

Bezirksgericht Bülach

Arbeitsgericht



Geschäfts-Nr.: AN230001-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

B. _____ 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)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Entschädigung von 6 Monatslöhnen, insgesamt CHF 38'491.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. September 2022 zu bezahlen.

2. Eventualiter sei das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 13. Januar 2023 (ebenso Datum des Poststempels) erhob die Klägerin eine arbeitsrechtliche Forderungsklage samt Beilagen beim Arbeitsgericht des Bezirks Bülach (act. 2, act. 3/1-2, act. 4/1, act. 4/5-55). Mit Verfügung vom 19. Januar 2023 wurde der klagenden Partei eine Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 5), welcher fristgerecht geleistet wurde.

1.2. Mit Verfügung vom 1. Februar 2023 wurde der Beklagten eine Frist angesetzt, um die schriftliche Klageantwort einzureichen (act. 7). Nach mehrmalig gewährter Fristerstreckung reichte die Beklagte mit Eingabe vom 12. Mail 2023 die Klageantwort samt Beilagen innert Frist ein (act. 14 bis act. 16/2-61).

1.3. Mit Verfügung vom 19. Mai 2023 wurde die Klageantwort (samt Beilagen) der Klägerin zugestellt, mit dem Hinweis, dass über das weitere Vorgehen später schriftlich informiert wird (act. 17).

1.4. Mit Eingabe vom 3. Juli 2023 teilte die Beklagte dem Gericht mit, dass der Klägerin keine Frist zur Erstattung einer Replik angesetzt worden sei (act. 20). Mit Schreiben vom 4. Juli 2023 teilte das Gericht der Beklagten mit, dass die Ausübung des Replikrechts im Rahmen der Hauptverhandlung oder eines zweiten Schriftenwechsels erfolgen wird (act. 21).

1.5. Mit Schreiben vom 27. Juli 2023 teilte das Gericht den Parteien mit, dass die Durchführung einer vorgängigen Instruktionsverhandlung im Sinne einer Vergleichsverhandlung als nicht sinnvoll erachtet wird und allfällige Vergleichsgespräche auch im Anschluss an die Hauptverhandlung geführt werden können. Daher bestehe auch kein Anlass für einen zweiten Schriftenwechsel. Im Weiteren fragte

das Gericht an, ob die Parteien mit der gemeinsamen Durchführung der Hauptverhandlung in den Prozessen (Nr. AN230004-C und AN230001-C) einverstanden sind bzw. ob sie dagegen (begründete) Einwendungen erheben. Mit Schreiben vom 29. August 2023 erklärte sich die Klägerin mit der gemeinsamen Durchführung der Hauptverhandlung einverstanden (act. 23). Die Beklagte widersetzte sich – aus verschiedenen Gründen – diesem vom Gericht vorgeschlagenen Vorgehen und verlangte die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels sowie den Ausschluss der Öffentlichkeit (ohne Gerichtberichterstatter), sollte gleichwohl die Hauptverhandlung ohne vorgängigen zweiten Schriftenwechsel durchgeführt werden (act. 24). Mit Verfügung vom 13. September 2023 wurden die Parteien zur gemeinsam durchzuführenden Hauptverhandlung (mit Novenrecht) in den Verfahren AN230004-C und AN230001-C vorgeladen. Der Antrag der Beklagten auf Ausschluss der Öffentlichkeit wurde abgewiesen (act. 27).

1.6. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2023 wandte sich das Gericht an die Parteien, um den genauen Ablauf der Verhandlung, insbesondere betreffend Novenrecht zu schildern (act. 32).

1.7. Mit Vorladung vom 28. September 2024 wurden die Parteien – gleichzeitig mit dem Parallelverfahren AN230004-C – zur Hauptverhandlung vorgeladen, welche am 11. Dezember 2023 hierorts stattfand (act. 29).

1.8. Mit Verfügung vom 18. Januar 2024 wurde den Parteien eine Frist angesetzt, um schriftlich zu den anlässlich der Hauptverhandlung eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen (act. 43). Nach gewährter Fristerstreckung reichten die Parteien mit Eingabe vom 4. März 2024 (Beklagte) bzw. mit Eingabe vom 25. März 2024 (Klägerin) ihre Stellungnahmen ein (act. 54 und act. 56). Mit Verfügung vom 27. März 2024 wurden die Stellungnahmen der Parteien je der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 57).

1.9. Mit Urteil vom 5. Juli 2024 wurde die Klage der Klägerin abgewiesen (act. 61). Mit Eingabe vom 2. August 2024 verlangte die Klägerin innert Frist die Begründung des Urteils (act. 63). Die Beklagte verlangte mit Eingabe vom 14. August 2024 innert Frist die Begründung des Urteils (act. 67).

2. Prozessvoraussetzungen

2.1. Zuständigkeit

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 Flughafen Zürich verrichtet, der im Zuständigkeitsbereich des Arbeitsgerichts des Bezirks Bülach liegt. Die vorliegende arbeitsrechtliche Streitigkeit ist angesichts des Streitwerts im ordentlichen Verfahren zu behandeln (Art. 219 ff. ZPO). Das Bezirksgericht entscheidet als Arbeitsgericht erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden (§ 20 GOG ZH). Somit ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Kollegialgerichts des Bezirks Bülach gegeben (Art. 34 Abs. 1 ZPO; § 20 lit. a GOG ZH i.V.m. Art. 219 ZPO).

2.2. Klagebewilligung

Gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO hat die Klage innert drei Monaten nach Eröffnung der Klagebewilligung zu erfolgen. Vorliegend ist die Klagebewilligung datiert vom 27. September 2022 und der Klägerin am 29. September 2022 zugestellt worden (act. 1). Die Klage wurde am 13. Januar 2023 aufgegeben (act. 2). Die Frist ist eingehalten.

2.3. Rechtsschutzinteresse

2.3.1. Die Beklagte beantragt auf die Klage nicht einzutreten, da es der Klägerin am notwendigen Rechtsschutzinteresse mangle. Sie begründet ihren Antrag damit, dass die Klägerin kaum auf sein vertragliches Verhältnis zur Beklagten eingehe. Sie – die Klägerin – bezwecke mit seiner Klage in erster Linie, Kritik an den Schweizer Behörden (namentlich C._____) und deren Covid-19 Politik zu üben, insbesondere zur Zulassung von Covid-19 Impfstoffen. Hinter der Klage stehe der Verein («D._____»), zu dessen Mitgliedern die Klägerin gehöre. Vorliegend werde kein Zivil- sondern ein politischer Prozess geführt. Das Verfahren der Klägerin werde durch einen Verein dazu missbraucht, die eigene Weltansicht kundzutun, ohne sich dabei mit dem konkreten Rechtsstreit zwischen der Klägerin und der

Beklagten auseinanderzusetzen bzw. auf die Situation der Klägerin gebührend einzugehen.

2.3.2. Es ist festzuhalten, dass das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses eine Prozessvoraussetzung darstellt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Dabei wird verlangt, dass die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse am eingeleiteten Verfahren hat. Generell fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse, wenn nicht dargelegt wird, worin das Interesse am Erlass eines autoritativen Entscheids des angerufenen Gerichts bestehen könne (ZÜRCHER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N 12 zu Art. 59). Bei Leistungsklagen liegt das Rechtsschutzbedürfnis auf der Hand, geht es hier doch immer um die Durchsetzung von (vermeintlichen) Ansprüchen des materiellen Rechts (z.B. Geldzahlung, Herausgabe einer Sache, Verbesserung eines Werks), (ZÜRCHER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], a.a.O., N 12 zu Art. 59).

2.3.3. Vorliegend beantragt die Klägerin die Zahlung einer Entschädigung von 6 Monatslöhnen, insgesamt Fr. 38'491.20 (zuzüglich Zins zu 5 %). Somit ergibt sich das Rechtsschutzinteresse der Klägerin aus dem eingeklagten Leistungsanspruch.

3. Sachverhalt

3.1. Die Klägerin war bei der Beklagten seit dem 29. April 1988 als E. _____ (nachfolgend: E. _____) in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis angestellt und wurde während dessen zum F. _____ befördert. Nach dem Grounding der G. _____ erhielt sie per 31. März 2002 einen Anstellungsvertrag als F. _____ bei der H. _____. Während ihrem Arbeitsverhältnis reduzierte die Klägerin ihr Arbeitspensum auf 50 % bzw. 70 % (aufgrund der Geburt ihrer Töchter) und erhöhte per 1. Januar 2019 ihr Pensum auf 80 % (act. 4/1, act. 4/7-9). Der Gesamtarbeitsvertrag 2015 I. _____ (nachfolgend: GAV 2015 E. _____) regelt die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen der B. _____ AG als auch der J. _____ AG und deren Kabinenbesatzungsmitgliedern (Art. 1 GAV 2015 E. _____). Der GAV gilt für alle E. _____ mit Ausnahme von leitenden und höheren Angestellten mit fliegerischer Tätigkeit, unabhängig ob sie bei B. _____ AG oder J. _____ AG eingesetzt werden

(Art. 2 Abs. 1 GAV 2015 E.____). Der Aufgabenbereich der E.____ umfasst die Verantwortlichkeit für zugewiesene Sicherheitsbelange sowie die Betreuung von Passagieren an Bord von Verkehrsflugzeugen. In Notlagen haben die E.____ ihre vollen Kräfte in erster Linie für die Rettung der Fluggäste einzusetzen; im Übrigen haben sie die Weisungen des Bordkommandanten zu befolgen (act. 4/5; Art. 22 GAV 2015 E.____).

3.2. Die Beklagte empfahl ihrem Personal bereits vor der Einführung des Impfbatoriums, sich gegen Covid-19 mit einem der in der Schweiz zugelassenen Wirkstoffe impfen zu lassen (vgl. act. 4/10). Mittels Ops Flash vom 24. August 2021 informierte die Beklagte die Belegschaft über die Einführung des Impfbatoriums und führte ab dem 15. November 2021 für das gesamte Personal ein Covid-Impfbatorium ein (act. 4/10). 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 fürsorglichen Pflichten der Beklagten gegenüber ihren Mitarbeitenden in Cockpit und Kabine wahrnehmen. Der Beklagten sei bewusst, welche Tragweite und welche Konsequenz diese Entscheidung habe (act. 4/10). Der Berufsverband der K.____ (nachfolgend: K.____) hielt in seiner Medienmitteilung vom 29. September 2021 fest, dass das Impfbatorium weiterhin nachvollziehbar und zweckmässig sei und die Impfung den bestmöglichen Schutz im Cockpit biete. Die K.____ 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. 16/49). Der Verband L.____ (nachfolgend: L.____) 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. 16/50). Mit Mitteilung vom 28. September 2021 führte L. _____ aus, dass sie bereits im Frühjahr 2021 ihre Arbeitsexperten/innen um ihre Einschätzung zum im GAV 2015 E. _____ geregelten Impfblogatorium gebeten hätten. Diese juristische Meinung, welche die Einführung des Impfblogatoriums als rechtlich umsetzbar einschätze, habe L. _____ dazu bewogen, den Mitgliedern nahezu legen, die Impfung durchzuführen, damit sie keine disziplinarischen Konsequenzen bis hin zur Kündigung befürchten müssten. Im Weiteren führte L. _____ 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. 16/51). Mit Schreiben vom 25. Oktober 2021 gelangte die Klägerin mit offenen Fragen zum Impfblogatorium an die Beklagte (act. 4/21). Mit Schreiben vom 5. November 2021 antwortete die Beklagte der Klägerin, dass sie keine Haftung über allfällige Impfschäden übernehmen werde (act. 4/22).

3.3. Die Beklagte lud die Klägerin zum ersten Stufengespräch am 25. November 2021 ein. Im Rahmen des Gespräches ermahnte die Beklagte die Klägerin aufgrund des ausstehenden Covid-19 Impfnachweises. Die ihr während dem Gespräch angebotenen Optionen (Versetzung in den Bodendienst, ruhendes Arbeitsverhältnis, vorzeitiger Austritt ab Alter 55) lehnte die Klägerin aus diversen Gründen ab (act. 4/29). Mit Schreiben vom 30. November 2021 setzte die Beklagte der Klägerin eine Nachfrist bis zum 30. Dezember 2021 (Stufe I. gemäss GAV 2015 E. _____), um der Beklagten einen Impfnachweis gegen Covid-19 zu erbringen (act. 4/30). Die Klägerin liess die Nachfrist verstreichen. Die Beklagte lud die Klägerin zu einem erneuten Gespräch ein, welches am 12. Januar 2022 stattfand. Im Rahmen dessen erklärte die Klägerin, dass für sie eine Impfung mit dem damals in der Schweiz noch nicht zugelassenen Impfstoff Novavax in Frage komme und brachte gesundheitliche Beschwerden zum Ausdruck (act. 4/31). Im Weiteren führte die Beklagte der Klägerin die offenstehenden Optionen aus und

machte sie insbesondere darauf aufmerksam, dass ihr neben dem Austritt 55 auch das Spez-RAV offenstehe, welches es ihr ermöglicht hätte, nach vollständiger Impfung (mit Novovax) in ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zurückzukehren (act. 4/31). Die Klägerin wurde vom 17. Januar 2022 bis 22. April 2022 von ihrem Hausarzt krankgeschrieben (act. 2 Rz. 49 und act. 14 Rz. 191). Am 24. Januar 2022 erkrankte sie an Covid-19 und erhielt ein Covid-Zertifikat vom BAG (act. 4/32). Die Beklagte drohte mit Schreiben vom 1. Februar 2022 der Klägerin die Kündigung an (Stufe II. gemäss GAV 2015 E._____) und setzte ihr erneut eine letztmalige Nachfrist an, um der Beklagten bis zum 16. Februar 2022 einen Impfnachweis gegen Covid-19 zu erbringen (act. 4/33). Nachdem die Klägerin auch diese Frist verstreichen liess, lud die Beklagte die Klägerin erneut am 24. Mai 2022 zu einem weiteren Gespräch ein, bei welchem die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten kündigte (act. 4/34). Die Beklagte sprach zudem mit Schreiben vom 24. Mai 2022 gestützt auf Art. 14 Ziff. 2 Abs. 2 GAV 2015 E._____ die Kündigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der anwendbaren vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten (31. August 2022) aus (act. 4/35). Mit Schreiben vom 29. Mai 2022 erhob die Klägerin form- und fristgerecht Einsprache gegen die Kündigung (act. 4/36). Über die Zulässigkeit der Kündigung stehen die Parteien im Streit.

4. Parteivorbringen

4.1. Parteistandpunkt Klägerin

4.1.1. In der Klagebegründung vom 13. Januar 2023 wird die Klage damit begründet, dass die Kündigung gemäss dem Kündigungsgrund der Beklagten – fehlende Covid-19 Impfung ab dem 15. November 2021 – missbräuchlich sei. Zur Begründung des erlassenen Impfbliatoriums habe die Beklagte die Tatsache der "operationellen und unternehmerischen Notwendigkeit" hervorgehoben. Das zentrale Argument der Beklagten sei somit nicht eine allfällige epidemiologisch-medizinisch bedingte Notwendigkeit gewesen, also nicht eine besondere und real dokumentierte Gefahr durch einen Erreger. Im Weiteren habe die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 2021 die Einführung des Impfbliatoriums den Flight Cabin

Members und den I. _____s mitgeteilt. In rechtlicher Hinsicht habe die Beklagte das Covid-19 Impfblogatorium auf Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 E. _____ gestützt. Im Zeitpunkt der Kommunikation des Impfblogatoriums habe lediglich für eine Destination (M. _____) eine Impfpflicht auch für das fliegende Personal bestanden. Die Beklagte habe am 4. Dezember 2021 den Flugbetrieb nach M. _____ gänzlich eingestellt.

4.1.2. Im Weiteren führt die Klägerin aus, dass sich die Befürchtung nie bestätigt habe, dass die USA die Grenzen nur für geimpfte Crews öffnet. Dabei weist die Klägerin auf weitere Einreiseeinschränkungen hin, namentlich in den USA. Die Beklagte habe trotzdem am Impfblogatorium festgehalten und von allen Crew Member verlangt, bis am 15. November 2021 vollständig geimpft zu sein. Sie habe mit Schreiben vom 8. September 2021 über den Zwischenstand über die Einführung des Impfblogatoriums informiert und dabei mitgeteilt, dass ab dem 1. Dezember 2021 nur noch geimpfte Crew Member im Flugdienst eingesetzt werden.

4.1.3. Mit Mitteilung vom tt. September 2021 seien die Crew Member darüber informiert worden, dass sie das Covid-Zertifikat in der App «Certify» hochladen können. Ferner sei hervorgehoben worden, dass die konsequente Umsetzung des Impfblogatoriums für die Beklagte aus operationellen, planerischen, wirtschaftlichen und fürsorglichen Gründen unabdingbar sei. Im Weiteren verwies die Beklagte für Mitarbeitende, die mehr Zeit für eine Entscheidung benötigen, auf die Optionen auf ein ruhendes Arbeitsverhältnis (nachfolgend: RAV) für rund sechs Monate, mit einem Rückkehrrecht für vollständig geimpfte Mitarbeitende und führte weitere Details hierzu aus. Zudem habe die Beklagte festgehalten, dass bei weiterer Nichterfüllung des geforderten Impfblogatoriums ab dem 16. November 2021 Massnahmen aufgrund Pflichtverletzung gemäss GAV eingeleitet werden (Stufenverfahren). Bei einer anhaltenden Entscheidung ende das Stufenverfahren Ende Januar 2022 mit Aussprechen einer Kündigung. Zuletzt habe die Beklagte darauf auf die weiteren Optionen (Outplacement) beim Ausscheiden aus dem Betrieb hingewiesen und hinzugefügt, dass bei Impfunfähigkeit aus medizinischen Gründen individuelle Lösungen in Aussicht gestellt werden.

4.1.4. Mit dieser Kommunikation habe die Beklagte der Klägerin verbindlich und unmissverständlich mitgeteilt, dass sie sich zwischen zwei Optionen (Injektion mit einer Substanz oder Verweigerung der Injektion) zu entscheiden habe, welche für sie gleichermassen existenziell ungünstig gewesen seien. Die von der Beklagten angeordnete Handlungsalternative (Impfobligatorium) sei geeignet, ihre physische und psychische Unversehrtheit schwer und unter Umständen für immer zu beschädigen und die Zuwiderhandlung gegen diese Arbeitgeberweisung habe das Ende ihrer wirtschaftlichen Unabhängigkeit bedeuten können.

4.1.5. Im Weiteren verweist der Klägerin auf das Schreiben des Vereins D. _____ vom 31. August 2021, in welchem der Verein seine Bedenken darlegt, weshalb er die Covid-19 Impfung ein erhebliches Risiko betrachte. Allerdings habe sich die Beklagte von ihrer strikten Forderung des bis zum 15. November 2021 umzusetzenden Impfobligatoriums nicht abhalten lassen. Sie – die Klägerin – sei somit vor der Entscheidung, sich auf Druck und aus Angst vor einer möglichen Entlassung zu impfen oder im Weigerungsfalle die mit einer Kündigung verbundenen wirtschaftlichen Risiken auf sich zu nehmen, gestanden. Vor diesem Hintergrund habe sie der Beklagten mitgeteilt, sich nicht impfen zu lassen bzw. dass eine Impfung für sie nur dann in Frage komme, wenn die Beklagte die Haftung übernehme, was seitens der Beklagten abgelehnt worden sei.

4.1.6. Der Verein D. _____ wandte sich mit Schreiben an die Beklagte und hielt fest, dass ein Impfobligatorium ohne belastbare rechtliche Grundlage für die Betroffenen einem Vertragsbruch mit Ankündigung durch die Beklagte gleichkomme und auch eine unzulässige Aufhebung des Kündigungsschutzes gemäss GAV im Raum stehe. Der Verein bat die Beklagte um Sistierung des Impfobligatoriums ab spätestens 2. November 2021, was seitens der Beklagten nicht berücksichtigt worden sei. Die Beklagte habe mittels Infoblatt vom 2. November 2021 über das Covid-19 Impfobligatorium und die Details zur Umsetzung des RAV informiert. Somit hätten die nicht geimpften Crew Member die Wahl zwischen einem Stufenverfahren zur Kündigung oder der Annahme eines RAV ohne Lohnfortzahlung und ohne Sozialversicherungsleistungen sowie den Austritt per 31. Dezember 2022 ohne Impfung.

4.1.7. Im Weiteren sei ein internes Schlichtungsverfahren gemäss GAV eingeleitet worden, bei welchem geltend gemacht worden sei, dass das Covid-19 Impfblogatorium mit der Konsequenz der Kündigung unrechtmässig sei, weil sie keine vertragsrechtliche Grundlage habe, die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Crew Member und damit die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verletze und als Verstoss gegen die Vorschriften wegen betriebsbedingtem Personalabbau zu qualifizieren sei. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung hätten die Lösungsvorschläge kein Gehör gefunden und die Schlichtungskommission habe infolge Nichteinigung geschlossen.

4.1.8. Im Weiteren hält die Klägerin fest, dass für das vorliegende Verfahren zwei Sachverhaltsfragen entscheidend seien. Zum einen welche Schlüsse aus der Tatsache zu ziehen seien, dass die mRNA-basierten Covid-19 Impfstoffe in einem besonderen Verfahren zugelassen worden seien und was es im vorliegenden Zusammenhang bedeute, wenn die Zulassungsbehörde zwingende gesetzliche Zulassungsvoraussetzungen in für jedermann erkennbarer Weise missachte (Art. 9a Abs. 1 HMG). Zum anderen stelle sich die Frage der Wirksamkeit und Sicherheit der Covid-19 Impfungen. Rechtserheblich sei, dass die hier massgebenden Impfstoffe in einem massiv verkürzten Verfahren zugelassen worden seien und dies gemäss Art. 9a HMG erfolgt sei. Im Gegensatz zum ordentlichen Zulassungsverfahren gemäss Art. 9 HMG sei das Zulassungsverfahren gemäss Art. 9a HMG auch im Hinblick auf die Prüfungstiefe und Seriosität vor der Marktzulassung erheblich geringer. Zusammengefasst hält die Klägerin fest, dass die befristete Zulassung der Covid-19 Impfstoffe nach Art. 9a HMG in offensichtlicher und auch für die Beklagte deutlich erkennbarer Weise nicht erfüllt gewesen seien. Zur Wirksamkeit und Sicherheit der Impfung führt die Klägerin aus, dass nach den allgemeinen Beweislastregeln der Nachweis durch die Beklagte erbracht werden müsste, der unterblieben sei. Daher macht die Klägerin detaillierte Ausführungen zur Wirksamkeit und Sicherheit der Covid-19 Impfung und hält zusammengefasst fest, dass die von der Beklagten für obligatorisch erklärte Arzneimittel in keiner Weise die immunisierende Schutzwirkung bzw. den Sicherheitsprofil einer Impfung im üblichen Sinne aufweisen, wie sie in der Schweiz bei Impfungen zur Abgabe an die Allgemeinheit zwingend vorauszusetzen sei. Daher könne sie auch

niemals Gegenstand eines vertraglich vereinbarten Impfbliatoriums im Sinne des bisher gültigen GAV 2015 E. _____ sein.

4.1.9. In rechtlicher Hinsicht führt die Klägerin aus, dass Art. 19 Abs. 5 GAV 2015 keine ausreichende vertragliche Grundlage für die einseitige Anordnung eines allgemeinen und rein privatautonom angeordneten Covid-19 Impfbliatoriums für das Flugpersonal darstelle. Der Inhalt dieser Bestimmung sei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Danach habe die Klägerin – bei Zustimmung dem GAV 2015 – nach Treu und Glauben nicht damit rechnen müssen, dass die vorliegende Bestimmung des GAV betreffend Impfbliatorium auf völlig neuartige und ungewöhnliche Substanzen wie die Covid-19 Impfungen, ausgedehnt werden könne. Im Weiteren vergleicht die Klägerin die Covid-19 Impfung mit der Gelbfieberimpfung und führt zusammenfassend aus, dass die Impfungen – aus diversen Gründen – nicht vergleichbar seien und die Gelbfieberimpfung auf Art. 19 Abs. 4 GAV 2018 gestützt werden könne, was bei der Covid-19 Impfung nicht der Fall sei. Insgesamt sei keine pauschale Zustimmung seitens der Klägerin für neuartige, nur bedingt zugelassene Substanzen erfolgt. Eine solche allgemein-pauschale Abrede, jede Art von Arzneimittel nach freier Wahl des Arbeitgebers akzeptieren zu müssen, verstosse gegen das Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB. Diese Bestimmung bewahre die Persönlichkeit vor rechtsgeschäftlich abgesichertem Zugriff und sichere so das Selbstbestimmungsrecht des Vertragspartners. Das Impfbliatorium verstosse gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB. Eine allgemeine Vertragsbedingung in einem GAV, gemäss welcher der Arbeitnehmer sich einer neuartigen und nur befristet zugelassenen Covid-19 Impfung verpflichte, für die der Arbeitnehmer keine Haftung übernehme, halte vor Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht stand. Das Selbstbestimmungsrecht müsse insbesondere dort einen absoluten Schutz erfahren, wo es wie hier um Arzneimittel gehe, welche entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 9a Abs. 1 HMG befristet zugelassen worden sei, obwohl die gesetzlich vorgeschriebene Voraussetzung einer "lebensbedrohenden oder invalidisierenden Gefahr" durch das Virus für das vorliegend betroffene Flugpersonal niemals bestanden habe. Im Weiteren stelle das Impfbliatorium eine einseitige und signifikante Vertragsänderung des GAV zum

Nachteil des Arbeitnehmers dar. Bei Parteien, welche einem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, sei eine einseitige Änderung des GAV unzulässig.

4.1.10. Im Weiteren hält die Klägerin fest, dass das Weisungsrecht der Beklagten kein unbeschränktes sei. Es finde seine Grenzen im zwingenden Recht, namentlich in dem durch Art. 27 f. ZGB gewährleisteten und durch Art. 328 OR konkretisierten Persönlichkeitsrecht der Klägerin. Die Klägerin könne rechtswidrige Befolgung der Weisungen ablehnen, ohne gegen ihre vertraglichen Pflichten zu verstossen. Eine deswegen ausgesprochene ordentliche Kündigung wäre missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR).

4.1.11. Schliesslich habe zu keinem Zeitpunkt eine operationelle Notwendigkeit für das Impfblogatorium bestanden habe. Zudem sei die Beklagte die einzige Airline, welche ein Impfblogatorium eingeführt habe. Sämtliche andere Airlines im ...-Konzern seien ohne Impfblogatorium ausgekommen, ohne dass ihr operationelles Geschäft beeinträchtigt worden sei. Im Weiteren sei nur in zweiter Linie von der Beklagten argumentiert worden, dass das Impfblogatorium auch der Pflicht zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeitenden diene. Schwere Covid-19 Erkrankungen von Crew Member bei der Beklagten seien nicht nachgewiesen. Im Gegenteil bestehe keine medizinische Notwendigkeit für die obligatorische Verabreichung eines neuartigen Impfstoffes mit Risiken, da nachgewiesen sei, dass das Flugpersonal nie in erheblicher Weisen von Covid-19 betroffen gewesen sei. Dies sei von der Beklagten in den Corona Virus-Facts von A-Z entsprechend bestätigt worden. Die Klägerin gelangt zum Schluss, dass keine epidemiologische Notwendigkeit bestanden habe. Trotz Pandemie sei weder vom Bund noch von den Kantonen ein Impfblogatorium angeordnet worden. Dies bedeute, dass der Bundesrat stets der Auffassung gewesen sei, dass der erhöhten Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr von SARS CoV-2 mit mildereren Massnahmen habe begegnet werden können. Im Übrigen sei allgemeinnotorisch, dass von der Impfung kein Schutz vor der Übertragung von Covid-19 ausgehe, d.h. die Impfung schütze nicht oder auf jeden Fall nicht genügend und auch Geimpfte seien Überträger des Virus.

4.1.12. Die Klägerin führt betreffend der Güterabwägung zusammengefasst aus, dass die Güterabwägung – gestützt auf die geltend gemachten Gründen – zugunsten der Klägerin ausfalle und die Weisung des Impfbliogatoriums somit nicht zulässig sei. Die ausgesprochene Kündigung erweise sich als missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

4.1.13. Im Weiteren sei der Einwand der Beklagten, die Klägerin hätte statt des Stufenverfahrens zur Kündigung die Annahme des RAV allenfalls in Verbindung mit Austritt 55 wählen können, nicht relevant. Dadurch sei eine unzulässige Druckausübung seitens der Beklagten erfolgt, wonach die Klägerin die Wahl zwischen zwei für sie nachteiligen Alternativen gehabt habe. Beide Varianten – vorausgesetzt die Klägerin lasse sich nicht impfen – hätten zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses geführt. Beim RAV hätte die Klägerin bereits ab Januar 2022 keinen Lohn mehr erhalten und auf sämtliche gesamtarbeitsvertragliche Rechte und Pflichten samt Versicherungsschutz verzichten müssen, was sich somit wie eine fristlose Kündigung ausgewirkt hätte.

4.1.14. Zudem führt die Klägerin aus, die Beklagte habe versucht, die Klägerin durch Androhung der Kündigung zur Covid-19 Impfung zu nötigen. Sie habe sich entscheiden müssen, zur Vermeidung einer Entlassung, ein unbekannt grosses Gesundheitsrisiko durch den mRNA-/DNA-Wirkstoff einzugehen oder das wirtschaftliche Risiko eines vorzeitigen Jobverlusts mit weitreichenden Konsequenzen für ihre wirtschaftliche Existenz in Kauf zu nehmen. Die Androhung der Kündigung habe einen ernstlichen Nachteil dargelegt, mit dem die Klägerin zur Impfung 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. Im Weiteren begründet die Klägerin seinen geltend gemachten Entschädigungsanspruch im Detail und beantragt eventualiter die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 14 Ziff. 7 GAV 2015.

4.1.15. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2023 hielt die Klägerin vollumfänglich an den Standpunkten ihrer Klagebegründung fest (Prot. S. 11 ff.).

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 Beklagte sei (gesamt-)arbeitsvertraglich und gesetzlich dazu befugt gewesen, im Herbst 2021 ein Covid-19 Impfblogatorium für ihr fliegendes Personal einzuführen. Die Massnahme sei aus fürsorgerischen und operationellen/betrieblichen Gründen notwendig gewesen. Eine Interessensabwägung falle klar zugunsten des Impfblogatoriums aus. Die Klägerin, welche als E._____ 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 Impfpflicht bestanden. Die ordentliche Kündigung der Beklagten sei rechtmässig erfolgt und stelle keine missbräuchliche Kündigung dar (act. 14, Rz 19 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: C._____ 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 C._____ 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 C._____ 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 C._____ 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 zeigen, 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. 14, Rz. 28 ff.).

4.2.2. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2023 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. 18 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 Einhaltung 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. Bei der ordentlichen, monatlichen Einsatzplanung müssen solche Faktoren mitberücksichtigt werden und das Personal müsse entsprechend eingeplant werden. 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 Veränderungen der Flugpläne gekennzeichnet. Die Beklagte und ihr Personal müssen auf kurzfristige Veränderungen der Flugpläne vorbereitet sein und reagieren können. 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 E. _____ 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 E. _____ auf Stand-by innert 120 Minuten einsatzbereit sein. 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. 14 Rz. 82 ff.).

4.2.4. Im Weiteren führt die Beklagte aus, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen der Beklagten und ihrem Personal den Gesamtarbeitsverträgen unterstehe. Der GAV sei zwischen der Gewerkschaft der E. _____ (L. _____) und der Beklagten ausgehandelt worden und regle dabei die wichtigsten Bedingungen des Arbeitsverhältnisses. E. _____ würden aufgrund des GAV im Vergleich zu den gesetzlichen Bestimmungen insbesondere eine erhöhte Jobsicherheit und attraktive Arbeitskonditionen geniessen. Gleichzeitig konkretisiere der GAV auch diverse Pflichten der E. _____, wie bspw. Die Verpflichtung Fluggäste in Notlagen zu retten oder an Einsätzen in Krisengebieten teilzunehmen (act. 14 Rz. 97 ff.).

4.2.5. 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 gesehennem 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 abweichende 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 (act. 14 Rz. 51). Die Beklagte nimmt dabei auf die einzelne Destinationen (sowohl Kurzstrecken- als auch Langstreckennetz) 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 Aufenthaltsbestimmungen ausgesetzt gesehen (act. 14 Rz. 59 ff.).

4.2.6. 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 Antigen-test 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 Antigen-tests für ihre Crew Mitglieder aufwenden müssen, wobei diese Summe die entsprechend aufgewendete Arbeitszeit der Crew Mitglieder nicht berücksichtigt habe. Die Beklagte habe dieses Vorgehen daher langfristig weder operativ noch wirtschaftlich aufrechterhalten können. 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. Bei Kettenflügen habe die Beklagte seit Beginn der Pandemie berücksichtigen müssen, ob die eingeplanten Crew Mitglieder sämtliche der an den hintereinander anzufliegenden Destinationen geltende Einreiseregulungen 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. Crew Mitglieder, welche mangels Impfung gegen Covid-19 von keiner Ausnahme des jeweils anwendbaren Testregimes profitiert hätten, haben aufgrund der zeitlich beschränkten Gültigkeit von negativen Covid-19 Testzertifikaten an Zwischendestinationen ihre Tests erneuern müssen, um weiterfliegen zu dürfen bzw. um die Einreisebestimmungen der nächsten planmässigen Destination zu erfüllen. Insbesondere bei sog. Turn-around Flügen sei die Besatzung im Flugzeug verblieben und habe nach der Landung grundsätzlich innert 40 Minuten wieder abflugbereit sein müssen. 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 Langstrecken-destination 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 Impfblogatoriums dazu geführt, dass die Beklagte signifikant mehr Personal hätte einplanen müssen als zuvor, da ein Teil des Personals aus den vorstehend genannten Gründen nicht überall hätte eingesetzt werden können. Ohne die Einführung des Impfblogatoriums hätte die Beklagte auch ihre E.____-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 E.____-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 K.____ und 35 % der

E._____ 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 E._____ 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 anzupassen (act. 14 Rz. 102 ff.).

4.2.7. Zudem führt die Beklagte aus, dass sich die Klägerin widersprüchlich und treuwidrig verhalten habe. Sie habe im Rahmen ihres Führungsgesprächs vom 25. November 2021 der Beklagten gegenüber erklärt, dass sie bereit sei, sich mit herkömmlichen Impfstoffen impfen zu lassen, jedoch nicht mit einem mRNA-Impfstoff. Zu diesem Zeitpunkt sei in der Schweiz neben den beiden mRNA-Impfstoffen Pfizer und Moderna auch die Impfung von Janssen zugelassen gewesen, welche ihrerseits als Vektor-Impfstoff konzipiert sei. Die Klägerin hätte demnach bereits vor dem 25. November 2021 den notwendigen Impfnachweis erbringen können, ohne sich hierfür mit den von ihr abgelehnten mRNA-Impfstoffen impfen las-

sen zu müssen. Im Weiteren habe die Klägerin im Rahmen des Führungsgesprächs vom 12. Januar 2022 zusätzlich erklärt, dass der Impfstoff von Novavax für sie eine Option darstelle. Obschon diese drei Monate später in der Schweiz zugelassen worden sei, habe die Klägerin diese ihr offenstehende Option nicht genutzt. Die Beklagte hält fest, dass die Klägerin über zwei von ihr selbst geforderten Alternativen gehabt habe, um den notwendigen Impfnachweis zu erbringen und sich trotz dessen gegen die Impfung entschieden habe.

4.2.8. Zusammengefasst hält die Beklagte fest, dass sie zur Einführung des Impfbatoriums berechtigt gewesen sei. Die Klägerin habe sich pflichtwidrig dazu entschieden, sich nicht gegen Covid-19 impfen zu lassen. Die darauf gründende Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte sei rechtmässig gewesen und es liege keine missbräuchliche Kündigung vor. Die von der Klägerin eingeklagten Ansprüche fehle es an jeglicher rechtlichen Grundlage und seien daher abzuweisen (act. 14 Rz. 360).

5. Rechtliches

5.1. GAV 2015 E. _____

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

5.1.2. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist in Art. 14 GAV 2015 E. _____ 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 E. _____ 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 E. _____). Die Kündigungsandrohung und Kündigung sind gegenüber dem E. _____ schriftlich zu begründen (Art. 14 Ziff. 2 Abs. 4 GAV 2015 E. _____). Ausgenommen von diesem Drei-Stufen-Verfahren ist neben der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR (vgl. Art. 14 Ziff. 2 Abs. 5 GAV 2015 E. _____) insbesondere die Kündigung infolge schwerwiegender Pflichtverletzung sowie weitere in Art. 14 Ziff. 2 Abs. 5 GAV 2015 E. _____ aufgeführte Ausnahmen, die vorliegend nicht relevant sind. Hingegen ist die missbräuchliche Kündigung nicht als Ausnahme gemäss Art. 14 Ziff. 2 Abs. 5 GAV 2015 E. _____ geregelt. Vielmehr räumt Art. 14 Ziff. 6 GAV 2015 E. _____ dem E. _____ 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 E. _____ 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 E. _____ ist dem E. _____ jeweils hinreichend Gelegenheit zu bieten, sich zu den Vorwürfen zu äussern und seine Einwände dagegen vorzubringen. Gemäss Art. 14 Ziff. 6 GAV 2015 E. _____ kann das E. _____ die Kündigung innert 20 Tagen seit Erhalt des Kündigungsschreibens anfechten und die Schlichtungskommission gemäss Art. 31 GAV 2015 E. _____ 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 E. _____ damit einverstanden ist (Art. 14 Ziff. 7 GAV 2015 E. _____). Wird das Anstellungsverhältnis fortgesetzt, gilt eine allfällig durch das Gericht auferlegte Strafzahlung zu Gunsten des E. _____ 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 E. _____ 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. Rache Kündigung (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 E. _____

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

5.3.2. Gemäss dem GAV 2015 E. _____ ist die Corona-Impfpflicht nicht explizit geregelt. Zum Zeitpunkt der Einführung des GAV 2015 E. _____ war die Corona-Pandemie kein Thema. Art. 19 Abs. 1 GAV 2015 E. _____ hält fest, dass die

E._____ einen Anspruch auf Achtung und Schutz der Persönlichkeit haben. Gemäss Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 E._____ kann die Beklagte zur Verhütung von Erkrankungen zu ihren Lasten die Vornahme von Schutzimpfungen und andere prophylaktische Massnahmen verlangen. Ausnahmsweise kann das E._____ Impfungen auch ausserhalb der B._____ vornehmen lassen. Bisher wurde gemäss Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 E._____ 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 Impfblogatoriums 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. 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 E._____ Bestimmungen festgehalten. Vielmehr stützt sich die Gelbfieber-Impfung auf die offengehaltene Bestimmung von Art. 19 Abs. 4 GAV 2015 E._____ 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 E._____ 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 Impfungen 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 E. _____ 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 E. _____ ist festgehalten, dass die Beklagte den Anstellungsvertrag mit einem E. _____ 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 wurde 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 E. _____ 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 / Fascincani / 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. Disziplarmassnahmen verfügt, Schadenersatz nach Art. 321e OR fordert, den Arbeitnehmer verwarnet 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 Anstellungsverhältnis, 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 dienen und eine Abweichung davon soll nur dann möglich sein, wenn sich die Impfung nicht mit dem Wohl der betroffenen Person verträglich. 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 milderer 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 vorzunehmen. 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 legitimes 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 Impfbatoriums z.B. für das gesamte Personal eines Spitals aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen.

5.5.12. Laut ALFRED BLESİ und OLİVIA 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 Verhältnissen 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 Beurteilung 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 Gesundheitsschutzmassnahmen 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. Vorausgesetzt 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 Disziplinarmassnahme 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. Hierzulange sei vor allem von Swiss 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 Swiss das Recht eingeräumt habe, dieser Personalkategorie aufgrund der internationalen Dimension ihrer Tätigkeit eine Impfpflicht aufzuerlegen. Behindere hingegen die fehlende 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 milderen 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 milderen 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 ver-
lange, dass die Impfpflicht nur dann deklariert werde, wenn mit keiner anderen,
weniger invasiven Methode das angepeilte Ziel erreicht werden könne. Unter we-
niger invasive Methoden falle das Tragen einer Maske oder den Transfer des Ar-
beitnehmenden in eine andere Abteilung. Dem Arbeitgeber, der eine allgemeine
Impfpflicht für das gesamte Personal in seiner Institution erlässt, könne vorgewor-
fen 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
hat 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 (die-
ses 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 ver-
letze (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Die Kündigung einer Gesundheitsfachperson
eines Spitals aus Gründen ihrer Weigerung, sich gegen die Grippe impfen zu las-
sen im Angesicht einer drohenden Pandemie (Verpflichtung, die aus dem Arbeits-
vertrag hervorgeht oder einer Weisung durch den Arbeitgeber), könne aber nicht
als missbräuchlich erachtet werden.

5.5.18. ANDREA ZEDER (ANDREA ZEDER, Gesundheitsvorsorge und Impfpflicht, ins-
besondere 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 Wei-
sung oder einer rechtmässigen vertraglichen Statuierung, ein zulässiger Grund für
eine Kündigung sein könne. Eine Kündigung sei in der Regel nur dann vorzuneh-
men, 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 E._____ 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 K._____ und 35 % der E._____ 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 Kon-

takten zu. Im Flugbetrieb ist daher von einem höheren Ansteckungsrisiko auszugehen, indem die E. _____ 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 Impfpflicht 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. M. _____ 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

Impfobligatoriums 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 Impfobligatorium 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. 4/10), was aber nie erfolgte. Im Weiteren bot die Beklagte der Klägerin ein zeitlich begrenztes ruhendes Arbeitsverhältnis an (Prot. S. 38, act. 4/29), doch wurde die Covid-19 Impfung bei Austritt aus dem ruhenden Arbeitsverhältnis bzw. Wiedereintritt in den Betrieb vorausgesetzt (Prot. S. 38). Die Beklagte bot sämtlichen Mitarbeitenden, welche sich aufgrund ihres Entscheids gegen die Covid-19-Impfung neu orientieren wollten, ausserdem sogenannte Outplacement Dienstleistungen an (act. 4/15; act. 14 Rz 172, Prot. S. 57), doch ging diese mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einher. Im Weiteren hatte die Klägerin die Option «Vorzeitiger Austritt ab Alter 55» angeboten bekommen, welcher mit einer grosszügigen Pensionskasseneinlage durch die Beklagte verbunden gewesen wäre (act. 14 Rz. 179 ff.). Die Klägerin lehnte das ihr gemachte Angebot denn auch ab (act. 2 Rz. 48). Schliesslich wäre die Versetzung in den Bodendienst eine weitere Option gewesen, doch lehnte die Klägerin auch dieses Angebot ab (act. 2 Rz. 48). Bei diesen Gegebenheiten stellen die Alternativen kein geeignetes, milderer Mittel zur strittigen Covid-19-Impfpflicht dar, mit der dasselbe Ziel erreicht werden konnte.

6.8. Während den Führungsgesprächen vom 25. November 2021 und 12. Januar 2022 erklärte sich die Klägerin gegenüber der Beklagten bereit, sich mit herkömmlichen Impfstoffen bzw. konkret mit dem Impfstoff von Novavax impfen zu lassen, jedoch nicht mit einem mRNA-Impfstoff. Nachdem die genannten Impfstoffe in der Schweiz zugelassen waren, entschied sich die Klägerin dennoch gegen die Impfung. Es ist unbestritten, dass die Klägerin das von der Beklagten in berechtigter Weise angeordnete Covid-19 Impfobligatorium konsequent und schliesslich abschliessend verweigerte. Diese Weigerung erfolgte, nachdem die

Beklagte das Gespräch gesucht und das Dreistufenverfahren gemäss den Bestimmungen des GAV 2015 E. _____ rechtmässig durchlief. Die Beklagte war damit befugt, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen.

6.9. Schliesslich liegt auch keine missbräuchliche Kündigung vor. Wie erwogen geht der GAV 2015 E. _____ 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).

6.10. 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. Kosten- und Entschädigungsfolge

7.1. Nach Art. 104 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über die Prozesskosten im Endentscheid. Die Gerichtsgebühr bemisst sich vorab nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert bemisst sich nach dem Rechtsbegehren (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert wurde von der Klägerin mit Fr. 38'491.20 beziffert (act. 2). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr gerundet Fr. 4'630.–. Der vorliegende Prozess wurde aufwändig geführt, sodass sich eine Erhöhung auf Fr. 5'900.– rechtfertigt (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

7.2. Gemäss Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Die Klägerin unterliegt mit der Klage vollständig, weshalb ihr die Prozesskosten vollumfänglich aufzuerlegen sind.

7.3. Zu den Prozesskosten zählt auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Beim gegebenen Streitwert beträgt die ordentliche Parteientschädigung gerundet Fr. 5'934.05 (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. 5'000.– (vgl. § 8 AnwGebV).

7.4. Die Klägerin ist demnach verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'900.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und aus dem von der klagenden Partei geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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