

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_61/2012

Urteil vom 15. Mai 2012
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Nicolina Knecht,
Beschwerdeführer,

gegen

Privatklinik X. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte
Daniel Staffelbach und Dr. Gian Brändli,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Kündigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 30. November 2011.

Sachverhalt:

A.
Die Privatklinik X. _____ AG (nachstehend: Privatklinik) ist ein Privatspital, das selbstständig praktizierenden Ärzten die Möglichkeit bietet, in seinen Räumlichkeiten Privatpatienten zu operieren und deren Pflege und Unterkunft übernimmt. Ab dem 1. Januar 2001 war Dr. med. A. _____ (nachstehend: Anästhesiarzt) in diesem Spital gemäss den von ihm unterzeichneten allgemeinen Akkreditierungsbestimmungen für Belegärzte tätig. Der damit abgeschlossene "Akkreditierungsvertrag" sah vor, dass der Anästhesiarzt den Patienten im Rahmen der geltenden Taxordnungen für die erbrachten Leistungen direkt Rechnung stellt.

Am 7. April 2001 schlossen die Parteien einen als "Arbeitsvertrag" überschriebenen Vertrag, gemäss welchem der Anästhesist sein Honorar den Patienten direkt in Rechnung zu stellen und er der Privatklinik eine Abgabe in der Höhe von 15 % der den Patienten belasteten Operationssaal-Taxe zu leisten hatte.

Am 18. Juli 2002 unterzeichneten die Parteien einen weiteren als "Arbeitsvertrag" betitelten Vertrag (nachstehend: Pikettvertrag). Danach hatte die Privatklinik dem Anästhesiarzt pro Dienst à 12 Stunden, der ausserhalb der üblichen Operationszeiten und der operativen Anästhesietätigkeit geleistet wurde, einen Lohn von Fr. 600.-- abzüglich Sozialversicherungsbeiträge und Lohnausfallversicherungsprämien zu bezahlen. In Bezug auf diese Entschädigungen hat die Privatklinik die üblichen Sozialabzüge vorgenommen und dem Anästhesiarzt jeweils einen Lohnausweis ausgestellt.

Am 16. September 2004 schlossen die Parteien mit Wirkung per 1. Oktober 2004 einen als "Arbeitsvertrag" bezeichneten Vertrag ab (nachstehend: Chefarztvertrag), der namentlich vorsah, dass dem Anästhesiarzt nunmehr hinsichtlich der Leitung des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin die Funktion eines Chefarztes zukommt, die mit einem indexierten fixen Jahresbetrag von Fr. 30'000.-- abzugelten war. Der Chefarztvertrag war mit einer Frist von sechs Monaten auf Ende

Juni oder Ende Dezember kündbar. Obwohl darin festgehalten wurde, er ersetzte alle früheren Verträge, entschädigte die Privatklinik die Pikettdienste des Anästhesisten weiterhin separat nach dem Pikettvertrag. Per 1. Juni 2008 unterzeichnete der Anästhesist eine neue Fassung des Pikettvertrages. Am 17. Juni 2008 kündigte die Privatklinik das Vertragsverhältnis mit dem Anästhesisten frist- und termingerecht auf den 31. Dezember 2008.

B.

Am 26. Juni 2009 klagte der Anästhesiearzt (Kläger) beim Arbeitsgericht Zürich gegen die Privatklinik (Beklagte) auf Zahlung von Fr. 204'000.-- nebst Zins. Damit verlangte er eine Entschädigung von vier Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie Ferienlohn für die Zeit vom 1. Oktober 2004 bis Ende 2008.

Das Arbeitsgericht kam zum Ergebnis, die Parteien hätten keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen und wies daher die Klage am 15. April 2011 ab. Auf Berufung des Klägers wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit Urteil vom 30. November 2011 ebenfalls ab.

C.

Der Kläger (Beschwerdeführer) beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts vom 30. November 2011 aufzuheben und die Beklagte (Beschwerdegegnerin) zur Zahlung von Fr. 204'000.-- nebst Zins zu verpflichten. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung der klägerischen Ansprüche unter Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften auf den Chefarztvertrag und eventuell zur Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdeschrift in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Soweit das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 106 BGG), ist zwar eine ausdrückliche Nennung bestimmter Gesetzesartikel nicht erforderlich, falls aus den Vorbringen hervorgeht, gegen welche Regeln des Bundesrechts die Vorinstanz verstossen haben soll. Unerlässlich ist aber, dass auf die Begründung des angefochtenen Urteils eingegangen und dargetan wird, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll (BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.; 134 V 53 E. 3.3 S. 60; 133 IV 286 E. 1.4). Soweit eine Verletzung von Grundrechten und kantonalem oder interkantonalem Recht geltend gemacht wird, findet der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen keine Anwendung, sondern es gilt das Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Demnach untersucht der Richter den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus umfassend auf seine Verfassungsmässigkeit, sondern beschränkt sich auf die Prüfung der in der Beschwerde rechtsgenügend vorgebrachten Rügen (BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53; je mit Hinweisen).

1.2 Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Es kann diese Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder unter verfassungswidriger Verletzung einer Verfahrensregel ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Demzufolge genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Vielmehr muss der Beschwerdeführer, welcher die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind (BGE 136 I 184 E. 1.2 S. 187; 133 III 462 E. 2.4 S. 466). Er hat im Einzelnen aufzuzeigen, weshalb die beanstandeten Feststellungen offensichtlich unrichtig und demnach willkürlich

sind, und zudem aufzuzeigen, dass das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2). Ferner hat er mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A_275/2011

vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in BGE 137 III 539; 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in BGE 134 III 570). Auf Vorbringen, die in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze finden, ohne dass dazu eine substantiierte Sachverhaltsrüge im vorstehenden Sinne erhoben wird, oder auf Rügen, die auf solchen Vorbringen aufbauen, ist nicht einzutreten.

2.

2.1 Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR). Der Arbeitsvertrag begründet ein Dauerschuldverhältnis zwecks Leistung entgeltlicher Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Die begriffsnotwendigen Elemente fremdbestimmte Arbeit und Lohn stehen sich gleichwertig gegenüber, d. h. sie sind die zentralen Punkte des vertraglichen Austauschverhältnisses (sog. Synallagma). Ob ein Arbeitsvertrag oder ein Auftrag vorliegt, ist anhand aller massgeblichen Elemente des Vertragsverhältnisses zu prüfen (Urteil 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2 mit Hinweisen). Vom Auftrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag in erster Linie durch das Merkmal der rechtlichen Subordination (BGE 107 II 430 E. 1 S. 432). Über das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses entscheidet eine Würdigung des Gesamtbildes nach dem Massstab der Verkehrsanschauung. Es kommt wesentlich darauf an, ob die Person in die Organisation des Betriebs eingegliedert ist, ob Weisungen und Instruktionen (Art. 321d OR) den Gang und die Gestaltung der Arbeit durch den Verpflichteten unmittelbar beeinflussen und dem Berechtigten eine Kontrollbefugnis zusteht. Demgegenüber verspricht der Beauftragte nur die Besorgung bestimmter Dienste; er begibt sich nicht in ein Subordinationsverhältnis zur Gegenpartei (Urteil 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2a mit Hinweisen).

2.2 Als Arbeitsvertrag qualifizierte die Vorinstanz einzig den Pikettvertrag vom 18. Juli 2002. In eingehender Auslegung der übrigen Verträge jeweils einzeln wie auch in ihrer Gesamtheit gelangte die Vorinstanz zum Schluss, der vorbestehende Akkreditierungsvertrag, bei dem es sich um einen Belegarztvertrag gehandelt habe, sei per 1. Oktober 2004 in den Chefarztvertrag übergeführt worden, der mit zusätzlichen auftragsrechtlichen Vereinbarungen versehen worden sei. Er setze sich als Innominatkontrakt aus einem Auftragsverhältnis betreffend die administrativen Aufgaben als Chefarzt und einem Belegarztvertrag zusammen, der Elemente des Mietvertrages und des Personalverleihs aufweise. Für die einzelnen Vertragsteile bestünden je separate Leistungsaustauschvereinbarungen, auf welche die jeweiligen Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar seien. Bei gegenseitiger Abhängigkeit der einzelnen Verträge voneinander seien sie namentlich hinsichtlich ihrer Auflösung einheitlich zu beurteilen. Primär komme dabei die von den Parteien getroffene Regelung zum Tragen, subsidiär die Regeln des Obligationenrechts. Die Vorinstanz nahm alsdann an, der auftragsrechtliche Teil über die administrativen Chefarztaufgaben wäre nicht ohne den Akkreditierungsvertrag abgeschlossen worden, weshalb diese beiden Vertragsteile hinsichtlich der Vertragsauflösung einheitlich zu beurteilen seien. Es gelte für beide Verträge das im Chefarztvertrag ausdrücklich vereinbarte Recht auf Kündigung unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten jeweils auf Ende Juni oder Ende Dezember. Da keiner der darin verbundenen Verträge sich als Arbeitsvertrag charakterisiere, könne kein Fall einer arbeitsvertragstypischen missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 OR oder eines zwingend geschuldeten Ferienlohns gemäss Art. 329d OR vorliegen.

2.3 Im Einzelnen erwoگ die Vorinstanz, die Patienten hätten mit den jeweiligen behandelnden Ärzten einen Behandlungs-, mit der Beschwerdegegnerin dagegen einzig einen Spitalaufnahmevertrag abgeschlossen. Daraus folgerte die Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe keine Behandlungspflicht für Patienten und dementsprechend der Beschwerdeführer auch keine Arbeitsverpflichtung gehabt. Zwar habe die Beschwerdegegnerin die Leistungen des Beschwerdeführers jeweils auf einer Gesamtrechnung an die Patienten fakturiert, damit jedoch den ihr vom Beschwerdeführer separat erteilten und zusätzlich mit 4 % zu entschädigenden Inkassoauftrag erfüllt. Entscheidend sei nicht, ob das Inkasso im Namen des Beschwerdeführers oder der Beschwerdegegnerin, das heisst in direkter oder indirekter Stellvertretung erfolgt sei, sondern auf wessen Rechnung die Zahlungen gutzuschreiben gewesen seien. Nach unbenutzter Zahlungsfrist von vier Monaten seien die Rechnungen wieder an den Beschwerdeführer zurückgegangen, was belege, dass der Beschwerdeführer Gläubiger der Forderung gewesen sei und das volle Delkredererisiko getragen habe. Da der Patient dem Anästhesiearzt sein Arzthonorar somit direkt geschuldet habe, könne in der Überlassung dieses Honorars keine

Lohnzahlung bzw. kein Arbeitsentgelt seitens der Beschwerdegegnerin liegen. Dagegen habe der Beschwerdeführer zur Abgeltung der Arbeitsinfrastruktur und eines zusätzlich benutzten Büros

Zahlungen an die Beschwerdegegnerin zu leisten gehabt.

2.4 Der Beschwerdeführer wendet ein, relevant sei, dass im Aussenverhältnis gegenüber dem Patienten nicht er als Gläubiger aufgetreten, sondern die Rechnungstellung durch die Beschwerdegegnerin erfolgt sei. Damit übergeht er, dass er im kantonalen Verfahren selbst angegeben hat: "Auf das Anästhesieärzتهonorar hatte der Kläger vertraglichen Anspruch und nicht die Beklagte" (act. 18 S. 62), worauf die Vorinstanz hingewiesen hat. Wenn diese gestützt darauf und die weiteren von ihr aufgeführten Umstände zum Schluss gelangte, der Patient habe die Entschädigung für die ärztlichen Leistungen des Beschwerdeführers direkt diesem und nicht der Beschwerdegegnerin geschuldet, ist dies nicht zu beanstanden. Den Vorbringen des Beschwerdeführers ist denn auch nicht zu entnehmen, dass es letztlich die Beschwerdegegnerin gewesen wäre, welche für die Abgeltung seiner Anästhesieleistungen gehaftet hätte. Mithin ist davon auszugehen, gemäss dem Akkreditierungsvertrag habe der Patient den Beschwerdeführer für seine Anästhesieleistungen zu entschädigen gehabt. Die Beschwerdegegnerin habe dagegen lediglich gemäss speziellem entgeltlichem Auftrag des Beschwerdeführers das Inkasso besorgt. Ob sie dabei auf ihren Rechnungen ausdrücklich anführte, dass sie das Anästhesiehonorar für den betreffenden Belegarzt in Rechnung stelle, ist unerheblich. Demnach stehen die ärztlichen Leistungen des Beschwerdeführers gegenüber den Patienten nicht zur Zahlung von Lohn durch die Beschwerdegegnerin im Austauschverhältnis. Schon aus diesem Grunde durfte die Vorinstanz, mit Bezug auf den Akkreditierungsvertrag das Vorliegen eines Arbeitsvertrages bundesrechtskonform verneinen. Soweit der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht eine andere Ansicht vertritt, dringt er damit nicht durch.

3.

3.1

3.1.1 Bezüglich der rechtlichen Qualifikation des Chefarztvertrages erwog die Vorinstanz, dieser habe alle wesentlichen Elemente des Akkreditierungsvertrags übernommen. Statt des Anästhesieärzeteams werde nun einfach das "Departement für Anästhesie und Intensivmedizin" als für die Sicherstellung der anästhesiologischen Versorgung der Klinik verantwortlich bezeichnet, gleich wie für die Sicherstellung des nötigen zusätzlichen Präsenz- und Pikettdienstes. Ebenso werde festgehalten, dass der Beschwerdeführer seine Leistungen als Anästhesiearzt dem Patienten direkt verrechne und als Gegenleistung für die Beanspruchung der räumlichen und apparativen Infrastruktur der Beschwerdegegnerin sowie für die Lohnkosten des Anästhesiepersonals eine Abgabe von 15 % der jeweiligen Operationssaal-Taxe zu entrichten habe. Somit sei der Beschwerdeführer auch gemäss diesem neuen Vertrag im Status eines Belegarztes bei der Beschwerdegegnerin anästhesiologisch-operativ tätig gewesen. Dabei habe er nach Abzug der 15 %-Benützungsabgaben erhebliche Honorareinkünfte von jährlich Fr. 593'303.-- bis Fr. 670'703.-- erzielt, welche sogar jene vor Oktober 2004 überstiegen hätten.

3.1.2 Die Vorinstanz zählte alsdann die zusätzlichen administrativen und organisatorischen Aufgaben auf, welche der Beschwerdeführer als Leiter des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin nunmehr zu erfüllen hatte. Sie nannte insbesondere den Einsitz in Betriebsgremien der Beschwerdegegnerin, die allgemeine Beratungspflicht der Klinikleitung, die Mitwirkung bei Neuanschaffungen, das Vorschlags- und Mitspracherecht bei Personalmutationen im ärztlichen Anästhesiebereich und die Verantwortung für die administrativen Belange der Anästhesieabteilung. Gleichzeitig habe der Beschwerdeführer das Recht erhalten, gewisse Aufgaben an andere Ärzte des Anästhesiebereichs zu delegieren. Diese zusätzlichen administrativen Aufgaben im Rahmen der Chefarztfunktion hätten keinen Rückgang seiner Honorareinnahmen aus den ärztlichen Leistungen zur Folge gehabt. Im Verhältnis zu diesem Haupteinkommen in der genannten Höhe habe das Jahrespauschalhonorar für die Chefarztfunktion von Fr. 30'000.-- lediglich einen geringen Bruchteil ausgemacht. Im Hinblick darauf kam die Vorinstanz zum Ergebnis, die administrative Tätigkeit habe den Beschwerdeführer zeitlich nur wenig beanspruchen können, zumal er seit Oktober 2004 sogar noch höhere ärztliche Honorarumsätze erzielt habe.

3.1.3 Fremdbestimmte Sitzungen der Spitalgremien hätten den Beschwerdeführer nach eigenen Angaben während 4-5 Stunden pro Monat beansprucht. Hinzu sei eine wöchentliche Klinikszitzung zur Besprechung des Operationsprogramms und fachlicher Aspekte des Operationsbetriebs gekommen, ferner eine monatliche Sitzung mit dem Anästhesiegremium betreffend organisatorische Fragen und die Aufteilung der anfallenden Operationsanästhesien und der Präsenz- bzw. Pikettdienste unter die verschiedenen Ärzte. Dabei habe der Beschwerdeführer jeweils den Umfang seiner eigenen ärztlichen Tätigkeit festlegen und steuern können, weshalb der Aufwand für diese Sitzungen auch als solcher für die Akquisition eigener Fälle als Belegarzt und nicht nur als fremdnütziger und fremdbestimmter Zeitaufwand zu betrachten sei. An solchen Koordinationssitzungen habe der Beschwerdeführer

überdies bereits vor Oktober 2004 teilgenommen, und zwar ohne Entschädigung. Er habe denn auch selbst dieselbe Funktion seines Vorgängers als die eines "Primus inter pares" bezeichnet. Das für diese Tätigkeit benutzte Büro habe der Beschwerdeführer selbst bezahlen müssen. In diesen administrativen Funktionen habe der Beschwerdeführer dem Weisungsrecht des Direktors der Beschwerdegegnerin

unterstanden. Gegenüber seinen Anästhesiearztkollegen habe er lediglich koordinierende Funktion ohne Weisungsbefugnis gehabt. Auch sonst habe er keine personalrechtlichen Aufgaben mit entsprechender Führungs- oder Entscheidungsbefugnis gehabt.

3.1.4 Gesamthaft gesehen müsse die Leistungsvereinbarung über die administrative Tätigkeit als auftragsrechtliches Element des Chefarztvertrages qualifiziert werden, da die Fremdbestimmung inhaltlich und zeitlich wenig ins Gewicht gefallen sei und der Beschwerdeführer nur sehr locker in die innerbetrieblichen Strukturen der Beschwerdegegnerin eingebunden gewesen sei. Für diese Qualifikation spreche auch die Entschädigung in Form einer vom tatsächlichen Zeitaufwand unabhängigen Jahrespauschale.

3.2 Der Beschwerdeführer vertritt auch vor Bundesgericht die Meinung, mit der Beschwerdegegnerin zumindest seit dem Abschluss des "Chefarztvertrages" in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis verbunden gewesen zu sein. Was er dazu ausführt, genügt indessen den Begründungsanforderungen kaum. Er schildert im Wesentlichen seine Tätigkeit als Chefarzt aus seiner Sicht und wirft der Vorinstanz vor, bestimmte Umstände ausser Acht gelassen und daher in Willkür verfallen zu sein, ohne dabei jedoch hinreichend begründete Sachverhaltsrügen zu erheben. Wenn er vorbringt, ohne Chefarztfunktion und die damit verbundene hohe Präsenz hätte er keinen entsprechenden Umsatz erzielt, weshalb die Annahme, die Entschädigung von Fr. 30'000.-- habe die umfassende Leitungsaufgabe und den gesamten Aufgabenkatalog gemäss Chefarztvertrag abgegolten, unhaltbar sei, verkennt er zum einen, dass die Vorinstanz keine eigentliche Abhängigkeit der Honorarhöhe von der Chefarztfunktion festgestellt hat, auch wenn sie annahm, darin liege ein Akquisitionspotenzial. Zum andern geht der Beschwerdeführer nicht auf die Argumentation der Vorinstanz ein, welche mit Bezug auf die eigentlichen Anästhesiearztleistungen ein Vertragsverhältnis unter den Parteien ablehnt und die

zusätzlichen Chefarztleistungen als Auftrag einstuft. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe die aktenkundige Tatsache nicht beachtet, dass ihn gemäss dem "Chefarztvertrag" die Verpflichtung treffe, die anästhesiologische Versorgung der Privatklinik zusammen mit weiteren Mitgliedern des Departements für Anästhesiologie und Intensivmedizin sicherzustellen, ist unbegründet, da diese Verpflichtung im angefochtenen Urteil exakt wiedergegeben (vgl. S. 7 E. 4) und damit berücksichtigt wird. Soweit der Beschwerdeführer als Verletzung des rechtlichen Gehörs und von Art. 8 ZGB rügt, die Vorinstanz habe die von ihm im Berufungsverfahren eingereichten Beweismittel nicht geprüft, unterlässt er es, zu spezifizieren, welche prozesskonform aufgestellten Behauptungen damit hätten belegt werden sollen und inwiefern diese zu einem anderen Ergebnis geführt hätten. Mangels hinreichender Begründung ist insoweit nicht auf die Beschwerde einzutreten. Dasselbe gilt für die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers, die nach appellatorischer Kritik am angefochtenen Urteil in den Vorwurf münden, die Vorinstanz gehe von einem rechtlich unzutreffenden Verständnis bzw. Begriff der Eingliederung aus, wenn sie die diesbezüglich massgebenden Merkmale und die wiederum hierfür massgebenden einzelnen Tatsachen nicht berücksichtige und stattdessen willkürlich und pauschal die unzutreffende Feststellung treffe, er sei nur "sehr locker" in die Betriebsstrukturen der Beschwerdegegnerin eingebunden gewesen. Die Vorinstanz hat indessen den vom Beschwerdeführer aufgeführten Elementen entgegen seiner Ansicht durchaus Rechnung getragen. Namentlich hat sie berücksichtigt, dass er als Anästhesiearzt eine gewisse Präsenzpflcht im Spital hatte, wie auch implizit, dass er mutmasslich keine eigenen Patienten ausserhalb der Klinik betreute. Dennoch ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie die im Chefarztvertrag zusätzlich übernommenen administrativen Funktionen nicht als zeitbestimmte Arbeitsleistung gegen Entgelt einstufte. Der dafür erforderliche Zeitaufwand war im Vergleich zur ärztlichen Tätigkeit des Beschwerdeführers gering, und die von ihm betreuten administrativen Belange betrafen vor allem die Koordination des Anästhesieteams, ohne dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin darüber hätte rapportieren müssen oder deren Kontrolle unterstanden hätte. Da jene Abreden des Chefarztvertrages, die dem Beschwerdeführer das Erwirtschaften von Patientenhonoraren in der genannten Grössenordnung ermöglichten, inhaltlich gleich lauteten wie im Akkreditierungsvertrag, bei dem es sich nicht um einen Arbeitsvertrag handelt, verbietet es sich auch, den Chefarztvertrag insgesamt als Arbeitsvertrag zu charakterisieren, zumal der Beschwerdeführer nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz das Schwankungsrisiko bei den Operationszahlen und -arten selbst trug und es diesbezüglich weder ein Arbeitszuweisungsrecht der Beschwerdegegnerin noch einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitszuweisung gegeben hat. Der Beschwerdeführer war vielmehr wirtschaftlich davon

abhängig, dass die operierenden Belegärzte ihn als Anästhesisten beiziehen wollten. Die rechtliche Unterstellung der spezifischen vom Akkreditierungsvertrag noch nicht erfassten "Chefarztleistungen" unter das Auftragsrecht ist nicht zu beanstanden. Auch mit Blick auf die Chefarztfunktion des Beschwerdeführers ist daher nicht ersichtlich, weshalb sein Vertrag mit der Beschwerdegegnerin anders als jene der übrigen Belegärzte dem Arbeitsvertragsrecht unterstehen müsste.

4.

4.1 Die Vorinstanz qualifizierte einzig den Pikettvertrag als Arbeitsvertrag. Sie hatte daher einzig mit Bezug auf diesen Vertrag zu prüfen, ob die Kündigung rechtsmissbräuchlich erfolgt ist. Im Einzelnen führte sie aus, die Beschwerdegegnerin habe die frist- und termingerechte Kündigung aller Verträge mit dem Beschwerdeführer am 17. Juni 2008 schriftlich damit begründet, dass ihr Verwaltungsrat aus betrieblichen und marktbedingten Gründen eine Neustrukturierung beschlossen habe, um angesichts der ständig zunehmenden Verschärfung des Wettbewerbs das langfristige Überleben des Betriebs zu sichern. Die bislang bei ihr tätigen Anästhesieärzte würden daher künftig im Anstellungsverhältnis zu marktüblichen Bedingungen beschäftigt und die Funktion des Chefarztes abgeschafft. Der Beschwerdeführer habe die Offerte zum Abschluss eines solchen Anstellungsvertrages abgelehnt, weil ihm danach nebst einer vom Leistungserfolg der Anästhesieabteilung abhängigen Erfolgsbeteiligung von bis zu Fr. 210'000.-- nur noch ein Fixum von Fr. 230'000.-- pro Jahr garantiert war, und weil ihm der Verzicht auf seinen Chefarzttitel unzumutbar erschien. Dass die angekündigte Reorganisation umgesetzt worden sei, habe er nicht bestritten. Zudem habe er die Zukunft der Beschwerdegegnerin als gefährdet betrachtet und selbst darauf hingewiesen, dass sich deren Ertragslage zwischen 2007 und 2008 erheblich verschlechtert habe, indem der Reingewinn von Fr. 700'596.-- auf Fr. 123'861.-- gesunken sei. Diese vom Beschwerdeführer anerkannten Umstände belegen nach Auffassung der Vorinstanz die betriebliche und wirtschaftliche Begründung der Umstrukturierung des Anästhesiebereichs ausreichend. Die Beschwerdegegnerin habe in einer einheitlichen, mit Weisungsbefugnissen ausgestatteten Leitung der Operationsdienste eine Möglichkeit erkannt, Schnittstellen zu eliminieren und die Abläufe effizienter zu gestalten, die Kosten zu reduzieren und nicht zuletzt die medizinische Sicherheit der Patienten zu optimieren. In diesen betrieblichen Überlegungen liegen nach Auffassung der Vorinstanz sachliche und anerkanntswerte Gründe für eine Kündigung der Akkreditierungsverträge mit den Anästhesieärzten. Wäre somit sogar die Kündigung des Chefarztvertrages gerechtfertigt gewesen, seien sachlich ausreichende Kündigungsgründe auch für den in dieser Hinsicht allein massgeblichen Pikettvertrag ausgewiesen. Dieser habe vernünftigerweise nicht weitergeführt werden können, da er praktisch untrennbar mit dem Chefarztvertrag verbunden gewesen sei.

4.2 Soweit der Beschwerdeführer einwendet, die Absicht der Beschwerdegegnerin, eine einheitliche Leitung mit Weisungsbefugnissen zu implementieren, vermöge einzig eine sachliche Rechtfertigung in Bezug auf die Änderung der Vertragsverhältnisse der übrigen Anästhesieärzte zu begründen, nicht jedoch im Verhältnis zu ihm als Chefarzt, verkennt er, dass er im Kernbereich seiner in den Räumlichkeiten der Beschwerdegegnerin ausgeführten Tätigkeit, den Leistungen im ärztlichen Anästhesiebereich, nicht anders als die übrigen Anästhesieärzte gestellt war. Im Übrigen setzt der Beschwerdeführer der Beurteilung der Vorinstanz einzig seine eigenen davon abweichenden Überlegungen entgegen, aus denen er zusammenfassend schliesst, den vorinstanzlichen Erwägungen könne gestützt auf die entsprechenden pauschalen beklaglichen Grundangaben kein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die konkrete Änderungskündigung ihm gegenüber entnommen werden. Die Rüge ist unbegründet. Vielmehr vermögen die eingehenden Ausführungen der Vorinstanz vollumfänglich zu überzeugen. Mit ihr ist anzunehmen, die Beschwerdegegnerin habe achtenswerte Gründe für die Kündigung des Chefarzt- und damit auch des Pikettvertrages gehabt, weshalb keine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR vorliegt.

5.

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens wird der Beschwerdeführer dafür kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. Mai 2012

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Gelzer