

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110026-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 30. November 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. _____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 15. April 2011 (AN090548)

Rechtsbegehren des Klägers und Widerbeklagten:

1. Es sei die Beklagte zur Zahlung von CHF 204'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2009 zu verpflichten;
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten

Letztes Rechtsbegehren der Beklagten und Widerklägerin (sinngemäss) :

1. Auf die Klage sei nicht einzutreten.

Eventualiter

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Der Kläger sei unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, über sämtliche im Zusammenhang des Arbeitsverhältnisses enthaltenen Vermögensvorteile sowie Zahlungen von Patientinnen und Patienten, Zahlungen von Versicherern, Zahlungen von Pharmalieferanten, Zahlungen von Lieferanten von Hilfsmitteln und Gegenständen, Zahlungen von Lieferanten der Medizinaltechnik, Zahlungen von Labordienstleistungen etc. Rechenschaft abzulegen.
3. Der Kläger sei zu verpflichten, über sämtliche Frei- und Ferientage sowie Arbeitszeiten während der Dauer des gerichtlich bestimmten Arbeitsverhältnisses Rechenschaft abzulegen.
4. Alles unter Vorbehalt des Nachklagerechts, nachdem der Widerbeklagte Rechenschaft im Sinne von Ziff. 2 und 3 hiervoor abgelegt hat.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers bzw. des Widerbeklagten.

Subeventualiter

6. Der Kläger sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten einen CHF 45'331.90 übersteigenden Betrag zuzüglich Zinsen seit dem 1. Januar 2009 zu bezahlen.
7. Der Kläger sei unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, der Beklagten eine vollständige Abrechnung der durch ihn im Betrieb der Beklagten seit dem 1. April 2001 erzielten Bruttoerträge zu erstellen. Die Beklagte behält sich vor, nach Ablieferung der Abrechnung Nachforderungen zu stellen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers bzw. des Widerbeklagten.

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 15. April 2011 :

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 13'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 21'000.– zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 32):

"1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 15. April 2011, Geschäfts-Nr. AN090548 aufzuheben;

2.1 es sei die Sache an das Arbeitsgericht Zürich zur materiellen Beurteilung der klägerischen Ansprüche zurückzuweisen;

2.2 eventualiter sei die Sache an das Arbeitsgericht zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen;

2.3 subeventualiter sei die Beklagte zur Zahlung von CHF 204'000 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2009 zu verpflichten;

3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 39):

"1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers/Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 26. Juni 2009 machte der Kläger die vorliegende Klage über das vorstehend erwähnte Rechtsbegehren beim Arbeitsgericht Zürich rechtshängig. Nach Durchführung des Hauptverfahrens in zwei mündlichen Verhandlungen und erfolglosen Vergleichsbemühungen fällte die 3. Abteilung des Arbeitsgerichtes ohne Durchführung eines Beweisverfahrens am 15. April 2011 das Urteil. Es wies die Hauptklage ab. Sodann erachtete es die von der Beklagten mit der Klageantwort erhobene Widerklage als hinfällig, da diese nur für den Eventualfall der Bejahung eines Arbeitsverhältnisses erhoben worden sei, ein solches Verhältnis indessen zu verneinen sei (Urk. 33).

Am 31. Mai 2011 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das ihm am 21. April 2011 zugestellte Urteil (Urk. 32). Den ihm mit Verfügung vom 8. Juni 2011 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 12'900.- leistete er am 20. Juni 2011 fristgerecht (Urk. 37). Der Beklagten wurde am 28. Juni 2011 Frist angesetzt zur schriftlichen Beantwortung der Berufung. Diese Antwort traf am 2. September 2011 bei der erkennenden Instanz ein (Urk. 39) und wurde am 24. Oktober 2011 dem Kläger formlos zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 41).

2. Das vorliegende Berufungsverfahren untersteht der Schweizerischen Zivilprozessordnung, da es sich gegen ein nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes ergangenes Urteil richtet (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH). Es findet nur ein einfacher Schriftenwechsel statt. Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zulässig.

II.

1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist ein Privatspital, welches selbständig praktizierenden Ärzten die Möglichkeit bietet, in seinen Räumlichkeiten Operationen an ihren privaten Patienten durchzuführen, und wel-

ches diesen Patienten die dafür nötige Pflege und Unterkunft gewährt. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) war ab 1. Januar 2001 im Betrieb der Beklagten als Anästhesiearzt tätig. Am 17. Juni 2008 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis mit dem Kläger frist- und termingerech auf den 31. Dezember 2008; vor und nach der Kündigung geführte Gespräche und Verhandlungen über die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses über den 31. Dezember 2008 hinaus zu veränderten Konditionen scheiterten. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und dessen missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR geltend und verlangt eine Entschädigung gestützt auf Art. 336a Abs. 2 OR im Umfang von 4 Monateinkommen. Darüber hinaus fordert er nachträglichen Ferienlohn für die Zeit vom 1. Oktober 2004 bis Ende 2008. Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.

Vorweg sind zunächst die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien nachzuzeichnen.

2. Am 7. April 2001 schlossen die Parteien einen ersten, mit "Arbeitsvertrag" überschriebenen Vertrag. Unter dem Titel "Zweck" nennt der Vertrag für den Kläger als (Haupt-)Pflicht die Sicherstellung der anästhesiologischen Versorgung der B. _____ zusammen mit den anderen Mitgliedern des Anästhesie-Ärzteteams, als (Haupt-)Pflicht für die Beklagte die Sicherstellung der für einen zeitgemässen Betrieb einer anästhesiologischen Abteilung notwendigen nichtärztlich-personellen, technischen und räumlichen Kapazitäten. Sodann verweist die allgemeine Zweckklausel auf die nachfolgende Regelung der spitalinternen Beziehungen zwischen dem Anästhesie-Ärzteteam und den weiteren an der Klinik der Beklagten tätigen Ärzte sowie auf Zusammenarbeitsreglemente. Unter dem Titel "Der Arzt als Mitglied des Anästhesieteams" erwähnt der Vertrag die Aufgabe des Teams, die anästhesiologische Versorgung der Klinik nach deren Bedarf einschliesslich eines Präsenz- und Pikettdienstes zu garantieren, sowie die Anästhesien (sc. am Patient) gemäss Bedarf durchzuführen. Sodann regeln die weiteren Vertragsbestimmungen u.a. die fachliche Selbständigkeit des Anästhesiearztes sowie sein medizinisch-fachliches Weisungsrecht gegenüber dem Pflegepersonal des perioperativen Bereichs, während sich die Beklagte das Weisungsrecht im administrativen

Bereich vorbehalten. In finanzieller Hinsicht statuiert der Vertrag einerseits die direkte Honorarstellung des Anästhesiearztes an den Patienten zur Abgeltung seiner ärztlichen Tätigkeit unter Anwendung der allgemeinen Spitaltarife der Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich, andererseits eine Abgabe des Arztes an die Klinik zur Abgeltung ihrer Leistungen (sc. zur Verfügung stellen von Operationssaalinfrastuktur, Pflegepersonal, Pikettzimmer etc.) im Umfang von 15% der - jeweils dem Patienten in Rechnung zu stellenden - OPS-Steuer. Die Beklagte selber verpflichtet sich lediglich zur Abgeltung besonderer Dienstleistungen des Klägers gemäss noch zu treffenden Sonderregelungen, hält aber fest, dass sie keine Sozial- und Versicherungsabgaben für die Anästhesieärzte leistet (Urk. 9/2 = Urk. 11/6). Neben diesem "Arbeitsvertrag" unterzeichnete der Kläger bereits früher noch die allgemeinen Akkreditierungsbestimmungen für Belegärzte an der Klinik der Beklagten. Diese Bestimmungen halten u.a. fest, dass mit der Akkreditierung weder ein Arbeitsverhältnis noch ein arbeits- oder auftragsrechtliches Verhältnis begründet wird und dass jeder operativ tätige Arzt jährlich mindestens 10 Patienten zur stationären Behandlung einzuweisen hat. Alle im Haus tätigen Ärzte sollen einander kompetenzmässig gleichgestellt sein, die Patienten in eigener Verantwortung behandeln und das Recht haben, die gesamte Infrastruktur der Klinik für die Behandlung ihrer Patienten einzusetzen. Sodann statuieren die Bestimmungen die Pflicht des Belegarztes, die Klinik über allfällige Abwesenheiten wie Ferien etc. zu informieren und einen Stellvertreter zu bezeichnen sowie gewisse allgemeine Betriebsregeln einzuhalten bezüglich Patientenaufnahme, Berücksichtigung der klinikeigenen Dienstleistungen und Einrichtungen, Beachtung der Qualitätssicherungsmassnahmen der Beklagten, Abschluss einer eigenen Berufshaftpflichtversicherung etc. Auch diese allgemeinen Akkreditierungsbestimmungen halten ausdrücklich fest, dass die Ärzte den Patienten im Rahmen der geltenden Taxordnungen für ihre erbrachten Leistungen direkt Rechnung stellen. Beide Vertragsdokumente sehen eine Kündigung unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist vor (Urk. 9/11; dieses Vertragswerk wird nachstehend Akkreditierungsvertrag genannt).

3. Am 18. Juli 2002 schlossen die Parteien - offenbar als Ersatz für einen Vertrag vom 17. Mai 2002 - einen weiteren Vertrag mit dem Titel "Arbeitsvertrag" ab. Dieser enthält eine Entschädigungsregelung für Präsenzdienste des Klägers ausserhalb der regulären Arbeitszeiten (7.00 bis 19.00 Uhr) sowie an allgemeinen Frei- und Feiertagen. Die vereinbarte Entschädigung beträgt pauschal Fr. 600.-- pro Dienst à 12 Stunden, wovon die üblichen Sozialversicherungs- und die Lohnausfallversicherungsprämien in Abzug kommen. Der tatsächliche Einsatz richtet sich nach einem jeweiligen Dienstplan. Die Erfassung der entschädigungspflichtigen Präsenzdienste zuhanden der Beklagten obliegt der Verantwortung des Klägers und hat monatlich zu erfolgen, die Entschädigung wird monatlich durch die Beklagte ausbezahlt. Dieser Vertrag sieht eine Probezeit sowie eine Kündigungsfrist von drei Monaten vor (Urk. 9/10 = Urk. 11/1; dieser Vertrag wird nachstehend Pikettvertrag genannt).

4. Am 16. September 2004 schlossen die Parteien per 1. Oktober 2004 einen weiteren "Arbeitsvertrag" ab. Wie beim Akkreditierungsvertrag wird dort zunächst festgehalten, dass dem Kläger zusammen mit den weiteren Mitgliedern des "Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin" die Sicherstellung der anästhesiologischen Grundversorgung der Klinik obliegt und das Departement die grundsätzliche Aufgabe hat, Anästhesien durchzuführen und die perioperative anästhesiologische Patientenbetreuung wahrzunehmen. Die Klinik ihrerseits ist zur Bereitstellung der für einen zeitgemässen Betrieb der Anästhesiologie nötigen Infrastruktur einschliesslich Personal verpflichtet. Ebenso hält auch dieser Vertrag fest, dass die an der Klinik tätigen Ärzte einander fachkompetenzmässig gleichgestellt sind, der Anästhesiefacharzt in seiner ärztlichen Verantwortung unabhängig ist und ein fachliches Weisungsrecht gegenüber dem Anästhesiepflegepersonal hat. Wie der Akkreditierungsvertrag statuiert sodann auch dieser neue Vertrag, dass der Kläger als Facharzt für Anästhesiologie seine Rechnung in Anwendung der einschlägigen Tarife direkt an den Patienten stellt, seinerseits aber der Beklagten als Abgeltung für die zur Verfügung gestellte räumliche und apparative Infrastruktur eine Abgabe von 15% der dem Patienten verrechneten Operationssaaltaxe leistet. Wie der Pikettvertrag schreibt auch dieser neue Vertrag vor, dass

das Departement für Anästhesiologie einen lückenlosen Präsenzdienst während der Dauer des Operationsbetriebs der Beklagten und einen Pikettdienst im Rahmen der Dienstplanung zu gewährleisten hat.

Neu wird in diesem Vertrag festgehalten, dass dem Kläger nunmehr die Leitung des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin und die Funktion eines Chefarztes zukommt. Als solcher wird er - zusätzlich - verpflichtet, als Sachverständiger an Sitzungen der Klinikleitung teilzunehmen, in Spitalgremien mitzuwirken, sich an den Qualitätssicherungsmassnahmen des Spitalträgers und an der Aus- und Weiterbildung des Klinikpersonals zu beteiligen sowie Neuanschaffungen im Bereich Anästhesiologie mit der Logistik abzusprechen. Er hat auch ein Mitsprache- nicht jedoch Entscheidungsrecht bei der Einstellung oder Entlassung von Ärzten seines Departements. Weisungsberechtigter Dienstvorgesetzter des Chefarztes in administrativen, wirtschaftlichen und betriebsorganisatorischen Belangen ist der Klinikdirektor. Innerhalb des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin hat der Kläger die Team- und Personalsitzungen zu leiten, das ärztliche Anzeige- und Meldewesen - auch gegenüber der Direktion - wahrzunehmen sowie die Einhaltung der Vorschriften, Dienstanweisungen und Anordnungen innerhalb des Departements sicherzustellen. Sodann ist er für die Dienstplanung inkl. Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft in seinem Institut verantwortlich und hat solche erforderlichenfalls auch selber zu übernehmen. Dafür hat er Wohnsitz in der Nähe der Klinik zu nehmen. Für die Aufgaben im Rahmen der Chefarztfunktion erhält der Kläger einen fixen Jahresbetrag von pauschal Fr. 30'000.- (indexiert); Sonderregelungen für weitere Dienstleistungen sind vorbehalten. Auch dieser Vertrag sieht eine Kündigungsfrist von 6 Monaten vor, kündbar jeweils auf Mitte oder Ende Jahr. Gemäss Schlussklausel ersetzt dieser Vertrag alle bisherigen Vereinbarungen (Urk. 9/9 = Urk. 11/7; nachfolgend Chefarztvertrag genannt).

III.

1. Das vorliegende Prozessverfahren zeichnet sich aus durch äusserst weit-schweifige Ausführungen der Parteivertreter sowohl vor Vorinstanz als auch im

Berufungsverfahren. Die jeweiligen Rechtsschriften enthalten zahlreiche Wiederholungen und Widersprüche, sowohl in sich selbst als auch untereinander. Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör verlangt nur, dass das Gericht in seinen Urteilsabwägungen die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien berücksichtigt und kurz seine Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seine Entscheidung stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheidung mit allen Parteibehauptungen einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen in sämtlichen Prozesseingaben ausdrücklich abhandelt und widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheidung gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 134 I 83 E. 4.1 S.88 mit Hinweisen). Daran orientieren sich die nachstehenden Ausführungen. Der unnötigen Weitschweifigkeit der Rechtsschriften wird trotzdem unter dem Aspekt des aufwendigen Aktenstudiums bei der Festlegung der Entscheidungsgebühr Rechnung zu tragen sein.

Ebenso müssig ist es, auf die Berufungskritik des Klägers einzugehen, die Vorinstanz habe tendenziös und einseitig zulasten des Klägers entschieden, was er jedoch einzig daraus ableitet, dass die Vorinstanz bei der Würdigung des Sachverhalts nicht seiner Ansicht gefolgt ist. Die Vorinstanz hat indessen jeweils nach durchaus sachlichem Ermessen die nötige Würdigung der Sachlage vorgenommen.

2. Die Vorinstanz hat sich in ihrer Entscheidung ausschliesslich mit der Frage befasst, ob es sich beim Vertragsverhältnis der Parteien um einen Arbeitsvertrag handelte oder um einen Akkreditierungsvertrag, den sie anhand der für Auftragsverhältnisse entwickelten Regeln vom Arbeitsvertrag abgrenzte. Sie erwog, für einen Arbeitsvertrag typisch sei die Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung, nicht zu einem Arbeitserfolg; das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses; der Anspruch auf Entgelt nach Massgabe der Arbeitsleistung; die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und nicht eine eigenverantwortliche Tätigkeit. Letzteres bzw. ein persönliches, betriebliches und zeitliches Direktionsrecht des Arbeitgebers sei das wesentliche Abgrenzungsmerkmal und sei anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu prüfen; auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Vertrags komme es

nicht an. Nach einer Prüfung aller massgeblichen Umstände der Parteibeziehungen kam die Vorinstanz zum Schluss, für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spreche die zusätzliche Absicherung der Dienste des Klägers als Belegarzt mit dem Akkreditierungsvertrag und dem Chefarztvertrag als "Arbeitsverträge", die vermehrte Weisungsgebundenheit des Klägers in der Chefarztfunktion, die verstärkte Einbindung in den Spitalbetrieb (namentlich gegenüber den Belegärzten) und die vereinbarte Kündigungsfrist. Gegen ein Arbeitsverhältnis spreche die Eigendeklaration des Klägers gegenüber Sozialversicherungen und Steueramt als Selbständigerwerbender, die eigene Vorstellung des Klägers von einer Gleichstellung mit den übrigen (selbständigen) Belegärzten, die fehlende Weisungsbefugnis gegenüber den anderen Anästhesisten, die Notwendigkeit eines Zusatzvertrages als Pikettarzt statt entsprechender Arbeitgeberweisungen; die Tragung des Unternehmerrisikos durch den Kläger, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Abgeltung der benützten Infrastruktur durch den Kläger, keine vorgegebenen Arbeitszeiten und -kontrollen, keine bezahlten Ferien, keine Probezeit. Diese letztgenannten Kriterien für das Vorliegen eines Innominatkontraktes mit den Hauptzügen eines Auftrags wögen inhaltlich schwerer als diejenigen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Abgrenzungsneutral seien demgegenüber die wirtschaftliche Un-/Abhängigkeit, die 100% Tätigkeit für die Beklagte und das Fehlen eines Konkurrenzverbotes. Demnach sei nicht vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen. Da der Kläger ausschliesslich arbeitsvertragstypische Ansprüche erhebe - missbräuchliche Kündigung, Auszahlung eines Ferienlohnes - sei die Klage abzuweisen (Urk. 33).

3. Wie bereits vor Vorinstanz macht der Kläger auch im Berufungsverfahren geltend, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei rechtlich als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, wobei er grundsätzlich vom Chefarztvertrag als massgeblicher Vertragsbasis ausgeht, aber auch bereits im vorausgegangenen Akkreditierungsvertrag einen Arbeitsvertrag sieht. Zusammengefasst macht er geltend, bereits die Bezeichnung der abgeschlossenen Verträge als Arbeitsverträge (im Gegensatz zu den übrigen Belegarztverträgen) weise auf den Parteiwillen zum Eingehen eines Arbeitsverhältnisses hin; eine solche Qualifikation ergebe sich aber

insbesondere auch aus der objektivierten Auslegung und der tatsächlichen Handhabung des Vertragsverhältnisses. Chefärzte seien in den Spitälern stets unselbstständig im Anstellungsverhältnis tätig, nach aussen trete der Spital als Leistungsträger auf. Der Kläger sei exklusiv und vollzeitlich für die Beklagte tätig und wirtschaftlich vollständig von ihr abhängig gewesen, während Belegärzte neben ihrer Tätigkeit am Spital stets noch eine eigene Praxis ausserhalb des Spitals führen würden. Die Möglichkeit, auch ausserhalb der Klinik tätig zu werden, sei für den Kläger nur eine theoretische gewesen. Der Chefarztvertrag habe ihn dem Direktor der Klinik unterstellt und habe ihm klare, persönlich zu erfüllende administrative Aufgaben im Rahmen der Betriebsorganisation und der Klinikleitung zugewiesen. Er habe nicht nur die Rufbereitschaft der Anästhesiologie sicherzustellen gehabt, sondern selber bei Bedarf solche Dienste übernehmen müssen. Bei seiner ärztlichen Tätigkeit habe er sich an das von der Beklagten erstellte Operationsprogramm halten müssen, sei auch damit organisatorisch in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen und hätte, falls nötig, den weiteren Anästhesisten Dienste zuweisen können bzw. müssen. Mit den Patienten habe er nie einen Behandlungsvertrag abgeschlossen. Insgesamt sei er als Chefarzt - anders als die übrigen Belegärzte, zu denen er auch die übrigen Anästhesieärzte zählt (Urk. 32 S. 18 Rz 61) - in hohem Ausmass in die Betriebsordnung der Beklagten einbezogen gewesen und habe von Vorgesetzten ständig verbindliche Weisungen erhalten. Dass er weder an feste Arbeitszeiten gebunden noch der Umfang seiner Arbeit vorgeschrieben gewesen sei, sei bei höheren leitenden Tätigkeiten üblich. Ebensovienig entscheidend sei, dass er die Ferien jeweils von sich aus bezogen habe, da er dabei stets auf die betrieblichen Bedürfnisse Rücksicht genommen habe.

Auf die Auszahlung eines Monatslohnes komme es für die Qualifikation des Arbeitsverhältnisses nicht an; die Entschädigung könne auch nach Massgabe der effektiv geleisteten Arbeit durch Vergütung des Aktes erfolgen. Wohl habe sein Einkommen massgeblich auf seinem Umsatz als Arzt beruht. Die Rechnungsstellung für die von ihm durchgeführten Anästhesien an die Patienten seien indessen regelmässig durch die Beklagte in ihrem Namen erfolgt, basierend auf dem vorgängigen Kostenvoranschlag, und die Beklagte habe ihm monatlich Zahlungen

geleistet. Dass er das Ausfallrisiko für die Patientenzahlungen getragen, die Sozialversicherungen selber abgerechnet und sich steuerlich als Selbständigerwerbender deklariert habe, sei zweitrangig. Die Miete und eigene Bezahlung eines Büros in den Räumen der Beklagten sowie die Übernahme der dafür angefallenen Kommunikations- und Kleiderkosten sei bereits vor Abschluss des Chefarztvertrages und unabhängig davon erfolgt und wäre für die Erfüllung seiner Aufgaben gar nicht nötig gewesen. Das unternehmerische Risiko für die Infrastruktur und die Investitionen habe allein die Beklagte getragen. Die Operationssaal-Infrastruktur der Beklagten sei grundsätzlich durch die Operationssaaltaxe der Patienten finanziert worden und nicht durch die geringfügigen Abgaben des Klägers und der weiteren Anästhesisten von 15% der OPS-Taxe. Der Chefarztvertrag habe sodann eine fixe Vergütung von Fr. 30'000.- pro Jahr vorgesehen, welche, wie bei den anderen Ärzten mit denselben Aufgaben, nur für die Sitzungsteilnahme bestimmt gewesen sei, nicht aber für die weiteren Aufgaben des Klägers als Chefarzt. Die Pikettdienste seien separat entschädigt worden (Urk. 32).

4. Nach - zusammengefasster - Auffassung der Beklagten im erstinstanzlichen wie im Berufungsverfahren ist für die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Parteien nicht die Bezeichnung als Arbeitsvertrag massgeblich, sondern das tatsächlich gelebte Verhältnis. So sei der Kläger gemäss seinem Akkreditierungsvertrag stets als Anästhesiearzt tätig gewesen und diese Ärzte hätten den Status eines selbständigen Belegarztes gehabt. Das Team der Anästhesisten habe sich autonom organisiert und die Anästhesisten hätten die anfallenden Einsätze gemäss Operationsprogramm der Beklagten selbständig unter sich aufgeteilt und absolut selbständig über ihre Präsenzzeiten bei der Beklagten entschieden. Innerhalb des vom Operationsprogramm vorgegebenen Rahmens und des dem Anästhesieteam vorgegebenen Grundversorgungsauftrages sei der Kläger frei gewesen zu bestimmen, wann er welche Operationen übernehmen bzw. mit welchen operierenden Ärzten er zusammenarbeiten wolle. Die Arbeitszeiten, Freitage oder Ferien seien von der Beklagten nie erfasst oder kontrolliert worden; es habe lediglich eine Anzeigepflicht hinsichtlich der Freitage an den Direktor be-

standen, wobei der Kläger hier selber für eine Stellvertretung habe sorgen müssen. Der Kläger habe aber stets seine mindestens 6 Wochen Ferien in Absprache mit seinen Anästhesiekollegen bezogen. Demgemäss sei der Kläger frei gewesen, auch noch in anderen Spitälern oder Kliniken zu arbeiten und seine Einsätze bei der Beklagten entsprechend zu organisieren.

An dieser Situation habe auch der zusätzlich abgeschlossene Chefarztvertrag nichts geändert, dieser habe nur eine Ergänzung des Akkreditierungsvertrags dargestellt. Im Gegensatz zu solchen Titelträgern in öffentlich-rechtlichen Spitälern mit Chefarztsystem habe der Kläger nie eine Behandlungspflicht für Patienten gehabt. Der Titel habe dem Kläger auch kein Weisungsrecht gegenüber seinen freiberuflichen Anästhesiekollegen verliehen noch - medizinische Weisungen ausgenommen - gegenüber dem weiteren Personal. Er seinerseits sei dem Direktor der Beklagten nur bezüglich der für die gesamte Klinik und alle Beleg- bzw. Anästhesieärzte geltenden Hausregeln und das Operationsregime weisungsunterstellt gewesen. Er habe weiterhin als "primus inter pares" zusammen mit den anderen Belegärzten den Dienstplan sowie Richtlinien, Weisungen und Merkblätter im Anästhesiebereich erstellt und die anästhesiologische Versorgung bei der Beklagten sichergestellt. Daneben habe er administrative Funktionen übernommen wie die Verteilung der Operationen bzw. der 5 Operationssäle auf die ca. 10 Anästhesieärzte, was jeweils an einer von ihm geleiteten wöchentlichen Koordinationssitzung erfolgt sei. Zusätzlich habe der Kläger einzig noch an den Sitzungen des "Klinikgremiums" der Beklagten teilgenommen, eines Gremiums an der Schnittstelle von Verwaltungsrat und Belegärzten.

Entschädigungsmässig sei der Kläger den anderen selbständigen Belegärzten gleichgestellt gewesen. Er habe von der Beklagten grundsätzlich kein Gehalt bezogen, sondern sein Haupteinkommen aus den von den Patienten bezahlten Arzthonoraren generiert. Das Zahlungs- bzw. Ausfallrisiko für diese Honorare habe allein der Kläger getragen. Entsprechend habe sich der Kläger gegenüber den Gesundheitsbehörden, Steuerbehörden und Sozialversicherungen während der gesamten Vertragsdauer von 8 Jahren als selbständig erwerbender Arzt deklariert, sei selber für seine Vorsorge aufgekommen und habe eine eigene Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen. Der Kläger habe der Beklagten sodann

freiwillig einen selbständigen Auftrag zum Inkasso der Patientenhonorare erteilt; deswegen seien die Patientenzahlungen zunächst an die Beklagte gegangen und von dieser anschliessend, nach Abzug einer zusätzlichen Inkassogebühr von 4% für sie, an den Kläger weitergeleitet worden. Weiter habe der Kläger der Beklagten - unabhängig von der effektiven Bezahlung der Patientenrechnungen - 15% der verrechneten OPS-Taxe abführen müssen als Entschädigung für die Benützung der Operationssaalinfrastruktur samt Anästhesiesprechzimmer und für das zur Verfügung gestellte Anästhesie- und Pflegepersonal. Auch für das von ihm benützte Büro in den Räumen der Beklagten zwecks Erledigung seiner administrativen Arbeiten als Belegarzt habe er eine Miete bezahlen müssen. Für die zusätzlichen Aufgaben als primus inter pares gemäss Chefarztvertrag sei der Kläger sodann mit einem pauschalen Jahresbetrag analog einem Verwaltungsratsbonus von zusätzlich Fr. 30'000.- und später bis zu Fr. 45'200.- von der Beklagten entschädigt worden. Davon seien noch - und ausschliesslich - die Abzüge für die AHV getätigt worden. Wie viel Zeit der Kläger als Gegenleistung dafür investiert habe, entziehe sich ihrer Kenntnis.

Einzig für den Pikettvertrag sei von einer abweichenden rechtlichen Situation im Sinne eines Arbeitsvertrages auszugehen. Denn hier habe zur Absicherung der Klinik ein verbindliches Weisungsrecht etabliert werden müssen, was im Rahmen blosser Belegarztverträge nicht möglich gewesen wäre. Hier habe der Kläger von der Beklagten ein Einkommen bezogen, dieses sei jährlich in einem Lohnausweis festgehalten worden und es seien auch die entsprechenden Sozialabzüge darauf vorgenommen worden.

Für den Fall einer Qualifizierung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag durch das Gericht beruft sich die Beklagte auf das Vorliegen eines Dissenses hinsichtlich des Arbeitslohnes. Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit Anspruch auf bezahlte Ferien, Sozialleistungen etc. hätte sie nie einer Vergütung von über Fr. 600'000.- pro Jahr zugestimmt. Das Vertragsverhältnis wäre gemäss Art. 20 Abs. 2 OR insoweit auch teilnichtig. Zumindest habe sich die Beklagte diesfalls aber in einem wesentlichen Irrtum befunden, da die vereinbarten Konditionen auf der Annahme einer selbständigen Tätigkeit des Klägers beruht hätten und ihm in dieser Form als Arbeitnehmer nicht gewährt worden wären (Urk. 39).

IV.

1. Die ärztliche Tätigkeit in Spitälern kann grundsätzlich unter verschiedenen vertraglichen Regimes erfolgen.

Bei Privatspitälern mit eingeschränktem Leistungsangebot und welche grundsätzlich nur Leistungen für zusatzversicherte Patienten anbieten, sind die Ärzte häufig im Belegarztstatus tätig. Sie sind im idealtypischen Fall frei praktizierende Ärzte mit eigener Praxis, welche aufgrund einer Vereinbarung mit dem Spital das Recht haben, ihre Patienten im Spital eigenverantwortlich, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu behandeln. In dieser Vereinbarung werden die notwendigen Modalitäten für die Benützung und finanzielle Abgeltung der Infrastruktur des Spitals durch den Arzt und die Beanspruchung des Spitalpersonals für die ärztlichen Leistungen geregelt sowie allgemeine betriebliche Rahmenbedingungen aufgestellt, deren Beachtung für einen geordneten Spitalbetrieb, die Einhaltung der nötigen Behandlungsqualität und -sicherheit sowie die Koordination mit den anderen Ärzten unabdingbar sind. Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen Innominatkontrakt, welcher hauptsächlich Elemente des Mietvertrages und des Personalverleihvertrags enthält. Aus Sicht der Patienten kommt es diesfalls zu einem gespaltenen Vertragsverhältnis, indem die Patienten einerseits mit dem Spital für Aufenthalt und Pflege einen Vertrag abschliessen (Spitalaufnahmevertrag) und wofür der Spital Rechnung stellt, und andererseits zu einem - ausdrücklich oder konkludent abgeschlossenen - separaten Behandlungsvertrag mit dem Arzt zu einem von diesem zur Anwendung gebrachten und dem Patienten direkt in Rechnung gestellten Tarif (Auftrag). Ein Arbeitsleistungsvertrag zwischen Arzt und Spital liegt hier nicht vor. Insbesondere liegt kein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319ff. OR vor, da dieser notwendigerweise ein Austauschverhältnis von Arbeitsleistung gegen Entgelt voraussetzt (Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Art. 319 N 2).

Bei öffentlichen Spitälern und Privatspitälern mit Leistungsauftrag, welche zur Aufnahme und Behandlung aller, auch der nur allgemein versicherten Patienten verpflichtet sind, stehen die dort tätigen Ärzte idealtypischer Weise in einem Ar-

beitsvertrag mit dem Spitalträger. Der Aufnahme- und Behandlungspflicht des Spitals für alle Patienten entsprechend müssen hier auch die Ärzte eine generelle Behandlungspflicht und damit auch dem Spital gegenüber eine Arbeitspflicht im vereinbarten und durch Weisungen des Spitals näher bestimmten Umfang haben. Der Arbeits- und Präsenzpflcht steht gleichzeitig ein Anspruch auf Zuweisung von Arbeit gegenüber. Die Ärzte werden vom Spital für ihre Leistung entweder im Monatslohn oder leistungsbezogen entschädigt. Die Patienten ihrerseits schliessen hier einen einheitlichen Vertrag mit dem Spital über Aufenthalt, Pflege und ärztliche Behandlung ab, soweit das Spital-Patientenverhältnis nicht ohnehin bereits öffentlich-rechtlich geregelt ist. Eine Arztwahl besteht für Allgemeinversicherte in der Regel nicht und sie haben keinen Einfluss darauf, welcher Arzt sie behandeln wird. Entsprechend stellt der Spital im eigenen Namen anhand der für ihn geltenden Tarife Rechnung sowohl für die institutionellen und pflegerischen Leistungen als auch für die ärztliche Betreuung.

In der Praxis sind häufig Mischformen von diesen idealtypischen Verhältnissen auszumachen. Vom echten Belegarztsystem zu unterscheiden sind z.B. Abmachungen, nach welchen frei praktizierende Ärzte auf Abruf des Spitals Spitalpatienten im Namen und auf Rechnung des Spitals behandeln und in diesem Sinne keinen eigenen Vertrag mit den Patienten abschliessen. Sie stehen mit dem Spital aber in einem Arbeitsleistungsverhältnis, das je nach den weiteren Umständen rechtlich als Auftrag oder Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Umgekehrt besteht auch in Spitälern mit umfassendem Leistungsauftrag für intern tätige Kaderärzte im Anstellungsverhältnis die Möglichkeit, zusätzlich privat versicherte Patienten auf der Basis eines separaten Behandlungsvertrages auf eigene Rechnung zu behandeln; diesfalls haben sie dem Spital für die Benützung der umfassenden Infrastruktur sowie der pflegerischen Dienste eine Abgabe zu leisten (vgl. dazu L. Brühwiler-Frésey, in Handbuch des Arztrechtes, 1. Aufl. Zürich 1994, S. 298f; Th. Eichenberger, in Handbuch des Arztrechtes, 2. Aufl. Zürich 2007, S. 352, 362, 377, 383).

2. Hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Vertragswerks der Parteien ist zunächst der Akkreditierungsvertrag zu untersuchen (Urk. 9/2 und 9/11).

2.1. Vorliegend hat der Kläger zu Beginn seiner Tätigkeit bei der Beklagten die bei ihr üblichen Akkreditierungsbestimmungen unterschrieben, welche für sämtliche bei ihr tätigen Ärzte gelten (Urk. 9/11). Es handelt sich dabei um eine klassische Belegarztvereinbarung. Neben der Regelung der Zulassungs- und Auflösungsmodalitäten stellen diese Bestimmungen klar fest, dass die akkreditierten Ärzte weder in einem Arbeits- noch in einem Auftragsverhältnis zur Klinik stehen, dass sie in eigener Verantwortung gegenüber dem Patienten tätig werden und insbesondere dass die Ärzte den Patienten direkt Rechnung stellen. Umgekehrt hat der akkreditierte Arzt Abgaben an die Klinik zu leisten. Des Weiteren regeln die Bestimmungen eine Akquisitionspflicht des Arztes (mindestens 10 Patienten jährlich), die Pflicht zur Berücksichtigung der klinikeigenen medizinischen Dienstleistungen (Labor, Röntgen etc.), die betriebliche Zusammenarbeit mit den weiteren Ärzten und dem Pflegedienst sowie die Beachtung der betrieblichen Qualitätsvorschriften. Diese Bestimmungen enthalten zum einen keine Entschädigungsleistungen der Klinik an die bei ihr tätigen Ärzte, zum anderen enthalten sie - ausgenommen die Mindestakquisition - keinerlei Verpflichtungen hinsichtlich Art und Umfang der Tätigkeit der akkreditierten Ärzte. Eine Entschädigung ist jedoch umgekehrt seitens der zugelassenen Ärzte geschuldet zur Abgeltung der benützten Klinikinfrastruktur und der von ihnen benötigten Leistungen des Pflegepersonals im operativen Bereich. In diesem Sinne fehlen die grundlegendsten Merkmale eines Arbeitsvertrages gemäss Art. 319ff. OR (Arbeitsleistungspflicht in zeitlicher Abhängigkeit gegen Entgelt).

2.2. Bei Belegarztspitälern kommt den Anästhesieärzten insofern eine besondere Stellung im Betrieb zu, als sie in der Regel keine eigenen Patienten in die Klinik überweisen, sondern vielmehr ihre Dienstleistungen für die von den operierenden Belegärzten akquirierten Patienten erbringen. Die Anästhesieärzte haben auch eine gewisse Präsenzpflcht im Spital, indem sie während des Operationsbetriebs die anästhesiologische Versorgung der Patienten aller operierenden Belegärzte sicherstellen müssen. Insofern bedarf es bei diesen Ärzten zusätzlicher vertraglicher Absprachen, die jedoch in unterschiedlicher rechtlicher Form erfolgen können.

Diese wurden vorliegend unter den Parteien zunächst durch einen Zusatzvertrag am 7. April 2001 getroffen (Urk. 9/2). Hier wird zusätzlich eine Pflicht des Klägers statuiert, zusammen mit den anderen Mitgliedern des Anästhesieteams die anästhesiologische Versorgung nach Bedarf des Operationsbetriebes bei der Beklagten sowie einen Präsenz- und Pikettdienst sicherzustellen. Für die Planung des bestimmenden Operationsprogramms wird den Ärzten ein medizinisches wie organisatorisches Mitspracherecht eingeräumt und die Beklagte behält sich ein allgemeines betriebliches Weisungsrecht vor. Andererseits verpflichtet sich die Beklagte erneut (nur) zur Bereitstellung zeitgemässer Einrichtungen für die Durchführung der Anästhesien und des notwendigen Personals sowie eines geeigneten Büros und Pikettzimmers gegen Leistung einer Abgabe des Anästhesiearztes an die Klinik von 15% der jeweils dem Patienten verrechenbaren Operationssaaltaxe. (Diese Abgabe brauchte, entgegen dem Kläger, die Infrastrukturkosten der Beklagten nicht vollumfänglich abzudecken, hatten doch auch die operierenden Ärzte eine solche Benützungsabgabe zu leisten und wurde den operierten Patienten ebenfalls Rechnung für die Operationssaalbenützung gestellt. Sie war umgekehrt auch nicht zwangsläufig ein "Gewinn", den die Beklagte auf Kosten des Klägers erzielte). Es wird erneut bestimmt, dass die Anästhesieärzte den jeweiligen Patienten für ihre Leistungen nach den jeweils einschlägigen, allgemein gültigen Tarifen direkt Rechnung stellen.

Auch unter Berücksichtigung dieser Zusatzvereinbarung kann der Vertrag zwischen den Parteien nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert werden, fehlte es doch nach wie vor an der Verpflichtung zu einer zeitbestimmten Arbeitsleistung gegen Entgelt. Die Entschädigung für die ärztlichen Leistungen des Klägers waren vom Patienten direkt dem Kläger geschuldet, nicht der Beklagten (vgl. z.B. Urk. 18 S. 62). Mit der Beklagten schlossen die Patienten keinen Behandlungsvertrag ab, sondern mit den jeweiligen behandelnden Ärzten; mit der Beklagten schlossen die Patienten nur einen Spitalaufnahmevertrag ab. Die Beklagte hatte keine Behandlungspflicht für Patienten und dementsprechend auch der Kläger keine Arbeitsverpflichtung. Wenn die Beklagte die Leistungen des Klägers jeweils auf einer Gesamtrechnung an die Patienten fakturierte, so tat sie dies in Ausführung des ihr vom Kläger separat erteilten und zusätzlich mit 4% zu entschädigenden Inkasso-

auftrages; einen solchen Inkassoauftrag bestreitet auch der Kläger nicht (Urk. 8 S. 19 i.V.m. Prot. I S. 4; Prot. I S. 8; Urk. 18 S. 62 Rz 191f; Prot. I S.15; Urk. 32 S. 25 Rz 87). Ob das Inkasso in direkter Stellvertretung im Namen des Klägers erfolgte oder in indirekter Stellvertretung im Namen der Beklagten, ist nicht relevant (Art. 32 Abs. 1 und 3 OR). Entscheidend ist, auf wessen Rechnung die Zahlungen gutzuschreiben waren. Die Beklagte erwähnte denn jeweils auch ausdrücklich, dass sie das ärztliche Anästhesiehonorar für den betreffenden *Belegarzt* in Rechnung stelle (Urk. 19/56). Es kann zusätzlich auf das entsprechende Formular Urk. 11/5 verwiesen werden, in welchen die Beklagte ausdrücklich festhält, dass nach einer unbenutzten Zahlungsfrist von 4 Monaten die Rechnung wieder an den Kläger zurückgeht, dass somit der Kläger Gläubiger der Forderung ist und auch das volle Delkredererisiko trägt (Dass sich Letzteres praktisch nicht oder nur sehr selten verwirklichte (Prot. I S. 16, 18), ist rechtlich nicht weiter von Bedeutung.). Für die Erstellung eines Kostengesamtvoranschlags für eine Operation musste die Beklagte ebenfalls zunächst bei den Anästhesieärzten um eine Honorarschätzung nachsuchen (Urk. 9/23). War das Arzthonorar für den Anästhesiearzt somit direkt vom Patienten geschuldet, liegt im Verhältnis Kläger - Beklagte keine Lohnzahlung bzw. kein Arbeitsentgelt vor. Vielmehr war es der Kläger, welcher Zahlungen an die Beklagte zur Abgeltung der Arbeitsinfrastruktur (und eines zusätzlich benützten Büros) zu leisten hatte. Damit fehlt nach wie vor ein Essentiale des Arbeitsvertrages und der Akkreditierungsvertrag kann nicht als Arbeitsvertrag nach Art. 319ff. OR qualifiziert werden. Zurecht anerkennt der Kläger denn auch hinsichtlich aller seiner ärztlichen Anästhesiekollegen, dass diese im Belegarztstatus tätig waren (Urk. 32 S. 18, 26; Prot. I S. 5, 10).

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger aufgrund dieses Vertrags weder zeitlich noch organisatorisch in einem arbeitsvertragstypischen Unterordnungs- und Weisungsverhältnis mit der Beklagten stand. Die Präsenzpflcht während der Operationszeiten richtete sich nicht unmittelbar an den Kläger persönlich sondern an das Anästhesistenteam, welches ca. 8 -10 einander gleichgestellte Ärzte umfasste. Diese Ärzte teilten sich selbständig und selbstverantwortlich in die Betreuung der 5 Operationssäle und der dortigen Operationsprogramme auf, wobei aber auch davon abweichende, individuelle Absprachen mit den

operierenden Chirurgen erfolgten (Urk. 9/13, 9/21; Prot. I S. 8). Die Anästhesisten konnten so ihre persönliche Arbeit hinsichtlich Inhalt (grosse oder kleine bzw. finanziell mehr oder weniger lukrative Operationsanästhesien) und zeitlichem Umfang - ob vollzeitlich oder teilzeitlich und zu welchen Zeitpunkten - selber steuern, ebenso ihre gewünschten Abwesenheiten infolge Ferien und Freizeit, anderweitiger Tätigkeiten ausserhalb des Betriebs der Beklagten oder die Stellvertretung im Krankheitsfall. Eine Rapportierungspflicht an die Beklagte oder eine Kontrolle durch diese bestand diesbezüglich nicht. Die Zahl der akkreditierten Anästhesisten konnte flexibel an den Bedarf angepasst werden (Urk. 9/2 Ziff. 4.1.1; vgl. auch Urk. 8 S. 10). Umgekehrt trugen die Anästhesisten das Schwankungsrisiko bei den Operationszahlen und -arten und das entsprechende Einkommensrisiko vollumfänglich selber. Erfahrungsgemäss finden z.B. während den Schulferien weniger Wahleingriffe statt und sinkt hier der Operationsumsatz. Ein dem Arbeitszuweisungsrecht eines Arbeitgebers entsprechender Anspruch auf Arbeitszuweisung eines Arbeitnehmers gab es nicht. Die Anästhesisten waren arbeitsmässig und damit wirtschaftlich nicht von der Beklagten abhängig, sondern vom Arbeitsvolumen der operierenden Belegärzte und allenfalls einem ausdrücklichen Zusammenarbeitswunsch Letzterer. Mit diesen verband die Anästhesisten aber ebenfalls kein ständiges Vertrags- und auch kein Weisungs- und Subordinationsverhältnis. Die Beklagte war hinsichtlich des Verhältnisses Anästhesist - Operateur nur als Maklerin tätig und erliess nur die für die Koordination der verschiedenen Akteure in ihrem Betrieb unabdingbaren administrativen Weisungen (vgl. auch Urk. 9/35). Aus der Sicherstellungspflicht für die anästhesiologische Versorgung erwuchs dem Kläger somit keine unmittelbare persönliche Arbeitspflicht für die Beklagte in einem bestimmten Umfang oder nach deren Weisung. Die Erfüllung dieser Pflicht stellte vielmehr eine gesellschaftsähnliche Pflicht des gesamten Anästhesistentteams dar.

Der Akkreditierungsvertrag ist daher kein Arbeitsvertrag im Rechtssinne. In diese Richtung weist sodann ebenfalls die selbständige Abrechnung des Klägers bei der AHV, der Abschluss einer eigenen Berufshaftpflichtversicherung, die steuerliche Deklaration als Selbständigerwerbender und die eigene Vorsorge. Dass die Parteien den Akkreditierungsvertrag mit "Arbeitsvertrag" überschrieben haben,

vermag an der rechtlichen Qualifikation nichts zu ändern (Art. 18 Abs. 1 OR), zumal auch der Kläger sich - wie erwähnt - nie wie ein Arbeitnehmer verhalten hat bzw. sich selber als Belegarzt mit selbständigem Status bezeichnet hat (Urk. 11/12).

3. Anders verhält es sich mit dem Pikettvertrag vom 18. Juli 2002 (Urk. 9/10). Gemäss diesem Vertrag verpflichtete sich der Kläger unmittelbar gegenüber der Beklagten zur Übernahme jeweils eines Arbeitseinsatzes von 12 Stunden ausserhalb der üblichen Operationszeiten und ausserhalb seiner operativen Anästhesietätigkeit. Die Beklagte ihrerseits verpflichtete sich zu einer Entschädigung von Fr. 600.- pro Einsatz. Diese Dienstleistung war unabhängig vom individuellen ärztlichen Behandlungsvertrag mit einem bestimmten Patienten zur Vornahme einer Anästhesie zu erbringen, sondern gehörte zum pflegerischen Leistungsangebot der Beklagten im Rahmen der abgeschlossenen Spitalaufnahmeverträge. Hier liegt sowohl vom Zweck des Vertrages als auch von seinem Inhalt her - Arbeitsleistung während einer bestimmten Zeit gegen Entgelt - klarerweise ein Arbeitsvertrag vor, der neben den Akkreditierungsvertrag getreten ist. Dies anerkennt auch die Beklagte (Urk. 39 S. 21f). Sie hat dementsprechend die üblichen Sozialabzüge auf der Entschädigung vorgenommen und dem Kläger dafür einen Lohnausweis ausgestellt (vgl. z.B. Urk. 9/25; Urk. 10 S. 5).

4. Weiter zu prüfen ist die rechtliche Qualifikation des Chefarztvertrages, den die Parteien per 1. Oktober 2004 abgeschlossen haben (Urk. 9/9).

4.1. Vergleicht man diesen Vertrag mit dem Akkreditierungsvertrag, so ist leicht erkennbar, dass darin alle wesentlichen Elemente des Akkreditierungsvertrags übernommen wurden. Statt des Anästhesieärzteteams wird nun einfach das "Departement für Anästhesie und Intensivmedizin" als verantwortlich für die Sicherstellung der anästhesiologischen Versorgung der Klinik, auch auf der Überwachungsstation mit Intensiveinheiten (IPS-Betten), bezeichnet, ebenso für die Sicherstellung des nötigen zusätzlichen Präsenz- und Pikettendienstes. Ebenso wird

festgehalten, dass der Kläger als Anästhesiearzt seine ärztlichen Leistungen direkt den Patienten verrechnet und dass er als Gegenleistung für die Beanspruchung der räumlichen und apparativen Infrastruktur der Beklagten sowie für die Lohnkosten des Anästhesiepersonals eine Abgabe von 15% der jeweiligen OPS-Taxe zu entrichten hat. Auch gemäss diesem neuen Vertrag war somit der Kläger nach wie vor im Status eines Belegarztes analog dem Akkreditierungsvertrag anästhesiologisch-operativ bei der Beklagten tätig und erzielte weiter erhebliche, mindestens in gleicher Grössenordnung sich bewegende bzw. sogar noch höhere Honorareinkünfte wie vor Oktober 2004 (vgl. Urk. 8 S. 22, 52).

Neu kamen durch diesen Vertrag noch *zusätzlich* gewisse administrative und organisatorische Aufgaben für den Kläger als Leiter des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin hinzu. So die Einsitznahme in gewisse Betriebsgremien der Beklagten und eine allgemeine Beratungspflicht der Klinikleitung; die Mitwirkungspflicht an Weiterbildungsveranstaltungen; die Mitwirkung bei Neuanschaffungen; ein (persönliches) Vorschlags- und Mitspracherecht bei Personalmutationen im ärztlichen Anästhesiebereich; die Verantwortung für die administrativen Belange der Anästhesieabteilung (Dienstplanung inkl. Präsenz- und Pikettendienst, Durchführung und Protokollierung der Arbeits- und Koordinationssitzungen des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin, Verantwortung für die Erfüllung der ärztlichen Meldepflichten, verbunden mit dem Recht auf Information über besondere medizinische wie organisatorische Fragestellungen und Vorkommnisse innerhalb des Departements; Verantwortung für die Einhaltung der erlassenen Anordnungen für den ärztlichen Bereich etc.). Der Kläger erhielt gleichzeitig das Recht, gewisse Aufgaben an andere Ärzte des Anästhesiebereichs zu delegieren. Dem Kläger stand aber weiterhin kein administratives, sondern nur ein fachliches Weisungsrecht gegenüber dem Anästhesiepersonal im perioperativen Bereich zu (Urk. 18 S. 36, Urk. 11/13). Vorbehalten war andererseits das allgemeine Weisungsrecht der Direktion der Beklagten in administrativen, wirtschaftlichen und betriebsorganisatorischen Belangen. Für die "Abgeltung seiner zusätzlichen Aufgaben" im Rahmen der Chefarztfunktion (nachfolgend administrative Aufgaben genannt) wurde dem Kläger ein fixer, indexierter Jahresbetrag von

Fr. 30'000.- zuerkannt. Angesichts des klaren Wortlautes verbietet sich die Auslegung, diese Entschädigung sei ausschliesslich für die Einsitznahme im Klinikgremium geschuldet gewesen (Urk. 8 S. 21f).

4.2. Bezüglich der administrativen Aufgaben des Klägers entstand durch diesen Vertrag neu auch eine Arbeitsleistungspflicht unmittelbar gegenüber der Beklagten, welche im Austausch dazu auch direkt von der Beklagten zu entschädigen war. Diese Vertragspflichten traten neben die Pflichten der Parteien aus dem Akkreditierungsverhältnis und das mit diesem notwendigerweise verbundene betriebliche Weisungsverhältnis zwecks Koordination der Tätigkeiten der verschiedenen Akteure im Betrieb der Beklagten. Ob dieses Arbeitsleistungsverhältnis rechtlich als auftragsrechtliches oder arbeitsvertragliches Element zu qualifizieren ist, hängt massgeblich davon ab, wie weit die rechtliche Unterstellung des Klägers in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht reichte (Streiff/von Kanel, a.a.O. Art. 319 N 6).

Vergleicht man die jährlichen Einkünfte des Klägers aus seiner operativen Anästhesietätigkeit von Fr. 593'303.- bis Fr. 670'703.- (nach Abzug der 15% Benützungsabgaben; vgl. Urk. 8 S. 63) mit dem vereinbarten Jahrespauschalhonorar von Fr. 30'000.-, so zeigen bereits diese Zahlen, dass die administrative Tätigkeit den Kläger insgesamt zeitlich nur relativ wenig beansprucht haben kann bzw. keinen Rückgang seiner Honorareinnahmen aus den ärztlichen Leistungen zur Folge hatte. Er erzielte im Gegenteil seit Oktober 2004 sogar noch höhere ärztliche Honorarumsätze als zuvor (Urk. 8 S. 22, 52).

Soweit er an den von der Beklagten anberaumten und damit zeitlich fremdbestimmten Sitzungen der diversen Spitalgremien teilnehmen musste, so war die zeitliche Beanspruchung dafür ebenfalls relativ klein. Der Kläger veranschlagt diese auf 4 - 5 Stunden pro Monat (Urk. 8 S. 5, von der Beklagten allerdings bestritten in Urk. 16 S. 6).

Dazu kam eine wöchentliche "Kliniksitzung" zur Besprechung des Operationsprogrammes und fachlicher Aspekte des Operationsbetriebes. Mit dem Anästhesiegremium fand eine monatliche Sitzung statt, bei welcher es um allgemeine or-

ganisatorische Fragen sowie die Aufteilung der anfallenden Operationsanästhesien und Präsenz- bzw. Pikettdienste unter die verschiedenen Ärzte ging (Urk. 8 S. 12f, Urk. 32 S. 5/6). Dabei konnte der Kläger jeweils gleichzeitig den Umfang seiner eigenen ärztlichen Tätigkeit festlegen und steuern, sodass der Aufwand für diese Sitzungen weitgehend auch als Akquisitionsaufwand für die eigene, selbständige Tätigkeit als Belegarzt gelten kann und nicht völlig fremdnützig und fremdbestimmter Zeitaufwand war. An solchen Koordinationssitzungen nahm der Kläger sodann bereits vor Oktober 2004 teil, und zwar ohne Entschädigung. Bezeichnenderweise sprach der Kläger persönlich vor Vorinstanz nur von einer *Zunahme* der administrativen Tätigkeit mit dem Chefarztvertrag (Prot. I S. 9) und bezeichnete dieselbe Funktion seines Vorgängers als die eines "primus inter pares" (Urk. 8 S. 6).

Soweit der Kläger sodann allgemeine Richtlinien für den Ablauf von Anästhesien, die Koordination mit dem Pflegedienst betr. Patienteneintritt für Operationen etc. erstellte (vgl. z.B. die mit dem Namen des Klägers oder seines Departements versehenen Urk. 9/13, 9/17-24; die Urk. 35/3 -11 sind im Berufungsverfahren unzulässige und damit unbeachtliche Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO), so ist nicht bekannt bzw. wurde nicht substantiiert behauptet, auf welche Vorarbeiten Dritter oder frühere Versionen der Kläger sich dabei abstützen konnte, wie weit er dafür verbindliche Vorgaben erhielt und wie viel Selbständigkeit er als erfahrener Operationsanästhesist und medizinischer Fachmann bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben hatte (vgl. z.B. auch das von mehreren Ärzten gezeichnete Alarmierungskonzept, Urk. 9/24). Die Erstellung solcher Richtlinien und Merkblätter wie auch eines Jahresberichtes erfolgt in der Regel im Sinne einer Ziel- und Ergebnisvorgabe und das Vorgehen und die einzelnen Schritte werden nicht im einzelnen kontrolliert, und ist eher eine auftrags- und nicht arbeitsvertragstypische Weisung. Unbekannt ist auch der zeitliche Aufwand des Klägers dafür. Dass und inwiefern eine laufende Kontrolle des Klägers während aller dieser Tätigkeiten stattfand, wurde nicht näher substantiiert.

In hierarchischer Hinsicht unterlag der Kläger bei seinen administrativen Funktionen dem Weisungsrecht des Direktors der Beklagten. Seinerseits hatte er aber keine ausdrückliche Weisungsbefugnis gegenüber den Anästhesiearztkollegen,

sondern nur eine koordinierende Funktion (Verteilung der Anästhesien, Dienstplanerstellung und Einteilung in den Pikettdienst gemäss gegenseitiger Absprache; Prot. I S. 21, Urk. 32 S. 18). Gegenüber dem weiteren Personal der Beklagten hatte er überhaupt kein betrieblich-organisatorisches Weisungsrecht. Eigentliche personalrechtliche Aufgaben und diesbezügliche Führungs- oder gar Entscheidungsbefugnisse hatte der Kläger keine. Er konnte nicht einmal seine Stellvertretung selber bestimmen (Urk. 8 S. 12). Das für diese Tätigkeit benützte Büro musste der Kläger selber bezahlen (Prot. I S. 5). Insgesamt war er daher nur sehr locker in die Betriebsstrukturen und die Hierarchie des Betriebes der Beklagten eingebunden. Gesamthaft gesehen muss die Arbeitsleistungsvereinbarung zwischen den Parteien über die administrative Tätigkeit des Klägers daher nach objektiver Auslegung als auftragsrechtliches Element des Chefarztvertrages qualifiziert werden, weil sie nur sehr untergeordnet inhaltlich und zeitlich fremdbestimmt war und der Kläger nur sehr locker in die innerbetrieblichen Strukturen der Beklagten eingebunden war. Für eine auftragsrechtliche Qualifikation spricht sodann die Entschädigung in Form einer Jahrespauschale. Diese war unabhängig vom tatsächlichen Zeitaufwand und den tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben geschuldet. Die Argumentationsweise der Beklagten in Urk. 9/29 erfolgte klar nur unter der Eventualhypothese, dass das Verhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag qualifiziert würde; eine Anerkennung der Qualifikation als Arbeitsvertrag erfolgte dort nicht. Bezüglich des Chefarztvertrages ist schliesslich erneut darauf zu verweisen, dass es auf die Bezeichnung des Vertrages für die rechtliche Würdigung nicht ankommt (Art. 18 Abs. 1 OR). Sodann bezeichnete sich der Kläger selbst noch in seiner Funktion als Chefarzt im März 2008 als Belegarzt mit selbständigem Status (Urk. 11/12).

Die vorliegend vereinbarte "Chefarztfunktion" ist im Übrigen in keiner Weise zu vergleichen mit der Funktion entsprechender Titelträger in öffentlichen Spitälern, welche in der Regel im Arbeitsvertrag angestellt sind. Bei diesen ist auch die ärztliche Tätigkeit in den Vertrag eingeschlossen im Sinne einer Behandlungspflicht für alle eintretenden Patienten. Weiter haben sie weitgehende Management- und personelle Führungsfunktionen innerhalb ihrer Abteilung oder des ganzen Spitals, sind umfassend weisungsberechtigt gegenüber allen auf ihrer Abteilung tätigen

Ärzten und Pflegenden, haben Ausbildungsfunktionen für Assistenzärzte, eine Budgetverantwortung etc.

4.3. Die Parteien hielten im Chefarztvertrag sodann fest, dass dieser alle früheren Verträge ersetzen soll. Nach den Ausführungen der Beklagten wurde der Pikettvertrag entgegen dem Wortlaut durch den Chefarztvertrag indessen nicht aufgehoben, sondern wurde weiter gelebt, und die ausserordentlichen Dienste des Klägers im Rahmen dieses Vertrages wurden von der Beklagten weiterhin separat abgegolten (Urk. 10 S. 5, Urk. 39 S. 58). Davon geht auch der Kläger aus (Urk. 32 S. 6). U.a. hat ja auch der Kläger per 1. Juni 2008 (nach Inkrafttreten des Chefarztvertrages) eine neue Fassung des Pikettvertrages unterzeichnet (Urk. 11/2). Für die Weitergeltung des Pikettvertrages und die Erzielung eines Zusatzeinkommens daraus sprechen sodann die Lohnausweise, welche die Beklagte ausgestellt hat. Die für die Jahre 2005 und 2008 verzeichneten Einkommen von Fr. 42'300.- bzw. Fr. 45'200.- (Urk. 9/26 und 9/28) überstiegen auch unter Berücksichtigung der Indexsteigerung ab Oktober 2004 den vereinbarten Pauschalbetrag von Fr. 30'000.- für die administrativen Chefarztarbeiten bei weitem, sind jedoch plausibel unter Annahme eines Einschlusses der Pikettentschädigung (so sinngemäss auch der Kläger in Urk. 8 S. 20 iVm mit Prot. I S. 4). Gab es daher weiterhin diesen separaten Arbeitsvertrag, so ist die Bestimmung im Chefarztvertrag, wonach das Departement für Anästhesiologie und Intensivmedizin auch einen Präsenz- und Pikettdienst zu gewährleisten habe, als allgemeiner Auftrag zu sehen, der durch einen separaten Arbeitsvertrag konkretisiert wurde. Es lässt sich daraus nichts weiteres für die rechtliche Qualifikation des Chefarztvertrages ableiten.

5. Zusammenfassend ist anhand der chronologischen Entwicklung des Vertragsverhältnisses der Parteien festzustellen, dass der vorbestehende Belegarztvertrag (Akkreditierungsvertrag) per 1. Oktober 2004 in den Chefarztvertrag aufgenommen bzw. überführt wurde, und dass sodann im Chefarztvertrag zusätzliche auftragsrechtliche Vereinbarungen enthalten sind. Insoweit erweist sich der Chefarztvertrag als zusammengesetzter Vertrag aus einem Auftragsverhältnis (admi-

nistrative Aufgaben als Chefarzt) und einem Belegarztvertrag als Innominatkontrakt, Letzterer wiederum bestehend aus wesentlichen Elementen des Mietvertrages und dem Personalverleih. Für die einzelnen Vertragsteile bestehen je separate Leistungsaustauschvereinbarungen, auf welche die jeweiligen Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar sind. Sind die beiden Verträge gegenseitig voneinander abhängig (sog. Finalnexus), sind sie allerdings hinsichtlich ihres Bestandes (Gültigkeit, Erfüllung, Auflösung) einheitlich zu beurteilen. Dabei kommen primär die von den Parteien diesbezüglich getroffenen eigenen Regelungen zum Tragen, subsidiär die Regeln des Obligationenrechts. Zwingende Gesetzesregeln gesetzlich geregelter Nominatvertragstypen sind nur dann anwendbar, wenn ein entsprechendes Schutzbedürfnis besteht (BSK OR I-Schluemp/Amstutz, Einl. vor Art. 184ff N 10, N 75ff).

Vorliegend ist davon auszugehen, dass der auftragsrechtliche Teil über die administrativen Chefarztaufgaben nicht ohne den Akkreditierungsvertrag abgeschlossen worden wäre. Insofern sind beide Vertragsteile hinsichtlich der Vertragsauflösung einheitlich zu beurteilen. Dafür haben die Parteien im Chefarztvertrag eine ausdrückliche einheitliche Regelung getroffen, nämlich eine Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten jeweils auf Ende Juni oder Ende Dezember. Aufgrund dieser klaren Regelung besteht kein Anlass zur Heranziehung anderweitiger - zwingender - Gesetzesbestimmungen, sei dies zur Ergänzung des Vertrages oder zum Schutz einer Vertragspartei. Das Auftragsrecht kennt das jederzeitige Widerrufsrecht (Art. 404 Abs. 1 OR). Im Übrigen sähen auch die - sozialpolitisch motivierten - mietvertraglichen Gesetzesbestimmungen nur eine Kündigungsfrist von 3 - 6 Monaten vor (Art. 266b OR). Zwingende Gesetzesbestimmungen aus dem Arbeitsvertragsrecht können nicht zur Anwendung gelangen, da diesem keiner der verbundenen Verträge angehört. Insofern kann kein Fall einer arbeitsvertragstypischen missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 OR oder eines zwingend geschuldeten Ferienlohns gemäss Art. 329d OR vorliegen. Soweit sich die Klage auf den Chefarztvertrag abstützt, fehlt ihr jede Grundlage.

6. Die aus dem Arbeitsvertragsrecht abgeleiteten Klageansprüche des Klägers sind daher nachstehend nur noch unter dem Aspekt der Kündigung des Pikettvertrages zu prüfen.

V.

1. Die Vorinstanz hat die Forderungen des Klägers materiell nicht geprüft, da sie zum Schluss gekommen ist, es liege kein Arbeitsvertrag vor. Sind solche Ansprüche hinsichtlich des Pikettvertrags aufgrund der vorstehenden Erwägungen doch zu prüfen, stellt sich die Frage einer diesbezüglichen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat (Art. 318 lit. c ZPO).

Diese Gesetzesvorschrift stellt ihrem Wortlaut nach eine Kannvorschrift dar. Anstelle einer Rückweisung kann die Berufungsinstanz auch selber über einen von der Vorinstanz nicht beurteilten Punkt entscheiden. Es ist dabei nach pflichtgemäßem Ermessen eine Abwägung zwischen der Wahrung der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses und der Prozessbeschleunigung zu treffen, wobei der Regelfall die neue Entscheidung des Berufungsgerichtes darstellt und die Rückweisung die Ausnahme bildet. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist nur noch über die Entschädigungsbegehren zu entscheiden, die sich auf den Pikettvertrag abstützen, somit über einen relativ untergeordneten Betrag. Die Parteien haben vor beiden Instanzen zur Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung bei Bejahung eines Arbeitsvertrages bereits umfassend Stellung genommen. Der Kläger selber beantragt in der Berufungsbegründung im Subeventualstandpunkt einen Entscheid über seine Entschädigungsbegehren. Wie noch zu zeigen sein wird, erweisen sich diese Begehren sofort als unbegründet. Es ist daher im Sinne der Prozessbeschleunigung über diese Begehren zweitinstanzlich direkt zu entscheiden (vgl. dazu Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 25f, 29).

2. Vorweg ist das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung des Pikettvertrages im Sinne von Art. 336 OR zu prüfen.

2.1. Die Tatbestände einer missbräuchlichen Kündigung, die zu einer Entschädigungszahlung führen, sind in Art. 336 OR aufgeführt. Es handelt sich dabei um Tatbestände einer zweckwidrigen Ausübung des Kündigungsrechtes, also der Vornahme einer Kündigung aus einem Grund, der mit dem Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang steht, oder die aus Rache für die Geltendmachung berechtigter Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag erfolgt. Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Es sind weitere Gründe von vergleichbarer Schwere denkbar, wie z.B. als Folge der Interessenabwägung zwischen geringfügigem Anlass und schwerwiegenden Kündigungsfolgen, bei einer ausgeprägten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn die Umstände, unter denen die Kündigung ausgesprochen wird, aussergewöhnlich persönlichkeitsverletzend sind oder der Arbeitgeber dabei hinterlistig vorgeht. Als Grundsatz ist jedoch in der Schweiz von der Kündigungsfreiheit auszugehen (BGE 132 III 115, 131 III 535, 125 III 70, 123 III 246, 118 II 166). Hinsichtlich Änderungskündigungen, die unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist erfolgen, hat das Bundesgericht sodann erkannt, dass solche nicht missbräuchlich sein können, wenn sie als Anpassung an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse erfolgen. Auch wenn mit der Änderungskündigung stets eine Druckausübung auf den Arbeitnehmer verbunden ist, so ist sie dennoch zulässig, wenn ein sachlich schutzwürdiger Grund bzw. ein betrieblicher oder marktbedingter Grund dafür vorliegt (BGE 123 III 246 mit Rückblick auf die bisherige Rechtsprechung und weiteren Verweisen).

Auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber eine unbegründete Kündigung nachträglich zu begründen (Art. 335 Abs. 2 OR). Die dabei genannten Gründe sind nicht abschliessend in dem Sinne, dass der Arbeitgeber im späteren Prozess nicht auch andere Gründe dafür nachschieben kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 335 OR und dortige Zitate).

Grundsätzlich obliegt dem Arbeitnehmer die Behauptungs- und Beweislast für die

Missbräuchlichkeit der Kündigung. Der Arbeitgeber hat, als Ausfluss des Prinzips der Kündigungsfreiheit, die von ihm angeführten und vom Arbeitnehmer allenfalls bestrittenen Kündigungsgründe nicht zu beweisen. Sie müssen weder der Wahrheit entsprechen noch belegt ihre Unwahrheit bereits die Missbräuchlichkeit. Vielmehr muss der Arbeitnehmer auch diesfalls einen Missbrauchstatbestand im Sinne des Gesetzes oder der Rechtsprechung behaupten und belegen (BGE 121 III 63). Eine Ausnahme ist allenfalls dort zu machen, wo aufgrund starker Indizien die Vermutung besteht, der vom Arbeitgeber angegebene Kündigungsgrund sei lediglich vorgeschoben zur Verschleierung eines Missbrauchstatbestandes im Sinne von Art. 336 OR. Hier darf der Arbeitgeber nicht inaktiv bleiben und muss seine Kündigungsgründe belegen (BGE 130 III 699 Erw. 4.1 am Ende).

2.2. Die frist- und termingerechte Kündigung aller Verträge mit dem Kläger erfolgte am 17. Juni 2008 schriftlich und wurde damit begründet, dass der Verwaltungsrat der Beklagten aus betrieblichen und marktbedingten Gründen eine Neustrukturierung des Betriebes beschlossen habe, um das langfristige Überleben des Betriebes angesichts der ständig zunehmenden Verschärfung des Wettbewerbs zu sichern. Die bislang bei der Beklagten tätigen Anästhesieärzte würden daher künftig im Anstellungsverhältnis zu marktüblichen Bedingungen beschäftigt und die Funktion des Chefarztes abgeschafft (Urk. 9/38). Ein solches Anstellungsverhältnis wurde auch dem Kläger offeriert. Er lehnte dieses als unzumutbar ab, vorwiegend weil ihm die Beklagte nur noch ein Fixum von Fr. 230'000.- pro Jahr garantierte und zusätzlich gemäss Ziff. 5 des Poolreglementes eine Erfolgsbeteiligung von bis zu Fr. 210'000.-, welche allerdings vom Leistungserfolg der gesamten Anästhesieabteilung abhing (Urk. 9/43). Weiter hätte er auf seinen Chefarzttitel verzichten müssen.

Im vorliegenden Prozess erläuterte die Beklagte die angeführten betrieblichen Gründe dahin, dass sie es aus Gründen der Produktivitätsverbesserung und Effizienzsteigerung als nötig erachtet habe, die personellen und organisatorischen Schnittstellen im betrieblich zentralen und kostspieligen Operationsbereich zwischen Anästhesie, Spezialpflege und Operateur zu verbessern. Dies sei nur möglich gewesen durch die Unterstellung des ganzen Operationsbetriebes unter eine

einheitliche, ihrerseits dem Weisungs- und Kontrollrecht des Spitaldirektors unterstellte Leitung. Mit den organisatorischen Änderungen habe gleichzeitig auch die medizinische Sicherheit für die Patienten mittels verbindlicher Weisungen verbessert werden können. Den Kläger habe sie als für eine solche Gesamtleitung nicht geeignet erachtet. Sodann habe sie mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu kämpfen gehabt und habe Massnahmen zum mittel- und langfristigen Überleben der Beklagten treffen müssen. Der Jahresgewinn 2008 sei eingebrochen. Die Benützungsabgabe der Anästhesisten von 15% sei nicht kostendeckend gewesen und hätte ohnehin eine Änderung nötig gemacht (Urk. 10 S. 14ff, Urk. 16 S. 24ff). Sodann habe das neue System auch der Vorbereitung einer allfälligen späteren Abrechnungspflicht im Form von Fallpauschalen gedient (Prot. I S. 28).

Der Kläger bestreitet nicht, dass die Beklagte ab Januar 2009 tatsächlich die Anästhesieärzte im Arbeitsvertrag und unter einheitlicher Leitung für die Operationsdienste angestellt hat, die angekündigte Reorganisation somit implementiert hat (Prot. I S. 19, Urk. 19/53). Ob sich dies auch im praktischen Alltag in Veränderungen bestimmter Abläufe niedergeschlagen hat, oder ob den Kläger ein Vorwurf bezüglich der geltend gemachten früheren Unzulänglichkeiten trifft, ist unerheblich. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Situation der Beklagten verweist der Kläger sodann selber darauf, dass sich die Ertragslage der Beklagten zwischen 2007 und 2008 erheblich verschlechterte, indem diese im Jahr 2007 einen Reingewinn von Fr. 700'596.- ausgewiesen habe, 2008 jedoch nur noch einen solchen von Fr. 123'861.- (Urk. 8 S. 43ff iVm mit Urk. 9/48, Urk. 32 S. 31). Er sah die Zukunft der Beklagten selber als gefährdet an (Urk. 32 S. 29).

Die vom Kläger anerkannten Umstände belegen die betriebliche und wirtschaftliche Begründung der Umstrukturierung des Anästhesiebereichs bereits ausreichend. In der einheitlichen, mit Weisungsbefugnissen ausgestatteten Leitung der Operationsdienste sah die Beklagte die Möglichkeit, Schnittstellen zu eliminieren, effizientere Abläufe zu installieren, den (Kosten-)Aufwand zu reduzieren und so nicht zuletzt die medizinische Sicherheit für die Patienten zu optimieren. Dies sind legitime betriebliche Überlegungen, die als sachlicher Grund für eine Kündigung der Akkreditierungsverträge mit den Anästhesieärzten nachvollziehbar und zu anerkennen sind. Wenn später die neue Eigentümerin der Beklagten von diesem

System wieder Abstand genommen haben sollte (Urk. 18 S. 11, Prot. I S. 29f), so ändert dies nichts an den damaligen, aner kennenswerten Beweggründen der Beklagten.

Die Anästhesieärzte in Belegarztspitäler bewegen sich aufgrund ihrer zeitlichen Betriebspräsenz überall im Zwischenbereich von selbständigem Belegarztstatus und Angestelltenverhältnis. Dass sich hier die Beklagte Ende 2008 für einen Systemwechsel entschieden hat, ist keinesfalls ungewöhnlich oder gar missbräuchlich. Dem Kläger wurde im Übrigen bereits Ende 2007 mitgeteilt, dass bezüglich der Anästhesie betriebsorganisatorische Veränderungen evaluiert würden; er wurde davon im Juni 2008 nicht überrascht (Urk. 8 S. 33, Urk. 9/35). Sodann zeigt allein schon der massive Gewinneinbruch der Beklagten zwischen 2007 und 2008 die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Verbesserung. Ein Gewinn von Fr. 123'861.- bei einem Ertrag von rund Fr. 45'500'000.- bei sinkender Tendenz ist objektiv unbefriedigend und ruft nach Massnahmen (Urk. 9/48). Aus dem Betriebsgewinn muss die Beklagte nicht nur die Operationssaalinfrastruktur finanzieren, wie der Kläger glaubt (Urk. 18 S. 62), sondern auch den übrigen Betrieb und die Allgemeinkosten. Massnahmen zu Ertragsverbesserungen sind nicht deswegen unberechtigt, weil im Jahre 2008 kein Verlust ausgewiesen wurde, oder weil sie, im nachhinein betrachtet, keine nachhaltige Verbesserung der Rentabilität des Gesamtbetriebes bewirkt haben sollen, wie der Kläger meint (Urk. 8 S. 46, Urk. 18 S. 38). Weshalb die Beklagte damals in ihren Büchern ein Aktionärsdarlehen über rund 5,5 Mio. Franken aufführte, tut weiter nichts zur Sache. Eine individuelle Kündigung setzt nicht voraus, dass die Arbeitgeberin in den vorangegangenen Rechnungsjahren stets betriebswirtschaftlich optimal gehandelt hat, oder dass es keine anderen Möglichkeiten zu einer Betriebssanierung gibt oder die Kündigung als einzige Massnahme bereits zur Betriebssanierung ausreicht (Urk. 32 S. 31). Dass die Beklagte gestützt auf eine im März 2009 vorliegende Offerte den Betrieb im weiteren Verlauf des Jahres 2009 verkauft hat (Urk. 9/49, 50), so änderte dies - entgegen dem Kläger (Urk. 32 S. 28) - nichts an der Notwendigkeit und Dringlichkeit betriebswirtschaftlicher Verbesserungsmassnahmen. Für einen praktisch nicht gewinnbringenden oder gar defizitären Betrieb findet sich kein

Käufer bzw. der Wert des Unternehmens und damit der Aktienwert sinken massiv. Dem darf ein Betriebsinhaber nicht tatenlos zuschauen. Ein Indiz für den wirtschaftlichen Nutzen der organisatorischen Umstrukturierung der Anästhesie sind im Übrigen bereits die eigenen Zahlen des Klägers : Erzielte er 2008 Honorareinkünfte (15% Benützungsabgaben bereits abgezogen) von Fr. 613'559.- (Urk. 8 S. 32, 63) und wollte ihn die Beklagte ab 2009 zu einem Zieleinkommen von Fr. 300'000.- anstellen, welches sich aufgrund des Poolreglementes allenfalls auf bis zu Fr. 440'000.- hätte erhöhen können (Urk. 9/49, Prot. I S. 40), so hätte sie allein damit ihren Gewinn von Fr. 123'861.- um mindestens Fr.173'000.- erhöhen können. Dieser Gewinn hätte sich durch die Honorardifferenz bei den anderen Anästhesieärzten noch vervielfacht. Der Lohn der neuen Leiterin Operationsdienste belastete diese Ertragssteigerung nur unwesentlich, war diese Ärztin doch auch selber anästhesiologisch-operativ tätig und generierte Umsatz. Bereits dieser Honorarschnitt allein war ein wesentlicher, wenngleich nicht ausschliesslich massgebender Beitrag zur wirtschaftlichen Gesundung der Beklagten. Mit dem neu offerierten Ziellohn von Fr. 300'000.- bis maximal Fr. 440'000.- hielt sich die Beklagte dabei immer noch an den Rahmen der Lohnvorgaben für leitende Ärzte oder Chefärzte der öffentlichen Spitäler im Kanton Zürich mit Löhnen, die sich zwischen Fr. 134'100.- und Fr. 254'000.- bewegen (LS 177.111). Soweit diese Ärzte noch Privatpatienten behandeln können, so unterliegen sie gerichtsnotorisch einer weitgehenden Pflicht zur Abführung dieser Honorare in Klinikpools. Die Beklagte musste ohnehin marktgerechte Konditionen anbieten, um überhaupt Ärzte zu finden. Bezeichnenderweise liessen sich denn auch die anderen Anästhesiebelegärzte der Beklagten zu den offerierten Konditionen ins Angestelltenverhältnis übernehmen (Urk. 16 S. 31 iVm Urk. 18 S. 56).

Die von der Beklagten angeführten Gründe für die Änderungskündigung sind daher nachvollziehbar betrieblich und wirtschaftlich begründet. Dass diese Gründe nur vorgeschoben gewesen wären und in Tat und Wahrheit die Kündigung aus einem anderen, unter Art. 336 OR aufgeführten Grund erfolgt ist, tut der Kläger selber nicht dar. Er ist daran zu erinnern, dass grundsätzlich auch unbegründete Kündigungen zulässig und nicht missbräuchlich sind. Auch eine wesentliche Einkommenseinbusse, die der Kläger unbestrittenermassen hätte in Kauf nehmen

müssen, macht eine Kündigung nicht zur missbräuchlichen, schon gar nicht auf dem vorliegenden Einkommensniveau.

Liegt ein sachlich ausreichender Kündigungsgrund selbst für die Kündigung des Chefarztvertrages vor, so ist ein solcher Grund in gleicher Weise für den - hier allein massgeblichen - Pikettvertrag ausgewiesen. Mit der Kündigung des Chefarzt- bzw. Akkreditierungsvertrages konnte auch der Pikettvertrag vernünftigerweise nicht weitergeführt werden, da er praktisch untrennbar mit diesem verbunden war. Die Kündigung auf eine Frist von 6 Monaten berücksichtigte die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von 3 Monaten bei weitem. Eine missbräuchliche Kündigung des Pikettvertrages im Sinne von Art. 336 OR liegt ebenfalls nicht vor; die Grundlage einer Entschädigung gemäss Art. 336a Abs. 1 OR entfällt.

3. Für den Eventualfall der Abweisung der Entschädigungsansprüche wegen missbräuchlicher Kündigung fordert der Kläger rückwirkend für die Vertragsdauer des Chefarztvertrages einen Ferienlohn. Er stützt sich dabei auf die Festsetzung seines AHV-pflichtigen Lohnes als Selbständigerwerbender (Urk. 8 S. 63 iVm mit Urk. 9/31-34). Nicht umfasst davon ist somit sein Einkommen als Arbeitnehmer aus dem Pikettvertrag. Letzteres wurde nämlich von der Beklagten separat bei der AHV abgerechnet (vgl. Urk. 9/25-28) und ist in den Beträgen gemäss Urk. 9/31-34 nicht enthalten. Es ist damit davon auszugehen, dass der Kläger aus dem Pikettvertrag keine Ferienentschädigung geltend macht, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

VI.

Wie ausgeführt sind die Klageforderungen des Klägers somit auch im Berufungsverfahren vollumfänglich abzuweisen. Die Beklagte hat vor Vorinstanz die Einrede der Verrechnung bzw. Eventual-Widerklage erhoben für den Fall einer rechtlichen Qualifikation des Chefarztvertrages als Arbeitsvertrag und einer Bejahung diesbezüglicher Ansprüche des Klägers. Diesfalls habe der Kläger u.a. über alle von den Patienten bezogenen Honorare und Einkünfte sowie über die bezogenen Ferien

Rechenschaft abzulegen (Urk. 10 S. 2, 25). Die Vorinstanz hat im Ergebnis die Widerklage infolge Abweisung der Hauptklage als hinfällig bezeichnet (Urk. 33 S. 26f). An der Klageabweisung ändert sich auch im Berufungsverfahren nichts, weshalb sich weitere Erwägungen zur Nichtanfechtung des vorinstanzlichen Entscheids in diesem Punkt erübrigen.

VII.

Bei diesem Ausgang der Verfahrens unterliegt der Kläger im Berufungsverfahren vollständig und wird vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Ausgangspunkt für die Bemessung ist ein Streitwert von Fr. 204'000.-, was gemäss § 4 GerGebVO eine Gerichtsgebühr von Fr. 12'910.- ergibt. Gemäss Erw. III/1 vorstehend ist diese Gebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 GerGebVO auf Fr. 14'000.- zu erhöhen. Ebenso sind die analogen Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheids zu bestätigen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv Ziffern 2 - 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 14'000.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Der Kläger und Berufungskläger wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'600.- zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich (3. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 204'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 30. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc