

Bezirksgericht Bülach

Arbeitsgericht



Geschäfts-Nr.: AH240008-C/U1 NÖ/gs

Mitwirkend: Präsident lic. iur. R. Hohler (Verfahrensleitung), Arbeitsrichterin Fürsprecherin S. Sprecher und Arbeitsrichter B. Zanella sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Özcan-Kelmendi

Urteil vom 5. Juli 2024
(begründete Ausfertigung)

in Sachen

A._____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B1._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law and Economics Y2._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Rechtsbegehren:
(act. 2)

Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von brutto CHF 19'760.– zzgl. 5 % Zins seit dem 1. Juni 2023 zu bezahlen; Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST. zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 21. November 2023 (ebenso Datum des Poststempels) erhob die Klägerin eine arbeitsrechtliche Forderungsklage beim Arbeitsgericht des Bezirks Bülach (act. 2/1; act. 2/2; und act. 2/4/3-12). Die Klage wurde in einzelgerichtlicher Zuständigkeit entgegengenommen (Geschäfts-Nr.: AH230056-C). Mit Verfügung vom 27. November 2023 wurde den Parteien eine Frist angesetzt, um einen allfälligen Antrag auf Prozessüberweisung an das Kollegialgericht zu stellen (act. 2/5). Mit Eingabe vom 4. Dezember 2023 erklärte sich die Klägerin mit der Überweisung des Verfahrens an das Kollegialgericht einverstanden (act. 2/7). Mit Eingabe vom 8. Dezember 2023 beantragte die Beklagte die Überweisung des Verfahrens an das Kollegialgericht (act. 2/9). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2023 wurde die Klage vom Arbeitsgericht als Einzelgericht dem Arbeitsgericht als Kollegialgericht überwiesen (Eingang: 24. Januar 2024).

1.2. Mit Verfügung vom 30. Januar 2024 wurde der Beklagten eine Frist zur Stellungnahme zur Klage angesetzt (act. 3). Nach gewährter Fristerstreckung reichte die Beklagte mit Eingabe vom 13. März 2024 die Stellungnahme innert Frist ein (act. 6 – 8, act. 9/2-76). Im Weiteren beantragte die Beklagte mit Eingabe vom 13. März 2024 die gemeinsame Durchführung der Hauptverhandlung der beiden Verfahren mit Geschäfts-Nr.: AH240008-C und Geschäfts-Nr.: AH2300028-C. Mit Schreiben vom 15. März 2024 wurden die Eingaben der Beklagten vom 13. März 2024 der Klägerin zugestellt, mit dem Hinweis, dass hinsichtlich der Stellungnahme der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung mündlich zu Protokoll Stellung genommen werden kann. Zudem wurde der Klägerin ersucht, bis spätestens 20. März 2024 dem Gericht mitzuteilen, ob sie mit der gemeinsamen Durchführung der Hauptverhandlung in beiden Verfahren (Geschäfts-Nr.: AH240008-C und Geschäfts-Nr.: AH2300028-C einverstanden ist (act. 10). Mit E-Mail vom 18. März 2024 teilte die Klägerin mit, dass sie mit der gemeinsamen Durchführung der genannten Verfahren einverstanden ist (act. 11). Mit Schreiben vom 3. April 2024 reichte die Beklagte unaufgefordert weitere Unterlagen ein (act. 14 und act. 15/77-84).

1.3. Mit Vorladungen vom 20. März 2024 wurden die Parteien – gleichzeitig mit dem Parallelverfahren AH230028-C – zur Hauptverhandlung vorgeladen, welche am 5. April 2024 hierorts stattfand. Anlässlich der Hauptverhandlung wurde den Parteien eine Frist angesetzt, um schriftlich zu den an der Hauptverhandlung eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 17. April 2024 bzw. nach gewährter Fristerstreckung mit Eingabe vom 3. Juni 2024 reichten die Parteien ihre Stellungnahmen ein (act. 21 bis act. 24).

1.4. Mit Urteil vom 5. Juli 2024 wurde die Klage der Klägerin abgewiesen (act. 26). Mit Eingabe vom 25. Juli 2024 verlangte die Klägerin innert Frist die Begründung des Urteils (act. 28). Die Beklagte verlangte mit Eingabe vom 14. August 2024 innert Frist die Begründung des Urteils (act. 30).

2. Prozessvoraussetzungen

2.1. Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin hat ihre Arbeit gewöhnlich am C._____ verrichtet, der im Zuständigkeitsbereich des Arbeitsgerichts des Bezirks Bülach liegt. Die vorliegende arbeitsrechtliche Streitigkeit ist angesichts des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu behandeln (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die Klage wurde gestützt auf § 25 Satz 2 GOG ZH an das Arbeitsgericht des Bezirks Bülach als Kollegialbehörde überwiesen. Somit ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Kollegialgerichts des Bezirks Bülach gegeben (Art. 34 Abs. 1 ZPO; § 25 Satz 2 GOG ZH i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO).

2.2. Gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO hat die Klage innert drei Monaten nach Eröffnung der Klagebewilligung zu erfolgen. Vorliegend ist die Klagebewilligung datiert vom 6. September 2023 und der Klägerin am 6. September 2023 anlässlich der Schlichtungsverhandlung überreicht worden (act. 2/1). Die Klage wurde am 21. November 2023 aufgegeben (act. 2/2). Die Frist ist eingehalten.

3. Sachverhalt

3.1. Die Klägerin war bei der Beklagten seit dem 30. März 2016 als Cabin Crew Member (nachfolgend: CCM) in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit einem Pensum von 100 % angestellt (act. 2/4/3). Der Gesamtarbeitsvertrag 2015 Cabin Crew Member (nachfolgend: GAV 2015 CCM) regelt die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen der B1. _____ AG als auch der B2. _____ AG und deren Kabinenbesatzungsmitgliedern (Art. 1 GAV 2015 CCM). Der GAV gilt für alle CCM mit Ausnahme von leitenden und höheren Angestellten mit fliegerischer Tätigkeit, unabhängig ob sie bei B1. _____ AG oder B2. _____ AG eingesetzt werden (Art. 2 Abs. 1 GAV 2015 CCM). Der Aufgabenbereich der CCM umfasst die Verantwortlichkeit für zugewiesene Sicherheitsbelange sowie die Betreuung von Passagieren an Bord von Verkehrsflugzeugen. In Notlagen haben die CCM ihre vollen Kräfte in erster Linie für die Rettung der Fluggäste einzusetzen; im Übrigen haben sie die Weisungen des Bordkommandanten zu befolgen (act. 2/4/3; Art. 22 GAV 2015 CCM).

3.2. Die Beklagte empfahl ihrem Personal bereits vor der Einführung des Impfblogatoriums, sich gegen Covid-19 mit einem der in der Schweiz zugelassenen Wirkstoffe impfen zu lassen (vgl. act. 2/4/8). Mittels Ops Flash vom 24. August 2021 informierte die Beklagte die Belegschaft über die Einführung des Impfblogatoriums und führte ab dem 15. November 2021 für das gesamte Personal ein Covid-Impfblogatorium ein (act. 2/4/8). Ausschlaggebend hierfür seien insbesondere die weltweiten, länderspezifischen Reisebestimmungen, die zunehmend eine Impfpflicht auch für Crews verlangten sowie die damit verbundenen komplexen flugbetrieblichen Abläufe. Eine unterschiedliche Handhabung von geimpften und ungeimpften Crew Mitgliedern würde in diesem Zusammenhang mittelfristig die Betriebs- und Netzwerkstabilität der Beklagten gefährden. Zudem wolle die Beklagte als weltweit operierende Airline mit der heute ausreichenden Verfügbarkeit von wirksamen Impfstoffen gegen Covid-19 auch die fürsorgerischen Pflichten der Beklagten gegenüber ihren Mitarbeitenden in Cockpit und Kabine wahrnehmen. Der Beklagten sei bewusst, welche Tragweite und welche Konsequenz diese Entscheidung habe (act. 2/4/8). Der Berufsverband der FCM (nachfolgend:

D._____) hielt in seiner Medienmitteilung vom 29. September 2021 fest, dass das Impfblogatorium weiterhin nachvollziehbar und zweckmässig sei und die Impfung den bestmöglichen Schutz im Cockpit biete. Die D._____ erachte, dass die Verhältnismässigkeit, basierend auf der Fürsorgepflicht der Beklagten, aktuell gegeben sei. Da die Einreisebestimmungen sehr volatil gewesen seien, hätten auch die betriebliche Gründe die Verhältnismässigkeit zusätzlich stützen können (act. 9/57). Der Verband des Kabinenpersonals (nachfolgend: E._____) wandte sich mit Mitteilung vom 15. September 2021 an ihre Mitglieder, dass das Vorgehen der Beklagten bis jetzt (Stand September 2021) rechtlich kaum zu beanstanden sei und sie weiterhin mit der Beklagten Gespräche über den Prozess und die Einführung des Impfblogatoriums führen werde, um die Mitglieder im Rahmen ihrer Möglichkeiten bei Unsicherheiten zu unterstützen (act. 9/58). Mit Mitteilung vom 28. September 2021 führte E._____ aus, dass sie bereits im Frühjahr 2021 ihre Arbeitsexperten/innen um ihre Einschätzung zum im GAV 2015 CCM geregelten Impfblogatorium gebeten hätten. Diese juristische Meinung, welche die Einführung des Impfblogatoriums als rechtlich umsetzbar einschätze, habe E._____ dazu bewogen, den Mitgliedern naheulegen, die Impfung durchzuführen, damit sie keine disziplinarischen Konsequenzen bis hin zur Kündigung befürchten müssten. Im Weiteren führte E._____ aus, dass der Impfentschluss ein höchstpersönlicher sei und die Gründe dafür oder dagegen jeder für sich abwägen müsse, um dann zu einer stimmigen Entscheidung zu kommen. Sie würden verstehen, dass ein drohender Verlust des Arbeitsplatzes bei einer Impfverweigerung drastisch und existenziell sei und jeder Einzelne die Verantwortung sowie die Konsequenzen für sein Handeln selbst übernehmen müsse (act. 9/59). Nachdem die Beklagte die Einführung des Impfblogatoriums für ihr fliegendes Personal am 24. August 2021 kommuniziert hatte, offerierte sie ihrem Personal diverse weitere Optionen wie das Erbringen des Impfnachweises nach einer Übergangsfrist, ruhendes Arbeitsverhältnis (nachfolgend: RAV) sowie das Angebot «Outplacement» (act. 2/4/8, act. 9/68 und act. 9/63). Die Klägerin liess die Übergangsfrist verstreichen ohne den seitens der Beklagten geforderten Impfnachweis zu erbringen (act. 2/2, act. 7Rz. 219). Am 4. Januar 2022 fand zwischen den Parteien ein Führungsgespräch statt, welches protokolliert wurde. In diesem Protokoll wurde die Kläge-

rin ermahnt und erneut auf das RAV hingewiesen. Die Klägerin äusserte sich dahingehend, dass sie sich eigentlich impfen lassen wolle und fragte die Beklagte, inwiefern sie bei Impfschäden seitens der Beklagten abgesichert wäre. Zudem teilte die Klägerin mit, am 7. Dezember 2021 positiv auf Covid-19 getestet und inzwischen genesen zu sein. Weiter erklärte die Klägerin, dass sie bereit sei sich impfen zu lassen, sich vorher aber noch einem gesundheitlichen Check-up unterziehen wolle. Vor diesem Check-up sei sie zu keiner Impfung gegen Covid-19 bereit (act. 9/69).

3.3. Die Beklagte ermahnte mit Schreiben vom 10. Januar 2022 die Klägerin aufgrund des ausstehenden Covid-19 Impfzertifikats (Stufe I. gemäss GAV 2015 CCM). Gleichzeitig wurde der Klägerin eine Nachfrist gewährt, um der Beklagten bis zum 9. Februar 2022 einen Impfnachweis gegen Covid-19 zu erbringen (act. 9/70). Die Klägerin liess die Nachfrist verstreichen, weshalb sie von der Beklagten erneut zu einem Gespräch am 18. Februar 2022 eingeladen wurde. Im Gesprächsprotokoll wurde festgehalten, dass sich die Klägerin bei B3._____ gemeldet habe, um abzuklären, wann sie sich impfen lassen könne. Dabei sei sie auf die Empfehlungen des Bundesamt für Gesundheit der Schweiz (BAG) verwiesen worden. Einen gesundheitlichen Check-up habe die Klägerin nicht gemacht und sie habe immer noch Bedenken betreffend Impfnebenwirkungen, da sie eine hohe Antikörperanzahl habe. Daher möchte sie erneut mit B3._____ überprüfen, ob ihr unter dieser Bedingung eine Impfung empfohlen werde. Die Beklagte hingegen verweist auf die FAQ zum Impfblogatorium und informiert die Klägerin erneut über die Option, ein RAV für eine Dauer von bis zu 12 Monaten respektive bis 31.12.2022 zu wählen und mit vollständiger Impfung zurückzukehren (act. 9/71). Die Beklagte drohte mit Schreiben vom 23. Februar 2022 der Klägerin die Kündigung an (Stufe II. gemäss GAV 2015 CCM) und setzte ihr erneut eine letztmalige Nachfrist an, um der Beklagten bis zum 10. März 2022 einen Impfnachweis gegen Covid-19 zu erbringen (act. 9/72). Die Klägerin widersetzte sich dieser Weisung und brachte vor, dass sie sich aufgrund einer medizinisch bedingten Unverträglichkeit nicht gegen Covid-19 impfen lassen könne. Dabei habe sich die Klägerin auf ein von einer Ärztin vom 10. März 2022 in F._____ [Ortschaft in Deutschland] ausgestelltes Schreiben gestützt, welches seitens der Beklagten nicht den

Ansprüchen eines Schweizer Arztzeugnisses genügt habe (vgl. act. 2/4/6). Im Weiteren forderte die Beklagte die Klägerin auf, eine allfällige Impfunverträglichkeit durch B3._____ überprüfen zu lassen. Die Klägerin nahm diesen Termin am 11. April 2022 wahr und wurde dabei durch B3._____ dazu angewiesen, bei einem Dermatologen einen Allergietest mit der Frage durchzuführen, ob bei der Klägerin Allergien bestehen, die eine Impfunfähigkeit begründen (vgl. act. 2/4/7, S. 8 f.). Die Klägerin versäumte zeitnah einen Termin zu vereinbaren und nahm erst am 9. Dezember 2022 einen Termin in der G._____ des Universitätsspitals Zürich wahr (vgl. act. 2/4/7). Dem Bericht der G._____ des Universitätsspitals Zürich ist zu entnehmen, dass die Klägerin die Pricktestungen für einen allfälligen Allergienachweis ablehnte (act. 9/73). Die Klägerin teilte mit E-Mail vom 11. Dezember 2022 der Beklagten mit, dass sie ihren Termin vom 9. Dezember 2022 am Universitätsspital Zürich zur Durchführung des Allergietests wahrgenommen habe und der Beklagten die Testergebnisse demnächst zuschicken werde (act. 9/75). Der Bericht der G._____ des Universitätsspitals Zürich wurde der Beklagten am 16. Januar 2023 durch die Klägerin zugestellt.

3.4. Aufgrund dessen, dass die Klägerin keinen Impfnachweis sowie keinen Nachweis einer medizinischen Impfunfähigkeit erbrachte, sprach die Beklagte mit Schreiben vom 26. Januar 2023 die Kündigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der anwendbaren vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten (31. April 2023) aus. Im Weiteren führte die Beklagte aus, dass sie das unkooperative und zeitverzögernde Verhalten sowie die Missachtung der kommunizierten Weisungen als treuwidrig erachte (act. 2/4/4a). Infolge Arbeitsunfähigkeit erstreckte sich die Kündigungsfrist bis am 31. Mai 2023 (act. 2/4/4b). Mit Schreiben vom 13. Februar 2023 erhob die Klägerin Einsprache gegen die Kündigung (act. 2/4/5). Über die Zulässigkeit der Kündigung stehen die Parteien im Streit.

4. Parteivorbringen

4.1. Parteistandpunkt Klägerin

4.1.1. In der Klagebegründung vom 21. November 2023 wird die Klage damit begründet, dass die Kündigung gemäss dem Kündigungsgrund der Beklagten – feh-

lende Covid-19 Impfung ab dem 15. November 2021 – missbräuchlich sei. Das von der Beklagten erlassene Impfobligatorium verstosse nicht nur gegen die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin, sondern verletze – viel gravierender – auch ihre körperliche Integrität. Die Beklagte habe per 15. November 2021 ohne Not und ohne gesetzliche Grundlage ein "Impfobligatorium" für das ganze fliegende Personal eingeführt. Dies sei allein auf eine angeblich "operationelle und unternehmerische" Notwendigkeit gestützt worden. Im Weiteren habe die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 2021 die Einführung des Impfobligatoriums den Flight Cabin Members und den Cabin Crew Members mitgeteilt und dieses als alternativlos bezeichnet. Im Zeitpunkt der Kommunikation des Impfobligatoriums habe lediglich für eine Destination (Hongkong) eine Impfpflicht auch für das fliegende Personal bestanden. Die Beklagte habe am 4. Dezember 2021 den Flugbetrieb nach Hongkong aber gänzlich eingestellt. Im Weiteren habe die Klägerin mit ärztlichem Attest vom 10. März 2022 der Beklagten mitgeteilt, dass sie aus gesundheitlichen Gründen keine Impfung gegen eine SARS-Cov 2. Infektion bekommen könne. Eine lebensbedrohliche Nebenwirkung sei bei der Klägerin nicht ausgeschlossen. Die Klägerin habe bei verschiedenen Kliniken versucht einen Termin zur Abklärung einer Impfunverträglichkeit zu vereinbaren. Dabei sei sie erfolglos geblieben. Die Klägerin sei im März 2022 an Corona erkrankt. Im Weiteren brachte die Klägerin vor, der Bundesrat habe am 1. April 2022 die besondere Lage aufgehoben und ab diesem Zeitpunkt seien keine schweizweiten Covid-Massnahmen mehr in Kraft gewesen. Die Beklagte habe jedoch an ihrer Kündigung vom 26. Januar 2023 festgehalten. Daher sei die Kündigung, welche 10 Monate nach Aufhebung aller Covid-Massnahmen und nur wegen einer "Verletzung des Impfobligatoriums" ausgesprochen worden sei, vor diesem Hintergrund weder recht- noch verhältnismässig gewesen, sondern krass missbräuchlich. Zur Begründung des Impfobligatoriums der Beklagten – Notwendigkeit wegen komplexer Einsatzplanung und Flugvorbereitung sowie Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber der Klägerin – bringt die Klägerin vor, dass eine erhöhte "Komplexität der Flugvorbereitung" zum täglichen Business einer international operierenden Fluggesellschaft mit internationalen Mitarbeitenden gehöre. Zudem hätten nur die Beklagte und die H._____ AG ein Impfobligatorium mit der genannten Begründung eingeführt. Alle

anderen Fluggesellschaften hätten die Herausforderungen auch ohne Impfblogatorium meistern können. Im Weiteren hätten sich die von der Beklagten geltend gemachten betrieblichen Gründe, um auf einer so einschneidende Massnahme wie auf ein Impfblogatorium zu bestehen, sich mittlerweile als völlig unbegründet erwiesen. Die Beklagte habe sich bis heute von ihrer Rechtsauffassung nicht abhalten lassen und weiterhin am Impfblogatorium bzw. an der Kündigung festgehalten. Die Klägerin begründet weiter, dass das geltend gemachte Weisungsrecht der Beklagten kein unbeschränktes sei. Es finde seine Grenzen im Persönlichkeitsrecht der Klägerin wieder. Eine Impfung sei ein massiver Eingriff in die Persönlichkeitsrechte, weil sie die körperliche Integrität der Klägerin erheblich tangiere. Eine Verpflichtung dazu setze neben einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage auch eine sorgfältige Interessenabwägung voraus. Während aufseiten der Klägerin das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht über die eigene körperliche Integrität grosses Gewicht habe, müsse auf der anderen Seite die epidemiologische Lage und die Frage, diese effektiv mittels einer Impfung entschärft werden könne oder ob auch die bisherigen Schutz- und Hygienemassnahmen im Flugbetrieb ausreichend wären, abgewogen werden. Bei der Güterabwägung falle im vorliegenden Fall zusätzlich ins Gewicht, dass der Zweck des Arbeitsverhältnisses tangiert sein könne, wenn ausländische Zieldestinationen einen Impfnachweis für das Personal verlangen und ungeimpfte Mitarbeiter auf den entsprechenden Flügen nicht eingesetzt werden können. Aus all den genannten Gründen bestehe keine operationelle und unternehmerische Notwendigkeit für ein Impfblogatorium bzw. sei eine solche von der Beklagten nachzuweisen. Festzuhalten sei, dass das derzeit geltende Luftfahrtrecht in Übereinstimmung mit den internationalen Standards der internationalen Zivilluftfahrtorganisation ICAO keine Verpflichtung der Piloten und des Kabinenpersonals enthalte, sich einer Covid-19 Impfung zu unterziehen. Zum Zeitpunkt der Kündigungsfrist (Januar 2023) seien nachweislich schweiz- und weltweit alle Covid-19 Schutzmassnahmen aufgehoben worden und die Klägerin sei gesund gewesen. Daher müsse die Güterabwägung aufgrund des Dargelegten zu Gunsten der Klägerin ausfallen. Das Impfblogatorium der Beklagten sei demnach unzulässig und die darauf ausgesprochene Kündigung missbräuchlich. Relevant sei ebenfalls die

Handhabung der Beklagten bezüglich ihren Mitarbeitenden, bei welchen die Genesenen-Zertifikate abgelaufen seien. Das OPS Flash vom 8. Februar 2022 habe festgehalten, dass "Crew Member mit Genesenenzertifikat über vier Monate nach Grundimmunisierung vorerst über die Gültigkeitsdauer ihres Impfzertifikats hinaus im Flugeinsatz verbleiben konnten." Für Destinationen, bei welchen zwingend ein Impfzertifikat verlangt worden sei, sei diesen Crew Members eine Restriktion im Planungssystem eingetragen worden. Es habe lediglich für vier Destinationen eine Impfpflicht bei der Einreise von Crew Members bestanden, alle anderen 103 Destinationen habe die Klägerin problemlos anfliegen können bzw. habe man bei ihr ebenfalls eine Restriktion für diese vier Destinationen im Planungssystem eintragen können. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb dies für Crew Member mit abgelaufenen Zertifikaten möglich gewesen sei, für die Klägerin aber nicht. Im Weiteren habe die Beklagte versucht, die Klägerin durch Androhung der Kündigung zur Covid-19 Impfung zu nötigen. Aufgrund einer ärztlich attestierten hohen Gefahr einer «lebensbedrohlichen Nebenwirkung der Covid-Impfung» habe die Klägerin sich nicht impfen lassen dürfen. Die Beklagte habe darauf keinerlei Rücksicht genommen und der Klägerin dennoch gekündigt, obwohl weltweit alle Covid-Massnahmen aufgehoben worden seien. Die Androhung der Kündigung habe einen ernstlichen Nachteil dargestellt, mit dem die Klägerin zur Impfung, welche für sie erwiesenermassen lebensgefährlich gewesen wäre, hätte gedrängt werden sollen. Daher rechtfertige die versuchte Nötigung durch die Beklagte und die Schwere des Eingriffs in die verfassungsmässig garantierte körperliche Integrität der Klägerin die Festsetzung einer Pönale von 6 Monatslöhnen (act. 2).

4.1.2. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. April 2024 hielt die Klägerin an ihrem Rechtsbegehren fest. Zum Vorbringen der Beklagten betreffend Nebenbeschäftigung bestritt die Klägerin, einer unrechtmässigen Nebenbeschäftigung nachgegangen zu sein. Art. 24 GAV 2015 CCM halte lediglich fest, dass eine Nebenbeschäftigung nicht die Interessen der Beklagten beeinträchtigen dürfe. Die Klägerin sei in einem 80 % Pensum bei der Beklagten beschäftigt und die Schauspielervermittlung sei mehr ein Hobby gewesen. Die Klägerin habe keine Einnahmen generiert. Für die bestrittene Vermittlung der unbekannten Schauspielerin I._____ solle die Klägerin Euro 240.– erhalten haben. Sonst sei überhaupt nichts

gelaufen (Prot. S. 33). In Bezug auf das Vorbringen der Beklagten betreffend der ungültigen Einsprache, hält die Klägerin fest, dass bekannt gewesen sei, von wem die Einsprache kam. Zudem sei der Beklagten stets klar gewesen, dass die Klägerin mit der Kündigung nicht einverstanden sei (Prot. S. 34).

4.2. Parteistandpunkt Beklagte

4.2.1. Die Beklagte vertritt in ihrer Klageantwort die Auffassung, dass es sich bei dem vorliegenden Prozess um die Frage handle, ob die Beklagte als Arbeitgeberin berechtigt gewesen sei, ein Impfblogatorium für ihr fliegendes Personal einzuführen und dieses daraufhin durchzusetzen. Diese Frage sei mit "Ja" zu beantworten. Die Massnahme sei aus fürsorglichen und operationellen/betrieblichen Gründen notwendig gewesen, nachdem sowohl europäische als auch weiter entfernte Länder als Reaktion auf das gefährliche Covid-19 Virus, Einreise- und Aufenthaltsbeschränkungen eingeführt hätten und ein Teil der Belegschaft mangels entsprechenden Impfstatus nicht mehr einsatzbereit gewesen sei. Die international eingeführten Covid-19 Beschränkungen seien keineswegs einheitlich ausgeschaltet gewesen und hätten sich von Land zu Land bzw. teilweise sogar innerhalb desselben Landes unterschieden. Die Beschränkungen seien laufend angepasst worden, was der Beklagten die Einsatzplanung zusätzlich erheblich erschwert habe. Vollständig gegen Covid-19 geimpft Personal habe unbeschränkt eingesetzt werden können. Die Impfung bewirke sowohl auf Kurz- als auch auf Langstreckeneinsätzen die benötigte Einsatzbereitschaft sowie einen besseren Schutz des fliegenden Personals der Beklagten. Im Unterschied zur Gelbfieberimpfung sei eine Ausnahme der ausschliesslich auf dem Kurzstreckennetz tätigen Personals vom Covid-19 Impfblogatorium somit weder zielführend noch angemessen gewesen. Die Klägerin, welche als CCM Teil des fliegenden Personals der Beklagten war, habe sich daraufhin bewusst dafür entschieden, sich nicht gegen Covid-19 impfen zu lassen. Sie habe auch die von der Beklagten offerierte Alternative ausgeschlagen. Aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin habe die Beklagte sich gezwungen gesehen, ein gesamtarbeitsvertraglich vorgesehenes Stufenverfahren einzuleiten, in dessen Rahmen sie die Klägerin mehrfach abgemahnt habe. Der Klägerin habe die freie Entscheidung gehabt, sich

nicht impfen zu lassen. Es habe niemals ein Impfzwang bestanden. Die Klägerin habe zudem unterlassen, die von ihr behauptete Impfunverträglichkeit medizinisch nachzuweisen. Vielmehr habe die Klägerin die Beklagte monatelang mit dem Vorwand hingehalten, sie könne keinen entsprechenden Arzttermin bekommen. Als die Klägerin einen Arzttermin organisiert habe, habe sie den für die Abklärung notwendigen Test verweigert und die Beklagte belogen. Die ordentliche Kündigung der Beklagten sei rechtmässig erfolgt und stelle keine missbräuchliche Kündigung dar (act. 7, Rz. 12 ff.). Im Weiteren führt die Beklagte aus, dass die Covid-19 Pandemie sowohl in der Schweiz als auch weltweit verheerende Folgen gehabt habe. Obschon die Menschheit heute wisse, wie mit dem Virus umzugehen sei, sei nicht zu vergessen, wie sich die Situation während des Höhepunktes der Pandemie verhalten habe. Im Frühjahr sei die Schweizer Regierung dem Vorbild anderer Länder gefolgt und habe den ersten "Lockdown" angeordnet. Der Bundesrat habe damals die Situation als ausserordentliche Lage eingestuft, die Schweiz habe sich gegenüber ihren Nachbarländern weitgehend abgeschottet und der Bundesrat habe die Bevölkerung angewiesen, wenn immer möglich zu Hause zu bleiben. Diese aussergewöhnlichen Massnahmen hätten das Ziel verfolgt, die Gesundheit der Schweizer Bevölkerung zu schützen und das Schweizer Gesundheitssystem bestmöglich vor einem Kollaps zu bewahren, wie er beispielsweise zuvor in der Lombardei oder später in New York City und China zu beobachten gewesen sei. Auch international hätten die jeweiligen Regierungen mit bisher nie dagewesenen Massnahmen reagiert, um ihre Einwohner so gut wie möglich vor dem Virus zu schützen. Ein Teil der Massnahmenpakete habe die zeitweise Schliessung der nationalen Grenzen beinhaltet, sodass der internationale (Flug-)Verkehr praktisch über Nacht vollständig zum Erliegen gekommen sei. Daneben seien auch Isolations- und Quarantänemassnahmen für positiv auf das Covid-19 Virus getestete Personen bzw. Personen, welche mit positiv Getesteten in Kontakt gekommen sind, eingeführt worden. Die meisten Länder hätten erst im Sommer 2020 langsam wieder begonnen ihre Grenzen zu öffnen. Jedoch hätten sie fortan den Nachweis eines aktuellen negativen Covid-19 Testresultats verlangt. Nachdem die Ausbreitung des Virus in Europa saisonbedingt im Sommer 2020 vorübergehend etwas nachgelassen, jedoch bereits im Herbst/Winter 2020

wieder angezogen habe, habe die Welt gebannt auf die ersten erfolgsversprechenden Ergebnisse von Impfstoffen gegen das neuartige Virus geblickt. Gegen Ende 2020 bzw. Anfang 2021 sei es in der Schweiz so weit gewesen: Swissmedic habe drei Impfstoffe gegen Covid-19 zugelassen. Es habe sich dabei um die Stoffe "Comirnaty" von Pfizer (Zulassung ab dem 19. Dezember 2020), "Spikevax" von Moderna (Zulassung ab dem 12. Dezember 2021) und "Covid-19 Vaccine Janssen" von Janssen (Zulassung ab dem 22. März 2021) gehandelt. Einem vierten Wirkstoff namens "Nuvaxovid" von Novavax habe Swissmedic am 12. April 2022 die Zulassung erteilt. Die Impfstoffe der Hersteller Moderna und Pfizer seien sog. mRNA-Impfstoffe, während es sich bei denjenigen der Hersteller Janssen und Novavax um sog. vektor- bzw. proteinbasierte Impfstoffe gehandelt habe. Die zugelassenen Impfstoffe seien höchst wirksam. Im Fall der beiden mRNA-Impfstoffe Comirnaty und Spikevax betrage der sogenannte Schutzgrad gemäss öffentlich abrufbaren Unterlagen von Swissmedic 95 % bzw. 94 %. Im Vergleich zu Nichtgeimpften reduzieren die Impfstoffe demnach das Risiko an Covid-19 zu erkranken um 94 - 95 %. Die Covid-19 Wirkstoffe hätten wie jede Impfung Nebenwirkungen, welche insbesondere durch die individuelle Immunreaktion des eigenen Körpers ausgelöst werden. In Bezug auf die Covid-19 Wirkstoffe beschränken sich die Nebenwirkungen dabei in aller Regel auf Schmerzen und Schwellungen an der Injektionsstelle und eine leichte allgemeine Abwehrreaktion bestehend aus Müdigkeit, Fieber, Gliederschmerzen etc. Nur in sehr seltenen Fällen löse die Impfung eine allergische Reaktion aus, weshalb nach der Impfung eine Beobachtung von mindestens 15 Minuten empfohlen werde. Lediglich für den Wirkstoff von Moderna enthalte die Übersicht von Swissmedic einen Hinweis, dass in sehr seltenen Fällen und überwiegend bei jungen Männern Fälle von Herzmuskel- und Herzbeutelentzündung berichtet worden sei. Dabei handle es sich jedoch nicht um eine neue bzw. auf Covid-19 Impfstoffe beschränkte Impfnebenwirkung. Sie trete auch bei Impfstoffen gegen andere Krankheitserreger auf. Das Risiko einer Herzmuskelentzündung sei bei der Pockenimpfung beispielsweise höher als bei einer Impfung gegen Covid-19. Eine Covid-19 Infektion sei erwiesenermassen gefährlicher als sämtliche der sehr selten auftretenden, mit einer Covid-19 Impfung in Verbindung gebrachten Nebenwirkungen. Nachdem die

Schweiz sich habe genügend Impfstoff sichern können, habe der Bundesrat eine gross angelegte Impfkampagne lanciert. In deren Rahmen habe das BAG die Schweizer Bevölkerung am 16. August 2021 dazu aufgefordert, sich zum Schutz der eigenen und der Gesundheit anderer impfen zu lassen, falls dies noch nicht erfolgt sei. Am 26. Oktober 2021 habe das BAG verkünden lassen, dass die in der Schweiz eingesetzten Covid-19 Impfstoffe äusserst wirksam seien und gut vor schwerer Erkrankung und Hospitalisation schützen würden. Die verfügbaren wissenschaftlichen Daten zeigten, dass geimpfte Personen sehr gut vor einer schweren Covid-19 Erkrankung geschützt seien. Der Impfschutz betrage nach einer vollständigen Impfung weiterhin über 90 %. Wer sich trotz Impfung anstecke, habe meist keine oder nur milde Symptome und erkrankte selten schwer. Weiter verweist die Beklagte auf die Entwicklung der Fallzahlen ab Herbst 2021 und die behördlichen Empfehlungen sowie auf die Impfungen in der Schweiz und weltweit (act. 7, Rz. 53 ff.).

4.2.2. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. Juli 2024 ergänzte die Beklagte, dass das Bundesverwaltungsgericht und anschliessend das Bundesgericht bestätigt hätten, dass mRNA Impfstoffe zugelassen und erprobt seien sowie eine gute Schutzwirkung aufzeigen. Das Bundesgericht habe die Impfung als eine leichte, harmlose und wenig schmerzhaft Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dargestellt (Prot. S. 11 ff.).

4.2.3. Die Beklagte äussert sich weiter zu ihrem Betrieb. Aufgrund der geografisch kleinen Schweiz liege der weitaus überwiegende Teil ihres Streckennetzes mit ca. 100 Destinationen im Ausland. Der Betrieb eines Streckennetzes dieser Grösse sei hochkomplex und abhängig von einer Vielzahl an aufeinander abgestimmten Variablen, darunter insbesondere die Einsatzfähigkeit der eigenen Belegschaft. Es müssen nicht nur genügend Crew Mitglieder zur Verfügung stehen, um die planmässigen Flüge von der Schweiz an eine der ausländischen Zieldestinationen durchführen zu können. Neben Kettenflügen, welche mehrere Destinationen auf einer Reiseroute miteinander verbinden, müssen je nach Länge des jeweiligen Fluges zusätzlich Übernachtungen im Ausland (sog. Night-Stops) für die Flugbesatzung an Zielflughäfen miteingeplant werden. Night-Stops würden die Einhal-

tung der Ruhezeiten für die Flugbesatzung ermöglichen, bevor die Crew Mitglieder am nächsten Tag auf der Rückreise eingesetzt werden. Während sich die Flugbesatzung im Rahmen des Night-Stops erhole, könne das Flugzeug unter Umständen nicht ohne Besatzung am Zielflughafen parkiert werden, da dies aufgrund der von den jeweiligen Flughäfen erhobenen Gebühren mit immensen Kosten für die Beklagte verbunden sei. In diesen Fällen übernehme eine andere Besatzung, welche ihre Ruhezeit abgeschlossen habe, das Flugzeug für den Dienst auf dem Rückflug in die Schweiz. Hiermit könne die Beklagte gewährleisten, dass ihre Flugzeuge trotz notwendigem Arbeitsunterbruch ihrer Crew Mitglieder angemessen ausgelastet werden. Auch kurzfristige Ausfälle von Crew Mitgliedern seien durch die Beklagte zu organisieren. Hierfür stehe stets eine gewisse Anzahl an Crew Mitglieder auf Stand-by (d.h. auf Abruf) bereit, um im Bedarfsfall einzuspringen und den jeweiligen personellen Ausfall zu ersetzen. Da derartige Ausfälle sehr kurzfristig seien, müsse Kabinenpersonal bzw. CCM im Stand-by Dienst innert 60 Minuten und unabhängig vom jeweils anzufliegenden Land einsetzbar sein. Bei Rotationen von fünf oder mehr aufeinander folgenden Tagen müssen CCM auf Stand-by innert 120 Minuten einsatzbereit sein. Um diese Einsatzfähigkeit vertraglich gewährleisten zu können und die wichtigsten Bedingungen der Arbeitsverhältnisse ihrer Belegschaft zu regeln, habe die Beklagte mit ihren Sozialpartnern, darunter die Gewerkschaft der CCM, umfassende Gesamtarbeitsverträge verhandelt. Die arbeitsvertraglichen Pflichten der CCM seien jedoch nicht nur dem GAV zu entnehmen, sondern werden ebenfalls in Weisungen und Handbüchern festgelegt. Hierzu gehöre insbesondere die FTL. Die FTL konkretisiere dabei u.a. die zuvor angesprochenen Verpflichtungen der CCM betreffend Kettenflüge, Night-Stops und Stand-by Dienst. Die Beklagte betreibe auch eine sogenannte Hub-Struktur. Im Gegensatz zu Fluggesellschaften wie J._____, welche lediglich Direktflüge von A nach B anbiete, offeriere die Beklagte neben solchen Direktflügen auch Umsteigeverbindungen über den C._____ und verbinde damit u.a. auch Kurz- und Langstreckendestinationen miteinander. Die Langfristkapazitätsplanung beginne grundsätzlich drei Jahre im Voraus. Aufgrund der Hub-Struktur sei zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht nur das Streckennetz, sondern insbesondere die Flottengrösse und die verfügbaren Flugzeugtypen sowie die für deren

Bedienung notwendige Besatzung ausschlaggebend. Sämtliche Flüge bedürfen dabei einer gewissen Anzahl Crew Mitglieder mit teilweise unterschiedlichen Qualifikationen. Bei der Langfristkapazitätsplanung müssen die jeweiligen Flugzeugtypen, die benötigten Qualifikationen der Crew sowie gesetzliche und vertragliche Einschränkungen betreffend Besatzungsgrösse und Einsatzzeiten berücksichtigt werden. Die Langfristkapazitätsplanung dauere bis einen Monat vor der Publikation der jeweiligen Einsatzpläne. Die Beklagte publiziere jeweils am 22. des Vormonats die Einsatzpläne. Ab dem Zeitpunkt der Publikation seien Änderungen nur noch innerhalb bestehender Einsatztage (und dies auch nur eingeschränkt) oder im Rahmen von Stand-by Diensten vorzunehmen. Die tägliche Operation sei hingegen von diversen kurzfristigen Änderungen der Flugpläne gekennzeichnet. Die Beklagte und ihr Personal müssen auf kurzfristige Veränderungen der Flugpläne vorbereitet sein und reagieren können. Schliesslich sei die Beklagte als Verkehrsbetrieb in ein hochkomplexes, aufeinander abgestimmtes internationales System von Zulieferern, Flughäfen, Fluglotsen etc. eingegliedert und entsprechend (ausserplanmässigen) Verspätungen sowie Kapazitätsengpässen an Flughäfen ausgeliefert (act. 7, Rz 24 ff.).

4.2.4. Die Beklagte geht sodann auf die Auswirkungen der Pandemie auf den Flugbetrieb ein und führt aus, dass vor der Pandemie die vergangenen Jahrzehnte weltweit vom Abbau der Hürden für den internationalen Personenverkehr geprägt gewesen seien. Mit der rasanten Ausbreitung des Covid-19 Virus habe sich dies im Jahr 2020 geändert und die meisten Staaten weltweit hätten den internationalen Personenverkehr in einem bis zu diesem Zeitpunkt noch nie gesehenem Ausmass beschränkt. Die Einreise habe somit fortan die Einhaltung der jeweils anwendbaren, nationalen und lokalen Covid-19 Schutzmassnahmen vorausgesetzt. Zu Beginn der Pandemie hätten sich diese Schutzmassnahmen auf den Nachweis eines aktuellen negativen Covid-19 Testresultat beschränkt. Nach der Entwicklung und Verbreitung der zuvor genannten Impfstoffe hätten immer mehr Staaten eine Ausnahmeregelung für vollständig gegen Covid-19 geimpfte Personen erlassen. Im internationalen Personenverkehr habe fortan zwischen sog. 1G-(Geimpft), 2G-(Geimpft oder Genesen) oder 3G-(Geimpft, Genesen oder Getestet) Regelungen betreffend Einreise gegolten, gegebenenfalls sei eine davon ab-

weichende Regelung betreffend Aufenthalt zu unterscheiden gewesen. Je nach Land bzw. Region hätten verschiedene Ansätze in Bezug auf den Status als genesene oder negativ getestete Person gegolten. Mit der steigenden weltweiten Verfügbarkeit der Impfstoffe gegen Covid-19 hätten sich immer mehr Länder veranlasst gesehen, die Einreise von Personen von deren Impfstatus abhängig zu machen. Diverse Destinationen des Kurzstreckennetzes, welche die Beklagte während den Pandemie Jahren 2020-2022 angefliegen habe, seien für die Einreise von Reisenden aus dem Ausland erheblich eingeschränkt worden. Selbst innerhalb derselben Länder habe es unterschiedliche Schutzkonzepte gegeben, wie sich am Beispiel der verschiedenen deutschen Destinationen der Beklagten veranschaulichen lasse. Die Beklagte nimmt dabei auf die einzelnen Destinationen und auf die dort geltenden Einschränkungen Bezug, namentlich auf die USA. Zusammengefasst habe sich die Beklagte seit dem Ausbruch der Covid-19 Pandemie einer Vielzahl von komplexen, sich ständig ändernden nationalen Einreise- und ggf. davon abweichenden Aufenthaltsbestimmungen ausgesetzt gesehen. An eine beständige Einsatzplanung der Beklagten sei unter diesen Umständen nicht zu denken, hätten die Einsatzpläne doch stets wegen neuen Beschränkungen und unter enormen Zeitdruck angepasst werden müssen.

4.2.5. Anlass für das Impfblogatorium, so die Beklagte weiter, seien die Einführung von stetig neuen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen, die immense Erhöhung der Komplexität des Flugbetriebs sowie die Einsatzplanung gewesen. Alternativlos sei das jeweils eingesetzte Flugpersonal vor der Einführung des Impfblogatoriums gezwungen gewesen, sich vor jedem Abflug gegen Covid-19 testen zu lassen, wobei je nach Destination entweder ein PCR- oder ein Antigentest benötigt worden sei. Diese Massnahme habe zu enormen Mehrkosten für die Beklagte in Bezug auf Tests sowie die hierfür von der Belegschaft aufgewandte zusätzliche Arbeitszeit geführt. Die Beklagte habe allein in den Monaten Juni bis September 2021 über Fr. 550'000.– für die Durchführung von PCR- und Antigentests für ihre Crew Mitglieder aufwenden müssen, wobei diese Summe die entsprechend aufgewendete Arbeitszeit der Crew Mitglieder nicht berücksichtigt habe. Die Beklagte habe diese administrativen sowie wirtschaftlichen Aufwände im Zusammenhang mit einer sich stetig ändernden Covid-19 Testpraxis daher

langfristig weder operativ noch wirtschaftlich aufrechterhalten können. Auch sei ein sog. Splitting für die Beklagte keine praktikable Option gewesen. Mit Splitting sei die Unterteilung des Personals einer spezifischen Flotte in mehrere Subgruppen, beispielsweise in eine Subgruppe mit geimpfter CCM (Gruppe A) und eine Subgruppe ungeimpfter CCM (Gruppe B) sowie die entsprechenden Unterteilung der Einsatzgebiete auf dem jeweiligen Streckennetz gemeint. Auch bei der Reserveplanung hätte die Einführung von Splitting zu Effizienzverlusten führen können, da für jede Gruppe (d.h. A und B) aufgrund zeitlicher Einsatzbegrenzungen eine separate Reserveeinheit mit entsprechender Mindestanzahl an CCM hätte eingeplant werden müssen. Wenn beim Splitting zusätzliche Faktoren wie bspw. der zeitlich beschränkte Status als von Covid-19 genesene Person hätte berücksichtigt werden müssen, hätten zusätzliche Subgruppen von CCM sowie entsprechende Einsatzgebiete gebildet, berücksichtigt und laufend aktualisiert werden müssen. Schliesslich sei das Splitting für die Beklagte auch deshalb keine praktikable Option gewesen, da die Covid-19 Einreise- und Aufenthaltsbeschränkungen nicht statisch gleichbleibend gewesen seien, sondern sich im Verlaufe eines Einsatzmonates dynamisch hätten verändern können. Für die Abdeckung solcher Änderungen hätten wiederum weitere Reserven (aus Gruppe A) eingeplant werden müssen, was zu noch höheren Effizienzverlusten und Personalaufwänden geführt hätte. Die jeweils zu beachtenden Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen hätten sich fortlaufend und kurzfristig ändern können, ohne der Beklagten genügend Vorlaufzeit einzuräumen, sich auf die veränderte Ausgangslage einzustellen. Um negative Auswirkungen auf den Flugplan zu verhindern, wäre die Beklagte gezwungen gewesen, sehr viel mehr Arbeitnehmende als "Reserve" einzuplanen, was auf Dauer mit entsprechenden personellen Mehrkosten verbunden gewesen wäre. Um die Aufrechterhaltung des komplexen Streckennetzes der Beklagten zu ermöglichen, seien Crew Mitglieder stets dazu verpflichtet gewesen, im Rahmen ihrer Einsätze Kettenflüge durchzuführen. Kettenflüge könnten sich aus einer Kombination von Kurz- und Langstreckenflügen zusammensetzen. Bei Kettenflügen habe die Beklagte seit Beginn der Pandemie berücksichtigen müssen, ob die eingeplanten Crew Mitglieder sämtliche der an den hintereinander anzufliegenden Destinationen geltende Einreiseregeln erfüllt hätten. Da im Rahmen

von Kettenflügen mit derselben Crew teilweise über sieben Destinationen nacheinander angefliegen worden seien, habe dies die Einsatzplanung der Beklagten nicht nur um ein Vielfaches erschwert, sondern habe auch zu einer starken Begrenzung der hierfür zur Verfügung stehenden Crew Mitglieder geführt. Des Weiteren habe das Risiko bestanden, dass durch eine Verspätung des Weiter- bzw. Rückflugs die zeitliche Gültigkeit der Testresultate der ungeimpften Crew Mitglieder überschritten und es den Crew Mitglieder nicht möglich gewesen wäre, innert der verfügbaren Zeit einen neuen Covid-19 Test zu machen, ohne den Flugplan zu beeinträchtigen. Im Falle von Night-Stops an Zielflughäfen habe die Beklagte ausserdem beachten müssen, welche Bestimmungen für den kurzfristigen Aufenthalt ihrer ungeimpften Crew Mitglieder gegolten haben und ob diese überhaupt an den Zieldestinationen untergebracht und verpflegt werden konnten. Habe dies nicht gewährleistet werden können, sei es der Beklagten nicht möglich gewesen, ungeimpfte Crew Mitglieder auf Flügen mit Night-Stops einzusetzen. Da es ausserdem aufgrund von technischen Problemen oder eines Wetterumschlags im Flugbetrieb immer auch unerwartet zu Night-Stops habe führen können, sei es der Beklagten nicht möglich gewesen, die Klägerin auf Turnaround Flügen zu Destinationen einzusetzen, an welchen sie ungeimpfte Crew Mitglieder aufgrund der Aufenthaltsbestimmungen notfalls nicht unterbringen und verpflegen konnte. Gleiches gelte für den Stand-by Dienst, bei welchen nicht im Vorherein bekannt sei, ob es zu einem Flugeinsatz komme und um welche Kurz- oder Langstreckendestination es sich dabei handle. Die Beklagte habe sich zu Beginn der Pandemie entsprechend gezwungen gesehen, deutlich mehr Crew Mitglieder für den Stand-by Dienst einzuplanen, als dies das Produktionsvolumen im Normalfall erfordert habe. Bei einer produktionsgemässen Einplanung von Crew Mitglieder habe das Risiko bestanden, dass ein Teil der Crew Mitglieder im Ernstfall nicht einsetzbar gewesen wäre und die Beklagte den entsprechenden Flug hätte absagen müssen. Erschwerend sei hinzugekommen, dass es innerhalb der verfügbaren 60 bzw. 120 Minuten beim Stand-by Dienst nicht möglich gewesen sei, ein gültiges PCR-Testzertifikat zu erhalten. Die genannten personellen Einschränkungen hätten vor der Einführung des Impfobligatoriums dazu geführt, dass die Beklagte signifikant mehr Personal hätte einplanen müssen als zuvor, da ein Teil des Perso-

nals aus den vorstehend genannten Gründen nicht überall hätte eingesetzt werden können. Ohne die Einführung des Impfblogatoriums hätte die Beklagte auch ihre CCM-Reservekapazitäten schätzungsweise um mindestens 20 % erhöhen müssen, um auf die sich ändernden Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen angemessen reagieren zu können. Um diesen Mehraufwand zu bewerkstelligen, habe die Beklagte bei gleichbleibender Entwicklung zusätzlich ca. 67.2 CCM-Vollzeitstellen schaffen müssen, was zu jährlichen Mehrkosten von mindestens Fr. 5'040'000.– geführt hätte. Dies sei der Beklagten jedoch weder finanziell noch operationell zumutbar gewesen. Sie habe für ihr gesamtes fliegendes Personal ein Impfblogatorium erlassen müssen. Vor der Ankündigung des Impfblogatoriums Ende August 2021 hätten sich lediglich 60 % der FCM und 35 % der CCM gegen Covid-19 impfen lassen. Angesichts dieser niedrigen Zahlen habe sich die Beklagte schliesslich gezwungen gefühlt, die vollständige Impfung gegen Covid-19 für das gesamte fliegende Personal vorzuschreiben, um die langfristige Aufrechterhaltung des Flugbetriebs gewährleisten zu können. Ungeimpfte Crew Mitglieder hätten faktisch davon profitiert, nur noch für attraktive Destinationen und Flugrouten zur Verfügung zu stehen. Diese Ungleichbehandlung habe zu ersten Spannungen in der Belegschaft geführt und habe den Betriebsfrieden gefährdet. Die Beklagte habe als Arbeitgeberin auch die Verantwortung, ihre Crew Mitglieder bestmöglich vor dem Covid-19 Virus und den Folgen einer Erkrankung zu schützen. Das fliegende Personal der Beklagten habe systembedingt täglich mit einer Vielzahl von Menschen aus aller Welt zu tun gehabt und habe dabei diverse Flughäfen und Hotels auf der ganzen Welt frequentiert, wobei im Ausland die Hygienestandards oftmals nicht mit denjenigen der Schweiz vergleichbar gewesen seien. Das Risiko einer Ansteckung mit Covid-19 sei daher vergleichsweise grösser als bei anderen Berufsgruppen, welche von zuhause aus ihrer Arbeit hätten nachgehen oder gar im Freien hätten arbeiten können. Im Weiteren führt die Beklagte aus, Art. 19.4 des GAV halte ausdrücklich fest, dass die Beklagte die Vornahme von Schutzimpfungen bzw. prophylaktische Massnahmen von CCM verlangen könne. Die vertragliche Bestimmung sei bewusst so formuliert, um der Beklagten die Möglichkeit zu geben, auf neu auftretende Krankheiten bzw. Viren reagieren zu können und ihre Weisungen an den aktuellen medizinischen Stand an-

zupassen. Zusammengefasst hält die Beklagte fest, dass sie das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aufgelöst habe, weil die Klägerin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt und sich darüber hinaus treuwidrig verhalten habe. Die Beklagte sei zur Einführung eines Impfblogatoriums legitimiert gewesen, da diese geboten und notwendig gewesen sei. Andernfalls hätte die Beklagte ihren Betrieb zufolge der immensen administrativen sowie wirtschaftlichen Aufwände im Zusammenhang mit der Covid-19 Testpraxis gar nicht aufrechterhalten können. Im Weiteren habe die Beklagte ihre Crew Mitglieder bestmöglich vor dem Covid-19 Virus und den Folgen einer Erkrankung schützen müssen (act. 7, Rz. 77 ff.).

4.2.6. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. April 2024 führte die Beklagte aus, dass sie viel später erfahren habe, dass das treuwidrige Verhalten der Klägerin auch finanzielle Beweggründe habe. In der Zeit, in der die Klägerin in einem 80% Pensum bei der Beklagten angestellt und aufgrund ihres fehlenden Impfnachweises nicht einsetzbar gewesen sei und vollen Lohn erhalten habe, sei die Klägerin an ihrem Zweitwohnsitz in F._____ einer der Beklagten nicht gemeldeten Erwerbstätigkeit nachgegangen. Die Nebenbeschäftigung hätte gemäss Art. 23 Ziff. 1 GAV 2015 CCM gemeldet werden müssen. Zudem habe die Aufnahme einer solchen Nebentätigkeit der vorgängigen Genehmigung der Beklagten bedürft. Damit habe die Klägerin auch ihre gesetzliche Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 3 OR schwerwiegend verletzt. Konkret habe die Klägerin im Jahr 2022 unter dem Namen «K._____» eine Schauspielagentur betrieben und Schauspielerinnen und Schauspieler an Theater-, Film- und Fernsehproduktionen vermittelt. Die Klägerin habe im Jahr 2022 als Agentin der berühmten deutschen Schauspieler I._____ und L._____ agiert und sei im Juli bzw. August 2022 auf den Webseiten dieser Schauspieler als zuständige Kontaktperson aufgeführt worden. Daher gehe die Beklagte davon aus, dass die Klägerin im Jahr 2022 für ihre Nebentätigkeit weit mehr als 20 % Pensum aufgewandt habe und entsprechend einen höheren Verdienst erwirtschaftet habe (act. 18 Rz. 30 ff.). Im Weiteren führt die Beklagte aus, dass die Einsprache gegen die Kündigung die eigenhändige Unterzeichnung der Einsprache voraussetze. Bei nicht frist- und formgerechter Einsprache verwerke ein allfälliger Anspruch auf Entschädigung. Die Einsprache sei nicht unterzeichnet und daher sei die Klage abzuweisen (Prot. S. 27).

5. Rechtliches

5.1. GAV 2015 CCM

5.1.1. Der GAV 2015 CCM regelt die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen der B1. _____ AG als auch der B2. _____ AG und deren Kabinenbesatzungsmitgliedern (Art. 1 GAV 2015 CCM). Gemäss Art. 2 Abs. 1 GAV 2015 CCM gilt der Gesamtarbeitsvertrag für alle CCM mit Ausnahme von leitenden und höheren Angestellten mit fliegerischer Tätigkeit, unabhängig ob sie bei der B1. _____ AG oder der B2. _____ AG eingesetzt werden. Die Klägerin arbeitete mit einem Arbeitspensum von 100 % als CCM der Beklagten, weshalb sie dem GAV 2015 CCM unterstellt ist.

5.1.2. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist in Art. 14 GAV 2015 CCM geregelt. Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags über die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags stellen normative Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR dar, welche für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar, unabdingbar und unverzichtbar gelten (PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2024, Rz. 1115 ff. und Rz. 1137). Ihre Auslegung richtet sich nach den Grundsätzen über die Auslegung von Gesetzen (BGE 127 III 318 E. 2.a S. 322; 133 III 213 E. 4.2 S. 214 f.; BGer 4A_670/2010 vom 4. April 2011, E. 3.1; EMMEL in CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art. 184 - 529 OR und Innominatverträge, 4. Auflage, 2023, N 2 zu Art. 356 OR; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, a.a.O., Rz 1117 und Rz 1138 f.).

5.1.3. Art. 14 Ziff. 2 GAV 2015 CCM sieht für die ordentliche Kündigung durch die Beklagte einen im Vergleich zur gesetzlichen Regelung (Art. 335 ff. OR) erweiterten Kündigungsschutz vor. Gemäss dieser Vorschrift darf ein Arbeitsverhältnis ab dem sechsten Dienstjahr grundsätzlich nur unter Einhaltung eines Drei-Stufen-Verfahrens ordentlich gekündigt werden. Dieses verlangt zunächst eine schriftliche Ermahnung (1. Stufe) und anschliessend eine schriftliche Kündigungsandrohung (2. Stufe). Erst in dritter Stufe ist die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist erlaubt (Art. 14 Ziff. 2 Abs. 2 GAV 2015 CCM). Die Kündigungsandro-

hung und Kündigung sind gegenüber dem CCM schriftlich zu begründen (Art. 14 Ziff. 2 Abs. 4 GAV 2015 CCM). Ausgenommen von diesem Drei-Stufen-Verfahren ist neben der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR (vgl. Art. 14 Ziff. 2 Abs. 5 GAV 2015 CCM) insbesondere die Kündigung infolge schwerwiegender Pflichtverletzung sowie weitere in Art. 14 Ziff. 2 Abs. 5 GAV 2015 CCM aufgeführte Ausnahmen, die vorliegend nicht relevant sind. Hingegen ist die missbräuchliche Kündigung nicht als Ausnahme gemäss Art. 14 Ziff. 2 Abs. 5 GAV 2015 CCM geregelt. Vielmehr räumt Art. 14 Ziff. 6 GAV 2015 CCM dem CCM das Recht ein, die Kündigung unter anderem wegen Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 OR gegenüber der Beklagten innert 20 Tagen seit Erhalt des Kündigungsschreibens anzufechten. Im Weiteren ist in Art. 14 Ziff. 7 GAV 2015 CCM die Missbräuchlichkeit der Kündigung ebenfalls vorbehalten. Demnach bietet der GAV keinen weitergehenden Bestandsschutz als das Obligationenrecht an, soweit es um den Kündigungsgrund geht. Gemäss Art. 14 Ziff. 3 GAV 2015 CCM ist dem CCM jeweils hinreichend Gelegenheit zu bieten, sich zu den Vorwürfen zu äussern und seine Einwände dagegen vorzubringen. Gemäss Art. 14 Ziff. 6 GAV 2015 CCM kann das CCM die Kündigung innert 20 Tagen seit Erhalt des Kündigungsschreibens anfechten und die Schlichtungskommission gemäss Art. 31 GAV 2015 CCM anrufen.

5.1.4. Die Beklagte kann das Anstellungsverhältnis fortsetzen, wenn in einem rechtskräftigen Urteil erkannt wird, dass eine Kündigung unter Nichteinhaltung des Stufenverfahrens ausgesprochen worden ist, dass die der Kündigung zugrundeliegende Pflichtverletzung bzw. das Fehlverhalten nicht schwerwiegend oder dass die Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR war und sofern das zu Unrecht gekündigte CCM damit einverstanden ist (Art. 14 Ziff. 7 GAV 2015 CCM). Wird das Anstellungsverhältnis fortgesetzt, gilt eine allfällig durch das Gericht auferlegte Strafzahlung zu Gunsten des CCM im Sinne von Art. 336a OR als abgegolten und es erfolgt unter Einhaltung des Stufenverfahrens entweder eine schriftliche Ermahnung oder eine schriftliche Kündigungsandrohung. Ausserdem verpflichtet sich die Beklagte in diesem Fall zu einer allfällig erforderlichen Nachschulung des betroffenen CCM für die Wiedererlangung der notwendigen Qualifikationen.

5.2. Missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR

5.2.1. Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht. Missbräuchlich ist die Kündigung dann, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung der Gründe in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Gründe vergleichbar ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl. 2012, N 2 ff. zu Art. 336 OR; BGE 132 III 115, E.2.1).

5.2.2. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Eine solchermassen motivierte Kündigung ist allerdings nicht in jedem Fall missbräuchlich, vielmehr sieht das Gesetz selbst zwei Rechtfertigungsgründe vor, welche den Anwendungsbereich der "Diskriminierungskündigung" stark einschränken, nämlich immer dann, wenn die betreffende Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 336 OR). Wird die Zusammenarbeit im Betrieb wegen einer persönlichen Eigenschaft wesentlich beeinträchtigt, so ist unter anderem eine wegen dieser Eigenschaft ausgesprochene Kündigung gerechtfertigt. Verstanden wird darunter insbesondere eine Beeinträchtigung des Betriebsklimas, indem aufgrund der Eigenschaft Spannungen unter den Arbeitnehmern aufkommen, die im Extremfall zu einer Druckkündigung führen können. Der Arbeitgeber ist allerdings aufgrund von Art. 328 OR verpflichtet, in solchen Situationen aktiv zu werden, die Persönlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers zu schützen und

die Spannungen wenn möglich beizulegen (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 336 OR; BGE 125 III 70, E. 2c).

5.2.3. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist unter anderem auch dann missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Die Formulierung greift auf Art. 189 Abs. 1 Bst. a BV zurück. Unter verfassungsmässigen Rechten sind die Grundrechte der Art. 7 ff. BV sowie weitere Bestimmungen der BV, der Kantonsverfassungen und der EMRK sowie allfällige ungeschriebene Rechte mit Verfassungsrang zu verstehen, die dem Arbeitnehmer oder Arbeitgeber einen individuellen Rechtsanspruch verschaffen (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 336 OR). Nach der Auffassung des Bundesgerichts ist der Begriff der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts eng auszulegen, da ansonsten fast jeder Aspekt der beruflichen und persönlichen Lebenssphäre erfasst und ein Grossteil der Kündigungen als missbräuchlich erscheinen würden (BGE 4C.72/2002 vom 22. April 2002 in ARV 2002, S. 148 f.; BSK-OR I - PORTMANN, 7. Aufl., 2020, N 11 zu Art. 336; vgl. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 336 OR). Die Formulierung "weil" deutet daraufhin, dass zwischen der Rechtsausübung und der Kündigung ein Kausalzusammenhang bestehen muss (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 336 OR). Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist in ähnlicher Weise eingeschränkt wie lit. a. Demnach wird der Rechtsmissbrauch verneint, wenn die Ausübung verfassungsmässiger Rechte eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Dabei ist der erste Rechtfertigungsgrund enger formuliert als in lit. a. Das bedeutet, dass ein Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis nicht ausreichend ist, sondern daraus erwachsende, gesetzliche oder vertragliche Pflichten verletzt werden müssen (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 336 OR).

5.2.4. Eine weitere Form von Missbräuchlichkeit besteht in der sog. Racheekündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht, weil der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ihm zustehende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Auch die Kündigung kraft Persönlichkeit des Arbeitnehmers gilt als missbräuchlich. Dabei genügt es

bereits, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Eigenschaft und der Kündigung nur indirekter Natur ist. Praxisgemäss werden unter Art. 336 Abs. 1 lit. d OR teilweise auch Kündigungen subsumiert, die in Verletzung vertraglicher Pflichten des Arbeitgebers erfolgen, so insbesondere von Art. 328 OR z.B. bei ungenügender Abklärung von Vorwürfen (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 6 f. zu Art. 336 OR).

5.3. Corona-Impfpflicht gemäss GAV 2015 CCM

5.3.1. Im Einzelnen ist zu prüfen, ob die Einführung des Covid-19 Impfbogatoriums gemäss GAV 2015 CCM durch die Beklagte rechtmässig erfolgte.

5.3.2. Gemäss dem GAV 2015 CCM ist die Corona-Impfpflicht nicht explizit geregelt. Zum Zeitpunkt der Einführung des GAV 2015 CCM war die Corona-Pandemie kein Thema. Art. 19 Abs. 1 GAV 2015 CCM hält fest, dass die CCM einen Anspruch auf Achtung und Schutz der Persönlichkeit haben. Gemäss Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 CCM kann die Beklagte zur Verhütung von Erkrankungen zu ihren Lasten die Vornahme von Schutzimpfungen und andere prophylaktische Massnahmen verlangen. Ausnahmsweise kann das CCM Impfungen auch ausserhalb der B._____ vornehmen lassen. Bisher wurde gemäss Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 CCM die Gelbfieber-Impfung eingeführt. Die Klägerin liess sich gegen Gelbfieber impfen. Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Einführung der Covid-19-Impfung mit der Gelbfieber-Impfung gleichzustellen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich somit die Frage, ob die Einführung des Covid-19 Impfbogatoriums ebenfalls unter diese Vorschrift fällt.

5.3.3. Im Vergleich der Covid-19-Impfung zur Gelbfieber-Impfung ist folgendes festzuhalten: Das BAG hält auf seiner Webseite fest, dass Gelbfieber eine potenziell tödliche, durch Viren ausgelöste Infektionskrankheit ist, die durch Mücken übertragen wird. Die Impfung gegen Gelbfieber ist bei der Einreise in manche Länder obligatorisch. Zu Covid-19 hält das BAG fest, dass es sich hierbei um eine Infektionskrankheit handelt, die durch das Coronavirus SARS-CoV-2 ausgelöst wird. Das Coronavirus kann auf verschiedenen Wegen zwischen Menschen übertragen werden, meistens durch Tröpfchen und Aerosole (Webseite des BAG zu

Gelbfieber und Covid-19, zuletzt abgerufen am 18. November 2024). Unbestritten ist, dass die Beklagte bei Crew Mitgliedern für das Langstreckennetz befugt ist, den Nachweis einer erfolgten Gelbfieberimpfung zu verlangen. Bei der Gelbfieber-Impfung handelt es sich ebenfalls um ein Impfblogatorium. Das Gelbfieber Impfblogatorium dient dem Schutz der Mitarbeitenden, da die Beklagte Destinationen anfliegt, in denen Gelbfieber vorkommt. Im Unterschied zur Gelbfieber-Impfung ist Covid-19 nicht nur in bestimmten Ländern, sondern weltweit verbreitet. Bei der Covid-19-Impfung kann zwischen den Crew Mitgliedern, welche lediglich auf Kurz- bzw. auf Langstreckenflügen eingesetzt werden, nicht unterschieden werden.

5.3.4. Die Gelbfieber-Impfung ist nicht explizit in den GAV 2015 CCM Bestimmungen festgehalten. Vielmehr stützt sich die Gelbfieber-Impfung auf die offen gehaltene Bestimmung von Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 CCM folgenden Inhalts: «Zur Verhütung von Erkrankungen kann B._____ verlangen, dass Schutzimpfungen und andere prophylaktische Massnahmen vorgenommen werden. Daraus entstehende Kosten gehen zu Lasten von B._____.» Da sich die Parteien auf keinen vom Wortlaut bzw. von dessen Auslegung abweichenden übereinstimmenden Vertragswillen beider Parteien berufen (Art. 1 Abs. 1 OR), ist der Inhalt dieser Bestimmung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Der Wortlaut allein ist hierfür nicht ausschlaggebend. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind vielmehr die Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Erklärung abgegeben wurde, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 138 III 659, E.4.2.1; BGE 132 III 24, E. 4). Die Beklagte bringt vor, dass die vertraglichen Bestimmungen gemäss Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 CCM bewusst so formuliert seien, um der Beklagten die Möglichkeit geben zu können, auf neu auftretende Krankheiten bzw. Viren reagieren zu können und ihre Weisungen an den aktuellen medizinischen Stand anzupassen. Für die Klägerin erstreckt sich die fragliche Impfpflicht auf Malaria, Gelbfieber oder ähnliche Krankheiten, welche Impfungen auch allgemein akzeptiert seien.

5.3.5. Aus Sicht des betroffenen Arbeitnehmers muss die entsprechende Vorschrift nach dem Vertrauensprinzip so ausgelegt werden, dass die Beklagte ein Impfblogatorium anordnen kann, sofern die Impfstoffe ein Risikoprofil aufweisen, welche jenem der bekannten und bereits etablierten Impfungen, wie Gelbfieberimpfung, entsprechen. Nach Treu und Glauben musste die Klägerin somit nicht damit rechnen, dass auch neuartige und ungewöhnliche Impfstoffe unter diese Bestimmung fallen. Bei den diversen Covid-19 Impfungen handelte es sich um neue, unbekannte und nicht erprobte Substanzen, welche befristet zugelassen wurden. Die Gelbfieberimpfung demgegenüber wurde nach ordentlichen Prozedere zugelassen, weltweit über Jahre hinweg ohne nennenswerte Nebenwirkungen. Die Covid-19 Impfstoffe hingegen weisen diverse Risikofaktoren auf. Im Weiteren ist bei der Gelbfieberimpfung der Schutz vor einer schweren Erkrankung nachgewiesen und die mit der Impfung im Zusammenhang stehenden Risiken erforscht. Im Gegensatz hierzu waren die Risiken sowie das Nutzen der Covid-19 Impfung noch unerforscht. Zudem handelt es sich bei der Gelbfieberimpfung um eine einmalige Impfung, welche nicht zwingend aufgefrischt werden muss. Die Covid-19 Impfung hingegen verliert rasch ihre Wirkung und muss mit einer zweiten bzw. mit einer Booster-Impfung aufgefrischt werden. Bei der Gelbfieberimpfung müssen sich nur Arbeitnehmende impfen lassen, welche auf den Langstreckenflügen eingesetzt wurden. Hingegen galt das Covid-19 Impfblogatorium für alle Mitarbeitenden.

5.3.5.1. Die Gelbfieberimpfung ist daher nicht mit der Covid-19 Impfung gleichzusetzen. Nach dem Vertrauensprinzips willigte die Klägerin bei Vertragsschließung nicht in eine ausnahmslose Zustimmung für neuartige und völlig unbekannte sowie bedingt zugelassene Impfung ein, ohne genaue Kenntnis aller damit verbundenen Risiken zu haben. Die Covid-19 Impfung ist daher keine Schutzimpfung bzw. andere prophylaktische Massnahme, welche unter die Bestimmung von Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 CCM fällt.

5.3.6. Die Einführung des Covid-19 Impfblogatoriums gestützt auf die fragliche GAV-Bestimmung wäre eine einseitige Vertragsänderung zum Nachteil der Klägerin. In Art. 14 Ziff. 2 Abs. 2 GAV 2015 CCM ist festgehalten, dass die Beklagte

den Anstellungsvertrag mit einem CCM grundsätzlich nur unter Einhaltung des Stufenverfahrens kündigen bzw. ändern darf. Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass das Stufenverfahren durch die Beklagte betreffend der Kündigung eingehalten wurde. Betreffend einer allfälligen Vertragsänderung wurden seitens der Beklagten die Schriftlichkeitsvorschriften nicht eingehalten, sodass die Vertragsänderung nicht rechtmässig erfolgt wäre. Somit hat die Klägerin auch keine arbeitsvertraglichen Pflichten gemäss den Vorschriften des GAV 2015 CCM verletzt.

5.4. Weisungsrecht der Beklagten

5.4.1. Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Beklagte berechtigt war, die Klägerin aufgrund des ihr zustehenden Weisungsrechts zur Vornahme der geforderten Covid-19 Impfungen zu verpflichten.

5.4.2. Das Weisungsrecht ist in Art. 321d OR festgehalten. Gemäss dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen (Art. 321d Abs. 1 OR). Das Weisungsrecht ist Ausfluss aus dem Subordinationsverhältnis, welches zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer besteht (MILANI in SHK - Stämpfli Handkommentar [Hrsg. Etter / Fascinani / Sutter], 2021, N 1 f. zu Art. 321d OR). Das Weisungsrecht dient als einseitiges, empfangsbedürftiges, ausfüllendes Gestaltungsrecht, das situationsbezogen und flexibel im Rahmen der festgelegten Grenzen ausgeübt werden kann. Die Arbeitgeberin kann ihr Weisungsrecht immer nur aus betrieblichen Gründen ausüben, sodass eine funktionelle Bindung vorausgesetzt wird. Im Verhältnis zu den dispositiven und zwingenden Gesetzesbestimmungen, zu GAV, NAV, einer Betriebsordnung und individuellen einzelarbeitsvertraglichen Regelungen hat das Weisungsrecht eine subsidiäre Bedeutung.

5.4.3. In Ausnahmefällen wandelt sich das Weisungsrecht der Arbeitgeberin in eine Weisungspflicht. Dies ist dann der Fall, wenn es um die Einhaltung zwingender Bestimmungen, insbesondere des ArG, geht oder es zur Einhaltung des Persönlichkeitsschutzes anderer Arbeitnehmer gemäss Art. 328 OR geboten erscheint (MILANI, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 321d OR). Weisungen können immer innerhalb der Schranken des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers (Art. 328 OR) erlassen werden und müssen immer einen Bezug zur Arbeit aufweisen (BGE 9C_301/2008 vom 2.7.2008, E.4.1). Demzufolge bildet die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eine Grenze des Weisungsrechts der Arbeitgeberin (BGE 132 III 115, S. 121). Im Weiteren ist das Weisungsrecht bloss nach Treu und Glauben durch die Arbeitgeberin auszuüben. Dies ist explizit in Art. 321d Abs. 2 OR geregelt. Somit darf die Arbeitgeberin keine Weisungen erlassen, welche willkürlich oder gar schikanös sind (BGE 4C.189/2006 vom 4.8.2006, E.2).

5.4.4. Gemäss Art. 321d Abs. 2 OR hat der Arbeitnehmer die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen. Die Befolgungspflicht des Arbeitnehmers erstreckt sich nur auf Weisungen der Arbeitgeberin oder Dritte, denen das Weisungsrecht von dieser (vertraglich) delegiert wurde (MILANI, a.a.O., N 9 zu Art. 321d OR). Das Weisungsrecht als ausfüllendes Gestaltungsrecht dient dazu, in den Grenzen der vertraglichen Regelungen flexibel, situationsbezogen und im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse auf das Arbeitsverhältnis einzuwirken. Der Arbeitnehmer hat sodann die Pflicht, zulässigen Weisungen der Arbeitgeberin nachzukommen bzw. diese zu befolgen. Durch die zulässige Ausübung des Weisungsrechts entstehen dadurch konkretisierte Teilpflichten der Arbeits- und Treuepflicht (MILANI, a.a.O., N 41 f. zu Art. 321d OR). Unterlässt der Arbeitnehmer den zulässigen Weisungen der Arbeitgeberin nachzukommen, so handelt es sich hierbei um eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten. Die Arbeitgeberin kann derartige Vertragsverletzungen sanktionieren, indem sie u.a. Disziplinar massnahmen verfügt, Schadenersatz nach Art. 321e OR fordert, den Arbeitnehmer verwarnt oder bei schwerer oder fortgesetzter Missachtung der Weisungen der Arbeitgeberin gemäss Art. 337 OR fristlos kündigt (MILANI, a.a.O., N 43 f. zu Art. 321d OR).

5.4.5. Macht die Arbeitgeberin in unzulässiger Weise von ihrem Weisungsrecht Gebrauch, ist der Arbeitnehmer nicht gehalten, dieser Weisung zu folgen (Verweigerungsrecht). In diesem Fall ist die Weisung unwirksam (vgl. BGE 132 III 115, S. 121, PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, a.a.O., Rz. 581). Ist die Weisung der Arbeitgeberin auf die Durchführung einer rechtswidrigen Handlung bezogen, so darf bzw. muss der Arbeitnehmer diese nicht befolgen, sofern er die Rechtswidrigkeit erkennt. In diesem Fall hat er eine Verweigerungspflicht. Kündigt der Arbeitgeber aufgrund der Verweigerung durch den Arbeitnehmer, wäre diese zwar gültig, aber missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (MILANI, a.a.O., N 46 f. zu Art. 321d OR).

5.4.6. Das sich aus Art. 321d OR ergebende privatrechtliche Weisungsrecht der Beklagten steht im Widerstreit zu ihrer Fürsorgepflicht. Die Arbeitgeberin hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen

sowie auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen (Art. 328 Abs. 1 OR). Sie hat die zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönliche Integrität der Arbeitnehmenden nach der Erfahrung notwendigen, nach dem Stand der Technik anwendbaren und den Verhältnissen angemessenen Massnahmen zu treffen, soweit ihr dies billigerweise zugemutet werden kann (Art. 328 Abs. 2 OR). Wichtigster Standpunkt der allgemeinen Fürsorgepflicht ist der Persönlichkeitsschutz. Die Arbeitgeberin hat alle Eingriffe in die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind. Zu den Persönlichkeitsrechten zählen insbesondere Leben und Gesundheit sowie die körperliche und geistige Integrität (ETTER/SOKOLL in SHK - Stämpfli Handkommentar, Hrsg. Etter / Fascincani / Sutter, 2021, N 6 zu Art. 328 OR; BSK-OR I - PORTMANN, a.a.O., N 4 zu Art. 328 OR ; vgl. GEISER / MÜLLER / PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2024, Rz 338). In der Lehre wird zum Teil vertreten, dass Art. 328 OR neben einer Überführung der Schutzpflichten des öffentlichen Rechts (insbesondere des Arbeitsgesetzes) ins Privatrecht (vgl. auch Art. 342 Abs. 2 OR) auch eine Funktion als Einfallstor für die indirekte Drittwirkung der Grundrechte im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV habe (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 328 OR; kritisch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 328 OR). Bisweilen wird angemerkt, dass die Reichweite einer solchen Dritteinwirkung insofern nicht zu überschätzen sei, als die Pflichten aus Art. 328 Abs. 1 OR ihre Grenzen an den Erfordernissen des Arbeitsverhältnisses fänden, da durch den Arbeitsvertrag innerhalb der Grenzen von Art. 27 ZGB auf die Ausübung von Persönlichkeitsbefugnissen verzichtet werden könne (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 328 OR). Allerdings darf ein allfälliger Eingriff in Persönlichkeitsgüter nicht weitergehen, als das für die Zwecke des Arbeitsvertrages unbedingt erforderlich ist (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 328 OR).

5.5. Impfpflicht im Arbeitsverhältnis

5.5.1. Im Zusammenhang mit der hier strittigen Fragen ist überdies auf verschiedene einschlägige Entscheide und Lehrmeinungen zu verweisen. Gegenstand dieser Verfahren ist zwar regelmässig ein öffentlich-rechtliches Anstellungsver-

hältnis, was jedoch nichts an deren Relevanz für die vorliegende Beurteilung ändert.

5.5.2. Gegenstand des Leitentscheids BGE 149 I 129 vom 22. Februar 2023 war die Impfpflicht für Berufsmilitär. Das Bundesgericht hielt fest, dass die besonderen gesetzlichen Anforderungen, die an das Berufsmilitär im Kommando Spezialkräfte gestellt werden, ein gewichtiges öffentliches Interesse bilden, um deren Impfung vorzuschreiben, und die Androhung der Entlassung im Unterlassungsfall als Eingriff in die persönliche Freiheit gerechtfertigt sei. Die Impfpflicht sei ein leichter Grundrechtseingriff und verhältnismässig (vgl. auch BGer Urteile 8C_362/2022, 8C_340/2022 und 8C_351/2022 vom 22. Februar 2023; SPRECHER / LIENHARD / TSCHANNEN / TSCHENTSCHER / ZELLER in: ZBJV 159/2023, S. 595, S. 606 ff.).

5.5.3. In einem weiteren Urteil des Bundesgerichts (BGE 149 I 191) erliess der Staatsrat des Kantons Freiburg eine Verordnung über die Covid-19-Zertifikatspflicht für den Studienbetrieb an Hochschulen. Trotz Möglichkeit des Fernunterrichts, erachtete das Bundesgericht die gesetzliche Grundlage sowie das öffentliche Interessen als gewahrt.

5.5.4. Im Urteil des Bundesgerichts BGE 149 I 105 war Verfahrensgegenstand die Einführung einer Covid-Testpflicht für nicht geimpfte Gesundheits- und Sozialarbeiter. Obwohl nach Bundesgericht eine Ungleichbehandlung gegenüber geimpftem bzw. genesenem Personal vorlag, erachtete es die Anordnung als zulässig, da ein öffentliches Interesse bestand, namentlich der Schutz der besonders verletzlichen Personen in den betroffenen Einrichtungen (vgl. auch Recht relevant, RR-COMP 4/2023, S. 12).

5.5.5. Das Bundesgericht entschied in seinem Urteil vom 20. Mai 2022 (BGE 5A_154/2022) über die Uneinigkeit von zwei Beistandspersonen über die Covid-19 Impfung für eine Person mit Down-Syndroms. Es verweist vorab auf den von der Vorinstanz herangezogenen Leitentscheid BGE 146 III 313 zur Masernimpfung, dem eine vergleichbare Sachlage von Uneinigkeit zweier gesetzlicher Vertreter zugrunde lag. Demnach solle die Impfempfehlung des BAG als fachkompetente eidgenössische Behörde für den Entscheid der KESB als Richtschnur die-

nen und eine Abweichung davon soll nur dann möglich sein, wenn sich die Impfung nicht mit dem Wohl der betroffenen Person vertrage. Die Hausärzte des Kindes hätten gemäss ärztlichem Attest keine Kontraindikation für eine mRNA-Impfung feststellen können. Die Impfempfehlung der Behörden sei ohne Weiteres geeignet, die Gefährdung durch eine Ansteckung mit dem Coronavirus und die möglichen schweren Krankheitsfolgen abzuwenden bzw. zu reduzieren. Was die Erforderlichkeit betreffe, sei kein milderes Mittel ersichtlich gewesen, das Kind nachhaltig gegen eine schwere Covid-19 Erkrankung zu schützen. Der Schutz durch Impfung habe das Risiko unerwünschter Impferscheinungen in der Kategorie der Personen mit dem höchsten Risiko für einen schweren Verlauf bei Weitem überwogen.

5.5.6. In einem Entscheid des Obergerichts Zürichs vom 7. März 2023 (Geschäfts-Nr. PQ230003) stand die Beschwerdeführerin skeptisch gegenüber Impfungen und brachte zum Ausdruck, dass ihr Kind nicht geimpft werden soll. Der Beistand des Kindes beantragte die elterliche Sorge der Beschwerdeführerin einzuschränken und ihn zu beauftragen, beim Kind gemäss dem Impfplan des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) die klassischen Basisimpfungen durchzuführen. Die KESB schränkte die elterliche Sorge ein und ordnete die Impfung an. Das Obergericht Zürich bestätigte diesen Entscheid unter Hinweis auf die Empfehlung des BAG als fachkompetente eidgenössische Behörde. Das Urteil des Obergerichts Zürichs wurde vom Bundesgericht bestätigt (BGE 5A_310/2023).

5.5.7. In einem Entscheid des Kreisgerichts St. Gallen vom 6. Januar 2022 (VV.2018.93-PSC/SG3ZE-FRP) löste der Arbeitgeber den Ausbildungsvertrag mit der Arbeitnehmerin auf, da dieser die in der Klinik zur Gewährleistung der Patientensicherheit vorausgesetzten, obligatorischen Basisimpfungen fehlten und sich die Arbeitnehmerin weigere, die Basisimpfungen durchführen zu lassen. Das Gericht sah keine vertragliche Grundlage für eine Impfpflicht und eine mittels Weisung verfügte Impfpflicht verletze den durch Art. 328 OR geschützten Anspruch auf eine diskriminierungsfreie Ausübung des Weisungsrechts. Die Entlassung der betroffenen Arbeitnehmerin sei daher missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

5.5.8. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 15b zu Art. 328 OR) und wie auch Rudolph (RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal - Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Gruppe H1N1 2009 ["Schweinegrippe"], in ARV 2010 S. 1 ff.) anerkennen demgegenüber das Weisungsrecht als genügende Rechtsgrundlage, um in einer akuten Pandemiesituation eine Impfverpflichtung für Ärzte und Pflegemitarbeitende mit direktem Kontakt zu gefährdeten Patientengruppen zu begründen. Dabei sei auch in einer Pandemiesituation stets eine sorgfältige Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung anhand einer Einzelfalloptik notwendig. Abzuwägen sei demnach das Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmenden über die eigene körperliche Integrität gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung eines geordneten und sicheren Betriebs, aber auch am Schutz von Mitarbeitenden und Patienten vor vermeidbaren Gesundheitsgefährdungen und an der Vermeidung potentieller Haftungsrisiken. Je mehr Fälle in einem Spital auftreten, je schwerwiegender die Symptome, je exponierter der Patientenkontakt, je zuverlässiger die Impfung und je geringer ihre Nebenwirkungen sind, umso eher wird das Arbeitgeberinteresse überwiegen und vice versa. Dabei nehmen die obengenannten Autoren konkret auf einen Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen Bezug, welches im Zusammenhang mit einer Hepatitis-B-Impfung das Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR als genügende Rechtsgrundlage erachtet habe (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 15b zu Art. 328 OR, mit Hinweis auf Kantonsgericht St. Gallen, GVP 2006 Nr. 1, Entscheid vom 19. Oktober 2006; weiter BGE 99 Ia 747, zur Zulässigkeit einer generellen Impfpflicht gegen Diphtherie bei Kindern).

5.5.9. LANGER LORENZ hält in einem Aufsatz in der Neuen Zürcher Zeitung (Ausgabe vom 19. April 2021, S. 19) fest, dass die Impfpflicht menschenrechtskonform sei. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte habe ein Impfblogatorium grundsätzlich für zulässig gehalten. Das habe auch Folgen für die Debatte in der Schweiz. Verweigerten Eltern eine Impfung, so könnten sie gebüsst und das Kind vom Kindergarten ausgeschlossen werden. Der EGMR habe denn auch auf den weiten Ermessensspielraum verwiesen, der den Mitgliedsstaaten in Gesundheitsfragen zustehe. Für die Beurteilung eines Impfblogatoriums sei der derzeitige

Wissensstand entscheidend, wonach "Impfungen eines der erfolgreichsten und kosteneffektivsten Mittel zur Krankheitsbekämpfung seien". Dieser Konsensus sei massgeblich für die Beurteilung der Effektivität und der Risiken von Impfungen - wobei der Gerichtshof diese Risiken durchaus anerkennt und deshalb auch die Wichtigkeit gesetzlicher Schadenersatzregelungen betont.

5.5.10. MÜLLER BETTINA (MÜLLER BETTINA, Rechte und Pflichten von Arbeitgebern im Hinblick auf das Epidemiegesetz, 2021, S. 39 – 68) hält fest, dass ein Impfblogatorium von einem Impfwang abzugrenzen sei. Das Seco erachte einen Impfwang auf Anordnung des Arbeitgebers selbst im Falle einer Pandemie als nicht durchsetzbar. Auch das EpG sehe keinen eigentlichen Impfwang vor (Art. 32 EpG e contrario). Im Weiteren verweist sie auf zahlreichen Autoren, die sich zu diesem Thema äussern. Nach ihrer Auffassung ist eine durch den Arbeitgeber angeordnete Impfpflicht nicht pauschal für alle Berufsgruppen zu bejahen. Vielmehr sollte im Einzelfall danach unterschieden werden, welche konkrete Tätigkeit der Arbeitnehmer ausübe, d.h. ob es im Rahmen dieser Tätigkeit zu Kunden- oder Patientenkontakt, allenfalls mit besonders vulnerablen Personen komme, und ob gegebenenfalls mildere Massnahmen, wie eine Maskenpflicht für alle im Betrieb anwesenden Personen geeignet und gleich wirksam sei. Bei einer Anordnung solcher Pflicht, sei dies im Sinne der Transparenz mittels vertraglicher Regelung zu erfolgen, damit der Arbeitnehmer darüber Bescheid wisse. Eine Impfpflicht allein gestützt auf das Weisungsrecht sei abzulehnen.

5.5.11. RUDOLPH setzt sich in einem Aufsatz (in ARV 2010, S. 1 ff.; Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal - Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 ("Schweinegrippe"), S. 1-11) mit der Frage auseinander, ob eine vertragliche Impfverpflichtung mit dem Verbot übermässiger Selbstbindung von Art. 27 Abs. 2 ZGB vereinbar sei, sei doch die körperliche Integrität des Betroffenen tangiert. Nach Ansicht des Autors stehe Art. 27 Abs. 2 ZGB einer solchen arbeitsvertraglich vereinbarten Impfpflicht für das Gesundheitspersonal in Pandemiesituationen nicht entgegen. Es sei festzuhalten, dass jeder arbeitsvertraglichen Beziehung bis zu einem gewissen Grad eine Beschränkung der Persönlichkeit immanent sei. Dabei sei immer eine Gesamtwürdigung vorzuneh-

men. Schliesslich müsse man sich bei Annahme einer absoluten Unvereinbarkeit einer vertraglichen Impfpflicht mit Art. 27 Abs. 2 ZGB auch fragen, ob diesfalls konsequenterweise nicht ganz generell der Abschluss von Arbeitsverträgen mit erhöhtem Gefährdungspotenzial für Arbeitnehmer für unzulässig erklärt werden müsste. Im Weiteren führt er aus, dass die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarung gültig einer Impfverpflichtung zustimmen zu können, sei in einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen im Ergebnis bejaht worden. Die Vereinbarkeit einer vertraglichen Impfverpflichtung mit Art. 27 Abs. 2 ZGB sei nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich zu bejahen. In formeller Hinsicht sei allerdings zu fordern, dass solche vertragliche Abreden in den Arbeitsvertrag selber und nicht bloss in integrierende Vertragsbestandteile wie beispielsweise ein Personalreglement aufgenommen werden. Betreffend die Frage, ob die Impfpflicht auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers gestützt werden könne, hält er fest, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse in Art. 321d OR ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sei. Unter anderem sei unbestritten, dass auch der Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmern, Mitarbeitenden und Kunden vom Weisungsbereich erfasst sei. Der Arbeitnehmer sei verpflichtet, diesen Weisungen nachzukommen (Art. 321d Abs. 3 OR, Art. 10 Abs. 1 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Art. 11 Abs. 1 der Verordnung zum UVG). Im Weiteren sei festzuhalten, dass das gesetzliche Weisungsrecht des Arbeitgebers als rechtsdogmatische Grundlage für ein Impfblogatorium dienen könne. Zudem sei es wichtig, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers kein unbeschränktes sei. Es finde seine Grenzen insbesondere im Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (Art. 328 OR). Dabei sei immer eine Interessensabwägung im Einzelfall vorzunehmen. Hierbei sei folgendes zu beachten: Je intensiver das betriebliche Interesse, desto weiter dürfe in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen werden. Im Rahmen einer solchen Interessensabwägung komme auf Arbeitnehmerseite dem Selbstbestimmungsrecht über die eigene körperliche Integrität überragende Bedeutung zu. Dieses wiege zweifellos schwer, denn eine Spritzimpfung auf sich nehmen zu müssen, sei keine Bagatelle mehr, zumal auch Nebenwirkungen nicht ausgeschlossen werden können. Aber auch aufseiten des Arbeitgebers fallen gewichtige Interessen an. In erster Linie sei legi-

times Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten und sicheren Betriebs zu nennen. Dazu gehöre auch der Schutz der Mitarbeitenden und Patienten vor vermeidbaren Gesundheitsgefährdungen. Zudem riskiere der Arbeitgeber haftungs- und strafrechtliche Sanktionen, wenn sie es zulassen, dass in einer akuten Pandemiesituation infolge ungenügender Schutzvorkehrungen Patienten durch Ärzte, Praxisassistentinnen oder Pflegepersonal angesteckt werden und so zu Schaden kommen. Dieses latente Haftungsrisiko für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer müsse ebenfalls in die Interessensabwägung einfließen. Dabei liege es auf der Hand, dass die Gewichtung der einzelnen Faktoren massgeblich vom konkreten Bedrohungspotenzial einer Pandemie beeinflusst werde. Je mehr Fälle beispielsweise in einem Spital oder einer Praxis auftreten, je schwerwiegender die Symptome seien, je höher die Ansteckungsgefahr sei, je anfälliger die Patienten seien, je zuverlässiger die Impfung und je geringer die Impfnebenwirkungen seien, umso eher werde das Arbeitgeberinteresse an einer Impfpflicht überwiegen. Weiter sei das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten. Soweit Weisungen in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, haben sie sich auf das betrieblich Notwendige zu beschränken. Daraus folge, dass mildere Massnahmen, z.B. das Tragen von Masken, den Vorrang haben müssen, solange diese einen zuverlässigen Schutz gewährleisten können. Insgesamt sei eine pauschale Bejahung eines generellen Impfbogatoriums z.B. für das gesamte Personal eines Spitals aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen.

5.5.12. Laut ALFRED BLESİ und OLIVIA BIEHAL (in ARV 2021, S. 327 ff., Der betriebliche Gesundheitsschutz in Pandemiezeiten, S. 327-340) habe die Arbeitgeberin im Sinne von Art. 328 Abs. 2 OR zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen seien, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihr billigerweise zugemutet werden könne. Nach Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 82 Abs. 1 UVG sei die Arbeitgeberin verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer sowie zur Verhütung von Berufsunfällen und -krankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnis-

sen des Betriebes angemessen seien. Sie hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen. Gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR haben die Arbeitnehmer indessen einen zivilrechtlichen Anspruch darauf, dass die Arbeitgeberin ihre Pflichten aus Art. 6 ArG erfüllt. Die nach Art. 6 ArG der Arbeitgeberin auferlegten Gesundheitsschutzpflichten seien in den Art. 2, 3 und 11 ff. ArGV 3 sowie in den Art. 3 bis 5 VUV konkretisiert worden. Hingegen seien die Arbeitnehmer ihrerseits verpflichtet, die Arbeitgeberin in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen (Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 82 Abs. 2 und 3 UVG) und die Weisungen der Arbeitgeberin in Bezug auf den Gesundheitsschutz zu befolgen (Art. 19 ArGV 3, Art. 11 VUV). Betreffend Güterabwägung zwischen Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz wird insbesondere erwähnt, dass im Kontext der Covid-19-Pandemie besonders wichtig sei, dass die Arbeitgeberin als Folge davon die Arbeitnehmer vor einer Ansteckung durch andere, infizierte oder erkrankte Arbeitnehmer oder Drittpersonen schützen müsse. Drittpersonen können beispielsweise Kunden, Passagiere, etc. sein, mit denen der Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner Arbeitstätigkeit Kontakt hat. Andererseits ist die Arbeitgeberin aus der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR auch verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (Art. 328 Abs. 1 OR). Schutzmassnahmen, wie das Tragen einer Gesichtsmaske, das (regelmässige) Testen oder eine Impfung, stellen einen mehr oder weniger starken Eingriff in die freie Persönlichkeitsentfaltung bzw. in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers dar. Die Arbeitgeberin hat beim Entscheid, welche Schutzmassnahmen sie ergreifen will, somit eine Interessensabwägung zu treffen. Dabei müssen Massnahmen dem Arbeitnehmer "mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden" können. Daraus werde abgeleitet, dass der Arbeitnehmer Eingriffe in seine Persönlichkeit bei besonderen, überwiegenden Gegeninteressen der Arbeitgeberin hinnehmen müsse. Eine Persönlichkeitsverletzung liege somit nur dann vor, wenn der Eingriff in die Persönlichkeit weiter gehe, als es durch die Zwecke des Arbeitsvertrags unbedingt geboten sei. Im Weiteren wird ausgeführt, dass das Weisungsrecht der Arbeitgeberin insbesondere durch die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingeschränkt sei, sodass bei der Be-

urteilung der Zulässigkeit einer Weisung stets eine Interessensabwägung im Einzelfall vorzunehmen sei. Gegenstück des Weisungsrechts sei die Befolgungspflicht durch den Arbeitnehmer. Im Weiteren bilden die Fürsorgepflicht, die funktionale Bindung und höherrangige Gestaltungsfaktoren die wichtigen Schranken des Weisungsrechts. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der in Art. 321d Abs. 2 OR als Schranke des Weisungsrechts festgehalten sei, werde abgeleitet, dass die Arbeitgeberin bei der Ausübung ihres Weisungsrechts das Gebot der schonenden Rechtsausübung sowie das Kriterium der Zumutbarkeit beachte. Im Weiteren wird festgehalten, dass die Anordnung einer Impfung als betriebliche Gesundheitsschutzmassnahme einen gravierenden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Arbeitnehmer darstelle. Daher erfordere sie bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen ein besonders gewichtiges Interesse der Arbeitgeberin. Das Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten und sicheren Betriebs sei zur Legitimation einer betrieblichen Impfanordnung für sich allein genommen ungenügend. Dabei verweist sie auf die Ausführungen des Bundesgerichts, welches zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit eine Prüfung verlange, "wie hoch Schwere und Eintretenswahrscheinlichkeit der drohenden Krankheiten seien, ob die angeordnete Massnahmen geeignet seien, um die Verbreitung zu verhindern, und wie die Relation der negativen Konsequenzen der Krankheiten zu denjenigen der angeordneten Massnahme sei; dabei ist der aktuelle Stand der Wissenschaft zu berücksichtigen". Bei der Auswahl von Gesundheitsmassnahmen während einer Pandemie müsse die Arbeitgeberin auch den Grundsatz der Erforderlichkeit beachten. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers dürfe die Arbeitgeberin die Anordnung einer Impfung nur dort in Betracht ziehen, wo alternative, mildere Massnahmen, insbesondere eine Maskenpflicht oder ein Zertifikatsregime, nicht möglich seien oder keinen angemessenen Schutz bieten können. Im Weiteren sei zu beachten, dass für Anstellungsverhältnisse, von denen kein besonderes Bedrohungspotenzial für Dritte (seien diese z.B. Mitarbeitende, Patienten oder Kunden) ausgehe, die Zulässigkeit der Anordnung einer Impfung indessen in Frage gestellt werde. Zuletzt wird ausgeführt, dass auch Arbeitnehmer im privatrechtlich geregelten Arbeitsverhältnis unter vergleichbaren Umständen eine Impfpflicht vereinbaren können. Vor-

ausgesetzt werden dabei eine allgemeine Gefährdungssituation und hochrangige Drittinteressen. Im Weiteren werden die Sanktionen bei Nichtbeachtung der Gesundheitsschutzmassnahmen erläutert, wobei unter anderem erwähnt wird, dass die Verletzung der Befolgungspflicht eine Vertragsverletzung darstelle, die die Arbeitgeberin mit verschiedenen Massnahmen sanktionieren könne. Unter anderen kommt auch die Kündigung als Disziplinar-massnahme in Betracht.

5.5.13. HEILIG hält in ihrem Aufsatz (in ius full 2021, Zulässigkeit von Covid-19-Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz, S. 116 - 119) fest, dass Hauptverantwortlicher für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz der Arbeitgeber sei. Neben seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nach Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG unterliege er auch einer privatrechtlichen Fürsorgepflicht. Nach Art. 328 OR habe er die Gesundheit und persönliche Integrität seiner Mitarbeiter zu schützen. Im Umkehrschluss bedeute dies: Wenn Arbeitnehmende ein besonderes Schutzbedürfnis angemeldet haben oder sich dies aus den Umständen ergebe, seien Arbeitgeber durch das Arbeitsverhältnis vertraglich zu einem weiter reichenden Schutz verpflichtet, als er aufgrund von Art. 6 ArG besteht. Im Weiteren wird ausgeführt, dass einseitig vom Arbeitgeber angeordnete Massnahmen wie eine Impf- oder Maskentragepflicht sich auf jene Mitarbeitende zu beschränken habe, von denen tatsächlich ein Gefährdungspotenzial ausgehe. Weigert sich ein Mitarbeiter, sich einer rechtmässig angeordneten Impfung oder – als mildere Massnahme – einer Maskentragungspflicht zu unterziehen, riskiere er andere Rechtsnachteile (z.B. Kündigung).

5.5.14. Nach Ansicht von LEMPEN (in: Recht aktuell, Bedeutung und Aufgaben des Arbeitsrechts in der Krise 6. Basler Arbeitsrechtstagung, Kündigung in Zeiten der Pandemie, 2023, S. 53 - 80) ist eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil sich eine angestellte Person auf ihr Recht auf persönliche Freiheit i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV beruft, gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich, es sei denn, das Unternehmen könne den in dieser Bestimmung vorgesehenen Entlassungsnachweis erbringen. Es könne bspw. nachweisen, dass die gekündigte Person eine vertragliche Pflicht verletzt habe, insbesondere die Pflicht, Weisungen i.S.v. Art. 321d OR zu befolgen. Allerdings setze die Pflicht, Weisungen zu befolgen,

deren Rechtmässigkeit voraus. Weisungen dürfen insbesondere die Persönlichkeit der angestellten Person nicht verletzen. Betreffen die Weisungen den Gesundheitsschutz, müssen sie nach Anhörung des Personals eingeführt worden sein (Art. 48 ArG). Gemäss Art. 6 Abs. 3 ArG müssen die Arbeitnehmenden "den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz unterstützen". Im Weiteren hält sie fest, dass im Allgemeinen die Entlassung einer Person, die sich weigert Weisungen bezüglich Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz zu befolgen, nicht missbräuchlich sei und sogar eine fristlose Entlassung rechtfertigen könne (Art. 337 OR). Zudem setzt sie sich mit der Frage auseinander, wie es sich mit einer Kündigung aufgrund der Weisung - unter Berufung auf die persönliche Freiheit - sich gegen Covid-19 impfen zu lassen, verhält. In der Schweiz, wo keine allgemeine Impfpflicht bestehe, sei eine solche Kündigung grundsätzlich missbräuchlich, es sei denn, das Unternehmen könne sich auf die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht berufen (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Zunächst müsse festgestellt werden, ob das Unternehmen eine Impfpflicht (und nicht nur die Pflicht, sich testen zu lassen) eingeführt habe, sei es vertraglich oder durch Weisungen. Wenn eine solche Pflicht eingeführt wurde, stelle sich die Frage nach ihrer Rechtmässigkeit. Zum Thema Piloten, Pilotinnen und Kabinenpersonal führte LEMPEN Folgendes aus: Um auf das Privatrecht zurückzukommen, werde eine Impfpflicht für Piloten, Pilotinnen sowie Kabinenpersonal von Fluggesellschaften meistens als zulässig erachtet, zumal diese in der Lage sein müssen, in Staaten einzureisen, welche eine Impfung verlangen. In den vergangenen Monaten hätten mehrere Fluggesellschaften in verschiedenen Ländern ihre Besatzungsmitglieder entlassen, da diese sich weigerten, sich impfen zu lassen. Hierzulande sei vor allem von B._____ berichtet worden. Die Fluggesellschaft soll im Januar 2022 die ersten Kündigungen ausgesprochen haben, dies infolge der Weigerung, einer im GAV verankerten Impfpflicht für das Kabinenpersonal nachzukommen. Medienberichten zufolge hätten einige Betroffene angekündigt, sie würden ihre Entlassung gerichtlich anfechten. Die Erfolgsaussichten solcher Klagen seien eher gering, da der GAV für das Kabinenpersonal dem B._____ das Recht eingeräumt habe, dieser Personalkategorie aufgrund der internationalen Dimension ihrer Tätigkeit eine Impfpflicht aufzuerlegen. Behindere hingegen die feh-

lende Impfung die Ausübung der vereinbarten Tätigkeit nicht und reichen andere, weniger einschneidende Massnahmen (wie die Testpflicht) aus, um dem Gesundheitsschutz gerecht zu werden, müsse eine Kündigung, die ihren wahren Grund in der Weigerung habe, sich impfen zu lassen, als missbräuchlich eingestuft werden – a fortiori , wenn das Unternehmen offiziell die 3G-Regel übernommen habe und die Beschäftigten somit glauben durften, dass sie frei zwischen Impfung oder Tests wählen können .

5.5.15. MARCO DEL FABRO (in CaS 2021, S. 212, Zu den Einschränkungen für Berufssportler im Zuge von Covid-19, S. 212 – 227) vertritt die Ansicht, dass eine Impfpflicht vertraglich festgehalten werden oder direkt auf dem gesetzlichen Weisungsrecht des Arbeitgebers basieren könne. Bei der konkreten Anordnung der Impfung habe der Klub jeweils deren Notwendigkeit zu prüfen. Die Impfpflicht greife in die Persönlichkeitsrechte der Spieler und dabei insbesondere in das Recht auf körperliche Unversehrtheit ein. Es stelle sich deshalb die Frage, ob eine Impfpflicht im Spielervertrag überhaupt gültig vereinbart werden könne. Im Weiteren führt er aus, dass eine Mehrheitsmeinung die Auffassung vertrete, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung eines «Impfobligatoriums» (namentlich für besonders exponiertes Personal, wie das Gesundheitspersonal) in Pandemiesituationen nicht entgegenstehe. Insbesondere habe die konkrete Anweisung bezüglich einer Impf-Anordnung entweder direkt gestützt auf das arbeitsrechtlich motivierte Weisungsrecht des Klubs zu erfolgen oder aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung. Zudem führt er aus, dass die Impfpflicht der Spieler dannzumal umso mehr zu bejahen wäre, als aus der Fürsorgepflicht des Klubs gegenüber den anderen Spielern und Betreuern und dem daraus abgeleiteten Gesundheitsschutz für die Mitarbeiter eine Pflicht erwachse, geeignete Massnahmen zu ergreifen, mithin auch eine Anordnung zur Impfung zu erlassen. Es komme hinzu, dass der Klub und seine Organe zivil- und strafrechtlich verantwortlich werden könnten, wenn sie nicht verhindern, dass während einer akuten Pandemiesituation aufgrund mangelhafter bzw. ungenügender Schutzvorkehrungen Teammitglieder, Betreuer oder Dritte, etwa Spieler des Gegners und Schiedsrichter, durch nicht geimpfte Spieler angesteckt werden. Dieses latente Haftungsrisiko habe auch in die Interessensabwägung einzufließen .

5.5.16. THIEMO STURNY und DZEVRIJE ZENDELI (THIEMO STURNY / DZEVRIJE ZENDELI in RR-VR 2/2021, S. 11, Gesetzgebung und Rechtsprechung, S. 11 -12) vertreten die Ansicht, dass grundsätzlich zwei Möglichkeiten bestehen, wie die Impfpflicht bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen eingeführt werden könnte: mittels Anordnung des Arbeitgebers im Rahmen von dessen Weisungsrecht oder mittels arbeitsvertraglicher Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Weiter führen sie aus, dass die Anordnung einer Schutzimpfung das Recht des Arbeitnehmers auf körperliche Integrität tangiere. Sie müsse daher durch die betriebliche Tätigkeit begründet sein und es dürfe keine mildereren Schutzmassnahmen (z.B. Anzüge, Masken, etc.) geben, die zum selben Ergebnis führen würden. Sind die Arbeitnehmer bei der Verrichtung ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit in nahem Kontakt zu gefährdeten Personen, z.B. auf Intensivstationen oder in einem Altersheim, könne eine Weisung über eine Schutzimpfung gerechtfertigt sein, sofern keine mildereren Massnahmen zur Verfügung stehen. Im Weiteren führen sie aus, dass es denkbar wäre, die Vornahme einer Schutzimpfung vertraglich zu vereinbaren. Die Vertragsfreiheit lasse eine solche Vereinbarung zu, solange das Verbot der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 ZGB) nicht verletzt sei. Zudem sind sie der Ansicht, dass eine entsprechende vertragliche Vereinbarung im Einklang mit Art. 27 ZGB sein dürfe, wenn die Impfpflicht in einem funktionalen Zusammenhang mit der auszuübenden Tätigkeit stehe und sie sachlich gerechtfertigt sei. Da eine vertraglich vereinbarte Impfpflicht grundsätzlich an etwas weniger strenge Voraussetzungen gebunden sei, könne sie in einer Pandemiesituation – sofern der Arbeitnehmer exponiert sei (z.B. wegen Kundenkontakt, Reisetätigkeit) – eher auch ausserhalb der Gesundheits- und Pflegebranche gerechtfertigt sein als eine Impfpflicht gestützt auf eine Weisung. Zu beachten sei, dass aufgrund der Ungewöhnlichkeit und Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers, die Impfpflicht einzelvertraglich zu vereinbaren sei, d.h. sie könnte nicht im Personalreglement oder in allgemeinen Anstellungsbedingungen vorgesehen werden.

5.5.17. SHAHA / PERRENOUD / ROMAGNOLI (in Pflegerecht 2017, S. 15, Grippeimpfung – eine moralisch-ethische Verpflichtung für Pflegepersonen?) sind der Ansicht, dass im Rahmen von medizinischen Interventionen sich das Grundrecht auf

individuelle Selbstbestimmung im juristischen Prinzip der freien und informierten Zustimmung der Patientinnen und Patienten manifestiert habe. Diese Zustimmung sei die Rechtfertigung für den Eingriff in die körperliche Integrität durch medizinische Eingriffe: Fehle eine freie und informierte Zustimmung, müsse eine medizinische Handlung als zulässigen Verstoss gegen die körperliche Unversehrtheit der Patientinnen und Patienten betrachtet werden (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 28 ZGB, Art. 122 ff. StGB), unabhängig davon, ob diese medizinisch indiziert war oder im objektiven Interesse der Patientinnen und Patienten war, ausgeführt nach allen Regeln der Kunst, und auch wenn diese Handlung keine schädigende Verletzung nach sich zieht. Im Weiteren wird ausgeführt, dass in privatrechtlichen Beziehungen (das sind die Beziehungen zwischen Einzelnen) der konstitutionelle Schutz der Persönlichkeit durch Art. 27 – 28 ZGB konkretisiert werde. Auf die Frage, ob die Grippeimpfung als vom Arbeitgeber erlassene Pflicht sei, vertreten die Autoren die Ansicht, dass die Impfung Grundrechte des Individuums (Recht auf persönliche Freiheit und die körperliche Integrität; vgl. Art. 10 Abs. 2 BV) verletze, beziehungsweise seine Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ZGB; supra, 1.). Jedoch sollen in bestimmten, klar umrissenen Fällen Arbeitgeber die Möglichkeit haben, ein Impfblogatorium für die Grippe erlassen zu können. Weiter von Relevanz sind folgende Ausführungen: In den Arbeitsverhältnissen im Privatrecht sei es nicht unmöglich, dass eine Grippeimpfung als vertragliche Pflicht vorgesehen werden könne. Das Prinzip der Vertragsfreiheit werde dann im Arbeitsvertragsrecht angewendet. Die Rechtmässigkeit einer solchen Verpflichtung könne jedoch nicht verallgemeinert werden, sondern werde durch die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden eingeschränkt (Art. 27 – 28 ZGB und Art. 328 OR). Ähnlich wie die Grundrechte können die Persönlichkeitsrechte eingeschränkt werden. Eine Einschränkung der Persönlichkeitsrechte sei nicht unrechtmässig, wenn sie durch die Zustimmung der Person gerechtfertigt werde, durch überwiegendes, privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Eine Impfpflicht könne von der Pflicht des Arbeitgebers abgeleitet werden, die Arbeitnehmenden an ihrem Arbeitsplatz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG, Art. 82 UVG, etc.) zu schützen. Dabei hätten die Arbeitnehmenden die Aufgabe, die allgemeinen Weisungen und Instruktionen des Arbeitgebers zu beachten (Art. 321d OR). Um

rechtmässig zu sein, müsse die Impfpflicht aber in jedem Fall durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt sein sowie dem Prinzip der Verhältnismässigkeit gehorchen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlange, dass die Impfpflicht nur dann deklariert werde, wenn mit keiner anderen, weniger invasiven Methode das angepeilte Ziel erreicht werden könne. Unter weniger invasive Methoden falle das Tragen einer Maske oder den Transfer des Arbeitnehmenden in eine andere Abteilung. Dem Arbeitgeber, der eine allgemeine Impfpflicht für das gesamte Personal in seiner Institution erlässt, könne vorgeworfen werden, dass diese Massnahmen das Verhältnismässigkeitsprinzip verletze. Die Impfpflicht müsse daher auf Personen eingeschränkt werden, die ein reelles Risiko der Ansteckung haben. Im Weiteren halten die Autoren Folgendes fest: Der Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer entlässt, weil er sich nicht gegen die Grippe impfen lassen, sehe sich dem Vorwurf ausgesetzt, dass diese Kündigung missbräuchlich sei (Art. 336 OR). Im Falle des Arbeitnehmenden wäre es das Ausüben seines Grundrechts, des Rechts auf individuelle Selbstbestimmung (dieses Recht leitet sich aus der persönlichen Freiheit ab, die im Art. 10 Abs. 2 BV festgelegt ist). Nur in dem Fall verschwinde der missbräuchliche Charakter der Kündigung, wenn dieses Recht eine Pflicht verletze, die aus dem Arbeitsvertrag hervorgehe oder in einem essenziellen Punkt die Arbeit in der Unternehmung verletze (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Die Kündigung einer Gesundheitsfachperson eines Spitals aus Gründen ihrer Weigerung, sich gegen die Grippe impfen zu lassen im Angesicht einer drohenden Pandemie (Verpflichtung, die aus dem Arbeitsvertrag hervorgeht oder einer Weisung durch den Arbeitgeber), könne aber nicht als missbräuchlich erachtet werden.

5.5.18. ANDREA ZEDER (ANDREA ZEDER, Gesundheitsvorsorge und Impfpflicht, insbesondere beim Pflegepersonal, 2020, S. 57 – 73) vertritt die Ansicht, dass im Privatrecht geltende Prinzip der Kündigungsfreiheit eine Kündigung auch ohne Vorliegen eines bestimmten Grundes erlaube. Weiter führt sie aus, dass auch die Verletzung der Gehorsamspflicht bzw. die Impfablehnung trotz berechtigter Weisung oder einer rechtmässigen vertraglichen Statuierung, ein zulässiger Grund für eine Kündigung sein könne. Eine Kündigung sei in der Regel nur dann vorzunehmen, wenn Einsatzbeschränkungen oder die Versetzung auf eine andere Abtei-

lung wegen den damit verbundenen Risiken oder aus betrieblichen Gründen nicht möglich seien oder vom Arbeitnehmer verweigert werden. Ausserdem gelte es, das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten, weshalb vor einer Kündigung das Gespräch mit dem entsprechenden Arbeitnehmer in jedem Fall zumindest gesucht werden müsse.

6. Würdigung

6.1. Die Entscheidung darüber, ob und inwieweit eine Anordnung der Arbeitgeberin berechtigt und von der Arbeitnehmerin zu befolgen ist, erfordert eine Interessenabwägung im Einzelfall. Je schwerer das betriebliche Interesse wiegt, desto eher muss sich der Arbeitnehmer einen Eingriff in die kraft seiner Persönlichkeit geschützte Sphäre gefallen lassen. Weisungen, die in die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin eingreifen, haben sich auf das betrieblich Notwendige zu beschränken. Das Persönlichkeitsrecht geniesst demnach keinen absoluten Schutz, denn mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages begibt sich die Arbeitnehmerin der freien Ausübung dieses Rechts, indem sie sich zur Integration in die Arbeitsorganisation und dazu verpflichtet, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

6.2. Beim Betrieb der Beklagten handelt es sich um eine Fluggesellschaft, die Kurz- und Langstreckenflüge anbietet. Im Kontext mit der Covid-Pandemie galten für die Beklagte strikte Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen in diversen Ländern. Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer mit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses freiwillig (teilweise) auf die Ausübung seiner Persönlichkeitsrechte verzichtet und sich der (begrenzten) Weisungsgewalt der Arbeitgeberin unterstellt hat (VÖGELI GALLI, Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis, *sui generis* 2021, S. 107 ff., S. 109 f. ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 321d OR; BSK-OR I - PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N 1 zu Art. 321d OR). Somit geht mit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses als CCM grundsätzlich ein jedenfalls teilweiser Verzicht auf die Ausübung von Persönlichkeitsrechten durch die Klägerin einher.

6.3. Die Beklagte hatte sich an die besonderen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen im Ausland mit ihren jeweiligen Impfvorschriften während der Pandemiesituation zu halten, um ihre Flüge sowohl auf Kurz- als auch Langstrecken anbieten zu können. Eine solche Einsatzplanung in der Pandemiesituation ist mit einer erheblichen Komplexität verbunden. Mit den diversen Flugarten wie Kettenflüge, Turnaround, Night-Stops und Stand-by Flügen war die Beklagte mit einer grossen Herausforderungen konfrontiert. Die Beklagte musste die nationalen sowie lokalen Bestimmungen der Destinationen ihres Streckennetzes permanent beobachten und überprüfen, ob ihr Personal diese im konkreten Fall einhalten konnte. Die Testungen bei einer 3G-Einreiseregulierung führten zu hohen Mehrkosten und vernichteten wertvolle Arbeitszeit, insbesondere auch bei mehrtägigen Einsätzen. Der administrative, wirtschaftliche Aufwand war für die Beklagte offensichtlich sehr hoch. Aufgrund der rasch ändernden Pandemiesituation herrschten Ungewissheit und Unwägbarkeiten. Die Beklagte konnte nicht abschätzen, welche Länder für die Einreise eine Impfpflicht einführen werden, beispielsweise die USA. Vor der Ankündigung des Impfblogatoriums Ende August 2021 waren lediglich 60 % der FCM und 35 % der CCM gegen Covid-19 geimpft. Ohne die Einführung des Impfblogatoriums drohte die Streichung von Flügen, da nicht genügend einsetzbares Personal für die jeweiligen Destinationen zur Verfügung standen. Mit der geringen Anzahl des verfügbaren geimpften Personals war der Flugbetrieb der Beklagten ernstlich gefährdet. Wenngleich die meisten andern Fluggesellschaften von einem Impfblogatorium absahen, ist doch zu beachten, dass unterschiedlichen Strategien der weltweit agierenden Fluggesellschaften sich mit den unterschiedlichen Streckennetzen, Grössen und Impfbereitschaften des jeweiligen Personals mit den rechtlichen Rahmenbedingungen und operationellen Vorgehensweisen erklären lassen. Im Weiteren ist hinzuzufügen, dass während der Pandemiesituation für jedes Land andere Regelungen (1G-, 2G- und 3G-Regelungen, Quarantänepflichten, etc.) galten.

6.4. Unbestritten ist auch, dass die Übertragung des Covid-19-Virus von Mensch zu Mensch allgemeinnotorisch ist (vgl. auch BGE 147 I 450 E. 3.3.1). Das Ansteckungsrisiko nimmt bei engeren, häufigeren sowie länger andauernden Kontakten zu. Im Flugbetrieb ist daher von einem höheren Ansteckungsrisiko auszu-

gehen, indem die CCM während des Fluges regelmässig Kontakt zu den Flugpassagieren haben. Auch wenn die Covid-19-Impfung keine Ansteckung von Drittpersonen verhindern konnte, verfolgen die Alternativen wie z.B. ein Coronatest nicht die gleichen Zwecke wie die Impfung. Während die Impfung unmittelbar vor einer Erkrankung schützen soll, stellt der Coronatest ein diagnostisches Nachweisinstrument dar.

6.5. Nebst der betrieblichen Notwendigkeit und der Schutzbedürftigkeit des Personals war auch die Schutzbedürftigkeit der Passagiere als hoch zu gewichten. Das Bedürfnis nach Schutz vor einer Ansteckung deckt sich mit der Pflicht der Beklagten als Arbeitgeberin zur Aufrechterhaltung eines geordneten und sicheren Betriebs, insbesondere der Vorschriften zum Gesundheitsschutz. Wohl war eine Impfflicht nicht Teil behördlicher Gesundheitsvorschriften, aber doch eine zweckmässige und verhältnismässige medizinische Vorsorgemassnahme zur Bekämpfung übertragbarer oder schwerer Krankheiten im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR).

6.6. Schliesslich muss bei der Ausübung des Weisungsrechts die Gleichbehandlung der Mitarbeitenden gewährleistet sein. Eine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden wird zwar verneint, allerdings wird eine mit Bezug auf die Ausübung des Weisungsrechts wie mit Bezug auf die Benachteiligung bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen eine solche ebenso deutlich anerkannt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird überwiegend aus der in Art. 328 OR verankerten allgemeinen Fürsorgepflicht abgeleitet. Daraus resultiert, dass der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer nicht willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund, benachteiligen darf. Wie ausgeführt hätten ungeimpfte Crew Mitglieder nur noch auf bestimmten Destinationen eingesetzt werden können, wogegen geimpfte Crew Mitglieder für Destinationen mit ausgeprägten Schutzmassnahmen wie bspw. Hong Kong bestimmt gewesen wären. Ob und in welchem Masse die eine oder andere Destination attraktiver war, lässt sich eruieren, aber es überzeugt, dass es diesbezüglich rasch zu Diskussionen und Spannungen beim Personal gekommen und der Betriebsfrieden gestört worden wäre. Die Einführung des Imp-

fobligatoriums sorgte in dieser Hinsicht jedenfalls für die Gleichbehandlung bei der Einsatzplanung und diente auch der Gewährleistung des Betriebsfriedens.

6.7. Im Weiteren muss das angeordnete Impfbobligatorium erforderlich sein. Sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Festzuhalten ist, dass die Beklagte der Klägerin diverse Optionen angeboten hatte. Die Beklagte gewährte der Klägerin eine Übergangsfrist bis am 15. November 2021, um den Nachweis einer Grundimmunisierung vorzuweisen (vgl. act. 2/4/8), was aber nie erfolgte. Im Weiteren bot die Beklagte der Klägerin ein zeitlich begrenztes ruhendes Arbeitsverhältnis an (Prot. S. 26, act. 9/69, act. 9/71), doch wurde die Covid-19 Impfung bei Austritt aus dem ruhenden Arbeitsverhältnis bzw. Wiedereintritt in den Betrieb vorausgesetzt (Prot. S. 32). Die Beklagte bot sämtlichen Mitarbeitenden, welche sich aufgrund ihres Entscheids gegen die Covid-19-Impfung neu orientieren wollten, ausserdem sogenannte Outplacement Dienstleistungen an (act. 9/63, Prot. S. 26 f.). Die Klägerin lehnte das ihr gemachte Outplacement-Angebot denn auch ab (Prot. S. 26). Schliesslich wäre die Versetzung in den Bodendienst eine weitere Option gewesen, doch stellte die Klägerin nie einen solchen Antrag; die Beklagte bot ihr auch nicht eigenständig den Bodendienst an. Der Klägerin wäre es zuzumuten gewesen, einen entsprechenden Antrag zu stellen, wenn sie den Bodendienst gewünscht hätte. Bei diesen Gegebenheiten stellen die Alternativen kein geeignetes, milderer Mittel zur strittigen Covid-19-Impfpflicht dar, mit der dasselbe Ziel erreicht werden konnte. Schliesslich ist zu erwähnen, dass selbst wenn zum Zeitpunkt der Kündigungsfrist (31. Mai 2023) das Impfbobligatorium seitens der Beklagten aufgehoben wurde, das Verhalten der Klägerin mitzuberücksichtigen ist. Die Klägerin erkundigte sich im Vorfeld lediglich bei der M. _____ in F. _____ über einen Termin, um ihre Impfunverträglichkeit nachzuweisen. Erst mit dem Hinweis der Beklagten, sich an die G. _____ des Universitätsspitals Zürich zu wenden, bemühte sie sich um einen Termin (act. 2/4/7). Daher kam eine erste Konsultation, um den Allergietest durchführen zu können, am 9. Dezember 2022 zustande. Dem ambulanten Bericht des G. _____ ist zu entnehmen, dass die Klägerin jeglichen Allergietest zur Abklärung ihrer angeblichen Impfunfähigkeit ablehnte (act. 9/73). Im Weiteren ist dem E-Mailverkehr vom 9. Dezember 2022 zwi-

schen der Klägerin und der Beklagten zu entnehmen, dass sie – die Klägerin – den Termin im Universitätsspital Zürich wahrnahm und der Beklagten die Testergebnisse zusenden werde, sobald diese ihr vorliegen (act. 9/75). Die Klägerin schilderte den Arztbesuch betreffend dem Allergietest so dar, als ob die erforderlichen Testungen durchgeführt worden wären. Dem hier geschilderten Verhalten der Klägerin ist zu entnehmen, dass sie die Beklagte Verzögerungstaktiken anwendete. Es ist unbestritten, dass die Klägerin das von der Beklagten in berechtigter Weise angeordnete Covid-19 Impfblogatorium konsequent und schliesslich abschliessend verweigerte. Diese Weigerung erfolgte, nachdem die Beklagte das Gespräch gesucht und das Dreistufenverfahren gemäss den Bestimmungen des GAV 2015 CCM rechtmässig durchlief. Die Beklagte war damit befugt, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen.

6.8. Schliesslich liegt auch keine missbräuchliche Kündigung vor. Wie erwogen geht der GAV 2015 CCM nicht über das Obligationenrecht hinaus, soweit es um den Kündigungsgrund geht. Die Beklagte hatte plausible, nachvollziehbare Gründe vorab betrieblich-operationeller, aber auch fürsorgerischer Natur zugunsten des Personals und der Passagiere, ein Impfblogatorium einzuführen. Sie wahrte damit auch den Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Kündigung des Arbeitsvertrages erfolgte nicht willkürlich, diskriminierend oder einzelfallbezogen zu Lasten der Klägerin, sondern es lagen dafür achtenswerte und sachlich ausgewiesene Gründe vor. Diese Umstände sind bei der Interessenabwägung zwischen dem Eingriff in die persönliche Freiheit des Arbeitnehmers, nämlich dem Eingriff in dessen körperliche Unversehrtheit und damit in dessen Persönlichkeitsrechte (Art. 328 OR), und den betrieblichen Bedürfnissen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Die angeordnete Massnahme war der Klägerin zuzumuten und ging nicht weiter als betrieblich notwendig. Alternative, mildere Massnahmen standen entweder nicht zur Verfügung oder erwiesen sich angesichts der unsicheren Lage als nicht ausreichend, um den Betrieb der Beklagten ordnungsgemäss aufrechtzuerhalten bzw. hätte einen zu hohen personellen und damit finanziellen Aufwand mit sich gebracht. Wenn aber die Impfpflicht durch ein überwiegendes betriebliches Interesse gerechtfertigt ist und überdies dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung trägt, kann die wegen Missachtung der Impfpflicht ausgesprochene

ordentliche Kündigung nicht missbräuchlich nach OR 336 OR sein (vgl. auch SHAHA / PERRENOUD / ROMAGNOLI, Pfl gerecht 2017 S. 15 ff., S. 31/32).

6.9. Es liegt demzufolge keine unzulässige und auch keine missbräuchliche Kündigung vor noch erfolgte die Kündigung in Verletzung übergeordneter, schützenswerter Persönlichkeitsrechte der Klägerin. Dies führt zur Abweisung der Klage.

7. Nebenbeschäftigung der Klägerin

Die Frage, ob die Klägerin einer unrechtmässigen Nebenbeschäftigung nachging, kann bei diesem Verfahrensausgang offen bleiben.

8. Schriftlichkeit der Einsprache

8.1. Parteivorbringen

8.1.1. Die Beklagte hält fest, dass die Einsprache von der Klägerin nicht eigenhändig unterzeichnet worden ist. Bei nicht frist- und formgerechter Einsprache verwerke ein allfälliger Anspruch auf Entschädigung. Daher sei die Klage abzuweisen (Prot. S. 27).

8.1.2. Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Einsprache nicht eigenhändig unterzeichnet wurde. Sie bringt vor, dass bekannt gewesen sei, von wem die Einsprache erfolgte. Zudem sei offensichtlich gewesen, dass die Klägerin mit der Kündigung nicht einverstanden ist (Prot. S. 34).

8.2. Rechtliches

8.2.1. ETTER/FACINCANI/SUTTER verlangen explizit eine eigenhändige Unterzeichnung nach Art. 13/14 OR (ETTER/FACINCANI/SUTTER, Arbeitsvertrag, SHK – Stämpflis Handkommentar, 2021, Rz 8 zu 336b. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH erachten die schriftliche Einsprache als unerlässlich und verlangen somit die eigenhändige Unterzeichnung im Sinne von Art. 13 und Art. 14 OR. Vorbehalten bleibe allerdings der Rechtsmissbrauch seitens des Kündigenden (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O. N3 zu Art. 336b OR S. 1063 mit Hinweisen). Im Weiteren halten WETZSTEIN / STUCKY fest, dass in Bezug auf die Form der Einsprache

das Gesetz ein Schriftlichkeitserfordernis vorsehe. Schriftlichkeit setze nach den allgemeinen obligationsrechtlichen Vorschriften insbesondere die eigenhändige Unterschrift der Einsprache erhebenden Person (bzw. deren rechtlichen Vertreters) voraus (Art. 13 OR). Dabei handle es sich nach Art. 11 Abs. 2 OR um ein Gültigkeitserfordernis (WETZSTEIN SIMONE / STUCKY MARCEL, Gleichstellungsgesetz, Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, SHK – Stämpflis Handkommentar, 2022, N9). MEIER MATTHIAS vertritt die Ansicht, dass die Einsprache wie die Kündigungsbegründung schriftlich zu erfolgen habe (Art. 336b Abs. 1 OR). OB eine Unterschrift erforderlich sei, sei umstritten. Neuere kantonale Gerichtsentscheide sprächen sich dafür aus, dass elektronische Mitteilungen (z.B. per E-Mail) ohne entsprechende Signatur (vgl. Art. 14 Abs. 2bis OR) nicht ausreichten. Richtigerweise sei, wie beim Begehren um eine Kündigungsbegründung, auch hier die Unterschrift des Einsprechenden entbehrlich, wenn der Urheber der Mitteilung identifizierbar sei, d.h. eine elektronische Mitteilung ohne entsprechende Unterschrift sollte genügen. Nicht zuletzt stünde eine strenge förmliche Handhabe der Einsprache im Widerspruch zu den tiefen inhaltlichen Erfordernissen. Sei man der Meinung, dass die Unterschrift zwingend erforderlich sei, könne eine Berufung auf die Formvorschrift immerhin Rechtsmissbrauch begründen, namentlich wenn der Einsprache-Empfänger auf die Einsprache antwortet (MEIER MATTHIAS, Rechte und Pflichten während der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist, 2022, N 49). PORTMANN / RUDOLPH halten fest, dass in der Tat nicht davon auszugehen sei, dass Art. 336b Abs. 1 an die Erfordernisse der Schriftlichkeit (insbesondere der eigenhändigen Unterschrift) i.S.v. Art. 12 ff. anknüpfen wolle, seien doch diese Vorschriften auf Verträge zugeschnitten, während es hier um eine blosser Mitteilung gehe, die weder eine Verpflichtung begründe noch eine Verfügung darstelle (BSK-OR I - PORTMANN, 7. Aufl., 2020, N 1 zu Art. 336b). In BGE 4A_412/2022 E. 4.2. (zur Publikation vorgesehen) war diese Frage nicht eigentlicher Prozessgegenstand, doch verweist das Bundesgericht ausdrücklich auf das Erfordernis der Schriftform bei Art. 336b OR.

8.2.2. Die Beweislast für den Nachweis einer gültigen Einsprache liegt beim Arbeitnehmer (BGE 149 III 304 E. 4).

8.3. Würdigung

8.3.1. Richtig ist, dass trotz der fehlenden eigenhändigen Unterschrift die Klägerin als Ausstellerin der Einsprache erkennbar war. Dies ist insbesondere daran ersichtlich, dass die Beklagte auf die Einsprache reagierte. Ein Rechtsmissbrauch, der von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, lässt sich aber nicht erkennen, wenn die Beklagte auf die Einhaltung der Formvorschrift beharrt. Die Klägerin bringt keinerlei Indizien vor, die auf einen Rechtsmissbrauch schliessen lassen.

8.3.2. Das Schrifterfordernis im Privatrecht verlangt stets eine eigenhändige Unterschrift oder eine solche mit elektronischer Signatur (Art. 14 Abs. 1 und 2^{bis} OR). Ausnahmen müssen gesetzlich vorgesehen sein. Es besteht hier keine Gesetzeslücke, die richterlich auszufüllen wäre. Mangelt es an der erforderlichen Unterschrift, ist die Formvorschrift verletzt und die entsprechende Willensäusserung nicht gültig. Demnach ist auch vorliegend mangels Unterzeichnung der Einsprache dies ungültig und damit die Anfechtung der Kündigung verwirkt.

9. Kosten- und Entschädigungsfolge

9.1. Der Streitwert beträgt Fr. 19'760.– und liegt somit unter Fr. 30'000.–, weshalb keine Kosten zu erheben sind (Art. 114 lit. c ZPO).

9.2. Die Entschädigungsfolgen richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 ZPO). Die Klägerin unterliegt vollumfänglich. Beim gegebenen Streitwert beträgt die ordentliche Parteientschädigung gerundet Fr. 3'864.– (zuzüglich der verlangten Mehrwertsteuer). Sie ist mit der Erstattung der Klageantwort grundsätzlich verdient und deckt die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 4 i.V.m. § 11 AnwGebV). Zu berücksichtigen ist indes, dass die Rechtsvertretung der Beklagten auch in parallel geführten Prozessen in derselben Sache auftrat, wo sich im Wesentlichen dieselben Tat- und Rechtsfragen stellten. Daraus ergibt sich eine Reduktion der Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 3'500.– (vgl. § 8 AnwGebV).

1.1. Die Klägerin ist demnach verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht Zürich erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Bülach, 5. Juli 2024

BEZIRKSGERICHT BÜLACH

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Hohler

MLaw N. Özcan-Kelmendi