



Kreisgericht St.Gallen

Einzelrichter

Entscheid vom 6. Januar 2022

Geschäftsnr. VV.2018.93-PSC/SG3ZE-FRP

Parteien [REDACTED], [REDACTED] **Klägerin**

vertreten von Rechtsanwältin [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

Klinik [REDACTED], [REDACTED] **Beklagte**

vertreten von Rechtsanwältin [REDACTED]
[REDACTED]

Gegenstand **Forderung aus Arbeitsrecht**



Rechtsbegehren der Klägerin

1. Die Arbeitgeberin (Beklagte) sei wegen missbräuchlicher Kündigung zu einer Entschädigung von 6 Monatslöhnen in der Höhe von CHF 8'710.– (brutto) zzgl. 5% Zins seit 10. Dezember 2017 zu verpflichten.
2. Die Beklagte sei zu einer Zahlung von CHF 8'710.– (Entschädigung) zzgl. 5% Zins seit dem 10. Dezember 2017 zu verpflichten, unter dem Vorbehalt des Nachklagerechts.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten

1. Es sei die Klage vom 24. Mai 2018 vollumfänglich abzuweisen;
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7%) zu lasten der Klägerin.

Erwägungen

I.

1. [REDACTED] R [REDACTED] als Direktorin sowie [REDACTED] K [REDACTED] als Leiter Personaldienst der Klinik [REDACTED] einerseits und A [REDACTED] - damals noch unter ihrem Mädchenamen [REDACTED] - andererseits unterzeichneten am 9. Januar bzw. 16. Februar 2017 sowohl einen "Ausbildungsvertrag für Studierende Pflegefachperson Höhere Fachschule Pflege Kanton St.Gallen BZGS" als auch eine "Anstellungsbestätigung". Die "Anstellungsbestätigung" enthält die Abrede über eine befristete, vom 18. September 2017 bis 13. September 2019 dauernde Anstellung von A [REDACTED] in der [REDACTED] Klinik [REDACTED] in der Funktion als "Studierende Pflegefachfrau HF". Es wurde darin eine "betriebliche Probezeit" von drei Monaten Dauer vereinbart, beginnend mit dem ersten Arbeitstag im Betrieb. Im "Ausbildungsvertrag", der als Vertreterin der Arbeitgeberin die am Vertragsabschluss nicht beteiligte "Ausbildungsverantwortliche Pflege", S [REDACTED], bezeichnete, wurde auf die Vorschriften verwiesen, die im Ausbildungsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin, der Auszubildenden und der höheren Fachschule - gemäss Verteiler des Vertrages das Berufs- und Weiterbildungszentrum für Gesundheitsberufe St.Gallen, BZGS - Anwendung finden sollten. Zur Vertragsbeendigung wurde bestimmt, dass die Auflösung des Anstellungsverhältnisses zur Auflösung des Ausbildungsverhältnisses führe.



A [REDACTED] trat in der Folge am 18. September 2017 ihre schulische Ausbildung an. Der erste Arbeitstag im Rahmen der praktischen Tätigkeit im Betrieb der Klinik [REDACTED] war für den 11. Dezember 2017 vorgesehen. Mit Schreiben vom 27. November 2017 teilte die Klinik A [REDACTED] mit, dass sie sich gezwungen sehe, den Ausbildungsvertrag innerhalb der Probezeit aufzulösen. Damit sie allenfalls "eine nahtlose praktische Ausbildungsstelle antreten" könne, erfolge die Kündigung erst auf das Ende des zur Zeit der Kündigung noch laufenden Theorieblocks, d.h. per 10. Dezember 2017. Zur Begründung der Kündigung wurde ausgeführt, dass A [REDACTED] im Rahmen des Wechsels vom Theorieblock in die Praxis per 11. Dezember 2017 und der mit dem Stellenantritt verbundenen medizinischen Eignungsabklärung mitgeteilt habe, dass ihr in der Klinik [REDACTED] die zur Gewährleistung der Patientensicherheit vorausgesetzten, obligatorischen Basisimpfungen fehlten. Anlässlich eines am 23. November 2017 geführten Gesprächs habe sie bekräftigt, dass sie nicht bereit sei, die Basisimpfungen durchführen zu lassen.

2. A [REDACTED] reagierte auf die Kündigung am 8. Dezember 2017 mit der an die Arbeitgeberin gerichteten Mitteilung, dass sie gegen die Kündigung Einsprache erhebe und dass sie bei der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse St.Gallen eine Klage eingereicht habe. Anlässlich der ebenfalls am 8. Dezember 2017 angebehrten Schlichtungsverhandlung vom 8. Februar 2018 wurden die klageweise geltend gemachten Anträge von A [REDACTED] wie folgt protokolliert:

1. Die Arbeitgeberin sei wegen missbräuchlicher Kündigung zu einer Entschädigung von 6 Monatslöhnen in der Höhe von CHF 8'710.- zzgl. 5% Zins seit 10. Dezember 2017 zu verpflichten.
2. Die Beklagte sei zu einer Zahlung von CHF 54'000.- zzgl. 5% Zins seit dem 10. Dezember 2017 zu verpflichten, unter dem Vorbehalt des Nachklagerechts.
3. Die Beklagte sei zu einer Zahlung von CHF 500.- an die Klägerin zu verpflichten.
4. Es sei festzustellen, dass die Beklagte mehrfach Grundrechtsverletzungen begangen hat.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten.

Nachdem die Beklagte im Schlichtungsverfahren auf Abweisung der Klage antrag und eine Einigung nicht zustande kam, gelangte die Klägerin mit Klageschrift vom 24. Mai 2018 und dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren an das Kreisgericht St.Gallen. Die Beklagte ihrerseits hielt auch im gerichtlichen Verfahren an ihrem auf Abweisung gerichteten



Antrag fest. Anlässlich der am 13. Dezember 2021 durchgeführten Hauptverhandlung, in deren Verlauf A [REDACTED] und [REDACTED] K [REDACTED] als Parteien befragt und S [REDACTED] I als Zeugin einvernommen wurden, blieben die Anträge der Parteien unverändert.

II.

1. a) Die mit der Klageschrift vom 24. Mai 2018 geltend gemachten Forderungsansprüche beruhen auf arbeitsrechtlicher Grundlage. Das Kreisgericht ist aufgrund von Art. 34 Abs. 1 ZPO zur Behandlung örtlich zuständig. Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 17'420.00. Die Streitsache unterliegt aufgrund dessen der Beurteilung im vereinfachten Verfahren (Art. 219 und Art. 243 ZPO) in der sachlichen Zuständigkeit des Einzelrichters (Art. 1 und 4 Abs. 1 ZPO, Art. 6 Abs. 1 lit. b EGzZPO).

b) Die Klage enthält in den Ziffern 2 des Begehrens den Vorbehalt eines Nachklagerechts. Darauf ist im vorliegenden Verfahren nicht einzugehen. Der Nachklagevorbehalt beinhaltet materiell den Hinweis, dass das Forderungsbegehren der Klägerin als Teilklage zu verstehen sei. Formell kommt ihm keine Bedeutung zu.

2. a) Für das Eintreten auf die Beurteilung der Sache ist das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung vorauszusetzen. Da das Schlichtungsgesuch die Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 Abs. 1 ZGP), muss grundsätzlich bereits dieses Gesuch alle notwendigen Elemente enthalten, damit der Streit individualisiert werden und damit in entsprechendem Umfang die prozessualen Wirkungen - etwa der Fortführungslast, der Litispendenz und der res iudicata - entfalten kann (Honegger, in: ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3.A., N 12 zu Art. 202 ZPO). Art. 202 Abs. 2 ZPO verlangt entsprechend, dass im Schlichtungsgesuch neben der Gegenpartei und dem Rechtsbegehren auch der Streitgegenstand zu bezeichnen und damit alle Elemente der Klageidentität anzugeben sind. Im Fall einer Forderungsklage wird der Streitgegenstand der Klage nicht bereits durch die Bezifferung des Anspruchs, sondern ausserdem durch den Lebenssachverhalt bestimmt, der ihm zugrunde liegt. Vom Kläger ist entsprechend zu verlangen, dass er im Schlichtungsbegehren nicht nur den Betrag seiner Forderung beziffert, sondern gleichzeitig den Lebenssachverhalt umschreibt, auf den er diese Forderung stützt (siehe etwa Basler Kommentar ZPO - Oberhammer, N 9 vor Art. 84 ff. ZPO). Obwohl das Schlichtungsbegehren die Rechtshängigkeit begründet, gestehen allerdings Literatur (Leuenberger, in: ZPO-Kommentar Sut-



ter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3.A., N 24 zu Art. 227 ZPO) und Rechtsprechung (BGer 5A_588/2015 vom 9.2.2016 E. 4.3.1 und 4.3.2) dem Kläger zu, das Klagefundament und die Rechtsbegehren noch bis zur Ausstellung der Klagebewilligung zu ändern.

b) Aus dem Gesagten folgt einerseits und dem Grundsatz nach, dass eine vor dem Abschluss des Schlichtungsverfahrens vorgenommene Veränderung des Streitgegenstands voraussetzungslos zuzulassen ist. Dass im Ergebnis die Ausstellung der Klagebewilligung die Klage fixiert, erfordert andererseits jedoch, dass zu diesem Zeitpunkt die Identität der vom Kläger angehobenen Klage feststeht.

Hierzu fällt in Betracht, dass sich aus dem Schlichtungsprotokoll wohl der Gegenstand der mit Ziff. 1 des Rechtsbegehrens geltend gemachten - nämlich eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses - ergibt, der Gegenstand der weiteren Forderungen von Fr. 54'000.00 bzw. Fr. 500.00 gemäss den Ziffern 2 und 3 des Klagebegehrens hingegen nicht, da ein Hinweis auf den anspruchsbegründenden Lebenssachverhalt fehlt. Unter Ziff. 4 des Begehrens wurde im Schlichtungsverfahren die gerichtliche Feststellung mehrfacher "Grundrechtsverletzungen" beantragt. Das Schlichtungsgesuch, das zur Prüfung herangezogen werden könnte, ist nicht dokumentiert. Dass es für die gültige Anhebung der Forderungsklage, soweit sie über das mit Ziffer 1 gestellte Begehren hinausgeht, an einer wirksamen Klagebewilligung fehlt, darf daraus allein freilich nicht abgeleitet werden, auch wenn das Vorliegen der Klagebewilligung an sich als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen geprüft werden muss (Art. 60 ZPO). Gemäss Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO ist es Sache der Schlichtungsbehörde, in der Klagebewilligung nicht nur das Rechtsbegehren wiederzugeben und gegebenenfalls dessen Abänderung zu protokollieren, sondern auch den Streitgegenstand zu umschreiben (siehe dazu Oger ZH, Entscheid PP110020 vom 1. Februar 2012, in: ZR 111/2012, 84).

Fehlt es daran, wie im vorliegenden Fall, darf daraus nicht zum Nachteil des Klägers geschlossen werden, dass er es versäumte, den Gegenstand seiner Klage rechtsgenüglich zu bezeichnen. Im Gegenteil muss angenommen werden, dass anlässlich der Schlichtungsverhandlung der nach Auffassung des Klägers anspruchsbegründende Lebenssachverhalt tatsächlich zur Sprache gebracht worden ist. Ohne substantiierte Bestreitung der Gegenseite ist daher zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass der mit der Klageschrift im gerichtlichen Verfahren umschriebene Streitgegenstand bereits Gegenstand der Schlichtungsverhandlung bildete. Zwar ist nicht zu übersehen, dass sich das Rechtsbegehren, für das am 8. Februar 2018 die Klagebewilligung erteilt wurde, und das mit der Klageschrift gestellte Begehren tatsächlich nicht decken, da die Ziffern 2 bis 4 des ursprünglichen Antrags



durch die Forderung einer "Entschädigung" in Höhe von (weiteren) Fr. 8'710.00 ersetzt wurden. Die Beklagte bestreitet jedoch nicht, dass diese mit der Klageschrift vom 24. Mai 2018 geltend gemachte Entschädigungsforderung in dem vor der Schlichtungsbehörde umstrittenen Streitgegenstand enthalten war. Ist dies der Fall, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass auch dafür die gemäss Art. 197 ZPO erforderliche Klagebewilligung erteilt wurde. Eine Beschränkung der Klage ist ohnehin jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO), kann also auch nach dem Schlichtungsverfahren voraussetzungslos erfolgen.

c) Die Klägerin verfügt nach dem Gesagten über die als Prozessvoraussetzung erforderliche Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde für Arbeitsverhältnisse St.Gallen. Sie datiert vom 8. Februar 2018. Unter Berücksichtigung des vom 25. März bis 8. April 2018 dauernden Friststillstands (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) ist die mit der Eröffnung der Klagebewilligung eröffnete Klagefrist (Art. 209 Abs. 3 ZPO) gewahrt (dazu ZR 114 (2015) Nr. 13).

Die Eintretensvoraussetzungen sind damit erfüllt.

III.

1. Die Parteien stimmen darin überein, dass in ihrem gegenseitigen Verhältnis ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. Ihre mit der "Anstellungsbestätigung" (kläg.act. 11) und dem "Ausbildungsvertrag" (kläg.act. 3) dokumentierte Vertragsabrede stipuliert abweichend von der gesetzlichen Regelung von Art. 335b Abs. 1 OR eine Probezeit von drei Monaten Dauer (Art. 335b Abs. 2 OR) beginnend ab dem Zeitpunkt des für den 11. Dezember 2017 vorgesehen Antritts der praktischen Tätigkeit im Klinikbetrieb der Beklagten. Dass die von der Beklagten bereits vor diesem Zeitpunkt, nämlich am 27. November 2017 ausgesprochene Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses auf den 10. Dezember 2017 hin wirksam wurde, ist nicht umstritten, weshalb darauf nicht eingegangen und in diesem Zusammenhang auch das Verhältnis der beiden von den Parteien unterzeichneten Vereinbarungen nicht näher untersucht zu werden braucht.

2. Die Klägerin fordert mit Ziff. 1 ihres im gerichtlichen Verfahren gestellten Begehrens eine Entschädigung in Höhe von Fr. 8'710.00, da die Beklagte das Arbeitsverhältnis missbräuchlich gekündigt habe.

2.1 a) Das für privatrechtlich begründete Arbeitsverhältnisse grundlegende Prinzip der Kündigungsfreiheit geht davon aus, dass es für die Rechtmässigkeit einer Kündigung keiner



besonderen Gründe bedarf. Dieser Grundsatz erfährt eine Einschränkung in Art. 336 OR. Das Gesetz enthält an dieser Stelle einen nicht abschliessenden Katalog missbräuchlicher Kündigungsgründe. Art. 336 OR konkretisiert damit den allgemein geltenden Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., N 2 zu Art. 336 OR), wobei allerdings im Unterschied zu Art. 2 Abs. 2 ZGB der Missbrauch kein offenkundiger sein muss. Auch die Rechtsfolgen haben im Vergleich zum allgemeinen Missbrauchsgrundsatz eine besondere Regelung erfahren, indem nach der gesetzlichen Regelung von Art. 336a OR die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht deren Nichtigkeit nach sich zieht, sondern den Anspruch auf eine Strafzahlung begründet. Das Arbeitsverhältnis wird deshalb auch durch eine missbräuchliche Kündigung wirksam beendet. Dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis am 10. Dezember 2017 endete, ist, wie bereits erwähnt wurde, anerkannt.

b) Der aus Art. 336a OR fliessende Entschädigungsanspruch verwirkt, wenn nicht (auch im Fall der Kündigung während der Probezeit; BGE 136 III 96 E.2 und 3 = JAR 2010 S. 383 = SJZ 2010 S. 173 = SAE 2010 S. 34) bis zum Ende der Kündigungsfrist gegen die Kündigung schriftlich Einsprache erhoben und innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht wird (Art. 336b OR).

Dass diese materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, wird vorliegend nicht bestritten. Die Klägerin hat mit Datum 8. Dezember 2017 und damit noch vor Ablauf Kündigungsfrist sowohl Einsprache erhoben (kläg.act. 10) als auch das Schlichtungsbegehren eingereicht (kläg.act. 2). Die Beklagte behauptet nicht, dass die empfangsbedürftige Einsprache erst nach dem Ablauf der bis 10. Dezember 2017 dauernden Kündigungsfrist bei ihr eingetroffen ist.

c) Das als missbräuchlich erachtete Motiv für die einseitig erklärte Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis hat nach der Beweislastregel von Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer zu beweisen. In tatsächlicher Hinsicht wird von der Beklagten anerkannt, dass die im Kündigungsschreiben vorgebrachte Begründung, auf die die Klägerin verweist, d.h. die fehlende Bereitschaft, sich den für die Absolvierung der Ausbildung zur Pflegefachfrau HF als obligatorisch bezeichneten Basisimpfungen zu unterziehen, zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anlass gab. Die Klägerin ihrerseits bestreitet nicht, dass sie sich, von einer Impfung gegen Hepatitis B abgesehen, vor der Entlassung geweigert habe, die von der Beklagten geforderten Impfungen durchführen zu lassen.



2.2 Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses namentlich dann als missbräuchlich zu qualifizieren, wenn eine Partei, im vorliegenden Fall die Arbeitgeberin, sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (sog. Diskriminierungskündigung). Eine solchermassen motivierte Kündigung ist allerdings nicht in jedem Fall missbräuchlich. Vielmehr sieht das Gesetz ausdrücklich zwei Rechtfertigungsgründe vor, die den Anwendungsbereich des Missbrauchstatbestands stark einschränken, nämlich dann, wenn die betreffende Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wenn sie wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt.

Der an dieser Stelle verwendete Begriff der persönlichen Eigenschaft ist weit zu ziehen. Die notwendige Eingrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist nicht über den Begriff der persönlichen Eigenschaft, sondern über die Rechtfertigungsgründe vorzunehmen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 336). Dass die Statuierung einer Impfpflicht im Rahmen des Arbeitsverhältnisses in den Anspruch des Arbeitnehmenden auf körperliche Integrität und damit in eine durch das Persönlichkeitsrecht geschützte Position eingreift, ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten. Darauf braucht nicht vertieft eingegangen zu werden.

2.3 a) Zwischen den Parteien herrscht Uneinigkeit darüber, inwieweit in der Schweiz und darüber hinaus auf öffentlich-rechtlicher oder auch privatrechtlicher Grundlage operierende Gesundheitseinrichtungen für ihr medizinisches Personal obligatorische Impfanforderungen formulieren. Wie es sich damit verhält, ist vorliegend ebenso wenig entscheidend wie der Hinweis der Klägerin, wonach das Bundesamt für Gesundheit, an dem sich die Beklagten im gegebenen Zusammenhang orientiert, lediglich Impfeempfehlungen ausspricht. Fraglich und zu prüfen ist, inwieweit es in der Hand der jeweiligen Trägerschaft liegt, Mitarbeitenden, die der Empfehlung des Bundesamtes nicht aus eigenem Antrieb folgen wollen, eine entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen.

Das von der Beklagten in diesem Zusammenhang eingereichte bekl.act. 2 zeigt auf, dass die Zürcher Fachhochschule ZHAW für ihre medizinischen Ausbildungslehrgänge Impfeempfehlungen mit dem Hinweis verbindet, dass ein Studienabschluss für nicht geimpfte Studierende nicht garantiert sei, da die Praxisinstitutionen in der Regel für den praktischen Einsatz nur Studierende mit den empfohlenen Schutzimpfungen akzeptierten. Aus einer im Februar 2018 versandten Mitteilung der Zürcher Gesundheitsdirektion ergibt sich die an Spitäler, Heime und Spitex-Institutionen gerichtete Aufforderung, bei der Anstellung von Pflegemitarbeitenden auf das Vorhandensein des notwendigen Impfschutzes zu achten (bekl.act. 3).



b) Im Fall der Klägerin war zur Zeit des Vertragsschlusses der von der Beklagten für den Einsatz in ihrem Klinikbetrieb als notwendig erachtete Impfschutz nicht vorhanden. Die Beklagte hält aber gemäss den Ausführungen in der Stellungnahme zur Klage und anlässlich der Hauptverhandlung dafür, die Klägerin sei im Rahmen des Anstellungsprozesses darüber aufgeklärt worden, dass im Verlauf einer für den Stellenantritt erforderlichen medizinischen Eignungsabklärung der Impfstatus erhoben würde und allfällig fehlende Grundimpfungen nachgeholt werden müssten. Die Klägerin habe sich dessen bewusst bereit erklärt, diesen "Kompromiss" einzugehen. Aufgrund dessen seien die Regeln der Anstellung in Bezug auf die Impfpflicht von Anfang an klar und arbeitsvertraglich vereinbart gewesen. Die Klägerin weist diese Darstellung, die davon ausgeht, dass sie sich auf vertraglicher Grundlage zur Vornahme der von der Beklagten geforderten Impfungen verpflichtet habe, als unzutreffend zurück. Der "Kompromiss", den einzugehen sie sich bereit erklärt habe, habe sich darauf beschränkt, sich gegen Hepatitis B impfen zu lassen, aber keine weiteren Impfungen eingeschlossen.

Gehen die Parteien insoweit von einem unterschiedlichen Vertragsinhalt aus, ist in erster Linie auf dem Auslegungsweg zu bestimmen, ob eine Vertragsabrede mit dem von der Beklagten geltend gemachten Inhalt zustande gekommen ist. Im Grundsatz ist anerkannt, dass eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmenden im Fall seiner dadurch begründeten Entlassung den Missbrauch des Kündigungsrechts ausschliesst (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 336 OR). Gegebenenfalls ist allerdings in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine vertraglich übernommene Pflicht, sich impfen zu lassen, vor Art. 27 ZGB Bestand haben kann, wonach sich niemand seiner Freiheit entäussern oder in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad beschränken kann. Denn im Grundsatz kann, wie gesagt, nicht bezweifelt werden, dass die Pflicht, sich einer Impfung zu unterziehen, in erheblicher Weise in das durch das Persönlichkeitsrecht geschützte Recht auf körperliche Integrität eingreift. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass jede arbeitsvertragliche Beziehung in mehr oder weniger weitgehendem Umfang mit einer Beschränkung der Persönlichkeit verbunden ist. Die Vereinbarkeit einer vertraglich vereinbarten Impfverpflichtung mit Art. 27 ZGB erfordert eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Güterabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung, die namentlich in Betracht zieht, auf welche Impfung sich die Verpflichtung bezieht, aus welchem Grund sie angeordnet wird und wer davon betroffen ist. Im Fall des Gesundheitspersonals wird aber nach wohl überwiegender Auffassung die Zulässigkeit einer vertraglich begründeten Impfpflicht im Grundsatz bejaht (siehe dazu Hug/ Pärli, Impfwang in Gesund-



heitsbetrieben des Privatrechts, in: Pflegerecht 2013 S. 169 f.; Vögeli Galli, Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis, in: sui generis 2021 Rz 5 f.; Geiser/Müller/Pärli, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020 N 58; Zeder, Gesundheitsvorsorge und Impfpflicht, insbesondere beim Pflegepersonal, Zürich/St.Gallen 2020, S. 28 f. und 51 f.; einschränkend bezogen auf das Vorliegen einer Pandemiesituation offenbar Rudolph, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal - Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 ("Schweinegrippe"), in ARV 2010 S. 1 ff.).

Davon abgesehen stellte sich aber auch die Frage des Rechtsmissbrauchs, wenn im konkreten Fall die Klägerin dem Arbeitsvertrag im Bewusstsein zustimmte, dass die Arbeitgeberin für den Einsatz in ihrem Spitalbetrieb aus Gründen des Infektionsschutzes die Impfungen voraussetzt, sie sich dann aber nachträglich auf ihr Persönlichkeitsrecht beruft, um die vertraglich vereinbarte Verpflichtung nicht gegen sich gelten zu lassen. Das Gesetz setzt mit dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB widersprüchlichem Verhalten der Parteien Grenzen.

c) Ziel der Vertragsauslegung ist in erster Linie die Feststellung eines übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien beim Vertragsabschluss ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, während es auf eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise, die sie aus Irrtum oder in der Absicht verwendet haben, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen, nicht ankommt (Art. 18 Abs. 1 OR). Die Feststellung des tatsächlichen Parteiwillens betrifft eine Tatfrage, die subjektive Vertragsauslegung beruht entsprechend auf einer Würdigung der vorliegenden Beweismittel. Als Auslegungsmittel ist bei der Ermittlung des massgebenden wirklichen Willens der Parteien neben dem Wortlaut und der Systematik einer allfälligen schriftlichen Vereinbarung namentlich das Verhalten der Parteien vor und nach dem Vertragsabschluss von Bedeutung. Die Beweislast der Parteien bestimmt sich dabei nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet.

Lässt sich ein tatsächlicher Konsens nicht belegen, ist zu prüfen, ob eine der Parteien nach dem aus Art. 2 ZGB abgeleiteten Vertrauensprinzip in ihrem Verständnis der Willensäusserung der Gegenpartei zu schützen ist. Massgebend ist, wie die gegenseitigen Äusserungen der Parteien nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen, d. h. den bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses belegten Tatsachen, verstanden werden durften und mussten. Diese objektiviertere Auslegung der Willenserklärungen, fragt nicht nach dem tatsächlichen Willen, sondern vielmehr danach, welchen Sinn ihnen redlich



und verständig handelnde Parteien nach den Umständen beigemessen haben würden. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, die vom Richter zu beantworten und daher dem Parteiwillen entzogen ist (BGE 113 II 264 E. 2a; BGE 84 II 493 E. 2; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 3.1), während die für das Verständnis der Parteien massgebenden äusseren Umstände sowie ihr Wissen und Wollen der Beweiswürdigung unterliegt. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. zur Anwendung des Vertrauensprinzips nach schweizerischem Recht Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2016, N 27.41; BGE 132 III 626 E.3.1; BGE 116 II 695, E. 2b; BGer 4A_57/2016, E. 4.1 mit Hinweisen).

d) Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist an keine besondere Form gebunden. Sein Zustandekommen ist vorliegend nicht umstritten. Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses lässt sich jedoch nicht konkret bestimmen. Die Parteien haben wohl, wie dargelegt wurde, am 9. Januar bzw. 16. Februar 2017 zwei Vereinbarungen, d.h. den "Ausbildungsvertrag" (kläg.act. 3) und die "Anstellungsbestätigung" (kläg.act. 11) unterzeichnet. Die Klägerin hat indessen gemäss ihren Angaben in der Parteibefragung zuvor bereits eine telefonische Zusage für die Anstellung erhalten (act. 31 Frage 19), während die Zeugin S. [REDACTED] davon ausging, dass sie in ihrer damaligen Funktion als Ausbildungsverantwortliche eine entsprechende Bestätigung zeitnah nach einem Bewerbungsgespräch vom 22. April 2016 und einem zweitägigen, offenbar am 26. und 27. April 2016 absolvierten Selektionspraktikum in schriftlicher Form versandt habe (act. 32 Fragen 21 bis 25). Die Beklagte bestreitet dies nicht, wobei der Leiter des Personaldienstes der Beklagten, [REDACTED] K. [REDACTED], im Rahmen der Parteibefragung angenommen hatte, dass Anstellungszusagen dieser Art in der Regel per eMail übermittelt würden (act. 31 Frage 24).

Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben, da aufgrund der Aussagen aller Beteiligten davon auszugehen ist, dass der Klägerin die Anstellung bereits vor der Unterzeichnung der schriftlichen Vereinbarungen und offenbar im Verlauf der auf den im April 2016 abgewickelten Bewerbungsprozess folgenden Wochen bestätigt wurde. Zwar ist ebenfalls offen, inwieweit zu diesem Zeitpunkt die Anstellungsbedingungen im Einzelnen bereits geklärt waren. Aufgrund der übereinstimmenden und durch kläg.act. 4 (Protokoll des Bewerbungsgesprächs) gestützten Darstellung der Parteien ist aber nicht zweifelhaft, dass Gegenstand der Abrede eine befristete Anstellung zum Zweck der Ausbildung "HF Pflege verkürzt" mit entsprechender, typischerweise vollzeitlicher Kombination von theoretischer Fachausbildung und praktischer Tätigkeit im Spitalbetrieb der Beklagten bildete.



Mit der Anstellungsbestätigung ist demnach der Vertrag zustande gekommen. Ob sich die Parteien dabei auch bereits konkret über das Gehalt der Klägerin verständigt hatten, ist dafür nicht entscheidend. Grundsätzlich gilt ein Vertrag nur dann als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben, zu denen im Fall des Arbeitsvertrages auch der Lohn gehört. Art. 322 Abs. 1 OR sieht jedoch ausdrücklich vor, dass der Lohn geschuldet ist, der "verabredet oder üblich" ist. Ein Dissens über den Lohn oder dessen Höhe schadet somit der vertraglichen Verpflichtung nicht, wenn die Arbeit aufgenommen wurde (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 3.A. 2010, N. 2 zu Art. 322 OR).

e) aa) Zur Feststellung des beim Vertragsschluss bestehenden Willens einer Vertragspartei kann nach dem Gesagten auch deren nachträgliches Verhalten von Bedeutung sein. Hierzu fällt in Betracht, dass sich ein Wille der Klägerin zur Übernahme einer Vertragspflicht mit dem von der Beklagten behaupteten Inhalt hinsichtlich der Bereitschaft zur Durchführung der Basisimpfungen aus dem "Ausbildungsvertrag" und der "Anstellungsbestätigung", auf die sie verweist, dem Wortlaut nach nichts entnehmen lässt. Dass eine solche Verpflichtung in den gemäss Beilagenverzeichnis zur Anstellungsbestätigung mit ihr abgegebenen Unterlagen und namentlich aus dem als kläg.act. 14 im Recht liegenden Personalreglement enthalten ist, behauptet die Beklagte sodann selber nicht.

bb) Die Anstellungsbestätigung enthält andererseits den Hinweis, dass "die Hepatitisimpfung ... für das Pflegepersonal vorausgesetzt" sei. Sie stützt mit dieser Formulierung gerade die von der Klägerin vorgebrachte Darstellung, dass sie zwar der Impfung gegen Hepatitis B zugestimmt, eine weitergehende Verpflichtung hingegen nicht übernommen habe. Der Leiter des Personaldienstes der Beklagten räumte dies in der Parteibefragung ausdrücklich und mit der Begründung ein, dass die eine über Hepatitis hinausgehende Impfpflicht auch durch "weitere Richtlinien" und auch "im weiteren Verlauf des Anstellungsverhältnisses" eingeführt werden könne (act. 31 Frage 42).

Die Beklagte begründet ihren auf Klageabweisung begründeten Antrag denn auch nicht zuletzt damit, dass sich die Klägerin mit der Unterzeichnung des Ausbildungsvertrages gemäss dessen Ziffer 7 den "Vorgaben für den Gesundheitsschutz ... nach den Richtlinien des Arbeitgebers" und mit ihnen der von diesen Vorgaben umfassten Impfpflicht unterworfen habe. Auch daraus ist jedoch nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Art. 321d OR lässt es zu, dass der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmenden im



Betrieb allgemeine Anordnungen erlässt. Der bloße Hinweis auf die Existenz von Anordnungen dieser Art im Arbeitsvertrag, sei dies einer Betriebsordnung oder wie nach der Darstellung der Beklagten von Richtlinien zum Gesundheitsschutz, führt aber nicht dazu, dass sie damit einen integrierenden Bestandteil der arbeitsvertraglichen Abrede bilden. Die Beklagte behauptet wiederum selber nicht, dass sie der Klägerin beim Vertragsschluss oder ergänzend dazu bei der Vertragsunterzeichnung ihre Richtlinien schriftlich abgegeben oder dass sie die Klägerin auf andere Weise in die Lage versetzt hätte, vom Gegenstand und Inhalt dieser Richtlinien Kenntnis zu nehmen. Aus der Parteiaussage von ■■■■■ K■■■■■ ergibt sich vielmehr, dass sich die Richtlinien des Arbeitgebers, auf die im Ausbildungsvertrag verwiesen wird, namentlich an den veränderlichen Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit orientierten, auf deren Grundlage der externe Personalarzt der Beklagten nach entsprechender Abklärung im Einzelfall formuliere, welche Impfungen vorzunehmen seien (s. dazu act. 31 Fragen 35 und 40). Der Klägerin könnte aber mit dem Hinweis auf die im Betrieb geltenden Richtlinien zum Gesundheitsschutz nur dann entgegengehalten werden, sich zur Durchführung der von der Beklagten verlangten "Basisimpfungen" verpflichtet zu haben, wenn ihre Zustimmung zum Vertragsschluss den konkreten Inhalt dieser Richtlinien umfasste. Fehlte es zur Zeit des Vertragsschlusses an einer der Klägerin bekannten Regelung dessen, was unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes von ihr erwartet wurde, kann m.a.W. nicht aus dem Hinweis auf die im Betrieb geltenden Richtlinien abgeleitet werden, dass sich die Arbeitnehmerin zur Durchführung der nach der Vorstellung der Beklagten erforderlichen Impfungen bereit erklärt habe. Es kommt hinzu, dass in der Literatur für die grundsätzliche Vereinbarkeit einer vertraglichen Impfverpflichtung mit Art. 27 Abs. 2 ZGB mit Blick auf die Ungewöhnlichkeitsregel gefordert wird, dass solche vertraglichen Abreden in den Arbeitsvertrag selber und nicht bloss in integrierende Vertragsbestandteile aufgenommen werden (dazu Rudolph, a.a.O., S. 7).

f) Die Beklagte beruft sich freilich auch darauf, dass die Klägerin bereits im Bewerbungsgespräch vom 22. April 2016 über die Notwendigkeit aufgeklärt worden sei, sich den betrieblichen Anforderungen entsprechend impfen zu lassen. Diese Darstellung wurde von ■■■■■ K■■■■■ in der Parteibefragung mit der Einschränkung bestätigt, dass er selber beim Bewerbungsgespräch nicht anwesend gewesen sei. S■■■■■, die das Gespräch mit der Klägerin führte, habe aber gewusst, welche Impfungen verlangt würden (act. 31 Fragen 30 bis 32).

Die so begründete Annahme der Beklagten findet im Ergebnis der Befragungen von S■■■■■ ■■■■■ und der Klägerin keine Stütze. Das von S■■■■■ verfasste Protokoll zum Bewer-



bungsgespräch (kläg.act. 4) enthält unter der Rubrik "Physische Belastbarkeit", die der Gesprächsleitung vorgibt, die körperliche Verfassung der Bewerbenden zu thematisieren und auf die "Arbeitsärztin" hinzuweisen, die stichwortartig formulierte Notiz "Ist nicht geimpft, würde diesen Kompromiss eingehen". Sie kann ihrem Wortlaut nach so verstanden werden, wie dies die Beklagte geltend macht, dass die Klägerin in diesem Gespräch über die in ihrem Betrieb geltenden Impfanforderungen aufgeklärt worden sei und dass sie sich ihrerseits im Sinne eines Kompromisses bereit erklärt habe, dazu Hand zu bieten. Gegebenenfalls fragte sich allerdings auch, ob eine bloss allgemein gehaltene, nicht näher konkretisierte Willensübereinstimmung den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit des Vertragsinhalts genüge (ablehnend Hug/Kurt Pärli, a.a.O., S. 170, sowie Zeder, a.a.O., S. 55 f.).

Ohnehin ist aber nicht zu übersehen, dass sich die Formulierung der Notiz auch mit der Darstellung der Klägerin verträgt, die angibt, dass im Gespräch mit S. [REDACTED] explizit nur von der Impfung gegen Hepatitis B die Rede gewesen und dass entsprechend das Zugeständnis ihrer Kompromissbereitschaft auch nur darauf bezogen gewesen sei (act. 31 Fragen 34, 76 bis 83, 90). S. [REDACTED] gab dazu in der Zeugenbefragung an, sie habe der Vorgabe im Protokoll zum Vorstellungsgespräch (kläg.act. 4) entsprechend die Klägerin darauf hingewiesen, dass als Teil des Selektionsprozesses eine Konsultation beim Arbeitsarzt - der gemäss Aussage von [REDACTED] K. [REDACTED] mit dem im Gesundheitsfragebogen der Beklagten, kläg.act. 5, erwähnten Personalarzt identisch ist (act. 31 Frage 50) - vorgesehen sei. Dessen Aufgabe bestehe darin, die physische und psychische Eignung der Bewerberin für die Tätigkeit in der Krankenpflege zu prüfen. Ihr, S. [REDACTED], sei klar gewesen, dass im Rahmen dieser Prüfung auch der Impfstatus der Bewerbenden geklärt werde, denn das sei Teil der Eignungsabklärung. Im Bewerbungsgespräch habe sie die Impfung jedoch nie zum Thema gemacht, sie habe nie gefragt, ob jemand geimpft sei (act. 32 Fragen 26 bis 30).

Auf Vorhalt ihrer entsprechenden Protokollnotiz (kläg.act. 4: "Ist nicht geimpft, würde diesen Kompromiss eingehen.") räumte die Zeugin ein, dass im Gespräch mit der Klägerin das Thema Impfen zur Sprache gekommen sein müsse. Konkret könne sie sich jedoch nicht daran erinnern, was im Einzelnen besprochen worden sei. Sie habe aber wohl doch erwähnt, dass im Rahmen der Eignungsabklärung der Impfstatus abgeklärt werde. Vor diesem Hintergrund wäre es ihres Erachtens plausibel, dass die Klägerin erklärt habe, dass sie nicht geimpft, aber kompromissbereit sei. Selber habe sie aber nicht danach gefragt, denn die Abklärung der medizinischen Eignung sei nicht ihre Aufgabe, sondern die des Arbeitsarztes. Für sie, die Zeugin, sei der Hinweis, dass die Klägerin nicht geimpft sei, kein Problem gewesen, zumal sie ja gesagt habe, dass sie einen Kompromiss eingehen würde. Sie sei auf-



grund dessen davon ausgegangen, dass die Klägerin die empfohlenen Impfungen vornehmen lassen würde. Rückblickend hätte man, wie die Zeugin auf die Frage, ob unter den gegebenen Umständen nicht ein Hinweis auf ein potentielles Problem angebracht gewesen wäre, etwas anders machen können. In einer solchen Situation habe sie sich zuvor aber nie befunden. Es sei nicht ihre Aufgabe, den Impfstatus zu prüfen. Sie gehe im Bewerbungsgespräch auf die Kompetenzen ein, und sie wisse auch gar nicht, welche Impfungen es abschliessend brauche. Dass spezifisch über eine Impfung gegen Hepatitis B gesprochen worden sei, konnte die Zeugin auf entsprechende Frage weder bestätigen noch ausschliessen. Letztlich wisse sie auch nicht, ob sie gesagt habe, dass der Arbeitsarzt den Impfstatus prüfe. "Auf das Glatteis der medizinischen Begutachtung" habe sie sich nicht begeben (act. 32 Fragen 26 bis 30 und 42 bis 47).

g) Aus den anlässlich der Hauptverhandlung erhobenen Aussagen ergibt sich nach dem Gesagten nicht, dass der Kompromiss, den einzugehen die Klägerin sich im Rahmen des Bewerbungsgesprächs bereit erklärte, der Darstellung der Beklagten entsprechend über die Impfung gegen Hepatitis B hinaus auch andere Impfungen einschloss, deren Verweigerung letztlich zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses Anlass gab.

Auch davon abgesehen deutet nichts auf ein entsprechendes, vor Vertragsschluss erklärtes Zugeständnis der Klägerin hin. Die erst nach Antritt der Ausbildung initiierte medizinische Eignungsabklärung (dazu act. 31 Fragen 53 bis 63 und act. 32 Fragen 31 bis 36), in deren Verlauf der Impfstatus der Klägerin und damit auch der Umfang der als Voraussetzung für die Beschäftigung in der Klinik [REDACTED] nachzuholenden Basisimpfungen erhoben werden sollten, wurde nach übereinstimmender Darstellung der Parteien nie durchgeführt, da die fehlende Bereitschaft dazu als Folge des in kläg.act. 7 dokumentierten eMail-Verkehrs zwischen der Klägerin und S [REDACTED] offenbar wurde. Die Umstände, die ihr nach ihrer nicht widerlegten Darstellung am 16. November 2017 zur Rückfrage betreffend die Impfanforderungen der Beklagten Anlass gaben (dazu act. 31 Fragen 64 bis 66 und 72 bis 76), lassen ebenfalls den Schluss nicht zu, dass die Klägerin über diese Anforderung tatsächlich bereits vor Vertragsschluss informiert war.

h) aa) Vor dem Hintergrund der gegensätzlichen Standpunkte ist zusammenfassend festzustellen, dass eine vertragliche Abrede mit dem Inhalt, dass sich die Klägerin im Hinblick auf die praktische Tätigkeit in der Klinik [REDACTED] zur Durchführung der von der Beklagten geforderten "Basisimpfungen" und zumal konkret bestimmter Impfungen verpflichtete, nicht nachgewiesen ist.



bb) Damit stellt sich nach dem Gesagten die Frage, ob eine normativ feststellbare Überstimmung des gegenseitig erklärten Parteiwillens mit diesem Inhalt zustande gekommen ist, wobei es, wie erwähnt, bei der Feststellung eines hypothetischen Parteiwillens allein auf die zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegenden Umstände und damit darauf ankommen kann, wie die gegenseitigen Willensäusserungen, seien sie ausdrücklich oder auch nur konkludent zum Ausdruck gebracht worden, nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten.

Hierzu fällt in Betracht, dass das von S. [REDACTED] verfasste Protokoll des Bewerbungsgesprächs vom 22. April 2016 (kläg.act. 4), auf dessen Formulierung ("Ist nicht geimpft, würde diesen Kompromiss eingehen") sich die Beklagte zur Stützung ihres Standpunkts beruft, für die Personalakten und damit für den internen Gebrauch im Rahmen des Selektionsprozesses bestimmt und demnach der Klägerin zur Zeit des Vertragsschlusses nicht bekannt war (act. 31 Frage 46 sowie act. 32 Frage 48). Ist dies der Fall, kann sein Inhalt der Klägerin nicht als Ausdruck eines hypothetischen Parteiwillens entgegengehalten werden, sondern kommt es vielmehr darauf an, wie sie und S. [REDACTED] sich im mündlichen Gespräch verständigt haben. Die Klägerin selber nimmt gemäss ihrer Parteiaussage an, dass sie und S. [REDACTED] sich falsch verstanden haben müssten. Ihr sei bewusst, gewesen, dass sie sich gegen Hepatitis B impfen lassen müsste und sei dazu auch bereit gewesen (act. 31 Frage 78). Die Zeugin bestätigte ihrerseits auch nach Vorhalt ihrer eigenen Protokollnotiz nicht, die Klägerin ausdrücklich auf eine im Betrieb der Beklagten bestehende Pflicht hingewiesen zu haben, bestimmte Basisimpfungen nachzuholen. Sie habe vielmehr die vor Beginn der praktischen Ausbildung anstehende Konsultation beim Arbeitsarzt zur Sprache gebracht, dessen alleinige Aufgabe es gewesen sei, die Voraussetzungen der medizinischen Eignung der Bewerberin zu prüfen. Die Darstellung der Klägerin, wonach im Gespräch nur die Impfung gegen Hepatitis B thematisiert worden sei, ist damit nicht widerlegt. Sie ist im Übrigen insoweit plausibel, als sich aus dem entsprechenden Hinweis in der von der Beklagten ausgefertigten Anstellungsbestätigung (kläg.act. 11) die besondere Bedeutung der Hepatitisimpfung ableiten lässt. Im Ergebnis ist vor diesem Hintergrund die Klägerin in ihrem Verständnis zu schützen, dass für den Einsatz im Betrieb der Beklagten tatsächlich nur diese Impfung gefordert wird.

2.4 Es bleibt zu prüfen, ob die Beklagte berechtigt war, die Klägerin aufgrund des ihr zustehenden Weisungsrechts zur Vornahme der geforderten Impfungen zu verpflichten.



a) aa) Das Weisungsrecht des Arbeitgebers als Ausfluss der Unterordnung des Arbeitnehmers im Rahmen der Arbeitsorganisation des Arbeitgebers ist für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in Art. 321d Abs. 1 OR ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Danach kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz einseitig allgemeine Anordnungen - etwa in der Form von Reglementen, Betriebsordnungen und dgl. - und individuelle Weisungen erlassen. Der Arbeitnehmer seinerseits ist verpflichtet, diesen Weisungen nachzukommen (Art. 321d Abs. 2 OR).

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist allerdings kein unbeschränktes. Es findet seine Grenzen zunächst im zwingenden Recht, namentlich in dem durch Art. 27 f. ZGB gewährleisteten und durch Art. 328 OR konkretisierten Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Ist eine Weisung rechtswidrig, verpflichtet sie den Arbeitnehmer nicht. Er kann ihre Befolgung ablehnen, ohne gegen seine vertraglichen Pflichten zu verstossen. Eine deswegen ausgesprochene fristlose Kündigung wäre ungerechtfertigt, eine ordentliche Kündigung missbräuchlich (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Ausfluss des Persönlichkeitsrechts ist dabei auch der Gleichbehandlungsgrundsatz, der durch eine Weisung nicht ohne sachlichen Grund verletzt werden darf (Streiff/von Kaenel /Rudolph, a.a.O., N 2 und 3 zu Art. 321d OR mit weiterführenden Hinweisen).

bb) Die Entscheidung darüber, ob und inwieweit eine Anordnung des Arbeitgebers berechtigt und vom Arbeitnehmer 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.

Als Korrelat dazu haben sich Weisungen, die in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, auf das betrieblich Notwendige zu beschränken. Das Persönlichkeitsrecht genießt demnach keinen absoluten Schutz, denn mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages begibt sich der Arbeitnehmer der freien Ausübung dieses Rechts, indem er sich zur Integration in die Arbeitsorganisation und dazu verpflichtet, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

b) Die Frage, ob das Weisungsrecht des Arbeitgebers die Statuierung einer Impfpflicht für die Mitarbeitenden zulässt, lässt sich nicht ohne differenzierte Betrachtung beantworten. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 15b zu Art. 328 OR) wie auch Rudolph (Rudolph, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal - Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 ("Schweinegrippe"), in: ARV 2010 S. 1 ff.) anerkennen das Weisungsrecht als genügende Rechtsgrundlage, um



in einer akuten Pandemiesituation (ähnlich einschränkend mit Ausnahme einer Grippeimpfpflicht: Geissberger, Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, in: Pflegerecht 2017 S. 238) 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 ist 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 sind, je exponierter der Patientenkontakt, je zuverlässiger die Impfung und je geringer ihre Nebenwirkungen sind, um so eher wird das Arbeitgeberinteresse überwiegen und vice versa.

Die pauschale Bejahung eines generellen Impfblogatoriums für das gesamte Spitalpersonal, unbesehen von individuellen Faktoren wie z.B. tatsächliche Exposition oder subjektive Risiken hinsichtlich Impfnebenfolgen, wird von den zitierten Autoren hingegen abgelehnt (siehe dazu bezogen auf die aktuell grassierende, pandemische Ausbreitung des Coronavirus Sars-Cov 2 auch Szucs/Drack, Covid-19-Impfpflicht, in: Jusletter 14. Juni 2021). Sie sehen sich in dieser Auffassung durch den in GVP 2006 Nr. 1 publizierten Entscheid des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 19. Oktober 2006 bestätigt, der sich freilich nicht auf eine Pandemielage bezieht und sich spezifisch mit einer für den Betrieb des Kantonsspitals St.Gallen erlassenen Weisung betreffend die Pflicht zur Impfung gegen Hepatitis-B und der Weigerung einer Mitarbeitenden auseinanderzusetzen, sich ihr zu unterziehen. Das Verwaltungsgericht gelangte zum Schluss, dass das durch den Schutz von Personal und Patienten begründete Interesse an der Durchführung der hoch wirksamen, ungefährlichen und wenig schmerzhaften Impfung, die zudem durch die periodische Durchführung von Antikörpertests nicht gleichwertig substituiert werden könne, das private Interesse der Klägerin überwiege, auch wenn sie als sog. "Sitznachtwächterin" einer geringeren Infektionsgefahr ausgesetzt sei als es Ärzte oder Pflegemitarbeitende sind (GVP 2006 Nr. 1 E.2.d und e).

c) Eine Einzelfallbetrachtung dieser Art erforderte im vorliegenden Fall eine Auseinandersetzung sowohl mit der Wirksamkeit als auch mit den Auswirkungen der von der Klägerin verlangten und von ihr verweigerten "Basisimpfungen". Da nach dem bereits Gesagten die medizinische Eignungsabklärung aufgrund der grundsätzlich ablehnenden Haltung der Klägerin nicht durchgeführt wurde, steht nicht fest, welche Impfungen von ihr konkret verlangt worden wären.



Aus kläg.act. 7 (eMail von S [REDACTED] vom 16. November 2017) ergibt sich hierzu ein Hinweis auf die vom Bundesamt für Gesundheit empfohlenen Massnahmen zur Infektionsprävention. In der Klageantwort (Rz. 36) ist konkret von Impfungen gegen Masern, Mumps und Röteln sowie gegen Hepatitis B und Diphtherie-Tetanus die Rede. Die Richtlinien der Beklagten zum Gesundheitsschutz, auf die in Ziff. 7 des Ausbildungsvertrages verwiesen wird (kläg.act. 3) sind, wie ebenfalls gesagt wurde, nicht dokumentiert. Neben dem sachlichen lässt sich damit auch der personelle und der betriebliche bzw. örtliche Geltungsbereich dieser Richtlinien und gegebenenfalls ihr Umgang mit einer durch gesundheitliche Prädisposition bedingten Kontraindikation nicht ermitteln. Letzteres ist vorliegend nicht relevant, weil die Ablehnung der Klägerin nach ihren Angaben in ihrer persönlichen Einstellung begründet ist (act. 31 Frage 79). Im Grundsatz ist sodann anerkannt, dass Ärzten und Pflegenden mit direktem Patientenkontakt, wie dies im konkreten Fall zweifellos erwartet werden musste (dazu act. 31 Fragen 11 ff.), Massnahmen wie eine Impfpflicht eher rechtfertigen lassen als gegenüber dem kaufmännischen Personal im Innendienst (Rudolph, a.a.O., S. 9 f.) und umso mehr gegenüber Beschäftigten ausserhalb des Gesundheitswesens.

d) Die Klägerin hat andererseits in ihrer Klageschrift (S. 17 f.) die Frage aufgeworfen, ob, und sinngemäss bestritten, dass alle Mitarbeitenden der Klinik [REDACTED] den von ihr geforderten Impfschutz aufweisen. Sie hat auch anlässlich der Hauptverhandlung die Weigerung der Beklagten (Klageantwort Rz 58) beanstandet, den Impfstatus der Mitarbeitenden mit potentiellm Patientenkontakt offenzulegen (Verhandlungsprotokoll act. 31 S. 2, Manuskript zum ersten Parteivortrag act. 33 S. 24 f.).

Der Leiter des Personaldienstes der Beklagten, [REDACTED] K [REDACTED], hat in der Parteibefragung in der Tat eingeräumt, dass nicht alle Pflegenden bzw. nicht sämtliche Mitarbeitenden des medizinischen Personals über den empfohlenen Impfschutz verfügten (act. 31 Fragen 97 f.). Aus seiner Begründung, wonach die aktuell geltenden Impfanforderungen "nicht seit der Gründung der Klinik 1978 als integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages definiert" gewesen seien, muss abgeleitet werden, dass die Beklagte seit Bestehen des im Klinikbetrieb nach der Einschätzung von [REDACTED] K [REDACTED] seit ca. acht bis zehn Jahren geltenden Impfblogatoriums (act. 31 Fragen 67 bis 70) bei neu eintretenden Mitarbeitenden Impfungen voraussetzt, die sie von ihren langjährig Beschäftigten nicht verlangt. Der Hinweis darauf, dass die Impfanforderungen zuvor nicht integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages bildeten, lässt sich insoweit nachvollziehen, als die Vertragsfreiheit die Statuierung von im Vergleich zu früher begründeten Arbeitsverhältnissen abweichenden Vertragsbedingungen grundsätzlich zulässt. Im Fall der Klägerin ist das indessen nicht der Fall, da, wie festgestellt wurde



(oben E. III.2.3) im gegenseitigen Verhältnis der Parteien eine Impfpflicht gerade nicht vertraglich begründet wurde.

e) aa) Ist, soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen, so muss im Gegensatz dazu bei der Ausübung des Weisungsrechts die Gleichbehandlung der Mitarbeitenden gewährleistet sein (vorstehend E. III.2.4.a; im Zusammenhang mit einer Impfpflicht s. auch Szucs/Drack, a.a.O., Impfpflicht, in: Jusletter 14. Juni 2021, N 46). Die Existenz einer generellen Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden wird zwar überwiegend verneint, mit Bezug auf die Ausübung des Weisungsrechts wie mit Bezug auf Benachteiligungen bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen jedoch ebenso deutlich anerkannt. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz wird überwiegend aus der Art. 328 OR immanenten allgemeinen Fürsorgepflicht abgeleitet. Er hat zur Folge, dass der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer nicht willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund, benachteiligen darf.

Streiff/von Kaenel /Rudolph (Streiff/von Kaenel /Rudolph, a.a.O., N 12 zu Art. 328 OR, mit Hinweisen) verweisen in diesem Zusammenhang auf die in BGE 129 III 276 E. 3.1 verwendete Formulierung, wonach "auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen (können), wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt". Sie schliessen daraus, dass eine nach Art. 328 rechtlich relevante Ungleichbehandlung von vornherein nur vorliegen könne, wenn ein einzelner Arbeitnehmer oder allenfalls eine kleine Gruppe einzelner Arbeitnehmer gegenüber dem Gros der Belegschaft diskriminiert wird. Hingegen fehle es an dem vom Bundesgericht vorausgesetzten Element der willkürlichen, individuellen Diskriminierung, wenn grössere Gruppen oder gar ganze Mitarbeiterkategorien von der Benachteiligung betroffen seien. Das Bundesgericht sei ausserdem insofern zurückhaltend, als es folgere, dass es zum Wesen der Vertragsfreiheit gehöre, dass der Arbeitgeber selber bestimmen könne, welche Motive er als sachgemäss für eine unterschiedliche Behandlung betrachte.

Diese Interpretation der zitierten Entscheidung bedarf der Präzisierung insoweit, als das Bundesgericht in der betreffenden Erwägung für die Annahme einer unzulässigen Ungleichbehandlung keineswegs verlangt, dass ein einzelner Arbeitnehmer oder allenfalls eine kleine Gruppe einzelner Arbeitnehmer gegenüber dem Gros der Belegschaft diskriminiert wird. Es erachtet den Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot als gegeben, "wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger ge-



stellt wird", während das nicht der Fall sei, "wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser (stelle)". Die Erwägung des Bundesgerichts ist so zu verstehen, dass der Arbeitnehmer individuell eine unzulässige Ungleichbehandlung geltend machen kann, wenn er *gegenüber einer Vielzahl anderer Mitarbeitender benachteiligt* ist, da nur darin einer den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Hingegen ist die *individuelle Bevorzugung bestimmter Arbeitnehmender* nicht zu beanstanden (BGE 129 III 276 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen). In diesem Fall braucht, wie das Bundesgericht in der betreffenden Erwägung mit Blick auf das grundlegende Prinzip der privatautonomen Vertragsfreiheit ebenfalls festhält, der Arbeitgeber über das Motiv der Bevorzugung nicht Rechenschaft abzulegen, weshalb im konkreten Fall dem austretenden Mitarbeiter die Ausrichtung einer Gratifikation zulässigerweise verweigert werden durfte, obwohl in den vorangegangenen Jahren vereinzelt und damit ausnahmsweise anders verfahren worden war.

bb) Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgebots erstreckt sich, wie gesagt, über den im zitierten Entscheid thematisierten Bereich der freiwilligen Arbeitgeberleistungen hinaus auf die Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers, während etwa in Bezug auf das Aussprechen einer fristlosen Kündigung, als nur einer von drei fehlbaren Mitarbeitern fristlos entlassen wurde, die Berufung auf den Gleichbehandlungsanspruch verwehrt blieb (GVP 2008 Nr. 50). Soweit das Weisungsrecht in Frage steht, können die in BGE 129 III 246 E. 3.1 im Zusammenhang mit dem Gratifikationsanspruch formulierten Einschränkungen nicht ohne Weiteres zum Tragen kommen. Der Arbeitgeber hat sein Weisungsrecht nach Treu und Glauben, d.h. willkürfrei auszuüben, er darf deshalb unter vergleichbaren Arbeitnehmern nicht unsachlich differenzieren (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 328 OR sowie N 34 zu Art. 321d; Streiff/von Kaenel /Rudolph, a.a.O., N 2 und 3 zu Art. 321d OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 321d).

Vorliegend hat sich nach dem Gesagten ergeben, dass die Beklagte mit Bezug auf die Impf-anforderungen an ihr medizinisches Personal danach differenziert, ob der Eintritt erfolgte, bevor bzw. nachdem ein Obligatorium eingeführt wurde. Ein sachlicher Grund für diese unterschiedliche Behandlung wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Aus der in der Parteibefragung vorgebrachten Erklärung ergibt sich im Gegenteil, dass die Impfungen vom früher eingestellten Personal nicht verlangt werden, weil eine vertragliche Grundlage dafür fehlt. Ist sie, wie festgestellt wurde, auch im Fall der Klägerin nicht gegeben, kann der Beklagten nicht zugestanden werden, sie zur Durchführung der "Basisimpfungen" anzuweisen, während sie bei anderen Mitarbeitenden auf eine solche Anweisung verzichtet. Auf die Dauer der Anstellung kommt es dabei nicht an. Wurde die Klägerin ohne vertragliche Statuierung einer Impfpflicht angestellt, so durfte sie nach Treu und Glauben davon ausgehen,



dass sie (auch) in dieser Hinsicht im Vergleich mit dem zuvor angestellten Personal keine für sie nachteilige Behandlung hinnehmen müsste. Es kommt hinzu, dass mit der Duldung von langjährigen Mitarbeitenden ohne die von der Beklagten als erforderlich erachtete Immunisierung deren nachvollziehbares Interesse an der Impfung des Personals zur Gewährleistung des Infektionsschutzes im Klinikbetrieb an Gewicht verliert. Die tatsächliche Zahl der ungeimpften Mitarbeitenden ist dabei wiederum nicht entscheidend. Wesentlich ist die im Grundsatz bestehende Bereitschaft der Beklagten, einen aus ihrer Sicht unvollständigen Impfstatus ihrer Mitarbeitenden in Kauf zu nehmen.

2.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt war, die Klägerin auf vertraglicher Grundlage zur Vornahme der letztlich verweigerten Impfungen anzuhalten (oben. E. II/2.3). Im Ergebnis kann sodann dahingestellt bleiben, ob die Abwägung der gegenseitigen Interessen die Klägerin dazu berechtigte, der Impfanweisung nicht Folge zu leisten, in welchem Fall die Kündigung des Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zu qualifizieren wäre. Letztlich ist darauf abzustellen, dass eine entsprechende Anweisung den durch Art. 328 OR geschützten Anspruch der Klägerin auf eine diskriminierungsfreie Ausübung des Weisungsrechts (Art. 321d OR) verletzte. Die in Verletzung dieses Anspruchs ausgesprochene Kündigung erfüllt den Missbrauchstatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

2.6 a) Die Rechtsfolge der missbräuchlichen Kündigung besteht gemäss Art. 336b Abs. 1 und 2 OR darin, dass die Beklagte der Klägerin eine Entschädigung auszurichten hat. Deren Höhe ist unter Würdigung der konkreten Umstände nach richterlichem Ermessen festzulegen, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht, wobei nach feststehender Praxis auf den Bruttolohn abzustellen ist. Mit ihrer Forderung von Fr. 8'710.00 verlangt die Klägerin den Maximalbetrag von sechs Monatslöhnen, wobei darin der anteilige 13. Monatslohn eingerechnet ist (kläg.act. 11).

Ihrer rechtlichen Natur nach handelt es sich bei der Entschädigung weder um Lohn noch um Schadenersatz, da das Arbeitsverhältnis mit der Kündigung endet und das Vorliegen eines Schadens für die Zusprechung nicht vorausgesetzt ist. Sie hat - nicht anders als die in Art. 337c Abs. 3 OR für den Fall der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung vorgesehene Pönale - den Charakter einer zivilrechtlichen Strafe mit Genugtuungs- und Strafcharakter. Mit dem Ende des Arbeitsvertrages tritt automatisch Verzug ein und sind Verzugszinsen geschuldet. Eine Mahnung ist nicht notwendig, da sich der Verfalltag aus einer Kündigung ergibt (Streiff/von Kaenel /Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 336a OR).



b) aa) Bei der Festsetzung der Strafzahlung sind als Bemessungskriterien etwa die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten, der Grad der Missbräuchlichkeit des Motivs des Kündigenden bzw. die Schwere von dessen Verfehlung und die besonderen Umstände der Kündigung wie ein rücksichtsloses Vorgehen, eine besonders herabsetzende oder verweigernde Begründung zu berücksichtigen. Weitere Faktoren können sich aus der Enge, Dauer und Art der vertraglichen Beziehung ergeben, ausserdem aus dem Alter und der sozialen, namentlich familiären Situation des Gekündigten oder der finanziellen Lage der Parteien (dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O. N 3 zu Art. 336a; Rehbinde/Stöckli, a.a.O., N 11 zu Art. 336a OR).

bb) Die Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Dauer einer Kündigungsfrist spielt für die Bemessung insoweit eine Rolle, als ein Arbeitnehmender nach kurzer Beschäftigungsdauer und gar noch in der Probezeit nicht in gleichem Mass wie ein langjährig Mitarbeitender in seinem Vertrauen auf eine Weiterbeschäftigung geschützt werden muss. Dieser Gesichtspunkt spricht, da die Beklagte ein auf zwei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Probezeit zur Auflösung brachte, vorliegend dafür, bei der Festsetzung der Entschädigung einen zurückhaltenden Massstab anzulegen. Das Alter kann etwa zugunsten des Gekündigten Berücksichtigung finden, der zur Zeit der Entlassung kurz vor der Pensionierung steht und deshalb für den Arbeitgeber absehbar auf dem Arbeitsmarkt in eine schwierige Position geraten dürfte. Auch in dieser Hinsicht ist der Klägerin keine besondere Schutzbedürftigkeit zuzugestehen, da Mitarbeitende in Pflegeberufen in ihrer beruflichen Neuorientierung der Regel keine Schwierigkeiten haben. Zugunsten der Klägerin ist allerdings in Betracht zu ziehen, dass im konkreten Fall ein Ausbildungsverhältnis in Frage steht, das besonderen Schutz verdient, weil mit der Entlassung ohne die Möglichkeit einer nahtlosen Anschlusslösung der Verlauf der Ausbildung gefährdet sein kann. Dass sie aufgrund ihrer persönlichen Einstellung im Vergleich zu Bewerbenden ohne Vorbehalte gegenüber einer im Einzelfall bestehenden Impfanforderung ein weniger breites Stellenangebot in Aussicht haben könnte, ist gegebenenfalls nicht von der Beklagten zu vertreten und bleibt deshalb auf die Höhe der Strafzahlung ohne Auswirkung. Andererseits ist der Beklagten zuzugestehen, dass sie auf das Interesse der Klägerin an einer Fortsetzung insoweit Rücksicht genommen hat, dass die Kündigung nicht auf den frühestmöglichen Zeitpunkt, sondern auf das Ende der zur Zeit der Kündigung noch laufenden schulischen Ausbildungsphase ausgesprochen wurde. Es kommt hinzu, dass der Klägerin mit bereits abgeschlossener Grundausbildung als Fachangestellte Gesundheit (act. 31 Frage 5) selbst im - nicht eingetretenen - Fall einer Unterbrechung der Zusatzausbildung eine weitere Tätigkeit im Pflegebereich nicht verwehrt gewesen wäre. Eine besondere sozial oder finanziell begründete Verletzlichkeit ist auch aus anderen Gründen nicht erkennbar.



Von besonderer Bedeutung für die Bemessung der Entschädigung ist nach dem Gesagten, wie schwer der Vorwurf wiegt, den sich die Arbeitgeberin aufgrund ihres als missbräuchlich qualifizierten Vorgehens gefallen lassen muss. Der Beklagten kann in dieser Hinsicht keine schwer wiegende Verfehlung angelastet werden. Sie hat vor der Kündigung mit der Klägerin das Gespräch gesucht, den Kündigungsgrund offen deklariert ohne die Entscheidung der Klägerin, an ihrer Weigerung, sich impfen zu lassen, negativ zu werten, und im Gegenteil ihre Wertschätzung für die Klägerin als "aufstrebende junge Pflegefachfrau" zum Ausdruck gebracht. Das Interesse an einer Verbesserung des Infektionsschutzes im Klinikbetrieb ist sodann als Motiv für die Entscheidung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses keineswegs abwegig, sondern vielmehr nachvollziehbar. Die Missbräuchlichkeit der Kündigung ergibt sich denn auch nicht daraus, sondern vielmehr aus dem Vorgehen der Beklagten, die es versäumte, eine klare vertragliche Grundlage zu schaffen, indem sie sich vor dem Vertragsschluss der Bereitschaft der Klägerin versicherte, die Durchführung der als notwendig betrachteten Impfungen als Voraussetzung für die Tätigkeit im Betrieb zu akzeptieren. Wenn nicht letztlich aus der Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs der Schluss auf das Vorliegen einer durch Art. 336 Abs. 1 lit. d OR sanktionierten Kündigung zu ziehen gewesen wäre, hätte die Entscheidung als Resultat einer schwierigen Abwägung der gegenseitigen Interessen getroffen werden müssen. Auch so betrachtet kann das Motiv, das zur Kündigung Anlass gab, nicht als in besonderem Masse strafwürdig bezeichnet werden. Dass von der Klägerin mehrere Impfungen verlangt wurden und daher auch die damit verbundene Persönlichkeitsverletzung eine mehrfache gewesen sein soll, wie sie dies im Zusammenhang mit ihrer zweiten Teilforderung (Rechtsbegehren Ziff. 2; dazu nachfolgend E. III/3) geltend macht, änderte auch in diesem Fall nichts, da das Gesetz den Entschädigungsanspruch allein an die Missbräuchlichkeit der Kündigung anknüpft.

Die Entschädigung ist aus den dargelegten Gründen im unteren Bereich der gesetzlichen Bandbreite anzusiedeln. Im Ergebnis ist ein Betrag in der Höhe von zwei Monatslöhnen (kläg.act. 11) angemessen, wobei, wie erwähnt, auf den Ansatz des Bruttolohnes abzustellen ist. Unter Einschluss des anteiligen 13. Monatslohnes ist die Klage gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens im Umfang von Fr. 2'903.35 und mit einem Verzugszinsanspruch in Höhe von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) seit 11. Dezember 2017 zu schützen.

3. a) Die Klägerin fordert neben der Entschädigung gemäss Art. 336a OR einen weiteren Betrag in der gleichen Höhe von Fr. 8'710.00 mit der Begründung, dass sie in ihrer Persönlichkeit verletzt worden sei.



Als Anspruchsgrundlagen für eine Genugtuungsleistung fallen grundsätzlich die Art. 47 und Art. 49 OR in Betracht. Aus Art. 47 OR kann von vornherein kein Anspruch abgeleitet werden, da zu Recht nicht geltend gemacht wird, dass die Klägerin in ihrer körperlichen Integrität verletzt, namentlich, dass sie gegen ihren Willen zwangsweise geimpft worden sei. Art. 49 OR lässt die Zusprechung einer Genugtuung wegen einer widerrechtlichen Verletzung der Persönlichkeit zu, sofern dies die Schwere der Verletzung rechtfertigt und sofern diese Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist.

b) Davon ausgehend, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich zu qualifizieren ist und die Beklagte deshalb eine Entschädigung aus Art. 336a OR schuldet, ist mit der Ausrichtung dieser Entschädigung die durch die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründete Verletzung in der Persönlichkeit abgegolten. Der Entschädigungsanspruch gemäss Art. 336a OR ergibt sich gerade daraus, dass die missbräuchliche Kündigung vom Gesetz als persönlichkeitsverletzend gewertet ist. Wie bereits dargelegt wurde, ist die Strafzahlung weder Lohn noch Schadenersatz, sondern vielmehr sowohl Strafe als auch Genugtuung für erlittene Unbill. Dass die seelische Unbill, die die Arbeitnehmerin durch eine missbräuchliche Kündigung erleidet, durch die Entschädigung aus Art. 336a OR abgegolten ist, schliesst zwar nicht aus, dass im Einzelfall zusätzlich eine Genugtuung aus Art. 49 OR beansprucht werden kann. Dieser Anspruch kann sich jedoch nicht aus der Kündigung ergeben, sondern muss sich gegebenenfalls aus anderen Umständen ableiten lassen (zur vergleichbaren Frage der Anspruchskonkurrenz aus Art. 49 und Art. 337 c Abs. 1 und 3 OR siehe BGE 135 III 405 = Pra 99 (2010) Nr. 8).

Die von der Klägerin zur Begründung ihrer Forderung vorgebrachten Argumente (dazu Klageschrift S. 21 ff.) sind demnach unbeachtlich, soweit sie sich auf die Kündigung beziehen. Diese Feststellung gilt namentlich für das Argument, dass der Ausbildungslohn der Klägerin nicht hoch und eine Strafzahlung deshalb in jedem Fall unzureichend sei. Art. 336a OR begrenzt die Entschädigungshöhe ohne Berücksichtigung des zugrundeliegenden Ansatzes abschliessend. Davon abgesehen ist nicht erkennbar, welche anderen als die für den missbräuchlichen Charakter relevanten Umstände die Klägerin in ihrer Persönlichkeit verletzt haben sollen. Dass schon die blosser Aufforderung, sich, zumal mehrfach, impfen zu lassen, eine Persönlichkeitsverletzung darstelle und zudem derart intensiv in das Persönlichkeitsrecht eingreife, dass sie die Zusprechung einer Genugtuung rechtfertige, kann nicht ernsthaft behauptet werden.



IV.

1. Die Prozesskosten sind gemäss Art. 106 ZPO den Parteien nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 114 Abs. 2 lit. c ZPO). Zu den Gerichtskosten gehören auch die Barauslagen (Art. 95 Abs. 2 ZPO) von Fr. 80.00 (Zeugenschädigung). Sie sind demnach vom Staat zu tragen.

2. Zu den Prozesskosten gehören ausserdem die Parteikosten (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO). Verhältnismässige Verteilung heisst für Parteientschädigungen, dass die Bruchteile des Obsiegens bzw. Unterliegens beider Parteien gegeneinander zu verrechnen sind (Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger [HrsG], N 9 zu Art. 106 ZPO).

Vorliegend ergibt sich zusammenfassend, dass die Klägerin mit ihrer Entschädigungsforderung aus missbräuchlicher Kündigung zu einem Drittel durchzudringen vermag, gemessen an der Gesamtforderung von Fr. 17'420.00 zu einem Sechstel, da sie mit der zweiten Teilforderung (Persönlichkeitsverletzung) unterliegt. Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO lässt eine Abweichung vom quantitativen Prozessausgang zu, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig war. Das ist vorliegend der Fall, soweit der Entschädigungsanspruch aus Art. 336a OR in Frage steht. Insgesamt rechtfertigt sich eine Kostenteilung im Verhältnis von zwei Dritteln zu einem Drittel, in welchem Fall die Klägerin der Beklagten die Differenz von einem Drittel ihrer Parteikosten zu ersetzen hat. In quantitativer Hinsicht kann im Grundsatz auf die von der Klägervertretung eingereichte, tarifgemässe Kostennote abgestellt werden (Grundhonorar gemäss Art. 14 HonO Fr. 4'438.80 zuzüglich 4% als pauschale Entschädigung für Barauslagen). Ein Zuschlag für Mehrwertsteuer ist nicht zu berücksichtigen, da die Beklagte selber mehrwertsteuerpflichtig ist. Sie kann daher einen Mehrwertsteuerzuschlag ihrer Vertretung als Vorsteuer abziehen (BGE 4A_465/2016, E. 3 vom 15. November 2016). Der Beklagten ist daher als Parteientschädigung ein Betrag von Fr. 1'538.80 zuzusprechen.



Entscheid

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 2'903.35 nebst 5% Zins seit 11. Dezember 2017 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Die Barauslagen (Fr. 80.00) trägt die Gerichtskasse.
3. Die Klägerin bezahlt der Beklagten als Parteientschädigung Fr. 1'538.80.

Der Kreisrichter

Der a.o. Gerichtsschreiber

Peter Frei

Fredrik Bolt

Zustellung an

- Rechtsanwältin [REDACTED] (E, im Doppel)
- Rechtsanwältin [REDACTED] (E, im Doppel)
- Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse (A; orientierungshalber)

Versand am:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert der nicht erstreckbaren Frist von 30 Tagen seit der Zustellung schriftlich und begründet Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO beim Kantonsgericht St.Gallen, Klosterhof 1, 9001 St.Gallen, eingereicht werden. Die Berufungsschrift hat die Änderungsbegehren sowie deren tatsächliche und rechtliche Begründung zu enthalten.

Die Berufungsschrift ist dem Gericht zusammen mit dem angefochtenen Entscheid (je ein Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei) einzureichen. Sie ist zu unterzeichnen. Der Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren wird vom Kantonsgericht St.Gallen festgelegt.

Der Kostenentscheid ist selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO).