungen streben die Erzielung eines Gewinnes an, der letztendlich gemäss den vertraglichen Abmachungen oder bei deren Fehlen nach den dispositiven gesetzlichen Regeln²⁰⁷ unter die Vertragsparteien verteilt werden soll.

Allgemein übliche Grundlage für die Berechnung eines Gewinnes ist eine kaufmännische Buchführung²⁰⁸ mit der dazugehörigen Erfolgsrechnung und Bilanz. Jedoch unterliegt die einfache Gesellschaft von Gesetzes wegen nicht der Buchführungspflicht²⁰⁹, weshalb auch eine Buchführung für die Kooperation fehlen wird.

²⁰⁴ Art. 533 Abs. 1 OR.

²⁰⁵ vgl. vorne Ziff. 6.1 Abs. 4, S. 38.

²⁰⁶ Umstritten ist, ob dieser Grundsatz auch zwingender Natur ist.

²⁰⁷ Art. 533 Abs. 1 u. 2 OR.

²⁰⁸ im Sinne von Art. 957 ff. OR.

²⁰⁹ vgl. vorne Ziff. 2.1, S. 34.

Entscheidend ist der Gewinn, der sich aus der Verfolgung des gemeinsamen Zweckes ergibt. Die Gewinnermittlung hat jährlich zu erfolgen, sofern nichts anderes vereinbart wurde²¹⁰. Davon ausgehend, dass die meisten Personalberatungen nur von Fall zu Fall zusammen kooperieren (Gelegenheitsgesellschaften)²¹¹, ist für die Berechnung des Gewinnes der erzielte Umsatz bzw. das in Rechnung gestellte Honorar massgebend, welches nach Zahlungseingang beim Geschäftsführer nach getroffener Vereinbarung geteilt wird.

6.4.1.2 Verlust(-verteilung)

Verlust ist im Gegensatz zum (angestrebten) Gewinn ein nicht beabsichtigter und vom gemeinsamen Zweck abweichender Misserfolg.

Die Berechnung des Verlustes erfolgt analog den Ausführungen zur Gewinnberechnung. Die Beteiligung am Verlust richtet sich nach dem Vertrag oder, falls eine vertragliche Abmachung fehlt, nach der dispositiven Bestimmung²¹².

In der Praxis ist bei einer Kooperation von Personalberatungen mit einem eigentlichen Verlust nicht zu rechnen, da jede Personalberatung ihre eigenen Kosten trägt. Wenn der Begriff der Verlustbeteiligung genügend weit gefasst wird und die Zweckverfolgung „mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln“²¹³ das Ziel verfehlt, dann wurde der Beitrag vergebens erbracht. Der Umstand, dass die geleistete Arbeit ohne Gegenleistung bleibt, ist auch eine Form der Mittragung eines Misserfolgs²¹⁴. So gesehen trägt jeder Vertragspartner einen Misserfolg mit und ist damit auch verlustbeteiligt (Verlust des eigenen Beitrags)²¹⁵.

7. Beendigung

Voraussetzung für die Beendigung des Vertrages über die einfache Gesellschaft ist, dass ein Auflösungsgrund eintritt²¹⁶, doch führt dies nicht unmittelbar zur Beendigung der Gesellschaft, sondern nur zur Beendigung der bisherigen Zweckverfolgung. Die Gesellschaft besteht als sogenannte Abwicklungsgesellschaft fort, mit dem neuen und ausschliesslichen Ziel ihrer Beendigung²¹⁷.

Die wichtigsten Auflösungsgründe bezogen auf die Thematik sind die Erreichung des gemeinsamen Zwecks (der Kandidat von Personalberater A wurde an die Stelle des Personalberaters B vermittelt), die Unmöglichkeit der Erreichung des vorgesehenen Zwecks (die Stelle von Personalberater B wurde bereits besetzt oder der Kandidat von Personalberater A hat anderweitig eine andere Stelle gefunden) sowie die Auflösung der Gesellschaft nach gegenseitiger Übereinstimmung.

²¹⁰ Sommer, S. 115.

²¹¹ vgl. vorne Ziff. 2.3.1, S. 8 u. Ziff. 5, S. 37.

²¹² Art. 533 Abs. 1 OR.

²¹³ Art. 530 Abs. 1 OR.

²¹⁴ vgl. Meyer-Hayoz, S. 262.

²¹⁵ vgl. Meyer-Hayoz, S. 20.

²¹⁶ Art. 545 ff. OR.

²¹⁷ vgl. oben Ziff. 6.4.1.1, Abs. 4.

E. Zusammenfassung des rechtlichen Teils

Die im Alltag von Personalberatungen praktizierten Kooperationsformen lassen sich als Gefälligkeit, Auftrag und als Vertrag über eine einfache Gesellschaft qualifizieren.

Die Gefälligkeit ist unentgeltlich und rechtsunverbindlich. Im Gegensatz zur Selbstverständlichkeit, deren Verweigerung als unhöflich empfunden würde, handelt es sich bei einer Gefälligkeit um eine Leistung, die zeitlich, finanziell oder in anderer Hinsicht vom Gefälligen Einsatz fordert.

Eine Gefälligkeit kann im Anschluss an ein Versprechen oder unmittelbar mit dem Versprechen erbracht werden.

Der Leistungsempfänger ist üblicherweise mit dem Gefälligkeitsempfänger identisch. Jedoch können die Parteien vereinbaren, dass die Gefälligkeit einem Dritten zugute kommt.

Die Leistung einer Gefälligkeit ist typischerweise ein Tun. Es kann in einer Sach- oder einer Dienstleistung bestehen. Bezogen auf die Kooperation zwischen Personalberatungen handelt es sich meist um (Weiter-)Empfehlungen oder die Erteilung eines Rates bzw. einer Auskunft.

Normalerweise entsteht aus der Erbringung einer Gefälligkeit, sei diese spontan oder absichtlich erbracht, keine Haftung. Ausnahmen ergeben sich dann, wenn der Gefällige wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Aussagen macht oder Tatsachen, die für den Gefälligkeitsempfänger wichtig sind, verschweigt. In diesem Fall wird der Gefällige schadenersatzpflichtig.

Der Auftrag ist ein zweiseitiger Vertrag und in aller Regel entgeltlich.

Wesensmerkmale des Auftrags sind die Treueverpflichtung, das besondere Vertrauensverhältnis, der Persönlichkeitsbezug, die inhaltliche Unbestimmtheit des Auftrags, die Haftung für sorgfältige Ausführung sowie die selbständige Stellung des Beauftragen.

Der Auftrag entsteht mit übereinstimmender, gegenseitiger Willensäußerung, sofern über die wesentlichen Vertragsbestandteile Einigkeit erzielt worden ist. Essentiell für den Auftrag ist die Willenserklärung des Beauftragen, den Auftrag anzunehmen, wobei keine Formvorschriften eingehalten werden müssen, sich aber eine schriftliche Bestätigung der Abmachungen empfiehlt. Eine Gegenleistung des Auftraggebers ist nicht begriffswesentlich.

Verträge können von Anfang an nichtig sein, wenn sie einen unmöglichen, unsittlichen oder widerrechtlichen Inhalt haben. Demgegenüber kann ein Vertrag zustande kommen, aber anfechtbar sein, wenn ein Willensmangel vorliegt.

Der Auftrag endet typischerweise durch Erfüllung, wobei kein Erfolg des Beauftragen geschuldet ist, sondern lediglich sorgfältiges Tätigwerden. Das Auftragsverhältnis kann beendet sein, jedoch können aus dem Auftrag entstandene Obligationen weiter(hin) andauern. Ein Auftrag kann auch vom Auftraggeber widerrufen oder vom Beauftragen gekündigt werden, sofern der anderen Partei keine besonderen Nachteile entstehen (Widerruf bzw. Kündigung zur Unzeit). Widerruf und Kündigung wirken ab sofort.

Gegenstand eines Auftrags kann jede Tätigkeit sein, sofern sie nicht gegen das Gesetz verstösst, unsittlich oder unmöglich ist. Die Parteien sind frei, den Gegenstand und Umfang des Auftrags festzulegen.

Der Beauftragte erhält die Pflicht, den Auftrag vertragsgemäss und persönlich auszuführen. Der Beizug von Gehilfen muss vom Auftraggeber bewilligt werden.

Mit der Hauptpflicht übernimmt der Beauftragte verschiedene Treue- und Sorgfaltspflichten. Dazu gehört die umfassende Interessenwahrnehmung, die Geheimhaltungspflicht, die Benachrichtigungs- und Informationspflicht, die Weisungsbefolgungspflicht, die Rechenschaftspflicht sowie die Erstattungspflicht und nicht zuletzt die Sorgfaltspflicht.

Im Falle von Verletzung dieser Nebenpflichten stehen dem Auftraggeber zivil- oder strafrechtliche Schritte zur Verfügung.

Der Auftraggeber ist seinerseits verpflichtet die Vergütung, sollte eine vereinbart oder üblich sein, zu bezahlen und für die Auslagen des Beauftragten aufzukommen. Des Weiteren hat er den Beauftragten von seinen Verbindlichkeiten zu befreien. Ebenfalls Bestandteil ist die Pflicht des Auftraggebers, Schaden zu ersetzen, sofern dem Beauftragten nachweislich Schaden entstanden ist.

Wenn zwei Personalberatungen Kandidaten- und Stellenprofil beibringen, mit dem Ziel eine Stelle zu besetzen, schliessen sie – bewusst oder unbewusst – einen Vertrag über eine einfache Gesellschaft.

Die einfache Gesellschaft ist keine Gesellschaft im eigentlichen Sinne, sondern ein Vertragsverhältnis von zwei oder mehreren Parteien, die zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gemeinsame Kräfte und Mittel beibringen.

Den Normaltypus bildet die so genannte offene einfache Gesellschaft. Sie nimmt über alle ihre Vertreter am Rechtsverkehr mit Dritten teil.

Die so genannte stille Gesellschaft, bei welcher eine Vertragspartei im Hintergrund bleibt, gilt als eine atypische einfache Gesellschaft. Sie nimmt nicht am Rechtsverkehr teil, da nur der federführende Vertragspartner gegen aussen in Erscheinung tritt.

Die einfache Gesellschaft entsteht durch die vertragsgemässe Verbindung von mindestens zwei Personen, wobei die Festlegung des gemeinsamen Zwecks und der Beiträge vertragswesentlich ist.

Obwohl eine einfache Gesellschaft kein kaufmännisches Gewerbe führen darf, werden diese Zusammenschlüsse als atypische Gebilde geduldet. Der angestrebte Zweck ist gemeinsam, wenn alle Parteien dasselbe Ziel verfolgen und alle am wirtschaftlichen Erfolg (Gewinn/Verlust) beteiligt sind.

Die Dauer eines Vertrages über eine einfache Gesellschaft wird durch ihren Zweck bestimmt. Bei zeitlich begrenzter Dauer nennt man die einfache Gesellschaft auch Gelegenheitsgesellschaft.

Beide Vertragsparteien trifft eine Treuepflicht, die aus der zweckmässigen Beitragspflicht, der Pflicht zur Geschäftsführung, dem Konkurrenzverbot und in diversen Kontrollrechten besteht.

Jede Partei einer einfachen Gesellschaft ist verpflichtet, einen gleichartigen Beitrag zu leisten. Dieser Beitrag besteht typischerweise in Sach- und Dienstleistungen.

Die Vertragspartei, welche den Kandidaten in das Konstrukt der einfachen Gesellschaft mit einbringt, muss vom Kandidaten eine ausdrückliche und schriftliche Zustimmung nachweisen.

Die Geschäftsführung für das jeweilige Vorhaben übernimmt einer der Beteiligten. Dieser tritt gegenüber Dritten auf und ist verpflichtet alles zu tun, um den gemeinsamen Zweck zu erreichen.

Das Konkurrenzverbot bestimmt, dass keine der Parteien die geplanten Geschäfte auf andere Rechnung oder zu ihrem besonderen Vorteil führen darf.

Kontrollberechtigt ist jeder Vertragspartner. Das Kontrollrecht beinhaltet das Recht der persönlichen Information, der Feststellung des Vermögens der einfachen Gesellschaft, das Recht, Mitarbeiter zu beobachten (Einwilligung vorausgesetzt) und Einsicht in Geschäftsbücher und -papiere zu nehmen sowie schliesslich das Recht, Räumlichkeiten, die in Verbindung mit der einfachen Gesellschaft stehen, zu betreten.

Die Erfolgsbeteiligung (Gewinn/Verlust) kann unterschiedlich geregelt werden. Die Aufteilung nach Köpfen, gemäss Gesetz, ist nicht zwingender Natur.

Der Gewinn wird in aller Regel mit der Höhe des Honorars gleichgesetzt und üblicherweise nach Gutschrift zwischen den Parteien aufgeteilt.

Ein eigentlicher Verlust ergibt sich in der Praxis nicht, da beide Vertragsparteien ihre eigenen Kosten übernehmen.

Beendet wird der Vertrag über eine einfache Gesellschaft durch die Erreichung des gemeinsamen Zwecks, die Unmöglichkeit dessen Erreichung oder durch die Auflösung nach gegenseitiger Übereinkunft.

III. Teil – Anhang

A. Checkliste zur Planung einer Kooperation

1. Analyse des eigenen Unternehmens
 - a) Was sind die Kernkompetenzen?
 - b) Was zeichnet das eigene Unternehmen aus (Stärken)?
 - c) Wo besteht Potenzial zur Verbesserung (Schwächen)?
 - d) Welche Zusatznutzen werden der Kundschaft geboten?
 - e) Wie kann mehr Kundennutzen erreicht werden?

2. Analyse der Kooperationsmöglichkeiten
 - a) In welchen Bereichen kann eine Kooperation sinnvoll, Erfolg versprechend sein?
(Stärken ausbauen, Schwächen beseitigen)
 - b) Welchen Nutzen bringt eine Kooperation
 - aa) den Kunden,
 - bb) dem Unternehmen,
 - cc) dem Partner?
 - c) Welche Risiken birgt eine Kooperation für
 - aa) den Kunden,
 - bb) das Unternehmen,
 - cc) den Partner?
 - d) Welche unternehmerischen Ziele sollen durch die Kooperation wesentlich unterstützt werden?
 - e) Welche der eigenen Dienstleistungen sollen Gegenstand der Kooperation bilden und welche nicht?
 - f) Wie viel Zeit und Geld stehen für eine Kooperation zur Verfügung?
 - g) Was darf betreffend einer Kooperation unter keinen Umständen passieren?
 - h) Ist der Nutzen für beide Parteien grösser als die Kosten und Risiken (Win-Win-Situation)?

3. Profil möglicher Partner
 - a) Welche Kernkompetenzen sollte der mögliche Partner besitzen?
 - b) Welche besonderen Stärken sollte der Partner haben?
 - c) Welche Schwächen darf der Partner aufweisen?

4. Partner suchen
 - a) Welcher Partner kommt aufgrund der bisherigen Analyse als Partner in Frage?
 - b) Besitzt dieser potenzielle Partner die Bewilligung gemäss AVG?
 - c) Was für ein Image hat der mögliche Partner?
 - d) Wer sind die Kontaktpersonen im potenziellen Partnerunternehmen?
 - e) Welche Informationen zum potenziellen Partner sind vorhanden?
 - f) Was für Informationen müssen beschafft werden?

5. Partner auswählen

- a) erste Kontakte knüpfen und Interesse an der Kooperation abklären
- b) Termin zu einem unverbindlichen Gespräch vereinbaren
- c) Vorhaben erläutern (evtl. Geheimhaltungsvereinbarung)
- d) Stimmt die zwischenmenschliche Basis („Chemie“)?
- e) Ist gegenseitiges Vertrauen vorhanden oder kann dieses erarbeitet werden?

6. Kooperation vereinbaren (Vertrag)

Auftrag	Kooperationsvertrag (einfache Gesellschaft)
- Vertragsparteien	- Vertragsparteien
- Gegenstand	- Präambel
- Finanzielles	- Beschreibung der Tätigkeiten
- Honorar	- Absichtserklärung
- Auslagen	- Definition der Vertragsart (einf. Ges.)
- Verbindlichkeiten	- Umfang der gegenseitigen Unterstützung
- Fälligkeit	- Auftreten der einfachen Gesellschaft
- Weitere Verpflichtungen	- Aufgabenteilung
- Zur Verfügung stellen von Informationen	- Finanzielles
- Abrechnungsmodalitäten	- Abrechnung
- Regelung der Substitution	- Honoraraufteilung
- Geheimhaltung	- Garantieansprüche
- Benachrichtigungs- u. Informationspflicht	- Auslagen
- Weisungsbefolgungspflicht	- Besondere Pflichten
- Rechenschaftspflicht	- Buchführung
- Erstattungspflicht	- Geheimhaltung
- Sorgfaltspflicht	- Dauer der Zusammenarbeit
- Dauer des Auftrags	- Schlussbestimmungen
- Schlussbestimmungen	- Regelung von Nebenabreden
- Regelung von Nebenabreden	- geltendes Recht, Gerichtsstand
- geltendes Recht, Gerichtsstand	- Unterschriften
- Unterschriften	

7. Kooperation umsetzen

- a) Verantwortliche bestimmen
- b) Mitarbeiter orientieren
- c) allenfalls organisatorische Anpassungen vornehmen
- d) Testphase festlegen
- e) Pflege und Umsetzung der vereinbarten Kooperation

8. Controlling

- a) Stehen der beiderseitige Nutzen und die Chancen in einem adäquaten Verhältnis?
- b) Ist der Bereich der Kooperation gut gewählt?
- c) Gibt es allenfalls weitere Kooperationsbereiche, die sich abzeichnen?
- d) Besteht Verbesserungspotential?

B. Auftrag (Beispiel)

I. VERTRAGSPARTEIEN

Personalberatung A, Adresse, evtl. Vertreter; im Folgenden Auftraggeber genannt

Personalberatung B, Adresse, evtl. Vertreter; im Folgenden Beauftragter genannt

II. GEGENSTAND

Der Auftraggeber erteilt hiermit dem Beauftragten folgenden Auftrag:

(Möglichkeit 1) Konzeption eines Inserates gemäss separater Stellenbeschreibung zwecks Publikation auf der Homepage von www.anbieter.ch.

Das Inserat muss vom 00.00.2004 bis am 00.00.2004 online geschaltet sein.

(Möglichkeit 2) Führen von Interviews gemäss mündlicher Besprechung und separater Protokollierung vom 00.00.2004 mit den Kandidaten X und Y.

Die Interviews werden in den Räumlichkeiten des Beauftragten und in der KW11 des Jahres 2004 stattfinden.

III. FINANZIELLES

Honorar: Das Honorar beträgt pauschal CHF X.- / pro Stunde CHF X.-

Auslagen: Sämtliche Auslagen, die dem Beauftragten im Zusammenhang mit der sorgfältigen Ausführung des Auftrages gemäss Ziff. II entstehen, übernimmt der Auftraggeber. Fahrtspesen werden keine vergütet.

Verbindlichkeiten: Allfällige Verbindlichkeiten, die der Beauftragte im Rahmen des Auftrags eingegangen ist, gehen auf den Auftraggeber über.

Fälligkeit: Der Auftraggeber verpflichtet sich, das Honorar und die in Ausführung des Auftrags entstandenen Auslagen des Beauftragten nach dessen Abrechnung und Rechnungsstellung innert 10 Tagen zu bezahlen.

IV. WEITERE VERPFLICHTUNGEN

Der Auftraggeber übergibt dem Beauftragten sämtliche für die sorgfältige Ausführung des Auftrags gemäss Ziff. II benötigten Unterlagen, Informationen, Daten und Fakten und legt dem Beauftragten sämtliche relevanten Tatsachen offen.

Die Abrechnung des Beauftragten hat unmittelbar nach Beendigung des Auftrags zu erfolgen und ist umgehend dem Auftraggeber zuzustellen (Abrechnungsmodalitäten).

Der Beauftragte hat alles Förderliche zu tun und alles Hinderliche zu unterlassen, um den Vertragszweck gemäss Ziff. II zu erreichen. Ausserdem hat er den Auftrag persönlich auszuführen. Er ist nicht ermächtigt, den erteilten Auftrag durch Dritte ausführen zu lassen (Substitutionsverbot).

Der Beauftragte verpflichtet sich, sämtliche in Ausführung des Auftrags in Erfahrung gebrachten Informationen, Daten und Fakten geheimzuhalten. Der Beauftragte ist für die Unzugänglichkeit der Informationen, Daten und Fakten gegenüber Dritten verantwortlich (Geheimhaltungspflicht).

Der Beauftragte hat den Auftraggeber unaufgefordert, vollständig, wahrheitsgemäss und rechtzeitig bezüglich für die Auftragsausführung relevanten Tatsachen zu informieren (Benachrichtigungs- und Informationspflicht).

Sofern und soweit sich Veränderungen betreffend den Auftrag gemäss Ziff. II ergeben, hat sich der Beauftragte nach den aktuellen Bedürfnissen des Auftraggebers zu richten, sofern diese nicht eigene Interessen oder diejenigen des Auftraggebers verletzen (Weisungsbefolgungspflicht).

Der Beauftragte ist verpflichtet, Aufzeichnungen über seine Tätigkeit zu führen und unterrichtet den Auftraggeber regelmässig über den aktuellen Stand des Auftrags (Rechenschaftspflicht).

Der Beauftragte hat auf Verlangen, jedoch spätestens nach Beendigung des Auftrags dem Auftraggeber sämtliche Unterlagen, Informationen, Daten und Fakten zurückzuerstatten. Ein Retentionsrecht wird ausdrücklich ausgeschlossen (Erstattungspflicht).

Der Beauftragte ist dem Auftraggeber für die richtige und sorgfältige Ausführung des Auftrags haftbar (Sorgfaltspflicht).

V. DAUER DES AUFTRAGS

Der Auftrag wird mit der Unterzeichnung des Auftrags erteilt und endet durch die sorgfältige Erfüllung der unter Ziff. II genannten Dienstleistungen.

Der Auftrag kann jederzeit durch beide Parteien widerrufen bzw. gekündigt werden. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über den Widerruf bzw. die Kündigung zur Unzeit.

VI. SCHLUSSBESTIMMUNGEN

Soweit dieser Vertrag nichts anderes vorsieht, gelten zwischen den Parteien die Bestimmungen von Art. 394 ff. OR über den einfachen Auftrag.

Sämtliche Nebenabreden, Ergänzungen und Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform.

AUF DEN VORLIEGENDEN VERTRAG FINDET AUSSCHLIESSLICH SCHWEIZERISCHES RECHT ANWENDUNG. GERICHTSSTAND IST BASEL-STADT.

Der vorliegende Vertrag wird in zwei (2) Exemplaren ausgefertigt. Jede Partei erhält ein unterzeichnetes Exemplar.

Die Parteien bestätigen durch ihre Unterschriften, den Inhalt dieses Vertrages sorgfältig gelesen und den Inhalt verstanden zu haben.

Datum:

Unterschrift der Parteien

C. Kooperationsvertrag (Beispiel)

I. VERTRAGSPARTEIEN

Personalberater A, Adresse, evtl. Vertreter
Im Folgenden A genannt

Personalberater B, Adresse, evtl. Vertreter
Im Folgenden B genannt

II. PRÄAMBEL

A und B führen jeweils eine selbständige Personalberatungsunternehmung. Die Parteien versichern, über die für die Berufsausübung notwendigen Bewilligungen gemäss AVG zu besitzen.

A ist mit Schwerpunkt in der Vermittlung von kaufmännischen Fachkräften tätig, B ist spezialisiert auf die Vermittlung und den Verleih von technischen Fachleuten.

Mit dem vorliegenden Vertrag beabsichtigen die Parteien im Rahmen der Personalberatung und -vermittlung eine Kooperation. Die Zusammenarbeit beinhaltet die Zuführung und den Austausch von Kandidaten- und Stellenprofilen, mit dem Ziel, einen Kandidaten bei einem Kundenunternehmen zu platzieren bzw. zu vermitteln.

Darüber hinaus bezweckt der vorliegende Vertrag, dass die Zusammenarbeit der beiden Partner gegenüber Kunden nicht offen gelegt wird.

Die Parteien erklären ausdrücklich, dass sie eine Einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR bilden, ungeachtet dessen, dass jeder selbständig sein Personalberatungsunternehmen führt.

III. UMFANG DER GEGENSEITIGEN UNTERSTÜTZUNG

1. Die Parteien beschliessen eine gegenseitige Zusammenarbeit. Dabei werden namentlich folgende Arbeiten erfasst:
 - 1.1 Die Mandatsführung und alle damit verbundenen Arbeiten zugunsten des Kandidaten oder Kunden.
 - 1.2 Das gegenseitige Zuführen von Dossiers und Informationen über Kandidaten oder Stellen bzw. Kunden.
 - 1.3 Gemeinsames Hinwirken auf den Vermittlungserfolg.
 - 1.4 Wahrung der Geheimhaltungspflicht, der Datenschutzrichtlinien und des Persönlichkeitsschutzes.

IV. AUFRETEN DER EINFACHEN GESELLSCHAFT

- 2 Grundsätzlich tritt nur der mandatsführende Partner mit seinem Unternehmen gegenüber Dritten auf. Der mandatsführende Partner wird jeweils von den Vertragsparteien bestimmt. Während der Mandatsführung bleibt der nicht mandatsführende Partner stiller Gesellschafter.
- 3 Jeder Gesellschafter besitzt das Recht ein zugeführtes Geschäft abzulehnen. Lehnt ein Gesellschafter ein Vermittlungsmandat ab, so ist der andere Gesellschafter frei, mit einem beliebig anderen Personalberater zusammenzuarbeiten. Die Gesellschafter einigen sich durch gegenseitige Absprache.

V. AUFGABENTEILUNG

- 4 Der jeweilige stille Gesellschafter steuert die notwendigen Unterlagen und Informationen für die Zusammenarbeit bei.
- 5 Der jeweilige mandatsführende Gesellschafter tritt in eigenem Namen und unter eigener Firma gegenüber Dritten auf und führt das Mandat im Sinne des gemeinsamen Zwecks in eigener Regie nach den Gepflogenheiten eines Personalberaters. Es kommen – Nebenabrede vorbehalten – die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des mandatsführenden Gesellschafters zur Anwendung.

VI. FINANZIELLES

- 6 Der jeweilige mandatsführende Gesellschafter rechnet bei erfolgreicher Vermittlung eines Kandidaten in seinem Namen und unter seiner Firma mit dem Kunden ab. Die Abrechnung mit dem stillen Gesellschafter hat direkt im Anschluss an einen Vermittlungserfolg zu geschehen.
- 7 Die Parteien vereinbaren, dass der jeweilige mandatsführende Gesellschafter, die Hälfte (50 %) des erzielten Vermittlungshonorars ohne Abzug und Verrechnung dem stillen Gesellschafter, inklusive Abrechnung mit dem Kunden, gegen separat ausgestellte Rechnung des stillen Gesellschafters auf sein Konto (Kontoangabe) überweist. Ein Vermittlungserfolg ist dann anzunehmen, wenn ein Kandidat einem Arbeitgeber zugeführt und ein Vertrag über Arbeitsleistung abgeschlossen wurde.
- 8 Im Falle von Ansprüchen des Kunden, namentlich Rückzahlung des Honorars oder Teilen davon im Garantiefall, reduziert sich das Honorar der Parteien zu gleichen Teilen.
- 9 Führen die Bemühungen des mandatsführenden Gesellschafters zu keinem Vermittlungserfolg, so werden dessen Auslagen nicht ersetzt. Fahrtspesen werden nicht vergütet.

VII. BESONDERE PFLICHTEN DER GESELLSCHAFTER

- 10 Der jeweilige mandatsführende Gesellschafter ist verpflichtet über seine Tätigkeit Buch zu führen und dem Stillen Einsicht zu gewähren.
- 11 Jeder Gesellschafter ist an die Geheimhaltungspflichten gemäss den Standesregeln der Personalberatung gebunden.

VIII. DAUER DIESES ZUSAMMENARBEITSVERTRAGES

- 12 Dieser Zusammenarbeitsvertrag tritt mit Unterzeichnung der Parteien in Kraft. Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Dauer eingegangen und kann von jeder Partei mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist auf Ende eines Monats schriftlich gekündigt werden.
- 13 Sollte eine der Parteien eine Bestimmung des vorliegenden Vertrages in einer Weise verletzen, dass der anderen Partei die Fortführung der Kooperation nicht zuzumuten ist, so steht dieser Partei das Recht zu, den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen.
- 14 Den Parteien stehen bei der Kündigung - vorbehältlich ihrer übrigen Rechte – keine Entschädigungen zu.

IX. SCHLUSSBESTIMMUNGEN

- 15 Soweit dieser Vertrag nichts anderes vorsieht, gelten zwischen den Parteien die Bestimmungen von Art. 530 ff. OR über die einfache Gesellschaft.
- 16 Sämtliche Nebenabreden, Ergänzungen und Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform.
- 17 AUF DEN VORLIEGENDEN VERTRAG FINDET AUSSCHLIESSLICH SCHWEIZERISCHES RECHT ANWENDUNG. GERICHTSSTAND IST BASEL-STADT.
- 18 Der vorliegende Vertrag wird in zwei Exemplaren ausgefertigt. Jede Partei erhält ein unterzeichnetes Exemplar.

Die Parteien bestätigen durch ihre Unterschriften den Inhalt dieses Vertrages sorgfältig gelesen und den Inhalt verstanden zu haben.

Datum:

Unterschriften der Parteien:

D. Geheimhaltungsverpflichtung (Beispiel)

zwischen

Personalberatung A, Adresse, evtl. Vertreter; im Folgenden A genannt

und

Personalberatung B, Adresse, evtl. Vertreter; im Folgenden B genannt

Präambel

A besitzt Kenntnisse betreffend (Stellen), die vertraulicher Natur sind und sich im Eigentum von A befinden;

B besitzt Kenntnisse betreffend (Kandidaten), die vertraulicher Natur sind und sich im Eigentum von B befinden.

Die Parteien haben vereinbart, die Möglichkeit einer Kooperation zur Vermittlung von Kandidaten von B an Stellen bei Kunden von A zu prüfen. Zu diesem Zweck ist es nötig, gegenseitig vertrauliche Informationen auszutauschen.

Deshalb vereinbaren die Parteien folgendes:

- I. Die Parteien werden sich zur Erreichung des in der Präambel umschriebenen Zwecks gegenseitig vertrauliche Angaben, Daten, Unterlagen etc. (im Folgenden Informationen genannt) übermitteln bzw. zur Verfügung stellen. B versichert A, von den für den Vertragszweck relevanten Kandidaten ausdrücklich und schriftlich ermächtigt worden zu sein, die Daten über ihre Person weiterzugeben.
- II. Die Parteien verpflichten sich, die von der anderen Partei erhaltenen oder anderweitig zur Kenntnis gebrachten Informationen streng geheim zu halten und sie ausschliesslich zum Vertragszweck zu benutzen.

Beide Parteien verpflichten sich des Weiteren, die Informationen lediglich einem sehr beschränkten Kreis von Mitarbeitern, namentlich Entscheidungsträgern, welche die Informationen zum Zwecke der Evaluation der Kooperationsmöglichkeiten benötigen, bekannt zu geben. Die Parteien werden diesen Mitarbeitern eine analoge Geheimhaltungspflicht auferlegen.

Informationen müssen von beiden Parteien sicher und für Dritte unzugänglich aufbewahrt werden.

- III. Die Pflicht zur Geheimhaltung gilt nicht für Informationen, welche
- a) zum Zeitpunkt der Übergabe bereits öffentlich zugänglich waren,
 - b) nach der Übergabe ohne Verschulden des Empfängers öffentlich zugänglich wurden,
 - c) zum Zeitpunkt der Übergabe bereits nachweisbar im Besitze des Empfängers waren und weder direkt noch indirekt von der anderen Partei erhalten worden waren,
 - d) der Empfänger von Dritten erhalten hat, vorausgesetzt, dass diese Informationen weder direkt noch indirekt von der anderen Partei stammen,
 - e) von einer Vertragspartei nach Abschluss dieser Geheimhaltungsvereinbarung eigenständig und unabhängig von den durch diese Vereinbarung geheimzuhaltenden Informationen erarbeitet wurden,
 - f) von Gesetzes wegen offenbart werden müssen.
- IV. Nach bestimmungsgemäsem Gebrauch werden beide Parteien die von der anderen Partei erhaltenen Informationen unverzüglich zurückgeben. Dem Empfänger von Informationen ist es nicht gestattet, Kopien irgendwelcher Art anzufertigen. Zur Verfügung gestellte elektronische Datensätze sind so zu löschen, dass sie nicht mehr rekonstruierbar sind.
- V. Durch diese Geheimhaltungsvereinbarung entsteht für keine Partei eine Verpflichtung, mit der anderen Partei einen die Informationen betreffenden Vertrag abzuschliessen.
- VI. Die Parteien verpflichten sich, in jedem Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Geheimhaltungsvereinbarung eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF X'XXX.- zu leisten.
- VII. AUF DEN VORLIEGENDEN VERTRAG FINDET AUSSCHLIESSLICH SCHWEIZERISCHES RECHT ANWENDUNG. GERICHTSSTAND IST BASEL-STADT.
- VIII. Dieser Vertrag tritt mit seiner Unterzeichnung in Kraft und gilt für eine Dauer von fünf (5) Jahren.

Ort, Datum

Unterschriften der Vertragsparteien