

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AH220121-L vom 3. Januar 2024

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2024-01-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AH220121-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AH220121-L du 3 janvier 2024

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AH220121-L del 3 gennaio 2024

Erwägungen

E. 1

Die Parteien / Ausgangslage

E. 1.1

Der Kläger taxiert die Kündigung der Beklagten einerseits als Rachekündigung. Kurz gesagt macht er geltend, die angeordnete Testpflicht der Beklagten sei unzulässig gewesen. Gemäss § 54b Abs. 1 lit. a GesG/ZH ergebe sich, dass die Gesundheitsdirektion nicht zuständig gewesen sei, gesundheitspolizeiliche Vorschriften zu erlassen. Die Testpflicht hätte vielmehr vom Gesamtregierungsrat ausgesprochen werden müssen. Sie sei daher infolge sachlicher Unzuständigkeit der Gesundheitsdirektion nichtig oder zumindest krass rechtsfehlerhaft. Der Kläger habe folglich gegen keine staatlichen Covid-Testpflichten verstossen. Daher sei lediglich die rein privatautonome Weisung der Beklagten Grundlage für die Covid-Testpflicht gewesen. Selbst wenn jedoch davon ausgegangen würde, die Beklagte habe nur staatliche Vorgaben umgesetzt, habe der Kläger die Weisung der Beklagten in guten Treuen für rechtswidrig halten und nicht befolgen dürfen. Andererseits verletze die Weisung der Beklagten, mit welcher die Testpflicht lediglich für nicht immunisierte Personen vorgesehen gewesen sei, den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Kündigung sei demnach missbräuchlich im Sinne von

- 13 - Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. d OR.

E. 1.2

Die Beklagte bestreitet, dass die Gesundheitsdirektion für den Erlass der Testpflicht nicht zuständig gewesen sei. Es sei § 54d Abs. 2 GesG/ZH anwendbar. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht verletzt, zumal sich die Unterscheidung zwischen nicht immunen und immunen Mitarbeitenden auf einen sachlichen Grund gestützt habe. Das regelmässige Testen von nicht immunen Mitarbeitenden sei eine Massnahme gewesen zur Verhinderung einer Infektionsgefahr. Damit habe die Beklagte ihre Pflicht erfüllt, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz aller Mitarbeitenden und ihrer besonders vulnerablen Klientinnen und Klienten mit erhöhter Schutzbedürftigkeit zu sorgen. Der Spucktest habe überdies lediglich einen leichten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeitenden der Beklagten bedeutet. Der Kläger habe sich der rechtmässigen Weisung der Beklagten betreffend die Testpflicht widersetzt, was ein zulässiger Kündigungsgrund gewesen sei.

E. 1.3

Auf das weitere Vorbringen der Parteien wird – soweit relevant – nachfolgend eingegangen. 2. Unstrittige Chronologie der Kündigung

E. 1.4

Auf Ersuchen des Klägers begründete die Beklagte die Kündigung am 21. Oktober 2021 schriftlich wie folgt: " Das Covid-19 Schutzkonzept der B._ Stiftung wurde mehrfach mit dir besprochen und diskutiert (schriftlich und mündlich). Schliesslich musste dir mangels Kooperation die Kündigung angedroht werden (Freistellung vom Dienst und schriftlich Ver- warnung vom 23.09.2021). Die von dir nicht eingehaltenen staatlich auferlegten Vorschriften/Massnahmen, wie auch die auferlegten internen Weisungen dienen dem Schutz der vulnerablen Klientinnen und Klienten und der anderen Mitarbeiten- den der B._ Stiftung und sind von allen Angestellten zwingend zu einer korrekten Leistungserbringung einzuhalten. Deine Weigerung diese Schutzmassnahmen ein- zuhalten, führten zur ordentlichen Kündigung."

E. 1.5

Metern nicht eingehalten werden könne und die länger als 15 Minuten dauern würden zu tragen sei.

E. 2

Eine Form von Missbräuchlichkeit besteht in der sogenannten Rachekündi- gung (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 zu-

- 5 - stehende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Auch die Kündi- gung kraft Persönlichkeit des Arbeitnehmers gilt als missbräuchlich. Dabei genügt es bereits, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Eigenschaft und der Kündigung nur indirekter Natur ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 336 OR).

E. 2.1

Der Kläger war in unterschiedlichen Teilzeitpensen rund 13 Jahre für die Be- klagte tätig. Sowohl das Zwischen- als auch das Schlusszeugnis bringen zum Aus- druck, dass die Beklagte mit den Leistungen des Klägers wie auch seinem Verhal- ten grundsätzlich sehr zufrieden war. Das am 14. September 2021, also rund zwei Wochen vor der ordentlichen Kündigung ausgestellte Zwischenzeugnis, enthält kei- nen Hinweis darauf, dass (bereits damals) Differenzen bezüglich des Umgangs mit staatlichen Massnahmen zur Pandemiebekämpfung bestanden. Daraus vermag der Kläger allerdings insoweit nichts zu seinen Gunsten herzuleiten, als ein Zwi- schenzeugnis sich offensichtlich nicht zu einem (noch gar nicht bestehenden) Kün- digungsgrund zu äussern hat und am 14. September 2021 auch noch nicht fest- stand, wie der Kläger sich abschliessend zu den von ihm verlangen Verhaltensän- derungen positionieren würde.

E. 2.2

Die Erwägungen zur missbräuchlichen Kündigung zeigen deutlich, dass der Kläger sich nicht nur der einmaligen Missachtung staatlicher Anordnungen bzw. berechtigter Weisungen der Beklagten schuldig gemacht hat. Die Problematik der Umsetzung von Schutzmassnahmen trat vielmehr bereits nach der freiwilligen Ein-

- 35 - führung der Maskentragpflicht durch die Beklagte im März 2020 zu tage. Sie dau- erte hernach nicht nur an, sondern akzentuierte sich stetig und gipfelte schliesslich darin, dass der Kläger trotz mehrfacher Gespräche, der Erläuterung der nach Auf- fassung der Beklagten geltenden rechtlichen (wie gezeigt zutreffenden) Gegeben- heiten und der Androhung der Kündigung nicht bereit war, sein Verhalten zu ändern und die verordneten

Schutzmassnahmen umzusetzen. Insbesondere die Anfrage an Klienten, ob der bis zuletzt ungetestete Kläger trotz Maskentragpflicht die Maske bei der Pflege ablegen dürfe, stellt keineswegs eine einmalige, vernachlässigbare Pflichtverletzung dar. Sie wiegt, wie gezeigt, schwer und hätte gar eine fristlose Kündigung rechtfertigen können. Dieses Verhalten und die hinzutretende, abschliessende Verweigerung der Einhaltung der Verpflichtung zu regelmässigen Spucktests führte letztlich dazu, dass der Kläger von der Beklagten ohne eine Gefährdung der Schutzbefohlenen und damit des gesamten Betriebes der Beklagten nicht mehr weiterbeschäftigt werden konnte und durfte. Das Verhalten des Klägers ist insgesamt ein klarer Ausdruck einer feststehenden Grundhaltung, welche seine grundsätzliche Eignung zur Beschäftigung im Bereich des Gesundheitswesens ernsthaft in Frage stellt.

E. 2.3

Die lange, offensichtlich bis März 2020 zufriedenstellend verlaufende Anstellung des Klägers, die grundsätzlich für ein erhöhtes Wohlbefinden und für ein Verbot der Erwähnung von Negativa spricht, tritt vorliegend überdies insofern in den Hintergrund, als bis zum Ausbruch des Corona-Virus weder die Beklagte noch der Kläger mit einer Pandemie bedingten Ausnahmesituation konfrontiert waren. Erst diese erforderte die Einführung von Massnahmen zum Schutz der besonders vulnerablen Klienten der Beklagten, die der Kläger wie gezeigt aus nicht schützenswerten Gründen nicht bereit war, mitzutragen. Die lange klaglose Anstellung des Klägers ändert unter diesen Umständen nichts daran, dass sich seine inskünftige Eignung, in einem Beruf des Gesundheitswesens tätig zu sein, hinterfragen lässt.

E. 2.4

Zutreffend ist schliesslich, dass die Pandemiesituation aktuell gebannt scheint und behördlich keine besonderen Massnahmen mehr verordnet bzw. erforderlich sind. Es ist indes keineswegs so, dass sich gesichert sagen lässt, es bestehe in absehbarer Zeit keinerlei Gefahr mehr hinsichtlich des Ausbruchs einer

- 36 - erneuten Pandemie. Damit einhergehend und entgegen dem Kläger ist das Verhalten bzw. die Haltung des Klägers gegenüber der Umsetzung etwaig neuerlicher erforderlicher Schutzmassnahmen, wie insbesondere das Tragen der Maske, nicht bedeutungslos für einen zukünftigen Arbeitgeber. Im Gegenteil hat er ein berechtigtes Interesse daran, zu wissen, wie sich ein Bewerber für eine Stelle zu möglichen Schutzmassnahmen positioniert. Unterstützt er diese nicht, besteht, wie das vorliegende Beispiel zeigt, die Gefahr, dass er ohne Gefährdung des gesamten Betriebes mit etwaigen Haftungsrisiken nicht beschäftigt werden kann und darf.

E. 2.5

Geht es letztlich um die Erwähnung eines für die Kündigung ausschlaggebenden Grundes, der die grundsätzliche Eignung eines Arbeitnehmenden betrifft, eine zukünftige Arbeitsstelle zu besetzen, so muss der Arbeitgeber ohne allenfalls nicht selbst haftbar zu werden, diesen Grund im Schlusszeugnis erwähnen. Angesichts der konkreten Umstände hat die Beklagte zudem eine doch recht neutrale (und damit wohlwollende) Formulierung gewählt. Sie lässt dem Kläger immerhin Spielraum, sich in einem Bewerbungsgespräch zu erklären. Hätte die Beklagte konkret erwähnt, dass der Kläger Patienten angefragt hat, ob er die Maske entgegen der damals als notorisch und undiskutablen geltenden Maskenpflicht ablegen dürfe, so hätte auch dies der Wahrheit entsprochen, wäre für den Kläger indes wohl deutlich nachteiliger gewesen. Auch in diesem Kontext verhielt sich die Beklagte scho-

nend und zurückhaltend. Der Antrag des Klägers auf Streichung des zweitletzten Absatzes des Schlusszeugnisses der Beklagten (ausgenommen des Schreibfehlers) ist damit abzuweisen.

E. 2.6

Daran ändert auch das vom Kläger angerufene Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 28. August 2023 nichts (VB2023.00244). Vorab verbietet es eine lang-jährige klaglose Anstellung in keiner Weise, im Schlusszeugnis für den Arbeitnehmer (wahrheitsgemässe) negative Kündigungsgründe anzugeben. Massgebend ist der Einzelfall. Das Verwaltungsgericht hatte im konkreten Verfahren die Anstellung einer Primarlehrerin zu beurteilen. Es ging mithin nicht um die Tätigkeit im Gesundheitswesen mit den entsprechenden besonderen Fürsorge- und Schutzpflichten (vgl. dazu bereits zur missbräuchlichen Kündigung). Sodann unterscheidet sich der

- 37 - Fall nicht nur deshalb, sondern auch inhaltlich vom Vorliegenden. Das Verwaltungsgericht hatte mehrere Formulierungen des Arbeitszeugnisses zu beurteilen, die teilweise denklogisch aufeinander aufbauten. Es erachtet einzelne Passagen des Zeugnisses als nicht hinreichend klar bzw. sachverhaltsmässig nicht als erstellt und strich deshalb nachfolgende. Im hier zu beurteilenden Fall liegt ein an sich tadelloses Arbeitszeugnis vor. Der massgebende Sachverhalt und die Kündigungsgründe sind erstellt. Es geht einzig und alleine um die Frage, ob die Beklagte berechtigt bzw. verpflichtet ist, den massgebenden, sachlichen Grund für die Kündigung im Zeugnis zu erwähnen. Das ist zu bejahen, zumal – wie gezeigt – die Bereitschaft des Klägers, nicht ausschliessbare, inskünftig behördlich angeordnete Schutzmassnahmen zum Schutze pflegebedürftiger Person umzusetzen, grundlegend nicht vorhanden ist. D. Korrektur Schreibfehler Der offensichtliche Schreibfehler "stattlich" anstatt von "staatlich" ist durch die Beklagte durch die Aus- und Zustellung eines entsprechend angepassten Schlusszeugnisses zu korrigieren. [...]» (Das Obergericht des Kantons Zürich wies die dagegen erhobene Berufung mit Beschluss und Urteil vom 18. Oktober 2024 im Grundsatz ab und korrigierte einzig die Regelung der Entschädigungsfolgen, LA240004-O/U. Dieser Entscheid wurde mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten, 4A_630/2024)

E. 3

Dem Arbeitgeber steht gestützt auf Art. 321d OR ein weitgehendes Weisungsrecht zu. Dessen Schranken bilden die verfassungsmässigen und politischen Rechte des Arbeitnehmers, die Persönlichkeitsrechte, worunter auch der Gleichbehandlungsgrundsatz fällt, zwingendes Recht wie auch vertragliche Vereinbarungen. Je intensiver das betriebliche Interesse an der Weisung ist, desto weiter darf in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers eingegriffen werden. Das Weisungsrecht kann in Ausnahmefällen in eine Weisungspflicht übergehen, so wenn eine Weisung zum Schutz der Arbeitnehmenden selbst oder aber Dritter erforderlich ist. Folge der Verletzung berechtigter Weisungen kann vorab die ordentliche Kündigung sein, die diesfalls auf einem sachlichen Grund beruht und regelmässig nicht missbräuchlich sein dürfte. Im Wiederholungsfalle und nach Abmahnung kann auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein. Rechtswidrige oder unverhältnismässige Weisungen darf der Arbeitnehmer hingegen verweigern, ohne gegen seine vertraglichen Verpflichtungen zu verstossen. Eine deswegen ausgesprochene Kündigung wäre missbräuchlich (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 ff. zu Art. 321d OR, N 15b zu Art. 328 OR). STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH wiesen bereits

ausserhalb des (aktuellen) Kontexts der Covid-Pandemie darauf hin, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers eine genügende Rechtsgrundlage bilden könne, um in einer Pandemiesituation eine Impfverpflichtung für Ärzte und Pflegepersonal mit direktem Kontakt zu gefährdeten Personengruppen zu begründen, dies, obwohl an sich eine Impfpflicht über das eidgenössische Epidemiegesetz oder – soweit vorhanden – kantonale Erlasse herleitbar sei. Sie nehmen dabei konkret auf einen Entscheid des Kantonsgerichts 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 - 6 - KGer 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). Bei sich widersprechenden Interessen sei jedenfalls eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Interessenabwägung vorzunehmen, bei welcher dem allfälligen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers die Interessen der Arbeitgeberin entgegenzustellen seien (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321d OR N 3; RUDOLPH, ARV 2010 S. 1 ff., S. 9; aktueller und im Kontext der Corona-Krise VIONNET, Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise, ex ante 1/2021, S. 12 ff., S. 14; BLESI/BIEHAL, ARV 2021 S. 327 ff., S. 332 f.; PÄRLI/EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, Jusletter vom 8. Februar 2021, Rz. 77). In Pandemiesituationen kann auf Seiten der Arbeitgeberin namentlich ein legitimes Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten und sicheren Betriebes als gewichtiges Interesse erscheinen. Zu letzterem gehört auch und gerade der Schutz der Mitarbeitenden und zum Beispiel von Schutzbefohlenen vor vermeidbaren Gesundheitsgefährdungen (RUDOLPH, ARV 2010 S. 1 ff., S. 9; PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 77; VÖGELI GALLI, Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis, sui generis 2021, S. 107 ff., S. 112 Rz. 16; VIONNET, a.a.O., S. 14). Im Rahmen der Interessenabwägung gilt es überdies 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, a.a.O., S. 107 ff., S. 109; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321d OR N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d OR Rz. 1). Zu beachten ist ferner das Verhältnismässigkeitsgebot. In die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerin eingreifende Weisungen haben sich namentlich auf das betrieblich Notwendige zu beschränken und es sind mildere Massnahmen zu ergreifen, soweit das verfolgte Ziel mit solchen ebenfalls (zuverlässig) erreichbar ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321d OR N 3; RUDOLPH, ARV 2010 S. 1 ff., S. 9).

E. 3.1

Der Kläger ordnet seine Tätigkeit – grob gesagt – dem pädagogischen bzw. schulischen Bereich zu. Er macht geltend, Bildung gehöre auch zum Angebot der Beklagten und der Kläger sei als Sozialpädagoge angestellt und tätig gewesen. Es könne nicht bestritten werden, dass die Beklagte unter den Wortlaut von § 54b Abs. 1 lit. a GesG/ZH und nicht unter dessen § 54d falle. Die Beklagte bestreitet dies (gleichwohl). Bei ihr handle es sich um ein anerkanntes Pflegeheim und damit um eine Gesundheitsinstitution. Massgebend sei nicht die Ausbildung des Klägers. Sozialpädagogen würden auch in der Pflege eingesetzt und geschult und umgekehrt. Die verschiedenen Tätigkeiten würden sich nicht klar voneinander abgrenzen lassen und seien auch räumlich nicht getrennt.

E. 3.2

Vorab unstrittig ist, dass die Beklagte ein von der Gesundheitsdirektion anerkanntes und zertifiziertes Pflegeheim für Jugendliche und Erwachsene betreibt.

- 16 - Dabei bietet sie ebenso unbestritten neben pflegerischen Dienstleistungen auch Leistungen an, welche die schulische und berufliche Ausbildung (Bildung, Arbeit), mithin sozialfürsorgerische Bereiche beschlagen. Der Kläger war gemäss Schlusszeugnis, dessen Inhalt er abgesehen vom zweitletzten Absatz anerkennt, ab November 2008 bis 2017 als Aushilfe im Wohnbereich und von Juni 2017 bis April 2020 unter der Bezeichnung "Sozialpädagoge" im Erwachsenenbereich angestellt. Zuletzt bzw. ab Mai 2020 bis zur Kündigung war er als "Sozialpädagoge" in der Betreuung von jungen Erwachsenen und Lehrlingen eingesetzt. Während eines Einsatzes als Aushilfe auf Abruf umfasste die Tätigkeit des Klägers auf der Wohn- und Tagesgruppe für über 18-jährige auch (oder) die Hilfe in der Schule und der Ausbildung (so der Vertrag betreffend eine Anstellung als Aushilfe auf Abruf vom 28. Oktober 2010).

E. 3.3

Die konkreten Tätigkeiten, welche der Kläger während seiner Anstellung bei der Beklagten ausübte, lassen sich den Arbeitsverträgen und dem Zwischen- bzw. dem Schlusszeugnis entnehmen. Soweit hier interessierend, war der Kläger zuletzt unter der Bezeichnung "Sozialpädagoge" auf der Lehrlings- und Erwachsenenwohngruppe [...] für die Betreuung von Personen im Alter von 16 bis 25 Jahren zuständig. Dabei war er Bezugsperson für einen Klienten (Begleiten und Fördern in ihrer persönlichen Entwicklung, Erstellen und Besprechen der Pflege und Entwicklungsplanung, Führen von Verlaufsprotokollen, Gespräche und Zusammenarbeit mit externen und internen Fachkräften, Verfassen von Protokollen und Berichten). Sodann umfasste die Tätigkeit spezifisch die Unterstützung und Übernahme der Grund- und Behandlungspflege von sechs Personen der Wohngruppe mit Aufgaben wie Körperpflege, An- und Auskleiden, Transfer, Lagerung, Tracheostomapflege (Beatmung via Tracheostoma) sowie Pflege und Management rund um die PEG-Sonden und Nahrung. Weiter war der Kläger für das Gerätemanagement zuständig (fachgerechtes Anwenden der diversen Atemmaskensysteme und Beatmungsgeräte sowie den sachgemässen Einsatz des Toscamessgerätes).

E. 3.4

Dass der Kläger nebst den erwähnten, klar dem pflegerischen und damit dem Gesundheitswesen zuzuordnenden Tätigkeiten wesentliche oder gar überwie-

- 17 - gend Aufgaben wahrgenommen hat, die dem Bereich "Schule / Ausbildung" zuzuordnen sind, ergibt sich weder aus dem Tätigkeitsbeschrieb gemäss Schlusszeugnis noch legt der Kläger dies substantiiert dar. Trotz des Angebotes "Schul- und Berufsbildung" ist die Beklagte zweifelsohne nicht in erster Linie eine Schule / Ausbildungsstätte, was auch der Kläger zu erkennen scheint, wenn er vorträgt, die Beklagte biete auch Schulbildung an. Ebenso wenig ist sie eine Institution, die (bloss) Personen mit einem erhöhten Ansteckungs- oder Übertragungsrisiko ausbildet, betreut oder beschäftigt. Anders zu entscheiden, würde den pflegerischen Aspekt und die Leistungen der Beklagten als Institution des Gesundheitswesens ausser Acht lassen. Die Beklagte betreibt ein Pflegeheim, in welchem körperbehinderte Menschen breit, insbesondere aber mit dem Fokus auf ihre [Name und Art der Erkrankung], betreut werden. Diese schwere und unheilbare Krankheit führt bereits im Kindesalter und fortschreitend zu einem Abbau der

Herz- und Atemmuskulatur mit zunehmender Behandlungs- und Pflegebedürftigkeit sowie zum frühen Tod [...] der Betroffenen. Entscheidend ist weiter, dass die Beklagte offensichtlich auch nach Meinung der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich als "Pflegeheim" und damit als Institution des Gesundheitswesens eingestuft wurde (vgl. dazu sogleich). Allein auf die Stellenbezeichnung "Sozialpädagoge" kommt es hingegen nicht an. Zum einen unterscheidet sich diese klar von "Lehr- und Lehrpersonal" gemäss Bezeichnung der schulischen Lehrertätigkeit durch das für dieses zuständige Volksschulamt. Zum anderen ist gestützt auf den dargestellten unbestrittenen Aufgabenbeschrieb davon auszugehen, dass der Kläger schwerpunktmässig pflegerische Aufgaben mit täglichem, nahem körperlichen Kontakt zu besonders vulnerablen Personen ausübte. Das stellt der Kläger substantiiert gar nicht in Abrede. Im Rahmen dieser Tätigkeit gehörte er aufgrund seiner spezifischen Aufgaben in der Gesundheitspflege zur besonders exponierten Berufsgruppe des Gesundheitsfachpersonals, von der insbesondere für die im Betrieb der Beklagten betreuten, mit einer vorbestehenden, schweren Erkrankung belasteten, pflegebedürftigen Personen ein besonders ausgeprägtes Bedrohungsrisiko ausgeht.

- 18 -

E. 4

Einführung der Testpflicht / Weisung der Beklagten Mit Verfügung vom 7. Juli 2021 verpflichtete die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich Alters- und Pflegeheime zur Einführung einer regelmässigen Testpflicht an nicht immunem Personal. Sie stützte sich dabei auf das eidgenössische Epidemiegesetz und dessen Vollzugsverordnung sowie das Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich. Die Verfügung ging der Beklagten als Pflegeheim zu und die Verpflichtung galt ab 12. Juli 2021. Die Testpflicht wurde dem Personal der Beklagten mit E-Mail vom 15. Juli 2021 kommuniziert. Spätestens ab hier bestand für das Personal der Beklagten und damit auch für den Kläger folglich die Weisung, wöchentlich einen Spucktest durchzuführen. Mit dieser Weisung setzte die Beklagte die von der Gesundheitsdirektion gestützt auf die am 7. Juli 2021 erlassene, an sie adressierte Verpflichtung zur Durchführung repetitiver Covid-Tests um.

E. 5

Anwendbarkeit von § 54d Gesundheitsgesetz Kanton Zürich (GesG)

E. 5.1

Entgegen dem Kläger ist § 54d GesG und nicht § 54b GesG anwendbar bzw. fällt der Betrieb der Beklagten als Institution des Gesundheitswesens unter erstere Bestimmung. Sie regelt nicht bloss die Mitwirkungspflichten von Gesundheitsfachpersonen und -institution bei Vorbereitungsmaßnahmen nach Art. 8 EpG, wie der Kläger zu Unrecht vorträgt. Liegt eine besondere Lage nach Art. 6 EpG oder ein Notfall vor, ermächtigt § 54d Abs. 2 GesG die (Gesundheits-)Direktion vielmehr, für Institutionen des Gesundheitswesens Mitwirkungspflichten bei der Verhütung oder Bekämpfung übertragbarer Krankheiten festzulegen. Hierdurch unterscheidet sich § 54d GesG denn auch klar von § 54b GesG. Dieser nennt ausdrücklich den Regierungsrat als für die Festlegung der Massnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten zuständig, wogegen § 54d GesG ausdrücklich und nur die (Gesundheits-)Direktion ermächtigt, Mitwirkungspflichten festzulegen. Unzutreffend ist die Argumentation des Klägers, § 54d GesG habe einen anderen Regelungsgehalt. Beide Bestimmungen betreffen die Verhütung übertragbarer

Krankheiten. Dabei sind die adressierten Institutionen jedoch klar und differenzierbar genannt und die Kompetenzordnung unmissverständlich festgelegt. Wes-

- 19 - halb Mitwirkungspflichten von Gesundheitsinstitutionen nicht dasselbe wie Massnahmen in Institutionen sein sollen (so der Kläger), ist weder nachvollziehbar noch vom Kläger konkreter begründet. Ist eine Gesundheitsinstitution zur Mitwirkung bei von der Gesundheitsdirektion erlassenen Massnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten verpflichtet, so wirkt sich dies zweifelsohne in der Institution aus, welche die erlassenen Massnahmen umzusetzen hat. § 54d GesG richtet sich spezifisch an Gesundheitsfachpersonen und Institutionen des Gesundheitswesens. Dass generell und ohne Differenzierung nach Adressaten § 54b GesG zur Anwendung gelangen sollte, legt der Kläger nicht schlüssig dar und leuchtet nicht ein. Wäre dem so, so wäre § 54d GesG insbesondere betreffend Absatz 2 Marginalie und unbeachtlich. Dem ist nicht so und die spezifischere Regelung von § 54d GesG geht bezogen auf die genannten Adressaten – Gesundheitsfachpersonen und Institutionen des Gesundheitswesens – vor.

E. 5.2

Dass im fraglichen Zeitraum die Voraussetzungen gemäss Art. 6 EpG vorliegen und mit Verfügung der Gesundheitsdirektion vom 7. Juli 2021 Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der Verbreitung des Corona-Virus eingeführt wurden, lässt sich nicht ernsthaft in Frage stellen und wird vom Kläger zurecht auch nicht bestritten. Die Verfügung der Gesundheitsdirektion vom 7. Juli 2021 beruht damit auf hinreichenden gesetzlichen Grundlagen (GesG, EpG) und wurde von der dafür kantonalrechtlich vorgesehenen Behörde erlassen. Dass gegen diese Verfügung je ein Rechtsmittel erhoben und die verordnete Testpflicht überprüft und für nichtig oder unverbindlich erklärt worden wäre, behauptet der Kläger nicht und ist nicht der Fall. Die besondere Dringlichkeit der Verfügung vom 7. Juli 2021 ergibt sich klar auch aus dem Umstand, dass dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen wurde. Die ab 12. Juli 2021 eingeführte Testpflicht für nicht geimpftes und nicht genesenes Personal in Institutionen des Gesundheitswesens war somit nicht nur für die Beklagte, sondern auch für den Kläger verpflichtend.

E. 5.3

Erweist sich der Einwand des Klägers, anwendbar sei einzig § 54b Abs. 1 lit. a GesG nicht als stichhaltig, muss nicht weiter auf dessen Argumentation eingegangen werden, wonach das Verwaltungsgericht eine von der Bildungsdirektion ei-

- 20 - genmächtig angeordnete Schulmaskenpflicht für unzulässig erklärt habe, zumal alleine der Gesamtregerungsrat eine solche habe erlassen können. Das mag so sein, tut indes nichts zur Sache. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass am Bundesgericht eine abstrakte Normenkontrollbeschwerde gegen die V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH hängig sein soll. Die von der Beklagten im Juli 2021 erlassene Weisung stützt sich unstrittig nicht auf die damals noch gar nicht anwendbare V Covid-19 Gesundheitsbereich/ZH, worauf der Kläger selbst hinweist. Falsch ist auch, wenn der Kläger vorbringt, bis zur Kündigung und zur Einführung der V Covid-19 Gesundheitsbereich Zürich habe lediglich ein Rundschreiben der Gesundheitsdirektion existiert. Die Testpflicht wurde von der Gesundheitsdirektion mittels einer mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen, bindenden Verfügung vom 7. Juli 2021 erlassen. Nicht relevant ist das Argument des Klägers, dass die Beklagte gemäss einer Mail vom 31. März 2021 darauf hingewiesen habe, dass die Impfung nicht vor eine Ansteckung schütze. Dem war so, im gleichen Zuge hielt sie jedoch fest, dass

es extrem wichtig sei, sich auch weiterhin an die Schutzmassnahmen (wie die Maskenpflicht) zu halten und die Gesundheitsdirektion repetitive Tests angeordnet habe, welche die Beklagte auf (damals noch) freiwilliger Basis durchführen werde. Spätestens ab 12. Juli 2021 waren repetitive Tests, wie gezeigt, gesetzliche Pflicht. Zudem darf der mit der regelmässigen Testung beabsichtigte Schutz vor der Ansteckung insbesondere in Betrieben des Gesundheitswesens nicht mit der Frage des Schutzes einer Impfung vermengt werden. Es ist kaum bestrittbar, dass eine regelmässige Testung dazu dient und dienlich ist, etwaige Ansteckungen zu erkennen und die betroffenen Mitarbeiter sofort aus dem Betrieb zu nehmen. Auf die Frage, ob die Beschränkung der Testpflicht auf Mitarbeitende ohne Zertifikat gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstösst (so der Kläger), muss an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden. Schliesslich mag es sein, dass die Beklagte in der Vergangenheit eine liberale Haltung im Zusammenhang mit Hepatitis-B-Impfungen an den Tag gelegt hat. Daraus herleiten zu wollen, der Kläger habe nicht mit Weisungen zur Bekämpfung der Übertragung des SARS-Covid-2-Virus rechnen müssen, zielt angesichts

der in keiner Weise vergleichbaren Pandemielage und der behördlich verordneten Anordnung der repetitiven Tests an der Sache vorbei.

E. 5.4

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass die Beklagte per Weisung die von der Gesundheitsdirektion für sie bindend angeordnete Testung von nicht geimpften oder genesenem Personal mittels Spucktest umgesetzt hat. An die Einhaltung der Anordnung war nicht nur die Beklagte, sondern auch der Kläger gesetzlich verpflichtend gebunden.

E. 6

Arbeitsvertragliches Weisungsrecht der Beklagten (Art. 321d OR)

E. 6.1

An sich wäre damit nicht weiter zu prüfen, ob sich die Weisung der Beklagten auch oder allenfalls alleine auf ihr (arbeitsvertragliches) Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR stützen lässt. Gleichwohl ist es angezeigt, darauf nachstehend einzugehen.

E. 6.2

Das sich aus Art. 321d OR ergebende privatrechtliche Weisungsrecht der Arbeitgeberin (bzw. gegeben falls deren Weisungspflicht) steht im Widerstreit zu ihrer Fürsorgepflicht. Die Arbeitgeberin hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen, auf deren 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 persönlicher 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 Aspekt 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 Persönlichkeitsgütern gehören (u.a.) insbesondere Leben und Gesundheit sowie die körperliche und geistige Integrität (SHK-ETTER/SOKOLL, Art. 328 OR Rz. 6; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR Rz. 4). Zum Teil wird in der Lehre vertreten, dass Art. 328 OR neben einer Überführung der Schutzpflichten des öffentlichen Rechts (insb.

des ArG und des UVG) ins Privatrecht (vgl. auch Art. 342 Abs. 2 OR) auch eine Funktion als Einfallstor für die indirekte Drittwirkung der Grundrechte im

- 22 - Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV habe (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR Rz. 4; krit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328 OR N 2). Bisweilen wird dabei allerdings angemerkt, dass die Reichweite einer solchen Drittwirkung insofern nicht zu überschätzen sei, als die Pflichten aus Art. 328 Abs. 1 OR ihre Grenze an den Erfordernissen des Arbeitsverhältnisses fänden, da durch den Arbeitsvertrag innerhalb der Grenzen von Art. 27 Abs. 2 ZGB auf die Ausübung von Persönlichkeitsbefugnissen verzichtet werden könne (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR Rz. 5; vgl. dazu schon oben). Ein allfälliger Eingriff in Persönlichkeitsgüter darf allerdings nicht weitergehen, als das für die Zwecke des Arbeitsvertrages unbedingt erforderlich ist (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR Rz. 5; RUDOLPH, ARV 2010, S. 1 ff., S. 9).

E. 6.3

Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Wahl eines Berufs im Bereich Gesundheit und Sozialfürsorge ein erhöhtes Bewusstsein und eine erhöhte Verantwortung gegenüber einer Kategorie von gefährdeten Personen impliziert (BGE 149 I 105 E. 4.4.5.3. = Pra 2023 Nr. 60). Beim Betrieb der Beklagten handelt es sich wie gezeigt um einen solchen im gesundheitlichen und sozialfürsorgerischen Bereich. Die Beklagte betreut Personen mit einer schweren Erkrankung, die generell, insbesondere aber im Kontext der Covid-Pandemie besonders gefährdet und vulnerabel sind. Mit der Übernahme der Pflege im Rahmen der Anstellung bei der Beklagten geht grundsätzlich ein jedenfalls teilweiser Verzicht auf die Ausübung von Persönlichkeitsrechten durch den Kläger einher.

E. 6.4

Ein derartiger Verzicht darf allerdings nur dann angenommen werden, wenn der aus einer Weisung der Arbeitgeberin resultierende Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht schwerwiegend ist. In öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten erblickt das Bundesgericht in der Verpflichtung zur Abgabe einer Speichelprobe keinen erheblichen resp. bloss einen sehr geringen Eingriff in die persönliche Freiheit der Betroffenen nach Art. 10 Abs. 2 BV (Urteile des BGer 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022, 2C_852/2022 vom 2. Mai 2023 E. 7.5.3., 2C_99/2022 vom 16. Februar 2023 E. 7.1. und 2C_106/2022 vom 2. November 2022 E. 5.4.5. und

- 23 - E. 4.6.; BGE 149 I 105 E. 4.4.5.4. = Pra 2023 Nr. 60; vgl. ferner Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 21 95 vom 16. August 2022 E. II.5.3.3. sowie II.5.5.).

E. 6.5

Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse übertragen. Anders als die Verpflichtung, sich einer Impfung per Spritze zu unterziehen, mit welcher ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit einhergeht, sind Spucktests ohne Zweifel minimal invasiv, was die Gerichte wiederholt festgestellt haben. Hinzu kommt, dass sich die Schwere einer Grundrechtsbeeinträchtigung nach objektiven Kriterien beurteilt, weshalb das subjektive Empfinden der Betroffenen grundsätzlich nicht entscheidend ist (BGE 143 I 194 E. 3.2; BGE 141 I 211 E. 3.2 m.w.H.). Dasselbe muss gelten, wenn es zu beurteilen gilt, ob ein privatrechtlicher Arbeitgeber kraft Weisung die

Persönlichkeitsrechte eines Arbeitnehmers beschränken darf. Subjektive Interessen eines Einzelnen haben zurückzutreten, soweit sie bloss von inneren Überzeugungen geprägt sind und sich nicht z.B. gesundheitlich (und damit letztlich abermals objektiv nachvollziehbar) begründen lassen (vgl. BLESI/BIEHAL, ARV 2021 S. 327 ff., S. 336).

E. 6.6

Der Kläger sieht durch die Weisung, wonach nur nicht geimpfte bzw. nicht genesene Mitarbeiter der Beklagten sich Spucktests zu unterziehen hatten, seine Persönlichkeitsrechte, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Dem mag so sein, indes hat das Bundesgericht erwogen, dass die Ungleichbehandlung gegenüber geimpftem bzw. genesenem Personal und der damit einhergehende wesentliche Eingriff sowohl in die persönliche Freiheit als auch das Recht auf Achtung des Privatlebens gerechtfertigt und verhältnismässig ist (vgl. BGer 2C_886/2021 vom 12. Dezember 2022). Dass das Bundesgericht eine Verletzung des verfassungsmässig normierten Rechtsgleichheitsgebotes (Art. 8 BV) und nicht einen Verstoss gegen den sich aus Art. 328 OR ergebenden bundesprivatrechtlich normierten Gleichbehandlungsgrundsatz prüfte (so der Kläger), trifft zu, zielt indes an der Sache vorbei. Liegt keine Verletzung des verfassungsmässigen Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 BV vor, ist auch kein Verstoss gegen Art. 328 OR gegeben.

- 24 -

E. 6.7

Die konkrete Weisung der Beklagten, dass sich nicht zertifizierte Mitarbeitende wöchentlich einem minimal invasiven Spucktest zu unterziehen haben, stellt nur einen sehr geringfügigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klägers dar. Auf den Schutz vor einem derartigen Eingriff konnte der Kläger verzichten und hat er durch die Eingehung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten verzichtet. Mithin bewirkt die sich auf Art. 321d OR stützende Weisung der Beklagten keinen Eingriff in unverzichtbare Persönlichkeitsrechte des Klägers. Die Anordnung der Spucktests für nicht zertifiziertes Personal ist vom privatrechtlichen Weisungsrecht der Beklagten, welches angesichts der konkreten Gefahrenlage und dem evidenten Schutzbedürfnis der Heimbewohner in eine Weisungspflicht mündet (vgl. dazu so gleich), gedeckt und war vom Kläger (unabhängig von der gesetzlichen Pflicht) einzuhalten.

E. 6.8

Selbst wenn aber vom Gegenteil ausgegangen und ein Eingriff in unverzichtbare Persönlichkeitsrechte des Klägers angenommen würde, führt eine konkrete Interessenabwägung zum selben Ergebnis. Die besondere Schutzbedürftigkeit der im Betrieb der Beklagten betreuten Personen ist sehr hoch zu gewichten und führt losgelöst von einer bindenden staatlichen Verpflichtung (Verfügung vom 7. Juli 2021) nicht nur zu einem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht der Beklagten, sondern zu einer Verpflichtung, die erforderlichen, geeigneten und verhältnismässigen Massnahmen zum Schutze der von ihr betreuten Personen zu treffen. Deren evidentem Bedürfnis nach Schutz vor einer Ansteckung mit dem SARS-CoV-2-Virus mit absehbar gravierenden gesundheitlichen Folgen bis hin zum Tode steht der minimalinvasive Spucktest und der damit einhergehende nicht erhebliche resp. geringfügige Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klägers gegenüber. Wie ausgeführt, ist in Pandemiesituationen von einem legitimen und gewichtigen Interesse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung eines geordneten und

sicheren Betriebs auszugehen, zu welchem gerade der Schutz der (im konkreten Fall akut und besonders schutzbedürftigen) Klientel vor vermeidbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen gehört (RUDOLPH, ARV 2010 S.1 ff., S. 9; PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 77; VÖGELI GALLI, a.a.O., S. 107 ff., S. 112 Rz. 16; VIONNET, a.a.O., S. 14).

- 25 - Bei einer mangelhaften oder zu wenig weitgehenden Schutzkonzeption gegen das SARS-CoV-2-Virus wäre der Weiterbetrieb der Institution der Beklagten ernsthaft gefährdet gewesen. Zudem hätten der Beklagten auch Haftungsrisiken gedroht, soweit sich betreute Personen angesteckt und daraus Forderungen abgeleitet hätten (vgl. NÄF/VERDE, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, § 12 Rz. 8 f.). Jedenfalls im Grundsatz hätten für Arbeitgeber bei einer Nichteinhaltung der Vorschriften zum Gesundheitsschutz während der Covid-19-Pandemie auch im ArG vorgesehene Sanktionen gedroht (vgl. PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 17 und 10). Bei einer Nichtbeachtung von Schutzbestimmungen während einer Pandemiesituation allenfalls drohende Sanktionen oder Haftungsrisiken werden in der Lehre zu Recht als Grund angeführt, der im Rahmen einer Interessenabwägung betreffend Schutzmassnahmen für ein erhebliches Interesse der Arbeitgeberin spricht (RUDOLPH, ARV 2010 S. 1 ff., S. 9).

E. 6.9

Im Ergebnis war die Beklagte im Rahmen von Art. 321d OR nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die zum Schutz der an einer schweren Krankheit leidenden Personen in ihrem Betrieb durch geeignete und verhältnismässige Massnahmen vor einer möglicherweise tödlichen Ansteckung mit dem SARS-Covid-2-Virus zu schützen.

E. 6.10

Die Eignung von regelmässigen Speichel-Tests im Hinblick auf die Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ist zu bejahen (Urteil des BGer 2C_99/2022 vom 16. Februar 2023 E. 7.1.). Die Spezifität von Speichel-Tests im Zusammenhang mit Covid-19 ist gestützt auf wissenschaftliche Erkenntnisse als hoch zu achten (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2021.00680 vom 25. November 2021 E. 5.2.3. m.w.H., bestätigt mit Urteil des BGer 2C_99/2022 vom 16. Februar 2023 E. 7.1. und 4.3.). So empfahl die Swiss National Covid-19 Science Task Force in ihrem wissenschaftlichen Update vom 20. Juli 2021 regelmässige Speichel-Tests an Schulen und Betreuungsstätten unter ausdrücklicher Bezugnahme auf deren hohe Sensitivität und Spezifität (vgl. <https://science-taskforce.ch/wissenschaftliches-update-20-juli-2021>). Auch das Bundesgericht erblickt in konsequentem Testen ein geeignetes Mittel, um den Ansteckungsverdacht

- 26 - betreffend das SARS-CoV-2-Virus auszuräumen (Urteil des BGer 2C_99/2022 vom 16. Februar 2023 E. 7.1.). Im Übrigen lässt es die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Geeignetheit von Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie grundsätzlich bereits genügen, wenn eine erhebliche Plausibilität im Hinblick auf deren Wirksamkeit vorliegt (BGE 148 I 19 E. 6.3.1; Urteil des BGer 2C_852/2022 vom 2. Mai 2023 E. 7.5.2.).

E. 6.11

Daran ändert nichts, wenn neben der Testpflicht bereits die Maskentrapflicht etabliert ist. Das Tragen von Gesichtsmasken reduziert zwar das Ansteckungsrisiko. Im Rahmen einer

Betreuungstätigkeit in einem Betrieb wie der Beklagten ist ein häufiger, persönlicher Kontakt zu den betreuten Personen unumgänglich bzw. dieser ergibt sich bereits aus den konkreten Pflegeaufgaben, die der Kläger wahrzunehmen hatte (vgl. oben). Die Übertragung des SARS-CoV-2-Virus von Mensch zu Mensch ist allgemeinverständlich (BGE 147 I 450 E. 3.3.1). Das Ansteckungsrisiko nimmt bei engeren, häufigeren sowie länger andauernden Kontakten zu. Um es zu reduzieren, ist eine Pflicht zu regelmässigen Speichel-Tests ohne Weiteres als geeignet und erforderlich zu qualifizieren (in diesem Sinne auch die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2021.00023 vom 16. Dezember 2021 E. 2.2.3.3. sowie AN.2020.00016 vom 3. Dezember 2020 E. 6.5.1. m.w.H.; VÖGELI GALLI, a.a.O., S. 107 ff., S. 112 Rz. 15 m.w.H.).

E. 6.12

Im Ergebnis ist auch die Eignung der per Weisung der Beklagten eingeführten Pflicht zu Speichelproben für nicht zertifiziertes Personal wie auch deren Notwendigkeit zum Schutz der besonders vulnerablen, im Betrieb der Beklagten betreuten Personen zu bejahen. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit der Massnahme ist nicht ersichtlich und auch nicht dargetan, welche milderen Massnahmen zur Verfügung gestanden hätten (vgl. zur Verhältnismässigkeit auch die genannten Entscheide).

E. 6.13

Unerheblich ist, sollte die Beklagte allenfalls Zweifel an der Wirksamkeit der Tests mit Blick auf die Verhinderung der Verbreitung des Virus gehabt haben (so der Kläger; vgl. dazu schon oben). Selbst wenn davon ausgegangen würde, es habe keine behördliche Verpflichtung zur Testung bestanden, bleibt es dabei, dass

- 27 - die Beklagte von ihrem Weisungsrecht Gebrauch gemacht und die Speicheltests für den Kläger verbindlich angeordnet hat. Unbesehen allenfalls abweichender Überzeugungen der Beklagten ist die regelmässige Testpflicht gemäss Bundesgericht ein taugliches und verhältnismässiges Mittel zur Verhinderung der Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus.

E. 6.14

Die von der Beklagten erlassene Weisung, wonach nicht zertifizierte Mitarbeitende wie der Kläger sich ab 15. Juli 2021 repetitiven Spucktest zu unterziehen hatten, erweist sich (auch und bloss) gestützt auf ihr arbeitsvertragliches Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR als berechtigt und zulässig. Die Beklagte war in der konkreten Pandemielage aufgrund ihrer Verpflichtung zum Schutz der besonders gefährdeten Schutzbefohlenen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, eine derartige Weisung zu erlassen.

E. 7

Unberechtigte Weigerung des Klägers die Testpflicht zu befolgen Es steht fest und ist unbestritten, dass der Kläger die von der Beklagten berechtigte Weise angeordneten Covid-Spucktests konsequent und schliesslich abschliessend verweigert hat. Diese Weigerung erfolgte, nachdem die Beklagte mehrfach das Gespräch gesucht und auf Ersuchen des Klägers rechtliche Abklärungen in Auftrag gegeben und diese dem Kläger eröffnet hatte. Ebenso hatte sie ihn verwarnet und ihm rechtliche Konsequenzen bis hin zur Kündigung angedroht. Es blieb der Beklagten letztlich nichts anderes, als den Kläger zunächst sofort von seiner Arbeitspflicht freizustellen.

E. 8

Rechtmässige ordentliche Kündigung

E. 8.1

Die anschliessende ordentliche Kündigung erfolgte aufgrund der mehrfachen unberechtigten Weigerung des Klägers, eine berechtigte Weisung der Beklagten einzuhalten. Sie ist demnach von einem vom Kläger zu verantwortenden sachlichen Grund gedeckt.

E. 8.2

Der Kläger konnte und durfte nicht in guten Treuen davon ausgehen, die Weisung der Beklagten sei nicht gesetzesmässig und von ihm nicht einzuhalten (vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, Geschäfts-

- 28 - Nr. VB.2022.00367). Die Zulässigkeit von Spucktests für nicht zertifiziertes Personal wurde bereits im relevanten Zeitraum breit diskutiert. Die Anordnung der Tests lässt sich nicht nur auf die Weisung der Gesundheitsdirektion vom 7. Juli 2021, sondern das allgemeine Weisungsrecht der Beklagten gemäss Art. 321d OR stützen. Die Kündigung erfolgte, nachdem die Beklagte auf Ersuchen des Klägers mehrfach rechtliche Abklärungen vorgenommen, ihm diese eröffnet, ihn verwarnet und ihm die Kündigung angedroht hatte. Verweigerte der Kläger die Spucktests gleichwohl, so tat er dies auf eigenes Risiko. Guter Glaube des Klägers ist klar zu verneinen.

E. 9

Gesamtfazit Entgegen dem Kläger liegt somit weder eine unzulässige Rache Kündigung vor noch erfolgte die Kündigung in Verletzung übergeordneter, schützenswerter Persönlichkeitsrechte (insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes) des Klägers. Es ist daran zu erinnern, dass die Beklagte schonend vorgegangen ist. Sie hat das Arbeitsverhältnis erst ordentlich gekündigt, nachdem der Kläger die Einhaltung der Verpflichtung zum Spucktest trotz Gewährung des "rechtlichen Gehörs" und der mehrfachen Androhung arbeitsvertraglicher Konsequenzen bis hin zur Kündigung abschliessend verweigert hat. Es ist offensichtlich, dass der Kläger ohne ernsthafte Gefährdung der Schutzbefohlenen und damit der Aufrechterhaltung des gesamten Betriebes der Beklagten nicht mehr weiter eingesetzt werden konnte und durfte. bb) Kündigungsgrund: Verletzung der Maskentragpflicht 1. Bei diesem Ergebnis ist lediglich der Vollständigkeit halber und in aller Kürze festzustellen, dass sich die Rechtmässigkeit der Kündigung der Beklagten überdies ohne Weiteres auch damit begründen lässt, dass der Kläger trotz verordneter Maskentragpflicht zu Pflegenden anfragte, ob er die Maske in Ausübung seiner pflegerischen Aufgaben nicht zu tragen habe. Unbesehen davon, ob die Weisung der Beklagten inhaltlich klar oder allenfalls missverständlich war – sie entsprach allerdings den allgemeinen Vorgaben (vgl. ausdrücklich auch der Kläger) – stellt es in der - 29 - gegebenen Situation eine kaum nachvollziehbare, krasse Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht dar, wenn der Kläger letztlich seine eigenen (nach den massgebenden Kriterien marginalen) Interessen über jene der Schutzbefohlenen stellt und ihnen sozusagen die Verantwortlichkeit für ihren eigenen Gesundheitsschutz überträgt. Der Kläger verfügte unstrittig über keinen ärztlich verordneten Maskendispens und war weder getestet noch genesen. Dass er sein eigenes blosses "Unwohlsein" beim Tragen der Maske – ein Gefühl, das wohl zigtausend Personen während der Pandemie empfunden haben – über das Wohl der besonders vulnerablen Schutzbefohlenen stellte, ist absolut nicht

nachvollziehbar und hätte nicht nur die ordentliche, sondern die fristlose Kündigung gerechtfertigt. Die ordentliche Kündigung der Beklagten lässt sich damit alleweil und bereits aufgrund der eklatanten Treupflichtverletzung des Klägers im Kontext der Maskentragpflicht auf einen sachlichen Grund stützen. 2. Schliesslich ist der Einwand des Klägers, die Beklagte habe die Verletzung der Maskentragpflicht erst nachträglich geltend gemacht, als sie sich (bereits) zur Kündigung wegen der Verweigerung des Spucktests entschlossen habe, unbehelflich. Es mag sein, dass die Beklagte nicht unmittelbar mit der Kündigung auf die Verletzung der Maskentragpflicht reagiert hat. Anders als im Falle einer fristlosen Kündigung war sie jedoch auch nicht gehalten, die Pflichtverletzung des Klägers sofort zu ahnden. Es steht zudem fest, dass sich die Thematik des Maskentragens insbesondere im Zeitraum ab dem 7. September 2021 weiter akzentuiert hat und auch hierüber Gespräche geführt wurden. Anschliessend unternahm die Beklagte einen weiteren Versuch, den Kläger zur Einhaltung der geltenden Richtlinien (wozu die Maskentragpflicht wie auch die Durchführung der Spucktest gehörten; vgl. dazu die chronologische Darstellung) zu bewegen. Unabhängig davon, dass der Kläger kurz vor der Kündigung nicht mehr gearbeitet hat (bzw. er nicht mehr eingesetzt werden konnte und durfte), womit er die Maskentragpflicht tatsächlich nicht mehr verletzen konnte, stand letztlich erst nach dem Gespräch vom 27. September 2021 fest, dass der Kläger abschliessend nicht gewillt war, sich an die Vorgaben der Beklagten zu halten. Es gereicht der Beklagten folglich keinesfalls zum Nachteil, dass sie dem Kläger nicht unmittelbar nach seiner Verletzung der Treupflicht im Kontext der Maskentragpflicht gekündigt hat, sondern sie erst die abschliessende

- 30 - Entwicklung bis zum 27. September 2021 abgewartet hat. Es ist offensichtlich, dass die Kündigung der Beklagten darauf beruhte, dass der Kläger nicht gewillt war, die geltenden Richtlinien zum Schutz der Klienten der Beklagten einzuhalten. Ein anderes, missbräuchliches Motiv der Beklagten ist nicht auszumachen. cc) Ergebnis Die Kündigung der Beklagten erweist sich damit nicht als rechtsmissbräuchlich. Dem Kläger stehen keine Ansprüche zu. Die Forderungsklage ist vollständig abzuweisen. IV. Zeugnisklage A. Parteistandpunkte 1. Der Kläger bringt vor, dass das beanstandete Schlusszeugnis einen muster-gültigen Fall einer selektiven Erwähnung von Negativa aus der unmittelbaren Schlussphase des Arbeitsverhältnisses darstelle. Es handle es sich bei der Covid-Testverweigerung des Klägers um isolierte Vorfälle, welche – gemessen an der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von ziemlich genau 13 Jahren – nichts in einem Arbeitszeugnis zu suchen hätten. Rund zwei Wochen vor der Kündigung sei dem Kläger noch ein tadelloses Zwischenzeugnis ausgestellt worden, worin festgehalten worden sei, dass er sich gegenüber Vorgesetzten stets zuvorkommend und korrekt verhalte sowie die vorgegebenen Richtlinien einhalte. Angesichts des krassen Missverhältnisses von zwei Wochen Konflikt und 13 hervorragenden Dienstjahren, in welchen es sogar zu einer leistungsbedingten Lohnerhöhung gekommen sei, verletze das angefochtene Arbeitszeugnis den Masstab des Wohlwollens. Sodann bestehe aufgrund der Aufhebung der Covid-Massnahmen kein schutzwürdiges Interesse eines zukünftigen Arbeitgebers, die diesbezügliche Haltung des Klägers zu kennen. Mit der Aufhebung der Covid-Zertifikatspflicht per Mitte Februar 2022 seien sämtliche Fragen zu Covid-Massnahmen arbeitsverhältnisirrelevant geworden. Schliesslich sei auch die Wortwahl "stattlich" (recte: "staatlich")

- 31 - nicht mit dem Klarheitsmassstab vereinbar und somit falsch sowie missverständlich. Entsprechend sei der im Rechtsbegehren 1 aufgeführte Satz des Arbeitszeugnisses ersatzlos zu streichen. 2. Die Beklagte entgegnet, dass es sich bei der Nichteinhaltung des Schutzkonzeptes weder um einen isolierten Vorfall noch um eine unwichtige Kleinigkeit handle. Viel eher gehe es um einen negativen Aspekt, der für die Gesamtbeurteilung des Klägers erheblich gewesen sei. Die Beklagte habe auf die Weigerung des Klägers, die Richtlinien zum Schutz vor einer Covid-Ansteckung einzuhalten, hinweisen müssen, ansonsten sie ihrer Wahrheitspflicht nicht nachgekommen und zukünftigen Arbeitgebern des Klägers gegenüber allenfalls haftbar geworden wäre. Beim Weglassen des Kündigungsgrundes wäre ein schwerwiegender Mangel des Klägers unterschlagen worden. Schliesslich habe es sich zur Zeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Gesundheits- und im Sozialbereich um eine sehr wesentliche Tatsache gehandelt, ob ein Mitarbeiter das Schutzkonzept der Arbeitgeberin respektiere. Nur weil der Kläger mehrere Jahre bei der Beklagten tätig gewesen sei, entschuldige dies seine schwerwiegenden Pflichtverletzungen nicht. Ferner habe der Kläger aufgrund seiner Weigerung, trotz Testpflicht einen Covid-Test zu machen, im Betrieb gar nicht mehr eingesetzt werden dürfen. Daher sei die Beklagte berechtigt gewesen, die Kündigungsgründe im Arbeitszeugnis festzuhalten. Bei der Beurteilung, ob das Arbeitszeugnis angepasst werden müsse, sei die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Ausstellung des Arbeitszeugnisses massgebend. Der Umstand, dass mittlerweile die Covid-19-Massnahmen aufgehoben worden seien, dürfe nicht berücksichtigt werden, da es sich dabei um eine unzulässige ex-post-Betrachtungsweise handle. Entsprechend bestehe kein Anspruch des Klägers ein korrekt und rechtmässig ausgestelltes Arbeitszeugnis nachträglich abzuändern. Den Schreibfehler "stattlichen" anstatt "staatlichen" werde die Beklagte korrigieren, wenn der Kläger darauf bestehe, wobei sie bemerkt, dass das Rechtsbegehren des Klägers dies nicht verlange.

- 32 - B. Rechtliches 1. Der Arbeitnehmer hat gemäss Art. 330a Abs. 1 OR Anspruch auf ein Arbeitszeugnis, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers müssen dabei so konkret und ausführlich geschildert werden, dass sich ein neuer Arbeitgeber ein aussagekräftiges Bild über dessen Qualifikation machen kann. Über die Umstände des Austritts, insbesondere die Kündigungshintergründe oder wer die Kündigung ausgesprochen hat, darf das Zeugnis gegen den Willen des Arbeitnehmers nichts enthalten, ausser wenn ohne einen solchen Hinweis ein unwahres Zeugnis entstünde, also beispielsweise ein schwerwiegender Mangel des Arbeitnehmers unterschlagen würde und so ein täuschender Gesamteindruck entstünde (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. Art. 330a OR N 3g). 2. Das Zeugnis hat nach Lehre und Rechtsprechung wohlwollend zu sein. "Wohlwollen" ist Maxime der Ermessensbetätigung, wobei das Wohlwollen seine Grenze an der Wahrheitspflicht findet. Der Zweck beschränkt dabei den Inhalt des Zeugnisses: Es soll einerseits entsprechend seiner grundlegenden Funktion das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern, andererseits zukünftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 3a). 3. Grundsätzlich schliessen sich die Prinzipien der Wahrheitspflicht und des Wohlwollens nicht per se aus. Dennoch kann in bestimmten Fällen die Frage aufkommen, welchem Prinzip ein Arbeitgeber bei der Erstellung eines Arbeitszeugnisses vorrangig folgen sollte, insbesondere wenn die betroffenen Interessen aufgrund einer Doppelfunktion kollidieren.

Es gibt Situationen, in denen die Erwähnung einer Tatsache aufgrund der Wahrheitspflicht angezeigt scheint, jedoch möglicherweise die berufliche Entwicklung des Arbeitnehmers beeinträchtigen würde. Andererseits könnte die Nichterwähnung von Tatsachen aus Gründen des Wohlwollens angebracht sein, besonders, wenn diese in der Allgemeinbewertung des Arbeitnehmers nicht allzu stark ins Gewicht fallen (NICOLAS FACINCANI / LOUIS DELFOSSE, Wahrheitspflicht und Wohlwollen im Arbeitszeugnis, SJZ 119/2023 S. 1185 ff., 1186). Nach

- 33 - herrschender Lehre sollte ein Arbeitszeugnis in erster Linie wahr sein, die Wahrheitspflicht hat also oberste Priorität (MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: HEINZ HAUSHEER/HANS PETER WALTER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319–362 OR, Bern 2010, Art. 330a OR N 14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 3a; FACINCANI/DELFOSSE, SJZ 119/2023, 1186 f.; BGer 4C.60/2005 vom 28. April 2005 E. 4.1.). Es ist klar, dass falsche Tatsachen nicht ins Arbeitszeugnis gehören, da Dritte ein berechtigtes Interesse an der Richtigkeit der darin enthaltenden Angaben haben (MICHEL VERDE, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, recht 2010 S. 144 ff., 149). Gleichzeitig muss sich der Arbeitgeber nicht nur aus Wohlwollen möglichen Haftungsrisiken gegenüber Dritten oder Ansprüchen des Arbeitnehmers aus missbräuchlicher Kündigung aussetzen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 330a N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 3; FACINCANI/DELFOSSE, SJZ 119/2023, 1186 ff.). Reine Gefälligkeitszeugnisse lassen sich daher auch nicht mit dem Wohlwollensgrundsatz rechtfertigen. Das bedeutet, dass einem durchschnittlichen Arbeitnehmer kein herausragendes Zeugnis ausgestellt werden darf, nur um dessen beruflichen Fortschritt zu fördern. Andererseits dürfen die Wahrheitspflicht und der darin enthaltene Vollständigkeitsgrundsatz nicht so verstanden werden, dass über jedes Detail informiert werden muss. Das Gebot des Wohlwollens erfordert beispielsweise, dass verhältnismässig unbedeutende Details oder einmalige Verfehlungen, die keinen Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben und für den Arbeitnehmer nicht charakteristisch sind, im Arbeitszeugnis nicht zu erwähnen sind, selbst wenn diese faktisch der Wahrheit entsprechen. Negative Tatsachen sollten demnach nur genannt werden, soweit sie für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers als erforderlich erscheinen. Im Hinblick auf Entgleisungen des Arbeitnehmers ist deswegen in erster Linie eine bestimmte Erheblichkeit oder Regelmässigkeit sowie Aktualität notwendig, damit die Wahrheitspflicht eine Erwähnung dieser Tatsachen im Arbeitszeugnis erfordert (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 330a N 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 3a; FACINCANI/DELFOSSE, SJZ 119/2023, 1186 ff.).

- 34 - 4. Der Arbeitnehmer hat Anspruch darauf, dass klare Fehler in Grammatik und Interpunktion korrigiert werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 5a). C. Streichung zweitletzter Absatz 1. Wahrheitsgebot Vorab steht fest, dass der strittige Satz im Arbeitszeugnis der Wahrheit entspricht. Der Kläger hat sich in teilweise krasser Form geweigert, staatliche Vorgaben wie auch berechnete Weisungen der Beklagten zur Bekämpfung der Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus einzuhalten. Das Schlusszeugnis hält damit dem Wahrheitsgebot stand. 2. Wahrheitsgebot versus Wohlwollen

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.