



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_360/2021](#) vom 6. Januar 2022  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) | 

## Anwältin mit reiner Umsatzbeteiligung ist keine Arbeitnehmerin

### Autor / Autorin

Marc Schmid  
MARC SCHMID | [rechtsschmid.ch](http://rechtsschmid.ch)  
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

### Redaktor / Redaktorin

Roland Müller  
 ME Advocat Rechtsanwälte

Thomas Geiser  
 Universität St.Gallen

*Eine Rechtsanwältin schloss mit einer Anwaltskanzlei einen Zusammenarbeitsvertrag ab. Dieser wurde nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert. Die Anwältin habe das wirtschaftliche Risiko getragen und sei weder persönlich, zeitlich noch sachlich abhängig gewesen. Im Ergebnis wirft dies Fragen auf. Damit kann jedoch nicht der Entscheidung des Bundesgerichts kritisiert werden. Denn der Sachverhalt konnte nur auf Willkür überprüft werden. Interessant ist, dass in einem früheren, ähnlichen Fall, anders entschieden werden musste.*

### I. Sachverhalt

[1] Rechtsanwältin Dr. A. schloss am 30. Juli 2019 einen Zusammenarbeitsvertrag mit der Anwaltskanzlei B. AG ab. Der Vertrag sah vor, dass die Rechtsanwältin unter dem Label der B. AG als Konsultantin anwaltliche Dienstleistungen erbringt. Die B. AG stellte einen Arbeitsplatz, die Infrastruktur sowie ihre Akquise-Kanäle zur Verfügung.

[2] Dabei wurde vereinbart, dass die Rechtsanwältin vom Umsatz ihrer eigenen Mandate 20% der B. AG abgab. Soweit sie Mandate von der B. AG zugewiesen bekam, wurde vereinbart, dass 50% des Umsatzes an die Rechtsanwältin ging. Ein Fixlohn war nicht vorgesehen. Der Vertrag war ursprünglich auf zwei Monate befristet, wurde in der Folge aber unbefristet verlängert.

[3] Die Sozialversicherungsanstalt (SVA) des Kantons Zürich am 19. Februar 2020 qualifizierte die Erwerbstätigkeit der Rechtsanwältin als unselbständig. In der Folge kündigte die B. AG den Zusammenarbeitsvertrag mit der Rechtsanwältin nach Art. 404 [OR](#) per sofort. In der Folge betrieb die Rechtsanwältin die B. AG und klagte einen Betrag von CHF 29'239.54 gestützt auf Arbeitsrecht ein.

[4] Das Arbeitsgericht Zürich trat auf die Klage nicht ein. Es kam zum Schluss, dass keine arbeitsrechtliche Streitigkeit vorlag. Das Obergericht bestätigte diesen Entscheid.

## II. Erwägungen

[5] Die Qualifikation des Zusammenarbeitsvertrages ist eine Rechtsfrage. Die dieser Frage zugrunde liegenden Tatsachen wurden jedoch von den Vorinstanzen verbindlich festgestellt (E. 5.1.2). Sie konnten vor Bundesgericht somit nur auf Willkür hin überprüft werden (E. 3.1).

[6] Die Vorinstanz erwog, dass die Beschwerdeführerin mit dem Zusammenarbeitsvertrag eine selbständige Tätigkeit angestrebt habe. Sie habe selbständig und weitestgehend frei ihre Mandate bearbeitet. Es habe weder eine zeitliche, noch eine sachliche oder persönliche Abhängigkeit bestanden. Organisatorische Weisungsbefugnisse der B. AG änderten nichts daran. Diese Weisungen betrafen die Ferienvertretung, den Telefondienst, die Vorgaben für Büro- und Infrastrukturnutzung etc. Die Rechtsanwältin habe ferner selbst direkt am Erfolg ihres Arbeitseinsatzes partizipiert und das wirtschaftliche Risiko getragen (E. 5.2).

[7] Die Beschwerdeführerin monierte, dass die SVA ein unternehmerisches Risiko verneint habe (E. 5.3). Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass der Entscheid der SVA nicht bewirkt, dass zivilrechtlich ebenfalls ein Arbeitsvertrag vorliegt. In zivilrechtlicher Hinsicht lag laut Vorinstanz ein unternehmerisches Risiko für die Rechtsanwältin vor. Diese Einschätzung war laut Bundesgericht nicht willkürlich (E. 5.3.2).

[8] Ferner monierte die Rechtsanwältin, dass aufgrund der organisatorischen Einbindung auch ein Subordinationsverhältnis vorgelegen haben musste. Dass die Vorinstanz trotz der organisatorischen Einbindung ein Subordinationsverhältnis verneinte, war laut Bundesgericht aber nicht willkürlich (E. 5.4).

## III. Kommentar

[9] Sozialversicherungsrechtliche und arbeitsrechtliche Qualifikationen können durchaus voneinander abweichen. Dass die SVA von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ausging, bewirkte daher keinesfalls zwingend auch das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.

[10] Nicht alle Anwälte, die als Konsulenten in einer Anwaltskanzlei arbeiten, sind automatisch selbständig Erwerbende. Es hängt von der Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Einzelfall ab.

[11] Im BGE [4A\\_404/2009](#) ging es ebenfalls um einen Anwalt, der aber in Genf und nicht in Zürich eine Kanzlei betrieb. Er erledigte als Anwalt Arbeiten für eine Gesellschaft. Jährliches Honorar war CHF 240'000. Gleichzeitig akquirierte er aus dieser Tätigkeit neue Kunden für seine Anwaltskanzlei. Da der Anwalt ein Büro bei der Gesellschaft hatte sowie deren Visitenkarten verwendete, gingen alle Vorinstanzen und das Bundesgericht von einem Arbeitsvertrag aus. Hauptargument war, dass der Anwalt in die fremde Arbeitsorganisation eingebunden war.

[12] Beinhaltet ein Vertrag eine Arbeitsleistung, ist regelmässig die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation entscheidend. D.h., das Subordinations- bzw. Unterordnungsverhältnis ist das wichtigste Abgrenzungskriterium. Anhand dieses Kriteriums wird bestimmt, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Dass Anwälte bei der Erledi-

gung der Arbeit sehr frei sind, ist typisch für die Branche. Deswegen kann ein Subordinationsverhältnis m.E. nicht verneint werden.

[13] Im vorliegenden BGE [4A\\_360/2021](#) fällt auf, dass die Rechtsanwältin keine monatlichen Fixkosten bezahlte für Miete oder Sekretariat. Deswegen war ihr wirtschaftliches Risiko überschaubar, wenn nicht sogar inexistent. Meiner Meinung nach ändert auch die reine Umsatzbeteiligung und das Fehlen eines Fixlohns nichts daran. Denn beide Parteien konnten abschätzen, dass die Rechtsanwältin ein bestimmtes Mindesteinkommen verdienen wird.

[14] Entscheidend müsste daher sein, wie sehr die Rechtsanwältin wirtschaftlich von den Mandaten der B. AG abhing. Die Rechtsanwältin bearbeitete auch eigene Mandate. Welcher Anteil ihres Einkommens aus diesen Mandaten stammten, ist vorliegend unklar. Nur anhand der wirtschaftlichen Abhängigkeit könnte dieser Fall mit dem Genfer Fall aus BGE [4A\\_404/2009](#) verglichen werden.

[15] Dass die Rechtsanwältin kein wirtschaftliches Risiko trug, wurde von der Vorinstanz verbindlich festgestellt. Das Bundesgericht hat nachvollziehbar begründet, dass die Vorinstanz dabei nicht willkürlich entschied.

MARC SCHMID, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Seestrasse 41, 8002 Zürich.

**Zitiervorschlag:** Marc Schmid, Anwältin mit reiner Umsatzbeteiligung ist keine Arbeitnehmerin, in: dRSK, publiziert am 22. April 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)