



Fall-Nr.:	BZ.2009.73
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	04.01.2010
Entscheiddatum:	04.01.2010

Entscheid Kantonsgericht, 04.01.2010

Art. 101 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 20a Abs. 1 ArG (SR 822.11); Art. 7 lit. d UNO-Pakt I (SR 0.103.1); Art. 1bis des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Arbeitsgesetz (sGS 511.1). Feiertagsentschädigung für Angestellte im Stundenlohn. Mit Ausnahme des Bundesfeiertags besteht an Feiertagen keine gesetzliche Lohnzahlungspflicht für Angestellte im Stundenlohn (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 4. Januar 2010, BZ.2009.73).

Erwägungen

I.

1.1 Die Beklagte betreibt ein Einzelunternehmen mit dem Zweck der Vermittlung von Pflege- und Krankenpersonal sowie Haushaltshilfen, Raumpflegerinnen und Familienhelferinnen. Am 1. November 2005 (gemäss Deckblatt) beziehungsweise am 1. Oktober 2005 (gemäss S. 4) schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin und die Klägerin als Arbeitnehmerin einen Temporärarbeits- respektive Rahmenvertrag ab (kläg. act. 2 = bekl. act. 4). Als Arbeitspensum wurden 20 bis maximal 50 % vereinbart. Die Klägerin erklärte sich darin bereit, für das Einzelunternehmen der Beklagten bei einem Kunden auf einzelne Einsätze begrenzte Arbeit zu leisten (Ziff. 2). Für jeden Einsatz innerhalb des Rahmenvertrags sollte ein separater Einsatzvertrag abgeschlossen werden (Ziff. 3.1). Bezüglich Ferien und Feiertagen wurde vereinbart, dass die Klägerin eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8.33 % erhalte, welche im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen sei und in den Lohnabrechnungen jeweils separat ausgewiesen werde (Ziff. 10.3). Als Stundenlohn wurde von Montag bis Freitag Fr. 20.-, samstags, sonntags sowie an Feiertagen Fr. 22.- vereinbart (Ziff. 10.4).



1.2 Einen ersten Einsatzvertrag hatten die Parteien bereits am 28. September 2005 unterzeichnet (bekl. act. 5). Auch hier wurde als Lohn von Montag bis Freitag ein Stundenlohn von Fr. 20.-, samstags, sonntags und an Feiertagen ein solcher von Fr. 22.- vereinbart und festgehalten, dass ein Ferienanteil von 8.33 % im Teilzeitlohn inbegriffen sei. Nach Beendigung dieses Einsatzes unterzeichneten die Parteien am 8. Juni 2006 einen neuen Einsatzvertrag (bekl. act. 5). Neu wurde als Lohn von Montag bis Freitag ein Stundenlohn von Fr. 20.50, samstags, sonntags und an Feiertagen ein solcher von Fr. 22.50 vereinbart. Dass ein Ferienanteil von 8.33 % im Teilzeitlohn inbegriffen sei, wurde erneut erwähnt.

Gemäss den im Recht liegenden Lohnabrechnungen (kläg. act. 5) wurden der Klägerin vom Oktober 2005 bis zum März 2006 Stundenlöhne von Fr. 20.- respektive Fr. 22.-, vom Juni 2006 bis zum Dezember 2006 solche von Fr. 20.50 respektive Fr. 22.50, im Jahr 2007 solche in der Höhe von Fr. 21.- respektive Fr. 23.- und im Jahr 2008 solche von Fr. 21.50 respektive Fr. 23.50 ausbezahlt. Die Lohnabrechnungen wiesen jeweils einen Feriengeldsaldo von Fr. 0.- und einen Feriensaldo von 0 Tagen aus. Ausserdem war die Mitteilung angebracht, dass der Feriengeldanteil von 8.33 % gemäss Teilzeitarbeitsvertrag im Lohn inbegriffen sei.

1.3 Mit Schreiben vom 19. November 2007 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie sei nicht damit einverstanden, dass ihr die Mittagszeit, die sie am Arbeitsort verbringen müsse, nicht entschädigt werde (kläg. act. 6).

1.4 Da die von der Klägerin mitbetreute Patientin in ein Pflegeheim eintreten musste, kündigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 25. Juni 2008 auf den 31. Juli 2008 (kläg. act. 3).

2.1 Mit Klage vom 12. Februar 2009 gelangte die Klägerin ans damalige Arbeitsgericht. Sie machte einerseits eine Forderung von insgesamt Fr. 9'740.30 für zu Unrecht in Abzug gebrachte Mittagspausen, eine Abgangsentschädigung sowie Ferien- und Feiertagszuschläge geltend. Die Beklagte reichte das Klageantwortformular für das Arbeitsgericht und eine Stellungnahme am 2./3. März 2009 ein. Sie beantragte die Abweisung der Klage.



St.Galler Gerichte

2.2 Am 23. April 2009 fand vor dem Arbeitsgerichtspräsidenten die Hauptverhandlung statt (vi-act. 11; Urteil, 2 Ziff. 1), anlässlich derer die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt abschlossen (bekl. act. 15). Mit Schreiben vom 30. April 2009 teilte die Beklagte der Vorinstanz sinngemäss den Widerruf dieses Vergleichs mit (vi-act. 14; Urteil, 2 Ziff. 1).

2.3 Der Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts (vgl. Urteil, 3 Ziff. 3, zur neuen sachlichen Zuständigkeit ab dem 1. Juni 2009) vom 17. Juni 2009 wurde den Parteien mit Schreiben vom gleichen Tag im Dispositiv mitgeteilt (vi-act. 17). Der Versand des begründeten Urteils erfolgte am 4. August 2009 (Urteil, 25; Zugang bei der Beklagten am 5. August 2009 [vi-act. 22]). Das Kreisgericht schützte die klägerische Forderung für zu Unrecht in Abzug gebrachte Mittagspausen teilweise, wies die Forderungen auf Abgangs- und Ferienentschädigung ab und schützte die Forderung auf Feiertagsentschädigung im Umfang von brutto Fr. 2'030.45.

3.1 Am 26. August 2009 (Postaufgabe 28. August 2009) erhob die Beklagte gegen diesen Entscheid Berufung beim Kantonsgericht (act. B1). Auf Aufforderung der Verfahrensleiterin vom 31. August 2009 (act. B4) reichte die Beklagte am 7. September 2009 eine Ergänzung zu ihrer Berufung ein (act. B5). Eine weitere (unaufgeforderte) Eingabe der Klägerin erfolgte am 21. September 2009 (act. B11). Die Beklagte ersuchte mit Berufungsantwort vom 21. Oktober 2009 (act. B14) um Abweisung der Berufung. Auf eine Anschlussberufung verzichtete die Beklagte ausdrücklich.

3.2 Vor Kantonsgericht wurde keine mündliche Verhandlung und kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt (Art. 234 ZPO).

II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224, 225, 229 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind. Auf die Berufung ist einzutreten. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 15 lit. d GO).



2.1 Die bekl. act. 26-30 wurden von der Beklagten erst mit ihrer Eingabe vom 7. September 2009 und damit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht. Sie sind aus dem Recht zu weisen.

2.2 Die Eingabe der Beklagten vom 21. September 2009 ist für den Ausgang des vorliegenden Prozesses nicht von Bedeutung, so dass deren Zulässigkeit offen gelassen werden kann (Art. 164 ZPO).

3. Soweit die Beklagte sinngemäss vorbringt, anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung sei ein Vergleich zustande gekommen und kritisiert, der Entscheid der Vorinstanz weiche zu ihren Ungunsten vom Vergleichsergebnis ab, kann der Beklagten nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz ging (zu Recht und von der Beklagten im Berufungsverfahren nicht bestritten) davon aus, dass die Beklagte den Vergleich sinngemäss widerrufen hat. Es liegt nun in der Natur der Sache, dass der gerichtliche Entscheid zu Lasten der einen Partei vom vermittelnden Vergleichsvorschlag abweichen kann. Eine Bindungswirkung der Vorinstanz an ihren Vergleichsvorschlag bestand nicht.

III.

1. Bezüglich der klägerischen Forderung für zu Unrecht in Abzug gebrachte Mittagspausen ist der Rechtsauffassung der Vorinstanz zu folgen. Es kann auf deren zutreffende Erwägungen verwiesen werden (Urteil, 4 ff. Ziff. 3). Insbesondere trifft zu, dass (Mittags-)Pausen mit Arbeitsbereitschaft an die Arbeitszeit anzurechnen und dementsprechend zu entlönnen sind, dass davon auszugehen ist, dass die Klägerin bei ihren Einsätzen während allfälliger Pausen ihren Arbeitsplatz nicht verlassen konnte, sondern auch während dieser Zeit in Arbeitsbereitschaft sein musste, dass die Höhe des Lohnes für die von der Beklagten nicht ausbezahlten Arbeitsstunden brutto Fr. 2'047.69 beträgt, dass ein Abzug von Fr. 910.- für 91 eingenommene Mittagessen angezeigt ist und dass die Fr. 1'000.-, welche die Klägerin von G und H erhalten hat nicht in Abzug gebracht werden können. Dass die Beklagte ihrer Klientin die



Mittagsstunden allenfalls aus vertraglichen Gründen nicht verrechnete, vermag daran mangels Drittwirkung dieser Vereinbarungen nichts zu ändern.

2.1 Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Beklagte der Klägerin eine Feiertagsentschädigung schuldet und - falls dem so ist - ob diese schon (gültig) bezahlt worden ist.

2.2 Von vornherein verworfen werden kann die Argumentation der Beklagten, sie habe der Klägerin bei Arbeitseinsätzen an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen einen Zuschlag von Fr. 2.- je Stunde bezahlt, weshalb keine Feiertagsentschädigung mehr geschuldet sei. Beim von der Beklagten bezahlten Zuschlag handelt es sich um eine Entschädigung für tatsächlich geleistete Arbeit (der Zuschlag wurde nur für jene Stunden entrichtet, während denen die Klägerin an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag effektiv tätig war). Eingeklagt ist jedoch eine andere Forderung: Der Ersatz des anteilmässigen Lohns, welchen eine im Monatslohn angestellte Arbeitnehmerin für auf Feiertage fallende Tage regelmässig erhält, ohne dafür tatsächlich arbeiten zu müssen.

2.3 Nichts für ihren Standpunkt bezüglich Feiertagsentschädigung kann die Beklagte aus der auf den Lohnabrechnungen (kläg. act. 5) aufgeführten Zeilen "Feriengeldsaldo 0.00 SFR." respektive "Feriensaldo in Tagen 0.00 Tge" ableiten.

2.4.1 Nicht gefolgt werden kann der Beklagten, wenn sie vorbringt, die Feiertagsentschädigung sei bereits im Stundenlohn inbegriffen gewesen.

2.4.2 Der Temporärarbeitsvertrag (kläg. act. 2 = bekl. act. 4) enthält in seiner Ziff. 10.3 zwar die Formulierung "Die Angestellte erhält eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8.33 %, welche im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen ist und in den Lohnabrechnungen jeweils separat ausgewiesen wird", doch war schon in den Einsatzbestätigungen (bekl. act. 5) - berechtigterweise - nur noch die Rede davon, dass der Ferienanteil von 8.33 % im Teilzeitlohn inbegriffen sei. Letzteres entspricht der Formulierung auf den Lohnabrechnungen (kläg. act. 5). Bei diesen 8.33 % handelt es sich um den Ferienlohn bei vier Wochen Ferien (vgl. BGE 129 III 664 E. 7.3 S. 674; Entscheid des Bundesgerichts 4C.301/2001 vom 21. Februar 2002 E. 3e; GVP 1990 Nr. 49 = JAR 1992 180; JAR 1996 149; Falkner, Ferienentschädigung nach Beendigung



des Arbeitsverhältnisses, in: AJP 2004 944; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 329d N 2; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 329d N 10). Wenn aber schon die Ferienentschädigung 8.33 % beträgt, so kann darin unmöglich auch - worauf allenfalls die Formulierung im Temporärarbeitsvertrag schliessen lassen könnte - noch die Feiertagsentschädigung inbegriffen sein. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der vom Spitexverband St. Gallen zur Verfügung gestellte Musterarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn mit 20 Tagen Ferienanspruch einen Anteil von 14.5 % für die Ferienentschädigung ausweist. In diesem Zuschlag sind offensichtlich - im Unterschied zu den von der Beklagten verwendeten Verträgen - nicht nur die erwähnten 20 Ferientage, sondern auch die Feiertage eingeschlossen (vgl. Urteil, 19 oben).

2.4.3 Die Beklagte weist sodann darauf hin, dass der Feiertagsanteil auf den Lohnabrechnungen prozentual nicht erwähnt respektive ausgeschieden worden sei, weil dieser gemäss Besoldungslisten (bekl. act. 19, 21, 25) im Stundenlohn inbegriffen gewesen sei. Bei diesen Besoldungslisten handelt es sich um die vom Personalamt des Kantons St. Gallen erstellten Besoldungstabellen, nach denen sich die Entlohnung des Staatspersonals richtet. Diese Tabellen enthalten für die Stundenlöhne folgende Spalten: Jahresbesoldung inkl. 13. Monatsgehalt (100 %), Basis-Stundenlohn und schliesslich drei Spalten für den Stundenlohnanspruch, wenn der Ferienanspruch mit dem Stundenlohn abgegolten werden soll: 20 Tage (114.5 %), 25 Tage (117.1 %) und 30 Tage (119.8 %). Die Beklagte behauptet nun, sie habe der Klägerin jeweils den auf Fr. 0.50 aufgerundeten Stundenlohn gemäss der Spalte bezahlt, welche die Abgeltung für 20 Tage Ferien enthalte.

Weder der Temporärarbeitsvertrag noch die Einsatzbestätigungen enthalten einen Hinweis darauf, dass sich der vereinbarte Lohn nach den vom Personalamt des Kantons St. Gallen erstellten Besoldungstabellen für die Entlohnung des Staatspersonals richte, diese also gleichsam Vertragsgrundlage geworden wären. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass für das vorliegend strittige Arbeitsverhältnis die Bestimmung eines Gesamtarbeitsvertrags die Anwendung der erwähnten Besoldungstabellen zwingend vorschreiben würde. Dass die Beklagte zur Bestimmung des mit der Klägerin vereinbarten Lohns allenfalls auf die Besoldungstabellen



zurückgriff, ist ohne Belang. Es kann auch nicht leichthin angenommen werden, dass dem tatsächlich so war, fehlen doch sowohl auf dem Temporärarbeitsvertrag, der Einsatzbestätigung und den Lohnabrechnungen Hinweise darauf, in welcher Besoldungsklasse und Besoldungsstufe die Klägerin eingeteilt gewesen sein soll. Wären aber die Besoldungstabellen tatsächlich Vertragsbestandteil oder Vertragsgrundlage gewesen, so wäre zu erwarten, dass diese Angaben auf den erwähnten Dokumenten aufgeführt worden wären.

2.4.4 Damit steht fest, dass die Beklagte der Klägerin keine Feiertagsentschädigung bezahlt hat. Falls Feiertage grundsätzlich auch bei Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn entschädigungspflichtig sind, wäre der von der Klägerin vorliegend geltend gemachte Anspruch berechtigt.

2.5 Mit der Vorinstanz (Urteil, 20 lit. i) ist davon auszugehen, dass - falls auch Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung haben und diese Entschädigung in Form eines Zuschlags zum ausbezahlten Stundenlohn zu entrichten ist - auch die Feiertagsentschädigung nur unter den Voraussetzungen mit dem Stundenlohn abgegolten werden kann, welche von der Rechtsprechung für die Ferienlohnabgeltung entwickelt worden sind (vgl. dazu die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen in Urteil, 14 f. lit. c). Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche eine davon abweichende Regelung rechtfertigen würden.

2.6 Der Vorinstanz (Urteil, 19 f. lit. h) kann gefolgt werden, wenn sie ausführt, im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt dränge sich eine Feiertagsentschädigung in Form eines Zuschlags zum Stundenlohn auf (und nicht eine Abgeltung dadurch, dass der im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmerin an jedem Feiertag, der auf einen Werktag fällt, im Verhältnis zu ihrem Beschäftigungsgrad eine pro rata Zahlung geleistet wird oder dadurch, dass Teilzeitangestellten, welche regelmässig nur an bestimmten Wochentagen arbeiten, dieser Tag voll vergütet wird, wenn er auf einen Feiertag fällt; vgl. dazu Byrne-Sutton, *Le contrat de travail à temps partiel*, Genfer Diss., Zürich 2001, 146 f.).

2.7 Gemäss Art. 110 Abs. 3 BV ist der Bundesfeiertag arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den



Bundesfeiertag [SR 116]). Dies gilt auch für Angestellte im Stundenlohn (JAR 2003 281 Ziff. 99; Portmann/Petrovic, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 20a N 12). Damit steht fest, dass der Klägerin bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zusteht.

2.8.1 Gemäss Art. 20a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11, Arbeitsgesetz) können die Kantone neben dem Bundesfeiertag acht weitere Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichstellen. Diese Kompetenz hat der Kanton St. Gallen in Art. 1^{bis} des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Arbeitsgesetz (sGS 511.1) ausgeschöpft.

2.8.2 Für diese von den Kantonen den Sonntagen gleichgestellten Feiertage hat der Bundesgesetzgeber keine Lohnzahlungspflicht festgeschrieben. Den Kantonen ist es wegen der Privatrechtshoheit des Bundes verwehrt, diesbezügliche Vorschriften zu erlassen (BGE 76 I 305, 76 I 321; Boner, Teilzeitarbeit, Zürcher Diss., Bern 1985, 91 f.; Byrne-Sutton, 143; Reh binder, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 329 N 15; Portmann/Petrovic, Art. 20a N 17; Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b N 22, Art. 329 N 14 S. 415). Bei Angestellten im Stundenlohn besteht daher, falls - wie im vorliegend zu beurteilenden Fall - auch Einzel-, Normal-, oder Gesamtarbeitsverträge keine diesbezüglichen Regelungen enthalten und keine Übung (Art. 322 Abs. 1 OR) behauptet oder ersichtlich ist, nach innerstaatlichem Recht keine Lohnzahlungspflicht für die durch kantonale Feiertage ausfallende Arbeitszeit (JAR 1996 149; BJM 1972 179; Byrne-Sutton, 145; Boner, 92 Fn 4; Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 165; BK-Reh binder, Art. 329 N 15; Portmann/Petrovic, Art. 20a N 18; ZK-Staehelin, Art. 329 N 10; Streiff/von Kaenel, Art. 329 N 14 S. 415).

2.8.3 Art. 7 lit. d des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1, UNO-Pakt I) lautet wie folgt: Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird (...) Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage. Zum Teil wird die Meinung vertreten aus dieser Bestimmung könnten Angestellte im Stundenlohn direkt einen Anspruch auf Vergütung gesetzlicher



Feiertage gegenüber ihren Arbeitgebern ableiten (JAR 2003 281 Ziff. 92 ff.; Byrne-Sutton, 145 f.; Portmann/Petrovic, Art. 20a N 19; a. M. ZK-Staehelin, Art. 329 N 8; offen gelassen bei Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b N 22 und Art. 329 N 14, S. 415 unten). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urteil, 18) kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden.

2.8.4 In BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 11 f. und 121 V 246 E. 2 S. 248 ff. hielt das Bundesgericht allgemein fest, der UNO-Pakt I enthalte in seinen Art. 6-15 einen Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, zu deren vollen Verwirklichung sich jeder Vertragsstaat unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten und mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen sowie durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, verpflichte (Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I). Die von der Schweiz mit diesem Pakt eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen hätten insofern programmatischen Charakter; die Vorschriften des Paktes richteten sich - anders als die direkt anwendbaren Garantien des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) - nicht an den Einzelnen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten, welche die Vertragsbestimmungen als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten hätten (so die Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden Pakten, BBl 1991 I 1193 und 1202). In BGE 122 I 101 E. 2a S. 103 wiederholte das Bundesgericht, der UNO-Pakt I habe programmatischen Charakter, richte sich an den Gesetzgeber und begründe grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte des Einzelnen (vgl. auch BGE 126 I 240 E. 2c S. 242 f. und den Entscheid 2P.77/2000 des Bundesgerichts vom 30. November 2000 E. 5c).

Konkret stellte das Bundesgericht fest, aus Art. 7 lit. b (sichere und gesunde Arbeitsbedingungen; Entscheid 2A.221/2006 des Bundesgerichts vom 27. April 2006 E. 2), Art. 9 (Recht auf Soziale Sicherheit; BGE 121 V 246 E. 2e S. 250; Entscheid 2P.77/2000 des Bundesgerichts vom 30. November 2000 E. 5e), Art. 11 Abs. 1 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard; BGE 122 I 101 E. 2a S. 103) und Art. 13 Abs. 2 lit. b und c UNO-Pakt I (allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit des höheren Fach- und Berufsschulwesens respektive des Hochschulunterrichts; BGE 130 I 113 E. 3.3 S. 123, 126 I 240 E. 2d S. 244 und E. 3 S. 247, 120 Ia 1 E. 5d S. 12 f) lasse sich kein individualrechtlicher Anspruch ableiten.



In BGE 121 V 246 E. 2e S. 250 erwähnte das Bundesgericht obiter, das in Art. 8 Abs. 1 lit. a UNO-Pakt I festgeschriebene Recht, Gewerkschaften zu bilden respektive einer Gewerkschaft beizutreten, stelle ein justiziables Individualrecht dar (bestätigt in BGE 126 I 240 E. 2c S. 143, 125 III 277 E. 2d S. 281). Ob das in Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I festgeschriebenen Streikrecht einen individualrechtlichen Anspruch darstellt, liess das Bundesgericht offen (BGE 125 III 277 E. 2e S. 282).

Malinverni (Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 71 ff., 76) ist der Auffassung, auch die Art. 7 lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit), Art. 13 Abs. 1 lit. a (unentgeltlicher Grundschulunterricht), Art. 13 Abs. 3 (freie Schulwahl), Art. 13 Abs. 4 (Schaffung und Leitung von Bildungseinrichtungen) und Art. 15 UNO-Pakt I (Kunst- und Wissenschaftsfreiheit) seien justiziabel.

2.8.5 Bezüglich der direkten Anwendbarkeit von Art. 7 UNO-Pakt I führen Künzli/Kälin (Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 105 ff., 119) aus, die Effektivität dieses Rechts hänge in besonderem Masse vom Stand der Gesetzgebung ab, da es sich überwiegend in privatwirtschaftlichen Bereichen verwirklichen müsse. Staatliche Massnahmen zur vollen Verwirklichung dieses Rechts müssten sich deshalb vor allem darauf konzentrieren, in einer Arbeitsschutzgesetzgebung zumindest Minimalansprüche zu konkretisieren, deren persönlicher Anwendungsbereich möglichst umfassend ausgestaltet sei. Künzli/Kälin (S. 119 f.) vertreten die Auffassung, lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit) und in eingeschränkterem Masse lit. c von Art. 7 UNO-Pakt I (gleiche Aufstiegsmöglichkeiten) seien einer gerichtlichen Beurteilung zugänglich. Bezüglich lit. a (i) verweisen sie dabei auf Ziff. 5 der Allgemeinen Bemerkung 3 von 1990 (Anhang III des Dokuments E/1991/23; Zugang über das Dokumentenarchiv tb.ohchr.org) des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (nachfolgend Ausschuss), welcher vom Wirtschafts- und Sozialrat der UNO mit der Überwachung der Paktanwendung durch die Vertragsstaaten betraut worden ist. Der Ausschuss hält hier fest, der UNO-Pakt I enthalte eine Anzahl Bestimmungen, so die Art. 3, 7 lit. a (i), 8, 10 Abs. 3, 13 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 und Abs. 4, 15 Abs. 3, welche in vielen nationalen Rechtsordnungen als für die direkte Anwendung durch gerichtliche



Organe geeignet erschienen. Auf diese Aufzählung nahm der Ausschuss auch in Ziff. 10 der Allgemeinen Bemerkung 9 von 1998 (Dokument E/C.12/1998/24) wieder Bezug. In Ziff. 11 der Allgemeinen Bemerkung 9 weist der Ausschuss sodann darauf hin, dass der UNO-Pakt I nicht ausschliesse, dass seine Bestimmungen direkt anwendbar seien. In Ziff. 10 seiner Schlussfolgerungen vom 7. Dezember 1998 (Dokument E/C.12/1/Add.30) zum ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 18. September 1996 (Dokument E/1990/5/Add.33) weist der Ausschuss ebenfalls darauf hin, dass nicht davon ausgegangen werden könne, der UNO-Pakt I enthalte ausschliesslich Vorschriften programmatischer Natur, welche nicht unmittelbar anwendbar seien.

Im erwähnten ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I wurde in Ziff. 193 f. darauf hingewiesen, dass die Vergütung von Feiertagen in der Schweiz ausser für den Bundesfeiertag nicht obligatorisch sei. Bei im Monatslohn Angestellten finde sie in der Regel dennoch statt, nicht jedoch bei im Stundenlohn Angestellten (ausser dies sei vertraglich ausdrücklich vorgesehen), welche nur den Bundesfeiertag entschädigt erhielten. Auf diese Darlegung der Rechtslage in der Schweiz ging der Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen nicht ein. Auch bezüglich der analogen Rechtslage in Liechtenstein machte der Ausschuss keine Bemerkungen (Dokument E/C.12/LIE/CO/1).

In Ziff. 214 des zweiten und dritten Berichts der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 17. Juli 2009 wird erneut erwähnt, der Bundesfeiertag werde allen Angestellten einschliesslich Beschäftigten im Stundenlohn vergütet. Die übrigen (kantonalen) Feiertage finden in diesem Bericht keine Erwähnung mehr.

2.8.6 Unter Berücksichtigung dessen, dass Bundesrat und Parlament davon ausgingen, die Vorschriften des Uno-Paktes I gewährten dem Einzelnen, grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte (BBl 1991 I 1202; BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 12), dass die Formulierung von Art. 7 UNO-Pakt I ("Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird ...") nur eine Aufforderung an die beteiligten Staaten zur Konkretisierung der nachfolgend umschriebenen Arbeitsbedingungen



enthält (ZK-Staehelin, Art. 329 N 8; Künzli/Kälin, 119), dass Art. 7 lit d UNO-Pakt I vom Ausschuss nicht ausdrücklich zu den direkt anwendbaren Bestimmungen gezählt wird und dass der Ausschuss die Darlegungen der Schweiz und Liechtensteins betreffend der Rechtslage für die Ferienentschädigung von Angestellten im Stundenlohn kommentarlos zur Kenntnis genommen hat, kann Art. 7 lit d UNO-Pakt I kein individualrechtlicher Anspruch mit dem Inhalt, dass den Angestellten im Stundenlohn die vom kantonalen Gesetzgeber bestimmten Feiertage zu entschädigen wären, entnommen werden.

Auch kann eine solche Entschädigungspflicht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urteil, 18 f. lit. f.), nicht deshalb bejaht werden, weil die Beklagte geltend gemacht hatte, sich nach den Besoldungslisten richten zu wollen, gemäss welchen ein Zuschlag für 9 Feier-/Ruhetage gewährt werde. Nachdem ihr in anderem Zusammenhang auseinandergesetzt worden ist, dass diese Listen nicht Vertragsbestandteil geworden sind (vorne E. 2.4.3), kann sie dabei nicht behaftet werden.

2.9 Nach dem Gesagten steht der Klägerin einzig bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zu (vorne E. 3.7). Dieser ist grundsätzlich als Zuschlag zum vereinbarten Stundenlohn zu bestimmen (vorne E. 3.6). Da die Vergütung im vorliegenden Fall im Nachhinein erfolgt, kann der Zuschlag auf der gesamten von der Beklagten bezahlten Bruttolohnsumme (ohne den Zuschlag für die Ferienentschädigung) erfolgen. Diese beträgt Fr. 54'615.10 (vgl. Urteil, 22).

Der Zuschlag für neun Feiertage beträgt gemäss der nicht zu beanstandenden Berechnung der Vorinstanz 3.87 % (Urteil, 20). Entsprechend beträgt die für den Bundesfeiertag geschuldete Entschädigung 0.43 %. Demgemäss schuldet die Beklagte der Klägerin noch eine Entschädigung von Fr. 234.85.

3. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Die Beklagte hat der Klägerin brutto Fr. 2'047.70 für zu Unrecht in Abzug gebrachte Mittagspausen zuzüglich brutto Fr. 234.85 Entschädigung für den Bundesfeiertag nebst Zins zu 5 % ab dem 31. Juli 2008 abzüglich Fr. 910.- für eingenommene Mittagspausen zu bezahlen.
