



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 17. Dezember 2012 (400 12 152)

Obligationenrecht

Arbeitsrecht - missbräuchliche Kündigung: Lohnsenkung für Grenzgänger wegen dem schwachen Euro (Rachekündigung und Verletzung des FZA)

Besetzung

Vorsitzender Richter Edgar Schürmann, Richter Dieter Freiburghaus (Ref.), Richter René Borer; Gerichtsschreiberin Karin Arber

Parteien

A._____,
vertreten durch Advokatin Doris Vollenweider, Gitterlistrasse 8, Postfach 215, 4410 Liestal,
Kläger

gegen

B.____AG,
vertreten durch Advokat Dr. Ulf Walz, LL.M., Hardstrasse 1, 4052 Basel,
Beklagte und Berufungsklägerin

Gegenstand

Arbeitsrecht

Sachverhalt

A. Seit 2. Januar 1990 arbeitete A.____ (im Nachfolgenden auch Arbeitnehmer oder Kläger oder Berufungsbeklagter genannt) bei der B.____AG (im Nachfolgenden auch Arbeitgeberin oder Beklagte oder Berufungsklägerin genannt). Am 24. Juni 2010 hat die Arbeitgeberin ihre

Mitarbeitenden anlässlich einer Personalversammlung darüber informiert, dass die Entwicklung des Eurokurses zu einer finanziell schwierigen Situation geführt habe. Mit Schreiben vom 26. Juli 2010 hat die Arbeitgeberin sodann den in ihrem Betrieb angestellten Grenzgängern mitgeteilt, dass der schwache Eurokurs für die Grenzgänger eine Lohnerhöhung von mindestens 12% bedeute. Ihnen werde deshalb vorgeschlagen, den Lohn ab 1. September 2010 um 6% zu reduzieren, wobei diese Massnahme bei einem Eurokurs von 1.50 wieder aufgehoben werde und die Pensionskassenbeiträge unverändert bleiben würden. Die Grenzgänger wurden aufgefordert, ihre Zustimmung oder Ablehnung zur Lohnreduktion mit dem beigelegten Formular, auf welchem je konkret der alte Lohn, die Reduktion und der neue Lohn aufgeführt waren, bis spätestens 31. August 2010 der Arbeitgeberin zukommen zu lassen. A.____, ebenfalls Grenzgänger, lehnte die Lohnreduktion ab. Mit Schreiben vom 6. September 2010 kündigte ihm die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2010. Die Arbeitgeberin bot ihm gleichzeitig einen neuen Arbeitsvertrag per 1. Januar 2011 an, welcher wiederum einen um 6% reduzierten Bruttolohn vorsah, jedoch keine Erhöhung mehr auf den bisherigen Lohn bei einem Anstieg des Eurokurses. Mit dem neuen Vertrag war weiter vorgesehen, die Pensionskassenbeiträge dem neuen Lohn anzupassen. Der Arbeitnehmer nahm diesen neuen Arbeitsvertrag nicht an. Er erhob mit Schreiben vom 23. Oktober 2010 bei der Arbeitgeberin schriftlich Einsprache gegen die Kündigung und behielt sich eine Klage wegen missbräuchlicher Kündigung vor. Eine solche leitete er in der Folge ein und machte beim Bezirksgericht Arlesheim gegen die Arbeitgeberin Forderungen im Betrag von CHF 31'330.-- (ohne Sozialversicherungsabzüge) als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sowie von CHF 6'950.-- brutto = CHF 6'516.-- netto als Entschädigung für geleistete Überstunden, je zuzüglich Zins von 5% ab Klageeinreichung, geltend.

B. Mit Entscheid vom 31. Januar 2012 hiess das Bezirksgericht Arlesheim die Klage gut und verurteilte die Beklagte, dem Kläger CHF 38'280.-- nebst 5% Zins seit 6. April 2011 zu bezahlen, wovon von CHF 6'950.-- die gesetzlichen und vertraglichen Sozialbeiträge abzuziehen seien. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 300.-- sowie die Gerichtsgebühr von CHF 4'000.-- wurden der Beklagten auferlegt. Weiter wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 5'926.10 zu bezahlen. Kurz zusammengefasst gelangte das Bezirksgericht zum Schluss, dass eine missbräuchliche Kündigung vorliege. Dies zum einen wegen dem konkreten Vorgehen der Arbeitgeberin, indem diese mit der Vertragsänderungsofferte vom 26. Juli 2010 die Kündigungsfrist von drei Monaten nicht eingehalten und danach aufgrund der Ablehnung durch den Arbeitnehmer diesem gekündigt habe, sodass eine Racheündigung vorliege. Zum anderen, weil eine unzulässige Diskriminierung gemäss Art. 9 Abs. 1 Anhang 1 FZA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681) vorliege, indem die Arbeitgeberin die Vertragsänderungsofferten und damit einhergehend die Änderungskündigungen nur an die Grenzgänger gerichtet habe. Entgegen der Meinung des Arbeitnehmers war die Vorinstanz der Ansicht, die Bestimmungen über die Massenentlassung habe die Arbeitgeberin nicht einhalten müssen. Wegen missbräuchlicher Kündigung sprach die Vorinstanz dem Arbeitnehmer die maximale Entschädigung nach Art. 336a OR von sechs Monatslöhnen zuzüglich Anteil des 13. Monatslohnes zu, bzw. CHF 31'330.--.

Weiter hat das Bezirksgericht den Betrag von CHF 6'950.-- brutto für geleistete Überstunden gutgeheissen, weil die Arbeitgeberin die wöchentliche Arbeitszeit auf 41 Stunden pro Woche festgelegt habe, ohne die gemäss GAV vorgesehenen formellen Voraussetzungen zu erfüllen, so dass die im GAV festgelegte Normalarbeitszeit von 2'080 Stunden pro Jahr (40 Stunden pro Woche) gelte. Die Vorinstanz sprach dem Kläger daher eine Überstunde pro Woche rückwirkend für die letzten fünf Jahre zu, bzw. den Betrag von CHF 6'950.--. Auf die ausführliche Entscheidungsbegründung der Vorinstanz wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen eingegangen.

C. Gegen diesen Entscheid erklärte die Arbeitgeberin mit Eingabe vom 16. Mai 2012 die Berufung mit dem Antrag, der Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen; unter o/e-Kostenfolge. Sie rügte vorweg, dass bei der Vorinstanz die Gerichtsmehrheit in der öffentlichen Urteilsberatung eine missbräuchliche Rache Kündigung verneint habe. Indem in der schriftlichen Urteilsbegründung eine missbräuchliche Rache Kündigung gleichwohl bejaht worden sei, sei die Mehrheitsentscheidung des Gerichts ignoriert worden.

Weiter liess sie ausführen, es liege keine Rache Kündigung vor. Eine unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist ausgesprochene Änderungskündigung könne nicht automatisch und ausnahmslos als "missbräuchliche Rache Kündigung" qualifiziert werden, nur weil ihr ein (abgelehnter) Antrag auf Vornahme einer einvernehmlichen Vertragsänderung ohne vollständige Einhaltung der Kündigungsfrist vorausgegangen sei. Sie habe sich weder arglistig, treuwidrig, perfid noch sonst wie verwerflich verhalten. Auch habe sie bei der von der Vorinstanz als "Vertragsänderungsanfrage" bezeichneten Anfrage vom 26. Juli 2010 weder mit Kündigung gedroht noch genötigt. Bei der Änderungskündigung sei die ordentliche Kündigungsfrist unstreitig eingehalten worden. Die Änderungskündigung sei auch sachlich gerechtfertigt gewesen, weil sie als exportabhängiges Unternehmen wegen der starken und andauernden Eurokrise in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sei. Die Lohnreduktion von 6% sei auch angemessen und bewirke keine Härte oder Unbilligkeit für den Kläger, da dieser als Grenzgänger von einer währungsbedingten faktischen Lohnerhöhung profitiert habe. Auch der tiefere Lohn sei noch immer im Rahmen des orts- und branchenüblichen Durchschnitts gelegen, so dass der Beklagten kein rechtswidriges Lohndumping vorgeworfen werden könne. Im Weiteren fehle auch der notwendige Kausalzusammenhang. Die Beklagte habe keine Änderungskündigung vorgenommen, weil der Kläger in guten Treuen Rechte aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht habe, sondern weil sie aufgrund der Eurokrise Kostensenkungsmassnahmen ergreifen müssen. Es handle sich damit um keine Rache Kündigung, sondern um eine Änderungskündigung aus wirtschaftlichen Gründen. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz entspringe einer formalistischen und unhaltbaren Behauptung der Beklagten bei der Begründung der Änderungskündigung. Diese von einem juristischen Laien abgefasste Begründung sei zugegebenermassen etwas unglücklich formuliert. Doch ändere dies nichts daran, dass nicht Rache das Motiv der Änderungskündigung gewesen sei, sondern allein wirtschaftliche und betriebliche Sachzwänge.

Im Weiteren sei das Freizügigkeitsabkommen (FZA) nicht verletzt. Es hätten auch zwei schweizerische Staatsangehörige mit Wohnsitz im Elsass eine 6%-ige Lohnreduktion erhalten. Bei einem deutschen Staatsbürger, welcher über seinen unmittelbar bevorstehenden Wohnsitzwechsel in die Schweiz informiert habe, sei von der Lohnreduktion abgesehen worden. Das FZA schreibe keinen Anspruch auf absolute Lohngleichheit vor. Unzulässig seien nur willkürli-

che, nicht aber sachlich gerechtfertigte Benachteiligungen. Ansonsten würde eine Ungleichbehandlung durch Besserstellung der Grenzgänger gegenüber den Arbeitnehmern mit Wohnsitz in der Schweiz resultieren. Es sei weder willkürlich noch unsachlich, wenn ein exportabhängiger Arbeitgeber, der unter der Eurokrise leide, einem Mitarbeiter mit Wohnsitz im kostengünstigen Euroland etwas weniger Lohn in Schweizerfranken offeriere als den Mitarbeitern, die in der teuren Schweiz leben würden und entsprechend höhere Lebenshaltungskosten finanzieren müssten. Die Lohnsenkung von 6% würde weniger ausmachen als die Währungsschwankung. Es liege damit keine tatsächliche Benachteiligung vor, sondern ein sachlich gerechtfertigter und damit zulässiger Vorteilsausgleich. Auch der GAV sehe keinen Anspruch auf absolute Lohngleichheit vor und erlaube bei der Lohnfestsetzung unter anderem auch die Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten der Arbeitnehmenden.

Weiter rügt die Arbeitgeberin die von der Vorinstanz festgelegte Strafzahlung von sechs Monatslöhnen. Die Vorinstanz habe sich mit der Praxis zur Höhe der Strafzahlung nicht auseinandergesetzt und diese unhaltbar und bundesrechtswidrig viel zu hoch ausgefällt. Die Höchststrafe von sechs Monatslöhnen werde grundsätzlich nur bei schwersten Verfehlungen und sehr hohem Schuldvorwurfsgehalt verhängt. Bei mittlerem Verschulden seien zwei bis drei Monatslöhne und bei geringem Verschulden maximal ein Monatslohn üblich. Die Vorinstanz habe überdies relevante Bemessungskriterien unberücksichtigt gelassen, während sie andere nicht relevante Kriterien berücksichtigt habe. Der Arbeitgeberin könnten keine gravierenden Verfehlungen vorgeworfen und höchstens ein geringer Schuldvorwurf gemacht werden. Unter Abwägung aller relevanten Kriterien wäre eine Strafzahlung von maximal einem Monatslohn angemessen, sofern eine solche überhaupt geschuldet sei.

Betreffend die Überstundenentschädigung rügt die Arbeitgeberin, die Vorinstanz habe keine Beweise abgenommen, wodurch das rechtliche Gehör verletzt sei. Die 41-Stunden-Woche sei - zwecks Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit und zur Sicherung der Arbeitsplätze - jeweils nur für ein Jahr beschlossen und protokollarisch festgehalten worden. Im Jahr 2004 sei diese im Arbeits- und Gleitzeitreglement festgehalten worden. Die Arbeitnehmervertretung (im Folgenden auch "ANV" genannt) habe dieser unbefristeten Weiterführung der 41-Stunden-Woche zugestimmt. Die 41-Stunden-Woche sei auch in den Folgejahren in den Sitzungen der Arbeitnehmervertretung regelmässig Thema gewesen. Die Vorinstanz habe weder die angerufenen Zeuginnen angehört noch eine Parteibefragung mit dem Verwaltungsratspräsident der Arbeitgeberin durchgeführt, sei jedoch im Entscheid plötzlich vom Nichtbestand einer Vereinbarung ausgegangen. Die innerbetriebliche Vereinbarung auf unbefristete Einführung der 41-Stunden-Woche sei gültig und verbindlich. Die Anrufung der GAV-Vertragspartner wäre nur und erst dann erforderlich gewesen, wenn die Arbeitnehmervertretung mit der Weiterführung nicht mehr einverstanden gewesen wäre. Der Arbeitnehmer habe folglich keinen Anspruch auf eine Überstundenentschädigung. Eventualiter sei eine solche verwirkt, denn der Arbeitnehmer habe die ganze Zeit gewusst, dass ein Monatslohn die Gegenleistung für 41 Stunden Arbeitsleistung pro Woche gewesen sei. Er verhalte sich treuwidrig und rechtsmissbräuchlich, wenn er dann plötzlich und rückwirkend auf fünf Jahre eine Überstundenentschädigung verlange. Subeventualiter müsse sich der Arbeitnehmer kompensatorische Leistungen der Arbeitgeberin anrechnen lassen. Die Arbeitgeberin habe nämlich freiwillig Zusatzleistungen erbracht, auf welche der Arbeitnehmer gemäss GAV keinen Anspruch habe, indem sie die NBU-Prämien bezahlt und eine Rückvergütung von 20% der Arbeitnehmer-PEKA-Beiträge gewährt habe. Würden diese Zu-

satzleistungen angerechnet, bestehe kein Saldo zu Gunsten des Arbeitnehmers. Auf die weiteren Ausführungen der Arbeitgeberin wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen eingegangen.

D. Mit Berufungsantwort vom 29. Juni 2012 beantragte der Arbeitnehmer die vollumfängliche Abweisung der Berufung; unter o/e-Kostenfolge.

Er liess ausführen, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer eine Vertragsänderung mit einer Lohnreduktion auf einen Zeitpunkt vor Ablauf der Kündigungsfrist anbiete und der Arbeitnehmer die Annahme dieser Offerte verweigere, mache er vertragliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend, so dass eine darauf folgende Kündigung missbräuchlich sei. Ein "arglistiges, treuwidriges, perfides oder sonst wie verwerfliches Verhalten", wie dies die Beklagte ausgeführt habe, sei nicht vorausgesetzt. Eine Änderungskündigung könne auch aufgrund des Vorgehens missbräuchlich sein. Eine Lohnkürzung von 6% stelle eine Vertragsverschlechterung für den Arbeitnehmer dar. Die vorgebrachten billigeren Lebenskosten würden bestritten. Auch die Notwendigkeit dieser Massnahme werde bestritten. Die Kündigung sei damit begründet worden, dass der Arbeitnehmer die Vertragsofferte vom 26. Juli 2010 nicht angenommen habe. Der Arbeitnehmer sei jedoch aufgrund des Nichteinhaltens der Kündigungsfrist berechtigt gewesen, die Offerte abzulehnen. Die Sanktionierung dieser Ablehnung mit dem Aussprechen der Kündigung stelle eine missbräuchliche Kündigung dar. Der Kläger habe zum Ausdruck gebracht, dass er mit einer Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist nicht einverstanden gewesen sei. Eine weitere, inhaltlich korrekte Offerte, die eine Vertragsänderung unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist vorgesehen hätte, sei nicht unterbreitet worden. Eine betriebliche Notwendigkeit werde bestritten. Die Arbeitnehmerin hätte die Möglichkeit gehabt, ein korrektes Vorgehen zu wählen mit einer neuen Offerte unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Das habe sie nicht gemacht, sondern sei unverzüglich zur Kündigung geschritten. Der "Racheaspekt" ergebe sich auch daraus, dass die mit der Kündigung vorgelegte Vertragsofferte nochmals schlechtere Bedingungen vorgesehen habe und der Kläger als Reaktion auf seine berechtigte Ablehnung abgestraft worden sei.

Weiter sei auch von einer Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR auszugehen. Die unterbreitete Vertragsverschlechterung und die auf die Ablehnung hin ausgesprochene Kündigung werde damit begründet, dass der Arbeitnehmer Wohnsitz in Frankreich habe. Die Wahl des Wohnsitzes sei aber offensichtlich ein Umstand, der als "Eigenschaft, die einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht" zu qualifizieren sei.

Die Missbräuchlichkeit ergebe sich auch aus der Verletzung des Freizügigkeitsabkommen (FZA), indem die Vertragsofferte dessen Bestimmungen verletzt habe und der Arbeitnehmer auch aus diesem Grund zur Ablehnung berechtigt gewesen sei. Er könne sich direkt und unmittelbar auf seine Ansprüche aus dem FZA berufen. Faktisch seien von der Lohnsenkung ausschliesslich Arbeitnehmer aus dem europäischen Ausland betroffen gewesen. Es liege somit eine indirekte Diskriminierung vor. Weiter sei zu beachten, dass Währungsschwankungen ein typisches Betriebsrisiko darstellen würden, welches nicht auf die Arbeitnehmenden überwältigt werden dürfe. Bei einem starken Frankenkurs würden Arbeitnehmende nicht an den entsprechenden finanziellen Vorteilen der Arbeitgeberin beteiligt. Es sei nicht zulässig, die Arbeitnehmenden einseitig bei schwachem Kurs an einem Verlust teilhaben zu lassen. Als der Euro auf über CHF 1.65 gewesen sei, hätten die Grenzgänger eine Lohnreduktion von über 10% auf

sich nehmen müssen. Die Kaufkraft sei damals kein Thema gewesen und es sei erst recht nicht über eine Lohnerhöhung gesprochen worden. Eine einseitige Anpassung nach unten im jetzigen Zeitpunkt sei daher nicht zulässig, da ansonsten das Verlustrisiko der Währungsschwankungen den Grenzgängern aufgebürdet würde. Die gewählte Massnahme verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz des FZA und könne nicht durch wirtschaftliche Interessen gerechtfertigt werden. Sie sei weder geeignet noch erforderlich gewesen, um die wirtschaftlichen Schwierigkeiten nachhaltig zu bekämpfen. Die von der Arbeitgeberin vorgenommene einseitige Lohnkürzung zu Lasten der Grenzgänger stelle eine Verletzung des FZA dar, die nicht gerechtfertigt werden könne und nicht verhältnismässig sei. Es werde bestritten, dass die Lebenshaltungskosten im grenznahen Ausland tiefer seien als in der Schweiz. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass zahlreiche Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ihre Preise reduziert hätten und dass viele Schweizerinnen und Schweizer ihre Einkäufe in Lörrach oder Saint-Louis erledigen würden. In diesem Sinne würden auch die schweizerischen Konsumentinnen und Konsumenten vom schwachen Eurokurs profitieren und ihre Lebenshaltungskosten gegenüber früher reduzieren. Wenn nun die Lebenshaltungskosten lediglich für die Entlohnung der Grenzgänger eine Rolle spiele, würden diese gegenüber den Inländern diskriminiert. Der Lohn stelle die vertragliche Gegenleistung der Arbeitgeberin für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dar. Der persönliche Bedarf der Arbeitnehmenden habe grundsätzlich keinen Einfluss auf die Arbeitsleistung und dürfe daher bei der Lohnbemessung keine Rolle spielen.

Weiter seien die Vorschriften über die Massenentlassung zu beachten. Diese seien vorliegend verletzt worden, was als weiteres Kriterium bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen sei.

Was die Höhe der Entschädigung betreffe, habe die Beklagte in ihrer Klageantwort diese mit keinem Wort bestritten. Sie habe einzig die Voraussetzungen zur Zusprechung einer Entschädigung bestritten, nicht aber deren geltend gemachte Höhe. Wenn das Gericht zum Schluss komme, dass eine Entschädigung geschuldet sei, würden die geltend gemachten sechs Monatslöhne als anerkannt gelten. Die Arbeitgeberin habe sich mit den Ausführungen des Arbeitnehmers zur Höhe der geltend gemachten Entschädigung mit keinem Wort auseinandergesetzt. Die Vorinstanz habe dennoch die Kriterien zur Festlegung der Höhe sorgfältig geprüft und auf den vorliegenden Fall übertragen. Der Arbeitnehmer sei durch die Kündigung in seiner Persönlichkeit schwer getroffen worden.

Was die Überstunden betreffe, sehe der GAV eine jährliche Normalarbeitszeit von 2'080 Stunden (52 Wochen à 40 Stunden) vor. Eine Erhöhung der Arbeitszeit könne innerbetrieblich für längstens 24 Monate abgeschlossen werden. Soll die Erhöhung der Arbeitszeit über diese Dauer verlängert werden, seien gemäss GAV zwingend die Vertragsparteien beizuziehen. Dies sei vorliegend nicht erfolgt, so dass keine gültige Grundlage für die 41-Stunden-Woche bestehe. Der Arbeitnehmer habe während über zehn Jahren eine Wochenstunde zu viel gearbeitet und entsprechende Überstunden geleistet. Es werde bestritten, dass als Ausgleich der 41-Stunden-Woche kompensatorische Leistungen zugesichert worden seien. Der Anspruch sei nicht verwirkt und Rechtsmissbrauch wegen verspäteter Geltendmachung werde nur unter ausserordentlichen Umständen angenommen. Der Arbeitnehmer habe daher Anspruch auf Bezahlung der geltend gemachten Überstunden.

E. Am 16. Oktober 2012 fand eine Instruktionsverhandlung am Kantonsgericht Basel-Landschaft statt. Eine Einigung unter den Parteien scheiterte. Es wurde über die Beweisanträge entschieden und diesbezüglich verfügt, dass C.____, ANV-Mitglied, und D.____, Personalchefin, als Zeuginnen zur Hauptverhandlung geladen würden. Die weiteren Beweisanträge wurden abgewiesen. Weiter wurde vorgesehen, den vorliegenden Fall auf denselben Termin zu laden, wie die fünf gleich gelagerten Parallelfälle von Klagen anderer Grenzgänger.

F. Zu der Hauptverhandlung vom 17. Dezember 2012 vor der Dreierkammer des Kantonsgerichts erscheinen für die Berufungsklägerin die Herren E.____ und F.____ mit dem Rechtsvertreter. Für den Berufungsbeklagten erscheint seine Rechtsvertreterin. Es werden weder neue Tatsachen noch neue Beweismittel vorgebracht. Eingangs werden die Zeuginnen befragt, sodann findet eine kurze Parteibefragung statt. Im Anschluss halten die Rechtsvertretungen ihre Plädoyers, in welchen sie an den bereits schriftlich gestellten Begehren festhalten, die bereits in den Berufungsschriften geäusserten Argumente im Wesentlichen wiederholen und auf die Zeugenbefragungen eingehen. Auf die Ausführungen der Zeuginnen und der Parteien wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen und anwendbares Recht

1.1 Gegen erstinstanzliche Endentscheide kann als Rechtsmittel die Berufung erhoben werden, wenn der Streitwert mehr als CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a, Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, ZPO; SR 272). Die Berufung muss schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids erfolgen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Inhaltlich können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO). Das angefochtene Urteil der Dreierkammer des Bezirksgerichts Arlesheim wurde der Rechtsvertretung der Berufungsklägerin am 18. April 2012 zugestellt, womit die Berufung vom 16. Mai 2012 fristgerecht erfolgt ist. Nachdem auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die vorliegende Berufung einzutreten. Die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts ist für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Dreierkammern der Bezirksgerichte sachlich zuständig (§ 6 Abs. 1 lit. d des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 23. September 2010, EG ZPO; SGS 221).

1.2 Die Berufungsklägerin reichte mit der Berufung neue Beilagen als Beweismittel ein. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Ob diese Voraussetzungen erfüllt bzw. die geltend gemachten Noven zu berücksichtigen sind, wird - soweit von Bedeutung - bei den einzelnen Fragestellungen behandelt.

1.3 Die Vorinstanz hat korrekt hergeleitet, dass gestützt auf Art. 121 Abs. 1 IPRG auf den vorliegenden Fall das schweizerische Recht zur Anwendung gelangt. Dies wird auch von keiner Partei bestritten.

2. Rache Kündigung

2.1 Die Berufungsklägerin rügt vorweg, dass die Gerichtsmehrheit am Bezirksgericht in der öffentlichen Urteilsberatung eine missbräuchliche Rache Kündigung i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR verneint habe. Sie führt aus, nur die Referentin habe die Meinung vertreten, dass ein Antrag auf konsensuale Vertragsänderung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist jede nachfolgende Änderungskündigung unheilbar missbräuchlich mache, wenn eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vorgeschlagen werde. Nach der Referentin habe sich der Richter G.____ geäußert. Dieser habe zunächst entschuldigend erklärt, dass er nicht Jurist sei und sich deshalb letztlich auf die Rechtsbelehrungen der Mitrichter verlassen müsse, er aber schon der Meinung sei, dass man miteinander reden können müsse. Dieses Votum könne nur so verstanden werden, als dass der Richter G.____ ein anderes Rechtsgefühl gehabt habe als die Referentin und er sich nur ihrer Meinung angeschlossen hätte, wenn auch der Gerichtspräsident als dritter Richter die Rechtsauffassung der Referentin geteilt hätte. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Der Gerichtspräsident habe die Meinung der Referentin nicht geteilt sondern vielmehr deutlich gemacht, dass nach seiner Rechtsauffassung keine missbräuchliche Rache Kündigung vorliege. Spätestens nach diesem Votum des Gerichtspräsidenten habe man auch das Votum von Richter G.____ nicht als Zustimmung zur Rechtsauffassung der Referentin interpretieren können. Damit sei das Vorliegen einer missbräuchlichen Rache Kündigung mit 2:1 Richterstimmen verneint worden. Dies könnten auch mehrere Pressevertreter als Zeugen bestätigen. Indem dann in der schriftlichen Urteilsbegründung die ordentliche Änderungskündigung als missbräuchliche Rache Kündigung deklariert worden sei, sei die Mehrheitsentscheidung des Gerichts ignoriert und damit Art. 236 Abs. 2 ZPO verletzt worden.

Der Berufungsbeklagte bestreitet diese Ausführungen und führt aus, Richter G.____ habe in seinem Votum den Ausführungen der Referentin vollumfänglich und vorbehaltlos zugestimmt. Wenn er seine Meinung nach den Ausführungen des Gerichtspräsidenten geändert hätte, hätte er vor der Abstimmung jederzeit darauf zurückkommen können. Die Auffassung der Berufungsklägerin sei auch in rechtlicher Hinsicht nicht zutreffend. Weil das Urteilsdispositiv erst nachträglich schriftlich eröffnet worden sei, sei der Entscheid anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 31. Januar 2012 noch gar nicht eröffnet worden. Zwischen der Abstimmung und der Eröffnung könne das Gericht sogar auf seinen Entscheid zurück kommen und das Urteil durch einen neuen Mehrheitsentscheid abändern. Dies sei jedoch nicht erfolgt, laute doch das schriftlich zugestellte Dispositiv gleich wie der mündlich begründete Entscheid.

Gemäss Art. 236 Abs. 2 ZPO urteilt das Gericht durch Mehrheitsentscheid. Entsprechend Art. 239 Abs. 1 ZPO kann das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen entweder in der Hauptverhandlung durch Übergabe des schriftlichen Dispositivs an die Parteien mit kurzer mündlicher Begründung (lit. a) oder durch Zustellung des Dispositivs an die Parteien (lit. b). Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Grundsätzlich ist das Gericht

an das von ihm erlassene Urteil gebunden. Sobald es mindestens einer Partei eröffnet worden ist, ist es ihm in der Regel verwehrt, es aufzuheben, abzuändern oder zu ergänzen. Zwischen der Abstimmung und der Eröffnung kann das Gericht jedoch auf seinen Entscheid zurückkommen und durch einen neuen Mehrheitsentscheid sein Urteil abändern, denn der Entscheid ist erst dann unumkehrbar gefällt, wenn er eröffnet ist (DANIEL STAEHELIN, in: Thomas Sutter-Somm / Franz Hasenböhler / Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 236 N. 23; GEORG NAEGELI, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 236 N 14). Dem vorinstanzlichen Verhandlungsprotokoll ist zu entnehmen, dass an der bezirksgerichtlichen Verhandlung vom 31. Januar 2012 eine Urteilsberatung stattfand und dass die Referentin beantragte, die Klagen seien betreffend missbräuchliche Kündigung gutzuheissen und Entschädigungen von sechs Monatslöhnen bzw. in einem Fall von drei Monatslöhnen zuzusprechen. Aus dem Protokoll geht weiter hervor, dass sowohl der Richter wie auch der Gerichtspräsident diesen Antrag der Referentin unterstützten. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich sodann, dass der Entscheid den Parteien nach der Gerichtsverhandlung durch postalische Zustellung des Dispositivs, ohne schriftliche Begründung, entsprechend Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO, förmlich eröffnet wurde. Der Entscheid existiert erst von dem Zeitpunkt an, da er den Parteien offiziell und formgerecht mitgeteilt wird (DANIEL STAEHELIN, a.a.O., Art. 239 N 10). Dies geschah im vorliegenden Fall durch die nachträgliche postalische Zustellung des Urteilsdispositivs. Daran ändert auch nichts, dass der Entscheid den Parteien an der Verhandlung mündlich mitgeteilt wurde, da den Gerichten nicht verboten ist, den Entscheid an der Verhandlung bloss mündlich mitzuteilen und zu begründen und den unbegründeten Entscheid nachträglich förmlich zuzustellen und erst damit zu eröffnen (DANIEL STAEHELIN, a.a.O., Art. 239 N 22). Bis zu dieser Zustellung hätte der Entscheid noch geändert werden können, was allerdings nicht geschah, geht doch aus dem Protokoll hervor, dass eine missbräuchliche Kündigung von allen bejaht wurde. Die einzelnen diesbezüglichen Begründungen der Referentin, des Richters und des Gerichtspräsidenten sind im Protokoll nicht ersichtlich und entsprechend den Protokollierungsbestimmungen von Art. 235 ZPO auch gar nicht zu protokollieren. Wie diese mündlichen Begründungen lauteten, ist ohnehin nicht von Bedeutung, denn wenn die Parteien ein schriftlich begründetes Urteil erhalten, ist allein dessen Begründung massgebend (Bger 5P.227/2002 vom 01.10.2002, E. 2; GEORG NAEGELI, a.a.O., Art. 239 N 22). Die Berufungsklägerin kann daher mit ihren Ausführungen zu den mündlichen Urteilsbegründungen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vielmehr ist entsprechend diesen Erwägungen auf die schriftliche Urteilsbegründung der Vorinstanz abzustellen, in welcher das Vorliegen einer Rache Kündigung bejaht wird. Die Entscheidungsbegründung wurde vom Gerichtspräsidenten unterschrieben, so dass ohne Weiteres davon auszugehen ist, dass auch er damit einverstanden war, dass die Bejahung der Rache Kündigung Eingang in die massgebende schriftliche Begründung finden soll.

2.2. Bei der Vorinstanz war streitig, ob es sich beim Schreiben der Arbeitgeberin vom 26. Juli 2010 um eine Offerte zur Vertragsänderung oder um eine informelle Anfrage der Arbeitgeberin handle. Die Vorinstanz gelangte durch Auslegung des betreffenden Schreibens zum Schluss, dass der Vorschlag der Arbeitgeberin als verbindliche Offerte zur Vertragsänderung zu verstehen sei. In der Berufung moniert die Arbeitgeberin die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz nicht. Somit ist diese Frage unter den Parteien nicht mehr strittig.

2.3.1 Unter dem Titel Rache Kündigung führte die Vorinstanz aus, eine Anpassung des Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse müsse möglich und zulässig sein. Es widerspreche sowohl dem Interesse der Parteien als auch der Öffentlichkeit, die Arbeitgeberin vor die Alternative zu stellen, entweder den Arbeitnehmer zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen oder das Arbeitsverhältnis zu beenden. Um Änderungen der Lohnvereinbarungen durchzusetzen, würden dem Arbeitgeber grundsätzlich zwei Varianten zur Verfügung stehen: die Änderungskündigung und der Änderungsvertrag. Als Änderungskündigungen würden bedingte Kündigungen bezeichnet, welche nicht darauf abzielen, das Arbeitsverhältnis tatsächlich aufzulösen, sondern dazu dienen, geänderte Vertragsmodalitäten durchzusetzen. Änderungskündigungen seien nach Lehre und Rechtsprechung trotz der damit verbundenen Druckausübung grundsätzlich zulässig. Allerdings überschreite der Druck das zulässige Mass, wenn damit eine für die Gegenseite ungünstige Vertragsänderung herbeigeführt werden solle, die sich sachlich nicht rechtfertigen lasse. Zudem könne eine Änderungskündigung - unabhängig vom Ausmass der Veränderung - auf Grund des Vorgehens missbräuchlich sein: Verlange ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer, dass dieser eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist annehme und kündige er ihm, weil der Arbeitnehmer dazu nicht bereit sei, liege eine Rache Kündigung vor. Denn die Weigerung, eine Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist anzunehmen, stelle die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR dar, weshalb die darauffolgende Kündigung missbräuchlich sei. Die Vertragsänderungs-offerte mit Wirkung ab 1. September 2010 habe die Kündigungsfrist nicht eingehalten. Mit der Ablehnung der Vertragsänderungs-offerte vom 26. Juli 2010 habe der Kläger nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht und auf seiner Lohnforderung während der Kündigungsfrist beharrt. In der Folge habe die Beklagte unter Einhaltung der Frist die Kündigung ausgesprochen und dem Kläger erneut einen Vertrag mit 6% weniger Lohn unterbreitet. Da die Vertragsänderungs-offerte vom 26. Juli 2010 die Kündigungsfrist unterschritten habe, liege ein Missbrauchstatbestand vor. Die Kausalität zwischen der Ablehnung des Klägers, die Vertragsänderungs-offerte anzunehmen, und der Kündigung sei offensichtlich. Die Kündigung nenne als Kündigungsgrund die Weigerung des Klägers, die Lohnreduktion anzunehmen. Es liege eine Rache Kündigung vor. Die Kündigung sei aufgrund des konkreten Vorgehens der Beklagten missbräuchlich. Es müsse daher nicht geprüft werden, ob die Lohnreduktion sachlich gerechtfertigt gewesen sei.

2.3.2 Die Berufungsklägerin vertritt die Auffassung, es sei materiellrechtlich falsch und unhaltbar, im vorliegenden Fall eine missbräuchliche Rache Kündigung anzunehmen. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass eine Anpassung des Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse möglich und zulässig sei und dem Arbeitgeber dafür grundsätzlich zwei Varianten zur Verfügung stünden, nämlich die Änderungskündigung und der Änderungsvertrag. Ein konsensualer Änderungsvertrag sei auch im Arbeitsvertragsrecht ohne Einhaltung von Frist- und Formvorschriften zulässig. Folglich gehe es nicht an, eine unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist ausgesprochene Änderungskündigung automatisch und ausnahmslos als missbräuchliche Rache Kündigung zu qualifizieren, nur weil ihr ein Antrag auf Vornahme einer einvernehmlichen Vertragsänderung ohne vollständige Einhaltung der Kündi-

gungsfrist vorausgegangen sei. Die Beklagte habe sich in Zusammenhang mit der Änderungskündigung weder arglistig, treuwidrig, perfid noch sonst wie verwerflich verhalten. Sie habe mit der Anfrage vom 26. Juli 2010 weder mit Kündigung gedroht noch sonst wie genötigt. Im Weiteren sei die Änderungskündigung auch sachlich gerechtfertigt gewesen, da diese erfolgt sei, weil die Beklagte als exportabhängiges Unternehmen wegen der starken und andauernden Eurokrise in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sei. Zudem sei die Lohnreduktion von 6% auch betraglich angemessen gewesen und habe keine Härte oder Unbilligkeit für den Kläger bewirkt. Weiter sei auch der Kausalzusammenhang nicht gegeben. Die Änderungskündigung sei vorgenommen worden weil die Arbeitgeberin aufgrund der Eurokrise Kostensenkungsmassnahmen habe ergreifen müssen. Es handle sich um keine Racheündigung, sondern um eine Änderungskündigung aus wirtschaftlichen Gründen. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz entspringe einer formalistischen und unhaltbaren Behauptung der Beklagten bei der Begründung der Änderungskündigung. Diese von einem juristischen Laien abgefasste Begründung sei zugegebenermassen etwas unglücklich formuliert, doch ändere dies nichts daran, dass nicht Rache das Motiv gewesen sei, sondern allein wirtschaftliche und betriebliche Sachzwänge. Ausserdem habe der Kläger nicht in guten Treuen Rechte aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht, sondern habe einfach keine Lohnreduktion akzeptieren wollen. Er habe nicht in guten Treuen annehmen können, dass er einen Rechtsanspruch auf unbeschränkte Anstellung zu unveränderten bisherigen Bedingungen habe. Es sei dem Kläger sodann nicht darum gegangen, dass er einfach die Kündigungsfrist eingehalten haben wollte, denn diesen Mangel weise die Änderungskündigung nicht auf.

2.3.3 Der Arbeitnehmer bestreitet nicht, dass die Frankenstärke gerade für exportorientierte Firmen ein Problem darstelle und sie zum Handeln zwingt. Er führt aus, es stelle sich jedoch die Frage, wie dieses Problem angegangen werde und welche Massnahmen zulässig seien und welche eben nicht. Die Vorinstanz habe den vorliegenden Sachverhalt richtig gewürdigt. Mit der Vertragsofferte sei die Kündigungsfrist nicht eingehalten worden. Der Arbeitnehmer sei deshalb berechtigt gewesen, die Vertragsofferte abzulehnen. Er habe einen vertraglich und gesetzlich geschützten Anspruch geltend gemacht, was dann mit der Kündigung beantwortet worden sei. Es liege aufgrund des Vorgehens eine missbräuchliche Kündigung vor. Die von der Arbeitgeberin vorgebrachten billigeren Lebenskosten würden bestritten wie auch die Notwendigkeit dieser Massnahmen. Im Übrigen verkenne die Arbeitgeberin die rechtliche Situation, wenn sie die Zulässigkeit einzig unter dem Aspekt der inhaltlichen Rechtfertigung prüfe. Denn auch das Vorgehen könne zu einer Missbräuchlichkeit führen. Der Racheaspekt ergebe sich auch daraus, dass die mit der Kündigung vorgelegte Vertragsofferte nochmals schlechtere Bedingungen vorgesehen habe.

2.4 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Arbeitgeberin mit ihrer Offerte vom 26. Juli 2010 betreffend der eurokrisenbedingt befristeten Lohnreduktion von 6% per 1. September 2010 die gesetzliche Kündigungsfrist nicht eingehalten hat. Ebenfalls unbestritten ist, dass mit der Änderungskündigung die ordentliche Kündigungsfrist eingehalten wurde und dass das mit der Änderungskündigung erfolgte neue Angebot verglichen mit der Offerte vom 26. Juli 2010 insofern schlechter war, als die wechsellkursbezogene Erhöhungsklausel entfiel wie auch

das Angebot der Arbeitgeberin, die PK-Arbeitgeberbeiträge weiterhin auf dem bisherigen Lohnniveau abzurechnen.

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Es bedarf daher für die Rechtmässigkeit einer Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Kündigungsgründe. Missbräuchlich ist eine Kündigung jedoch dann, wenn sie aus bestimmten Gründen erfolgt, welche in Art. 336 OR umschrieben sind. Die Aufzählung von Art. 336 OR ist allerdings entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und es sind weitere Tatbestände denkbar, sofern sie eine Schwere aufweisen, welche mit den in Art. 336 OR aufgeführten vergleichbar sind (BGE 136 III 513, E. 2.3; Bger 4A_430/2010 vom 15.11.2010, E. 2.1; Bger 4A_63/2009 vom 23.03.2009, E. 3.1; Bger 4A_28/2009 vom 26.03.2009, E. 3.2; DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 11/2011, S. 1472). Auch die Änderungskündigung ist trotz der damit verbundenen Druckausübung grundsätzlich zulässig (BGE 123 III 246, E. 3; ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL / ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336 N 4). Der sachliche Kündigungsschutz knüpft grundsätzlich am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (BGE 131 III 535, E. 4.2; Bger 4A_430/2010 vom 15.11.2010, E. 2.1.2). Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Man spricht in diesen Fällen von Rache Kündigung (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 8). Dass die Offerte vom 26. Juli 2010 die Kündigungsfrist nicht einhielt, hat für sich allein noch keine massgebende Bedeutung, denn es steht den Parteien frei, eine einvernehmliche Vertragsänderung auch ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu vereinbaren. Entscheidend im vorliegenden Fall ist jedoch, dass der Arbeitnehmer das Recht hatte, die von der Arbeitgeberin vorgeschlagene Offerte zur Vertragsänderung abzulehnen, da diese die Kündigungsfrist nicht einhielt. Denn der Arbeitnehmer muss sich keine Vertragsänderung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gefallen lassen. Es gilt daher in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die nachfolgende Änderungskündigung erfolgte, weil der Arbeitnehmer die Offerte abgelehnt hat. Das entsprechende Kündigungsschreiben vom 6. September 2010 lautet folgendermassen:

"Nous vous référons à notre courrier du 26 juillet 2010 dans lequel nous vous demandions de bien vouloir accepter une réduction de votre salaire compte tenu de la faiblesse de l'euro. Compte tenu du fait que vous n'avez pas été en mesure d'accepter cette démarche, nous nous voyons malheureusement dans l'obligation de résilier votre contrat de travail avec effet au 31 décembre 2010, conformément au délai de préavis contractuel."

Im Kündigungsschreiben steht ausdrücklich, dass die Kündigung erfolge, weil der Arbeitnehmer die Lohnreduktion gemäss Offerte vom 26. Juli 2010 nicht akzeptiert habe. Die Formulierung im Kündigungsschreiben ist klar und lässt keinen Interpretationsspielraum: dem Arbeitnehmer wurde gekündigt, weil er die Offerte vom 26. Juli 2010 ablehnte. Die Kündigung hätte nur umgangen werden können, wenn der Kläger dieser Offerte zugestimmt hätte. Es besteht damit ein klarer Kausalzusammenhang zwischen der Ablehnung der Offerte vom 26. Juli 2010 und der

Änderungskündigung. Der Einwand der Arbeitgeberin, die von einem juristischen Laien abgefasste Begründung sei etwas unglücklich formuliert, ändere jedoch nichts daran, dass für alle Beteiligten klar gewesen sei, dass nicht Rache das Motiv der Änderungskündigung gewesen sei, sondern allein wirtschaftliche und betriebliche Sachzwänge, überzeugt angesichts der klaren Formulierung im Kündigungsschreiben nicht. Das Rachemotiv wird im Weiteren dadurch bestätigt, dass die mit der Änderungskündigung erfolgte Offerte nochmals schlechtere Bedingungen im Vergleich zur Offerte vom 26. Juli 2010 vorsah. So wäre der tiefere Lohn bei einem Anstieg des Euros auf 1.50 nicht wieder erhöht worden und die Pensionskassenbeiträge wären auf dem neuen, tieferen Lohn abgerechnet worden. An der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht wurde Herr E._____ (Präsident und Delegierter der Arbeitgeberfirma) gefragt, weshalb bei der mit der Änderungskündigung erfolgten Offerte die Verbesserungen bei einer Euroanpassung weggelassen worden seien. Er antwortete, es wäre unfair gewesen gegenüber den anderen Arbeitnehmern, da der Kläger einen Vorteil gegenüber den anderen Angestellten gehabt hätte, welche das Angebot angenommen hätten. Diese Gründe für eine nochmalige Verschlechterung sind für das Gericht nicht nachvollziehbar. Das Gericht sieht keine sachlichen und wirtschaftlichen Gründe, weshalb mit der Änderungskündigung nicht noch einmal die genau gleiche Offerte wie am 26. Juli 2010 hätte unterbreitet werden können. Dies gilt umso mehr, als der Arbeitgeberin spätestens im Zeitpunkt der Kündigung klar sein musste, dass sie ihrerseits die Kündigungsfrist bei der Offerte vom 26. Juli 2010 nicht eingehalten hat und hierfür nun nicht den Kläger bestrafen kann. Indem sie jedoch dem Kläger wegen dessen berechtigter Ablehnung der Offerte vom 26. Juli 2010 kündigte und ihm darüber hinaus ein neues Angebot mit nochmals schlechteren Bedingungen unterbreitet hat, ist das Rachemotiv offensichtlich. Wie bereits erwähnt war der Kläger berechtigt, die Offerte vom 26. Juli 2010 abzulehnen. Er hat damit nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Die aufgrund seiner Ablehnung erfolgte Änderungskündigung stellt entsprechend diesen Ausführungen aufgrund des konkreten Vorgehens der Arbeitgeberin eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR dar.

Ein arglistiges, treuwidriges, perfides oder sonst wie verwerfliches Verhalten ist für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung nicht vorausgesetzt, so dass auf die diesbezüglichen Ausführungen der Arbeitgeberin nicht weiter einzugehen ist. Ebenso kann die Arbeitgeberin aus der Tatsache, dass von 120 Grenzgängern deren 113 der Vertragsänderungsofferte vom 26. Juli 2010 zustimmten, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das gewählte Vorgehen gegenüber den nicht zustimmenden Arbeitnehmern ist und bleibt eine Rachekündigung und somit eine missbräuchliche Kündigung.

2.5 Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, es liege auch eine Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vor, weil die unterbreitete Vertragsverschlechterung und die auf die Ablehnung hin ausgesprochene Kündigung damit begründet werde, dass der Arbeitnehmer Wohnsitz in Frankreich habe.

Der ausschlaggebende Punkt für die Kündigung war entsprechend den oben ausgeführten Erwägungen die fehlende Zustimmung des Arbeitnehmers zur Offerte. Eine Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist daher zu verneinen.

3. Verletzung des Freizügigkeitsabkommens FZA

3.1 Die Vorinstanz gelangte nach ausführlichen Erwägungen zusammenfassend zum Schluss, sofern das Unternehmen den Lohn seiner Arbeitnehmenden kürzen möchte, dürfe nicht an deren ausländischen Wohnsitz angeknüpft werden. Tiefe Lebenshaltungskosten im Ausland seien kein sachlicher Rechtfertigungsgrund, um den Lohn zu reduzieren. Eine diesbezügliche GAV-Bestimmung würde durch das FZA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681) verdrängt und sei nicht anwendbar. Der Wechselkurs gehöre zum Betriebsrisiko, dieses könne nicht auf die Arbeitnehmenden überwältigt werden. Mangels Rechtfertigungsgrund stelle die an den Kläger gerichtete Vertragsänderungsofferte mit tieferem Lohn eine unzulässige Diskriminierung gemäss Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA dar. Mit seiner Weigerung, den neuen Arbeitsvertrag mit tieferem Lohn anzunehmen, habe der Kläger Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Die darauf folgende Kündigung der Arbeitgeberin sei deshalb missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

3.2 Die Arbeitgeberin bestreitet nicht, dass sich der Kläger unmittelbar und direkt auf das FZA berufen kann und das FZA auch eine indirekte Diskriminierung verbietet. Sie ist jedoch der Auffassung, dass auch FZA-Begünstigte keinen Anspruch auf absolute Lohngleichheit hätten. Diese würden gegenüber den Inländern keine Besserstellung geniessen, sondern seien gleich wie die Inländer nur vor willkürlichen Benachteiligungen und Ungleichbehandlungen geschützt. Es sei aber weder willkürlich noch unsachlich, wenn ein exportabhängiger Arbeitgeber, der unter der Eurokrise leide, einem Mitarbeiter mit Wohnsitz im kostengünstigen Euroland etwas weniger Lohn in Schweizerfranken offeriere als den Mitarbeitern, die in der teuren Schweiz leben würden und entsprechend höhere Lebenshaltungskosten zu finanzieren hätten. Solche privat-autonomen Differenzierungen seien zulässig und gerechtfertigt.

3.3 Der Arbeitnehmer entgegnet, die Arbeitnehmerin verkenne die rechtliche Situation, wenn sie davon ausgehe, dass das FZA nur eine "willkürliche" Ungleichbehandlung verbiete. Grundsätzlich sei das Diskriminierungsverbot absolut zu verstehen. Abweichungen von diesem Grundsatz seien ausnahmsweise möglich, bedürften aber einer qualifizierten Begründung und müssten einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten.

3.4 Die Vorinstanz hat unter Ziffer 6.3 ihrer Entscheidungsbegründung allgemeine Ausführungen zum FZA gemacht, auf welche verwiesen werden kann und die folgendermassen lauten:

"6.3 Das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit trat am 1. Juni 2002 in Kraft. Das Freizügigkeitsabkommen bezweckt, die Freizügigkeit der Personen zwischen den Mitgliedstaaten auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (vgl. die Präambel des Freizügigkeitsabkommens; BGE 137 II 242 E. 3.2.1). Nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich

rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Zwar können sich die Staatsangehörigen der Vertragsparteien im Anwendungsbereich des Abkommens unmittelbar auf diesen Grundsatz berufen, doch ist er nur in Situationen direkt anwendbar, für welche das Abkommen keine speziellen Nichtdiskriminierungsbestimmungen enthält. Art. 9 Anhang I FZA bestimmt den Geltungsbereich dieses Grundsatzes für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen (Claire de COULON/Dieter W. GROSSEN: Wesentliche Grundsätze des Freizügigkeitsabkommens, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU*, Schulthess Juristische Medien AG 2007, S. 143 N 26 f.; Chantal DELLI, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?*, Basel 2009, S. 44). Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Gemäss Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA sind alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbestimmungen von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmende, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bestimmungen vorsehen oder zulassen. Sinn dieser Vorschriften ist, schweizerische Arbeitnehmende vor Lohnunterbietung durch ausländische Arbeitskräfte zu schützen. Die gleichen Lohn- und Arbeitsbedingungen dienen damit letztlich dem Arbeitsfrieden (Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/2/2/1*, Bern 2010, Art. 322 OR N 9). Das Diskriminierungsverbot verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit knüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre. Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sein (BGE 4A_593/2009 vom 5. März 2010 E. 1.4; 2P.305/2002 vom 27. November 2003 E. 3.2.3; Kurt PÄRLI, *Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Jusletter* 14. August 2006, Rz 75, zitiert Kurt PÄRLI, *Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung*). Der Rückgriff auf den Wohnsitz oder den Ausbildungsort sind typische Unterscheidungskriterien, die im Ergebnis eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirken (Astrid EPINEY, *Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit*, in: *SJZ* 105 (2009), S. 25, 29). Sofern eine Massnahme bestimmte Personen mit ausländischem Wohnsitz anders behandelt als Personen mit inländischem Wohnsitz indiziert das Unterscheidungskriterium "Wohnsitz" regelmässig eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, da die Mehrzahl der Menschen in demjenigen Staat wohnt, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt (Olivier STEINER, *Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben*, Basel 1999, S. 122). Das Diskriminierungsverbot ist u.a. bezüglich der arbeitsrechtlichen Bestimmungen unmittelbar anwendbar (Chantal DELLI, a.a.O., S. 25) und es entfaltet Drittwirkung: Verpflichtet sind sowohl staatliche wie

auch private Arbeitgeber (Kurt PÄRLI, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung, Rz 73 und 102; Yvo HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: AJP 2003, S. 257, 261; BGE 4A_593/2009 vom 5. März 2010). Die ausländischen Arbeitnehmenden haben demnach einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI, a.a.O., Art. 322 OR N 9)."

3.5 Die massgebenden Bestimmungen des FZA lauten folgendermassen:

Art. 2 Nichtdiskriminierung

Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

Anhang I: Art. 9 Gleichbehandlung

(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

(...)

(4) Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.

Angesichts des Wortlauts von Art. 9 Abs. 4 Anhang I zum FZA und der Auslegung nach Sinn und Zweck der Bestimmungen im Kontext des FZA ist von einer umfassenden und unmittelbaren Drittwirkung auszugehen. Private sind durch das Diskriminierungsverbot des FZA im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbar gebunden (PHILIPP GREMPER, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, in: Anwaltsrevue 2/2012, S. 73, S. 76; YVO HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: AJP 3/2003, S. 257, S. 261; weitere Literaturhinweise siehe vorinstanzlicher Entscheid, E. 6.3). Dies bestreitet die Arbeitgeberin im Berufungsverfahren nicht.

3.6 Gemäss Art. 2 FZA in Verbindung mit dessen Anhang I Art. 9 darf ein Arbeitnehmender, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere auch im Hinblick auf die Entlohnung, nicht anders behandelt werden als inländische Arbeitnehmer. Das Diskriminierungsverbot nach FZA verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, wie auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung. Ein indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Er-

gebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre. Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fällen Angehörige anderer Staaten betroffen sein (Bger 4A_593/2009 vom 5. März 2010, E. 1.4; BGE 131 V 209, E. 6; BGE 130 I 26, E. 3.2).

Die Arbeitgeberin knüpfte betreffend Adressatenkreis für die Offerte zur Lohnsenkung nicht an die Staatsangehörigkeit an, so dass keine direkte Diskriminierung vorliegt. Sie knüpfte jedoch an das Kriterium "Grenzgänger" an. Es entspricht eher der Ausnahme, dass schweizerische Staatsangehörige, welche in der Schweiz arbeiten, im Ausland wohnen. So handelte es sich denn auch bei den bei der Berufungsklägerin beschäftigten und im Ausland wohnenden Arbeitnehmenden gemäss Ausführungen der Arbeitgeberin nur gerade bei deren zwei um schweizerische Staatsangehörige. Von den betroffenen 120 Grenzgängern waren 118 ausländische Staatsangehörige. Somit waren in der grossen Mehrzahl ausländische Arbeitnehmende betroffen. Soll nunmehr nur der Lohn der Grenzgänger aufgrund der Eurokrise gesenkt werden und erhalten diese folglich für die gleiche Arbeit weniger Lohn als die inländischen Arbeitnehmenden, werden sie diesen gegenüber benachteiligt. Somit liegt eine indirekte Diskriminierung vor. Dass das FZA auch auf die Grenzgänger anwendbar ist, ist unbestritten und ergibt sich aus Art. 7 Anhang I FZA.

3.7 Die Arbeitgeberin macht geltend, das Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot habe weder eine andere noch eine weitergehende Tragweite als jenes gemäss Art. 8 BV. Insbesondere schreibe das FZA auch keinen Anspruch auf "absolute Lohngleichheit" vor. Auch gegenüber Arbeitnehmern, die sich auf das FZA berufen könnten, seien deshalb nur willkürliche, nicht aber sachlich gerechtfertigte Benachteiligungen unzulässig. Wäre es nicht so, würde eine Ungleichbehandlung durch Besserstellung der Grenzgänger gegenüber den Arbeitnehmern mit Wohnsitz in der Schweiz resultieren. Das sei weder dem Wortlaut noch der ratio legis des FZA zu entnehmen. Auch gegenüber Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Ausland gelte deshalb das gleiche beschränkte Gleichbehandlungsgebot wie gegenüber Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Inland. Selbst wenn ein Anspruch auf absolute Lohngleichheit und damit eine Besserstellung gegenüber Inländern in das FZA hineininterpretiert würde, ändere dies nichts daran, dass Staatsverträge gleich wie Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen seien. Eine FZA-Auslegung dergestalt, dass im Ergebnis für Grenzgänger im Vergleich zu Inländern eine lohndifferenzierungsmässige Besserstellung resultiere, sei verfassungswidrig, weil dadurch die Wirtschafts-, Vertrags- und Verhandlungsfreiheit ohne klare Rechtsgrundlage und ohne öffentliches Interesse beschränkt würde.

Ob das FZA einen Anspruch auf absolute Lohngleichheit gewährt, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen, denn der Kläger hat gar keinen Anspruch auf absolute Lohngleichheit geltend gemacht, sondern lediglich, dass es nicht zulässig sei, nur bei den Grenzgängern eine Lohnreduktion wegen der Eurokrise vorzunehmen. Der Kläger hat zwar behauptet, das Lohnniveau der Grenzgänger sei im Betrieb der Beklagten bereits generell tiefer als jenes der schweizerischen Arbeitnehmenden, aber er hat keine diesbezügliche Anpassung und somit keine absolute Lohngleichheit verlangt. Auf die Ausführungen der Arbeitgeberin betreffend absoluter Lohngleichheit und die in diesem Zusammenhang erfolgten Ausführungen betreffend verfassungskonformer Auslegung des FZA, ist daher nicht weiter einzugehen.

3.8 Nachdem eine indirekte Diskriminierung bejaht wird, gilt es zu prüfen, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen. Dazu ist ein sachlicher Grund für die Benachteiligung erforderlich, welcher zudem die Differenzierung als geboten erscheinen lässt. Schliesslich ist das Element der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Insbesondere ist der Eingriff in die Gleichbehandlung auf das Erforderliche zu beschränken (JEAN-FRITZ STÖCKLI, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV online 2012 Nr. 262, Rz 63).

Die Arbeitgeberin bringt vor, die Änderungskündigung mit offerierter Weiterbeschäftigung zu einem 6% tieferen Lohn sei aus marktbedingten Gründen betrieblich notwendig gewesen und deshalb sachlich gerechtfertigt. Aufgrund der Eurokrise habe sie rasch wirksame Kostensenkungsmassnahmen ergreifen müssen, was praktisch nur mit Lohnreduktionen möglich sei. Die Grenzgänger hätten von der Eurokrise profitiert. Die Lebenshaltungskosten seien in Frankreich rund 19% tiefer als in der Schweiz. Zusätzlich hätte die Wechselkursschwankung für die Grenzgänger eine faktische Lohnerhöhung von 19% bewirkt. Auch mit der Lohnreduktion von 6% seien die Grenzgänger im Vergleich zu den Inländern noch um 32% besser gestellt. Wenn man den Inländern die gleiche Lohnreduktion zugemutet hätte, obwohl sie im Unterschied zu den Grenzgängern nicht von der Eurokrise profitierten, wären stossende Ungerechtigkeiten entstanden und der innerbetriebliche Arbeitsfrieden gefährdet gewesen. Der um 6% reduzierte Lohn sei immer noch über dem orts- und branchenüblichen Niveau gelegen, wie die Tripartite Kommission festgestellt habe.

3.8.1 Wie bereits die Vorinstanz ist auch das Kantonsgericht der Auffassung, dass der tiefe Eurokurs nicht nur einseitig den Grenzgängern zu Gute kommt. Inländer kaufen zunehmend im Euroraum ein, dies vor allem in Zeiten des schwachen Eurokurses. Gerade in den grenznahen Gebieten - wie hier vorliegend - ist der "Einkaufstourismus" in den Euroraum besonders ausgeprägt. Dabei handelt es sich nicht nur um den Einkauf von Lebensmitteln und Kosmetikprodukten. Zunehmend gehen Inländer auch für Dienstleistungen wie Restaurantbesuche, Coiffeurbesuche, Autoreparaturen und Zahnarztbehandlungen in Euroländer. Beim Profit der Schweizer vom tiefen Eurokurs handelt es sich nicht nur um Kleinigkeiten. So gehen die inländischen Grossverteiler davon aus, dass ihnen wegen dem Einkaufstourismus in die Eurozone milliardenschwere Umsätze verloren gehen. In der Schweiz wohnhafte Arbeitnehmende profitieren somit ebenfalls vom tiefen Eurokurs. Dies auch, in dem in der Schweiz vermehrt Produkte aus dem EU-Raum unter dem Titel "Euro-Bonus" günstiger angeboten werden. Eine währungsbedingte Kaufkraftsteigerung kommt somit nicht nur den Grenzgängern zu Gute. Zudem kaufen die Grenzgänger zum Teil auch in der Schweiz ein, gehen hier Mittagessen, haben teilweise auch Hypotheken in Schweizerfranken oder schicken ihre Kinder zum Teil auch in schweizerische Privatschulen. Diese Ausgaben fallen ihnen somit auch in Schweizerfranken an und sie können diesbezüglich auch nicht vom Eurokurs profitieren. Der schwache Eurokurs ist gestützt auf diese Ausführungen kein sachlicher Rechtfertigungsgrund dafür, einseitig nur den Grenzgängern die Löhne zu senken.

3.8.2 Soweit die Arbeitgeberin die tieferen Lebenshaltungskosten ins Feld führt, ist festzuhalten, dass die mit Offerte vom 26. Juli 2010 vorgeschlagene Lohnreduktion mit dem schwachen Eurokurs begründet wurde und die vorgeschlagene Reduktion bei einem Kurs von 1.50 wieder aufgehoben werden sollte. Es ging der Arbeitgeberin somit nicht darum, ein neues Lohnsystem

basierend auf den Lebenshaltungskosten der Arbeitnehmenden einzuführen, sondern lediglich darum, die mit der Eurokrise zusammenhängenden (zeitlich befristeten) Schwierigkeiten durch (zeitlich befristete) kostensenkende Massnahmen zu lösen. Es geht somit einzig um eine währungsbezogene Lohndifferenzierung und nicht um eine wohnortbezogene Differenzierung (siehe auch JEAN-FRITZ STÖCKLI, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV online 2012 Nr. 262, Rz 29). Die Lebenshaltungskosten wie auch bereits die Frage der absoluten Lohngleichheit (siehe Erwägung 3.7) sind daher für die Beurteilung der Frage, ob die konkret getroffene, zeitlich befristete Massnahme (Senkung der Grenzgängergelöhne bis der Kurs wieder auf 1.50 ist) zulässig ist, nicht massgebend. Daher ist auch auf den von den Parteien diskutierten Entscheid "Sotigu" des EuGH bzw. wie dieser zu interpretieren ist, nicht einzugehen. Auch das Argument des Ortszuschlags, welches vorgebracht wurde, ist nicht geeignet. Dieser Ortszuschlag knüpft ohnehin an den Arbeitsort an und nicht an den Wohnort bzw. die daran gekoppelten Lebenshaltungskosten. Ebenso ist unbeachtlich, dass die "Tripartite Kommission Flankierende Massnahmen des Kantons Basel-Landschaft" im Schreiben vom 25. November 2010 zum Ergebnis kam, dass die Arbeitgeberin die orts- und branchenüblichen Löhne nicht wiederholt missbräuchlich unterschritten hat, da die "Tripartite Kommission" nur bei Lohn-dumping einschreitet.

3.8.3 Weiter ist zu beachten, dass selbst von dem von der Arbeitgeberin immer wieder zitierten Jean-Fritz Stöckli verlangt wird, dass bei gegenläufigen Währungsverschiebungen eine umgekehrte Kompensation greifen muss (JEAN-FRITZ STÖCKLI, a.a.o, Rz 32 ff.). Die Offerte vom 26. Juli 2010 sah zwar eine Aufhebung der Lohnsenkung bei einem Kurs von 1.50 vor, eine umgekehrte Anpassung bei einem noch höheren Kurs als 1.50 wurde jedoch nicht erwähnt und von der Arbeitgeberin auch nicht behauptet. Der Arbeitnehmer brachte vor, es sei nicht über Lohnerhöhungen gesprochen worden, als der Kurs auf über 1.65 gewesen sei. Dies wurde von der Arbeitgeberin nicht bestritten. Eine Währungsanpassung in beide Richtungen ist nicht ersichtlich, vielmehr nur eine Lohnreduktion bei einem tiefen Eurokurs, jedoch keine Lohnerhöhung bei hohem Kurs. Das mit Schreiben vom 26. Juli 2010 offerierte Angebot war daher auch aufgrund der fehlenden umgekehrten Kompensation bei gegenläufigen Währungsverschiebungen nicht sachgerecht.

3.8.4 Schliesslich ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass entsprechend der Lehre vom sogenannten Betriebsrisiko Betriebsstörungen betriebstechnischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art zum Risiko des Arbeitgebers gehören und dieser die Folgen zu tragen hat, obwohl er sie nicht verschuldet hat (MANFRED REHBINDER / JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI/2/2/1, Bern 2010, Art. 324 N 38 f., mit weiteren Hinweisen). Genauso wie ein Rohstoffmangel und die damit verbundenen Preiserhöhungen stellen auch die negativen Folgen einer Währungsschwankung eine vom Arbeitgeber zu tragende wirtschaftliche Betriebsstörung dar, welche nicht auf den Arbeitnehmer überwältzt werden kann (PHILIPP GREMPER, a.a.O, S. 75). In diesem Zusammenhang stellt das gewählte Vorgehen auch eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des Betriebsrisikos dar.

3.8.5 Soweit sich die Arbeitgeberin in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen des GAV in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie beruft, ist Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA zu

beachten. Dieser besagt, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivverträgen u.a. betreffend die Entlohnung von Rechts wegen insoweit nichtig sind, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Wie bereits festgestellt, liegt eine indirekte Diskriminierung vor, so dass sich die Arbeitgeberin nicht auf den GAV berufen kann, weil das FZA eine GAV-Bestimmung verdrängt, soweit diese diskriminierend ist.

3.9 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Lohnsenkung der Grenzgänger wegen der Eurokrise bzw. die Offerte vom 26. Juli 2010 eine indirekte Diskriminierung nach FZA darstellt. Sachliche Rechtfertigungsgründe für diese Diskriminierung liegen nicht vor, da auch die Schweizer von der Eurokrise profitieren. Zudem wurde eine gegenläufige Kompensation im Sinne einer Lohnerhöhung bei hohem Eurokurs nicht vorgesehen. Weiter liegt eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des Betriebsrisikos vor. Der Inhalt des am 26. Juli 2010 angebotenen Vertrages versties gegen das FZA. Der Arbeitnehmer durfte diese Offerte daher in guten Treuen ablehnen. Mit der Ablehnung dieser Offerte hat er somit nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Die aufgrund seiner Ablehnung erfolgte Kündigung ist auch aus diesem Grund missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

4. Massentlassung

4.1 Der Arbeitnehmer stellt sich auf den Standpunkt, die Arbeitgeberin habe mit ihrem Vorgehen auch die Vorschriften über die Massentlassung verletzt und daher sei die Kündigung auch aus diesem Grund missbräuchlich. Die Vorinstanz habe das Vorliegen einer Massentlassung zu Unrecht verneint. Das gesetzlich vorgesehene Verfahren bei Massenkündigungen soll die Arbeitgeberin nicht dadurch umgehen und vereiteln können, indem sie den Arbeitnehmenden statt direkt eine Änderungskündigung auszusprechen, eine einvernehmliche Vertragsänderung - aber mit Druckausübung zur Annahme - unterbreite. Das Vorlegen von Änderungsverträgen in grosser Anzahl stelle ein ganz ähnliches Vorgehen dar wie das Aussprechen von Änderungskündigungen. Die Verletzung der Regeln über die Massentlassung sei daher ein weiteres Kriterium zur Bemessung der Höhe der Entschädigung.

4.2 Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie im Rahmen einer Massentlassung ausgesprochen wird, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer, konsultiert worden sind. Als Massentlassung gelten gemäss Art. 335d OR Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen. Bei Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen, müssen mindestens 30 Arbeitnehmer betroffen sein, damit die Vorschriften über die Massentlassung zur Anwendung gelangen (Art. 335d Ziff. 3 OR).

Die Vorinstanz führte aus, als Kündigungen im Sinne von Art. 335d OR würden auch Änderungskündigungen gelten, obwohl sie nicht zum Ausscheiden aller betroffenen Arbeitnehm-

den aus dem Betrieb und zu einer Belastung des Arbeitsmarktes führen müssen. Ob eine Massenentlassung vorliege, beurteile sich nach der Anzahl der ausgesprochenen Änderungskündigungen, da nur diejenigen Mitarbeitenden, welche tatsächlich eine Änderungskündigung erhalten hätten, tatsächlich betroffen seien. Werde der Vorschlag einer Partei, die Vertragsbedingungen einverständlich abzuändern aber nicht mit einer Kündigung verbunden, dann fehle es an der notwendigen Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung und diese gelangen nicht zur Anwendung. Wenn in einer ersten Phase der Arbeitgeber den Arbeitnehmenden einen geänderten Arbeitsvertrag noch ohne Kündigung zur freiwilligen Annahme vorlege, so sei in dieser ersten Phase noch nicht bekannt, ob und in welchem Ausmass es überhaupt zu Kündigungen komme. Die Vertragsänderungs-offerte der Beklagten vom 26. Juli 2010 sei nicht mit einer Kündigung oder einer Kündigungsandrohung verbunden worden. Es sei zu diesem Zeitpunkt offen gewesen, ob Kündigungen überhaupt ausgesprochen würden. Im vorliegenden Fall habe die Arbeitgeberin sieben Änderungskündigungen ausgesprochen. In den übrigen Fällen handle es sich um einvernehmliche Vertragsänderungen. Die massgebliche Anzahl der Änderungskündigungen für eine Massenentlassung liege deshalb nicht vor, weshalb die Bestimmungen über die Massenentlassung auch nicht hätten eingehalten werden müssen.

Das Kantonsgericht schliesst sich diesen Ausführungen der Vorinstanz an. Die im Verfahren bei Massenentlassungen vorgeschriebene Konsultationspflicht entsteht erst, wenn eine konkrete Absicht für eine Massenentlassung vorliegt. Eine bloss entfernte Möglichkeit löst noch keine Konsultationspflicht aus. Wenn in einer ersten Phase ein geänderter Arbeitsvertrag noch ohne Kündigung zur freiwilligen Annahme vorgelegt wird - wie dies im vorliegenden Fall geschah - besteht noch keine genügende Absicht. Da in einem solchen Fall noch nicht bekannt ist, ob und in welchem Ausmass es überhaupt zu Kündigungen kommt, könnten weder die Arbeitgeberin ihre Informationspflichten erfüllen, noch die Arbeitnehmervertretung und das Arbeitsamt ihren Obliegenheiten in sinnvoller Weise nachkommen (ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL / ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335f N 2). Die Bestimmungen über die Massenentlassung sind daher im vorliegenden Fall nicht anwendbar und haben somit auch keinen Einfluss auf die Höhe der Entschädigung.

5. Höhe der Entschädigung gemäss Art. 336a OR

5.1 Die Vorinstanz erwog, der Kläger verlange eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in Höhe von sechs Monatslöhnen, insgesamt CHF 31'330.--. Die Beklage lasse sich zur geltend gemachten Höhe der Entschädigung nicht vernehmen und bestreite die Berechnung des Klägers nicht. Der Kläger habe die formellen Vorschriften gemäss Art. 336b OR zur Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung erfüllt. Nachfolgend sei über deren Höhe zu befinden. Die Entschädigung diene sowohl der Bestrafung als auch der Wiedergutmachung. Der Richter habe bei der Bemessung der Höhe der Strafzahlung alle Umstände zu würdigen. Die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers und des Eingriffs in die Persönlichkeit des gekündigten Arbeitnehmers, die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung sowie die Art und Weise der Kündigung seien zu berücksichtigen. Der Kläger sei seit 1990 bei

der Beklagten tätig gewesen. Die Kündigung hätte keinen Zusammenhang mit dem Verhalten des Klägers am Arbeitsplatz, sondern sei damit begründet worden, dass der Kläger nicht bereit gewesen sei, freiwillig einer Lohnreduktion zuzustimmen. Dem Kläger sei bei den Umständen, die zur Kündigung geführt hätten, kein Mitverschulden anzulasten. Er habe die einen widerrechtlichen Vertragsinhalt beinhaltende Vertragsänderungs-offerte, welche zudem die Kündigungsfrist nicht eingehalten habe, zu Recht abgelehnt. Aufgrund des langjährigen Arbeitsverhältnisses gelte gegenüber dem Kläger eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die Verfehlungen der Beklagten seien als gravierend einzustufen. Sowohl das Vorgehen der Beklagten als auch der von ihr angeführte Kündigungsgrund seien zu missbilligen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände liege ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers vor, weshalb die Zusprechung der maximalen Entschädigung von sechs Monatslöhnen angemessen sei. Der Monatslohn des Klägers habe sich im Jahre 2010 auf CHF 4'820.-- belaufen. Unter Berücksichtigung des Anteils des 13. Monatslohnes sei dem Kläger eine Entschädigung von CHF 31'330.-- zuzusprechen.

5.2 Die Arbeitgeberin moniert, in der öffentlichen Urteilsberatung sei mit keinem Wort begründet worden, weshalb sich eine Strafe in dieser Höhe rechtfertige. Damit sei die Entscheidung faktisch und stillschweigend an die Gerichtsschreiberin delegiert worden, was mit Art. 236 Abs. 2 ZPO und Art. 30 Abs. 1 BV unvereinbar sei. In der schriftlichen Urteilsbegründung habe sich die Gerichtsschreiberin mit überspitzt formalistischen Hinweisen aus der Affäre gezogen, denn sie habe jegliche Subsumption unterlassen und der Beklagten unterstellt, dass sie sich nicht zur geltend gemachten Höhe habe vernehmen lassen. Das treffe nicht zu. Auf S. 17 Ziffer 37 der Klageantwort sei ausgeführt, dass der Kläger selbst im Falle einer missbräuchlichen Kündigung unter den gegebenen Umständen nicht mehr als einen Monatslohn als Entschädigung erwarten könne. Die Vorinstanz habe unhaltbar und bundesrechtswidrig eine viel zu hohe Strafzahlung ausgefällt. In der Praxis würde die Höchststrafe von sechs Monatslöhnen nur bei schwersten Verfehlungen und sehr hohem Schuldvorwurfsgehalt verhängt. Bei mittlerem Verschulden seien zwei bis drei Monatslöhne und bei geringem Verschulden maximal ein Monatslohn oder CHF 5'000.-- üblich.

Der Arbeitnehmer entgegnet, die Parteien hätten keinen Anspruch auf eine öffentliche Begründung. Die Beklagte habe in ihrer Klageantwort bei der Vorinstanz die Höhe der geltend gemachten Entschädigung mit keinem Wort bestritten und sich dazu auch im Parteivortrag nicht geäußert. Sie habe nur die Voraussetzungen zur Zusprechung einer Entschädigung bestritten, nicht aber die Höhe. Wenn eine Entschädigung geschuldet sei, würden die sechs Monatslöhne als anerkannt gelten. Die auf S. 17 der Klageantwort zitierte Stelle würde sich unter dem Titel "Kosten" befinden. Mit den klägerischen Ausführungen zur Höhe der Entschädigung habe sich die Beklagte nicht auseinandergesetzt. Dennoch habe die Vorinstanz die Kriterien zur Festlegung der Höhe sorgfältig geprüft und auf den vorliegenden Fall übertragen.

Was die Kritik der Arbeitgeberin an der Urteilsberatung betrifft, kann auf Erwägung 2.1 verwiesen werden und dort insbesondere darauf, dass wenn die Parteien ein schriftlich begründetes Urteil erhalten, allein dessen Begründung massgebend ist (Bger 5P.227/2002 vom 01.10.2002, E. 2; GEORG NAEGELI, a.a.O., Art. 239 N 22). Zudem ist dem vorinstanzlichen Protokoll zu entnehmen, dass die Referentin eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen beantragte und sowohl der Richter wie auch der Gerichtspräsident diesen Antrag der Referentin unterstützten.

Über die Höhe der Entschädigung waren sich die Richter dementsprechend einig. Die Berufungsklägerin kann daher mit ihren diesbezüglichen Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ebenso kann den Ausführungen der Arbeitgeberin, wonach jegliche Subsumption in der vorinstanzlichen Urteilsbegründung fehle und man sich mit dem überspitzt formalistischen Hinweis, dass sich die Beklagte zur geltend gemachten Höhe nicht habe vernehmen lassen, aus der Affäre gezogen habe, nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat sich trotz fehlenden Ausführungen der Arbeitgeberin mit der Höhe der Entschädigung auseinandergesetzt. Sie hat unter Erwägung 8.2 die Kriterien geprüft. Die Arbeitgeberin muss sich entgegen halten lassen, dass sie sich zur Höhe der Entschädigung und den diesbezüglichen Ausführungen des Arbeitnehmers nicht geäußert und damit dem Gericht absolut keine Hilfestellung zur Entkräftung der klägerischen Argumente geliefert hat.

Den Ausführungen des Arbeitnehmers, wonach mangels Äusserungen der Arbeitgeberin zur Höhe der Entschädigung die geltend gemachten sechs Monatslöhne als anerkannt gelten würden, kann nicht gefolgt werden. Die Arbeitgeberin hat sich immer auf den Standpunkt gestellt, dass gar keine Entschädigung geschuldet sei und damit implizit zum Ausdruck gebracht, dass man nichts zahlen will. Daraus kann geschlossen werden, dass sie, falls doch eine Entschädigung geschuldet ist, nur ein Minimum als angemessen betrachtet. Dies gilt umso mehr, als die Arbeitgeberin in der Klagantwort - wenn auch unter dem Titel "Kosten" - explizit schrieb, dass selbst im Falle einer missbräuchlichen Kündigung unter den gegebenen Umständen nicht mehr als ein Monatslohn als Entschädigung erwartet werden könne. Es wäre deshalb überspitzt formalistisch, wegen den fehlenden Äusserungen eine Anerkennung der beantragten Entschädigung herzuleiten.

5.3 Zur Höhe der Entschädigung bringt die Arbeitgeberin vor, die Vorinstanz begründe den Vorwurf der "gravierenden Verfehlung" allein mit dem langjährigen Arbeitsverhältnis und dem Alter des Klägers. Dies seien bei Änderungskündigungen gerade keine relevanten Strafzumessungsfaktoren, da auch langjährige und ältere Mitarbeiter keinen Anspruch auf unbefristete Anstellung zu unveränderten Konditionen hätten. Ausserdem könnten der Arbeitgeberin keine gravierenden Verfehlungen vorgeworfen werden, sondern höchstens ein geringer Schuldvorwurf gemacht werden. Sie habe mit der Anfrage vom 26. Juli 2010 in keiner Weise mit Kündigung gedroht oder sonst wie zu nötigen versucht und sie habe überdies weder eine rückwirkende noch eine sofort wirksame Lohnreduktion vorgeschlagen. Sodann habe sie bei der Änderungskündigung die ordentliche Kündigungsfrist eingehalten und sich nicht arglistig, treuwidrig, perfid oder sonst wie verwerflich verhalten. Die Änderungskündigung sei nicht aus Spass oder Gier erfolgt, sondern aus betrieblichen und marktbedingten Gründen. Sie sei in guten Treuen von der Gesetzeskonformität ihres Vorgehens ausgegangen. Falls eine missbräuchliche Rache-Kündigung vorliege, habe sie sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden. Weiter liege kein schwerer Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers vor. Die Änderungskündigung habe keine schwerwiegenden wirtschaftlichen Auswirkungen für den Kläger. Wirtschaftliche Auswirkungen seien ohnehin kein relevantes Bemessungskriterium. Zudem liege ein erhebliches Selbstverschulden des Klägers vor, da ihm ohne Weiteres zumutbar gewesen wäre, die 6%-ige Lohnreduktion zu akzeptieren. Dies zeige sich daran, dass 94% der angefragten Grenzgänger zugestimmt hätten. Schliesslich sei auch die Leistungskraft der strafzahlungspflichtigen Partei zu berücksichtigen. Die Beklagte habe schon vor Jahren die 41-Stunden-Woche einfüh-

ren müssen, um konkurrenzfähig zu bleiben. Mit der Eurokrise habe sich die schwierige wirtschaftliche Situation noch verschärft. Sie habe die letzten drei Jahre nur noch Verluste erlitten. Der Arbeitnehmer entgegnet, der Vorwurf gegenüber der Arbeitgeberin sei erheblich. Sie habe dem Kläger eine Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist angeboten und ihn nach der erfolgten Ablehnung mit einer neuen Vertragsofferte mit schlechteren Vertragskonditionen abgestraft. Weiter habe die Kündigung keinen Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Klägers. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum liege nicht vor und werde bestritten. Der Arbeitnehmer sei durch die Kündigung schwer in seiner Persönlichkeit getroffen und habe lange keine neue Stelle gefunden. Ein Verschulden des Arbeitnehmers liege nicht vor. Die schwierige wirtschaftliche Situation der Arbeitgeberin werde bestritten. Sie habe dies auch nie nur ansatzweise nachgewiesen. Die Vorinstanz habe das ihr zustehende Ermessen richtig angewendet und die massgeblichen Umstände zutreffend gewürdigt.

5.4 Gemäss Art. 336a Abs. 1 und 2 OR hat die Partei, welche das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, wobei diese Entschädigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen ist und den Betrag nicht übersteigen darf, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Es handelt sich um eine zivilrechtliche Strafe, welche einerseits der Bestrafung des Kündigenden und andererseits der Wiedergutmachung für den Entlassenen dient. Der Richter setzt die Entschädigung nach seinem Ermessen unter Würdigung aller Umstände fest. Er berücksichtigt dabei namentlich die Schwere des Verschuldens des Arbeitgebers, das Selbstverschulden des Geschädigten, die Art, wie die Kündigung ausgesprochen wurde, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Entlassenen, wobei dieser Umstand wieder abhängt von Enge und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung, den wirtschaftlichen Folgen für den Entlassenen, seinem Alter, der allfälligen Schwierigkeiten der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess und der wirtschaftlichen Lage der Parteien (Bger 4C.135/2004 vom 02.06.2004, E. 3.1.2).

Wie bereits erläutert, liegt eine Rachekündigung vor. Die Arbeitgeberin unterbreitete dem Arbeitnehmer eine Offerte zur Vertragsänderung, welche zum einen die Kündigungsfrist nicht einhielt und zum anderen eine ungerechtfertigte Diskriminierung im Sinne des FZA darstellte. Der Arbeitnehmer durfte diese Offerte daher in guten Treuen ablehnen. Das daraufhin gewählte Vorgehen der Arbeitgeberin, nämlich dem Arbeitnehmer wegen der Ablehnung dieser Offerte zu kündigen und ihm mit der Änderungskündigung obendrauf nochmals schlechtere Bedingungen vorzuschlagen, als mit der ersten Offerte angeboten, macht die Kündigung missbräuchlich (es kann auf die weiteren Ausführungen zur Rachekündigung unter Erwägung 2.4 verwiesen werden). Das von der Arbeitgeberin gewählte Vorgehen ist zu missbilligen. Aufgrund dieses Vorgehens bzw. des Rachemotivs, welches durch das Vorgehen offensichtlich wird, liegt ein schweres Verschulden der Arbeitgeberin vor. Dem Arbeitnehmer ist dabei kein Selbstverschulden anzulasten. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, hat der Arbeitnehmer die einen widerrechtlichen Vertragsinhalt beinhaltende Vertragsänderungs-offerte, welche zudem die Kündigungsfrist nicht eingehalten hat, zu Recht abgelehnt. Dass 94% der anderen Grenzgänger diese Offerte annahmen, ändert nichts; diese hätten alle die Offerte ebenfalls zu Recht ablehnen können. Ein Selbstverschulden des Arbeitnehmers liegt daher nicht vor und ist bei der Bemessung der Entschädigung nicht zu berücksichtigen.

Auch nicht zu berücksichtigen ist die von der Arbeitgeberin im Berufungsverfahren ins Feld geführte Leistungskraft. Es handelt sich dabei um eine neu vorgebrachte Tatsachenbehauptung, welche ohne Weiteres bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können und daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ebenso hätten entsprechende Beweismittel zum Geschäftsgang bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht werden müssen. Alleine die Tatsache, dass es sich bei der Arbeitgeberin um ein Exportunternehmen handelt und sie daher von der Euroschwäche besonders betroffen ist, was bereits bei der Vorinstanz vorgebracht wurde, reicht nicht aus, um auf die Leistungskraft zu schliessen. Im Übrigen ist eine mangelnde Leistungskraft von der Arbeitgeberin ohnehin nicht in rechtsgenügender Weise substantiiert worden.

Nebst dem bereits festgestellten schweren Verschulden der Arbeitgeberin sind weitere Kriterien für die Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen. Der Arbeitnehmer war seit rund 20 Jahren bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Diese brachte keine Kritik an der Arbeitsleistung oder am Verhalten des Klägers vor. Die Kündigung hatte denn auch keinerlei Zusammenhang mit dessen Arbeitsleistung oder Verhalten am Arbeitsplatz. Der Kläger war im Zeitpunkt der Kündigung 42 Jahre alt. Sein wirtschaftliches Fortkommen war aufgrund des Alters weniger stark beeinträchtigt. Der vorliegende Fall ist daher anders zu würdigen als jener Fall des Grenzgängers, welcher 30 Dienstjahre aufwies und bei der Kündigung 59 Jahre alt war. Dessen wirtschaftliches Fortkommen war aufgrund des Alters erschwert und die Fürsorgepflicht aufgrund der Dienstdauer und des Alters dementsprechend hoch, so dass die maximale Entschädigung in seinem Fall angemessen war. Im vorliegenden Fall hingegen war der Kläger erst 42 Jahre alt und seine Chancen, eine neue Stelle zu finden, waren intakt. Der Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers war aufgrund der kürzeren Dienstdauer und des geringeren Alters damit nicht derart schwer wie im beschriebenen Parallellfall. Das Kantonsgericht erachtet unter Würdigung der konkreten Umstände in casu eine Entschädigung von vier Monatslöhnen als angemessen.

5.5 Die Vorinstanz ist bei der Berechnung der Entschädigung vom Monatslohn des Klägers von brutto CHF 4'820.-- zuzüglich Anteil des 13. Monatslohns ausgegangen. Diese Basis ist korrekt und wurde von der Arbeitgeberin auch nicht gerügt. Die Entschädigung beträgt demnach CHF 20'886.65 ($4 \times 4'820 = 19'280.--$ zuzüglich Anteil 13. ML von CHF 1'606.65). Da es sich um eine Strafzahlung handelt, ist der Betrag ohne jeden Abzug von Sozialversicherungsprämien rein netto auszurichten (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 2, mit weiteren Hinweisen). Das vorinstanzliche Urteil ist dementsprechend betreffend Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung zu ändern und die Berufung in diesem Punkt teilweise gutzuheissen.

6. Entschädigung für Überstunden aufgrund der 41-Stundenwoche

6.1 Die Vorinstanz hat dem Arbeitnehmer eine Entschädigung für Überstunden zugesprochen. Sie begründete dies damit, dass dem Kläger der vereinbarte Monatslohn auf der Basis von 41-Stunden-Wochen bezahlt worden sei, obwohl der anwendbare GAV die 40-Stunden-Woche vorsehe. Sie sprach dem Kläger die daraus resultierenden Überstunden auf fünf Jahre zurück zu. Sie führte unter Erwägung 9.2 dazu Folgendes aus:

"(...) Gemäss Art. 12.1 Abs. 1 GAV beträgt die jährliche Normalarbeitszeit maximal 2'080 Stunden. Dies entspricht einer 40-Stunden-Woche. (...) Unter Bezugnahme auf Art. 57 GAV beruft sich die Beklagte sodann auf das Arbeits- und Gleitzeitreglement vom 1. Januar 2004. Art. 57 GAV regelt die Abweichungen von arbeitsvertraglichen Bestimmungen. Auf der Basis des in Art. 57.1 GAV festgelegten Ziels der Erhaltung der Arbeitsplätze in der Schweiz sind in den Art. 57.2 bis 57.5 GAV vier Abweichungs-Tatbestände formuliert, die sich bezüglich Voraussetzungen, Rahmenbedingungen und Entscheidungsverfahren unterscheiden. Zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten kann die Geschäftsleitung gemäss Art. 57.4 GAV mit der Arbeitnehmervertretung eine befristete Abweichung der in Art. 12.1 GAV festgelegten jährlichen Normalarbeitszeit vereinbaren. Diese Abweichungsvereinbarung kann für die Dauer von längstens 24 Monaten abgeschlossen werden. Es wird davon ausgegangen, dass wirtschaftliche Krisen in der Regel binnen zwei Jahren bewältigt werden können. Deshalb ist bei Abweichungen, die für eine Frist von mehr als 24 Monaten vereinbart werden oder nach 24 Monaten verlängert werden sollen, ein zusätzlicher Verfahrensschritt zu beachten. Die Geschäftsleitung muss in solchen Fällen der Swissmem-Geschäftsstelle Mitteilung machen, die umgehend die Vertragsparteien informiert (Kommentar zur Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, Swissmern Zürich, 8/2006, Art. 57, S. 72 ff). Die länger als 24 Monate geltende Betriebsvereinbarung betreffend erhöhter Jahresarbeitszeit tritt nur in Kraft, wenn ihr neben der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung auch die Mehrheit der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien zustimmt (Art. 57.4 Abs. 3, letzter Satz). Aus wirtschaftlichen Gründen wurde am 1. Juli 1996 (befristet bis 30. Juni 1997) im Betrieb der Beklagten unter dem damals geltenden GAV die wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden auf 42 Stunden erhöht (vgl. Mitteilung von Abweichungen von arbeitsvertraglichen Bestimmungen gemäss Art. 83 der Vereinbarung in der Maschinenindustrie vom 27. Juni 1996). In den folgenden Jahren hat die Arbeitnehmerkommission der 42-Stundenwoche jeweils für die Dauer eines Jahres zugestimmt. Ab 1. Juli 1999 wurde zwischen der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung die 41 Stundenwoche vereinbart. Unter Ziffer 7.11 des Protokolls der Sitzung der Arbeitnehmervertretung vom 3. Dezember 2003 wurde entschieden, die Wochenarbeitszeit bei 41 Stunden zu belassen. Eine dauerhafte Festsetzung der 41-Stundenwoche wurde - entgegen der Darstellung der Beklagten - jedoch nicht beschlossen. Dies hätte auch dem in Art. 57.4 Abs. 3 GAV postulierten Verfahren widersprochen. Das Arbeits- und Gleitzeitreglement vom 1. Januar 2004 hält in Ziffer 2 fest, dass seit dem 1. Juli 1999 die mit der Arbeitnehmervertretung vereinbarte Arbeitszeit pro Woche 41 Stunden beträgt. Für die Jahre 2005 bis 2010 liegen jedoch keine Vereinbarungen gemäss Art. 57 GAV vor. Der Hinweis der Beklagten auf Art. 10.2 Abs. 1 GAV ist unbehelflich. Art. 10.2 GAV bestimmt, in welchen Fällen die Vertragsparteien zur Abklärung und Vermittlung beigezogen werden können, wenn in den innerbetrieblichen Verhandlungen keine Einigung gefunden wird (Kommentar zur Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, a.a.O., Art. 10.2 GAV, S. 16). Dass im vorliegenden Fall in innerbetrieblichen Verhandlungen zu den in Art. 10.2 GAV erwähnten Themen Uneinigkeit geherrscht haben soll, ist weder substantiiert noch nachgewiesen. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass das Arbeits- und Gleitzeitreglement vom 1. Januar 2004 die formellen Voraussetzungen einer schriftlichen Betriebsvereinbarung gemäss Art. 57 GAV nicht erfüllt, weshalb die in Art. 12.1 Abs. 1 GAV festgelegte Normalarbeitszeit von 2'080 Stunden (40-Stundenwoche) Geltung hat. Ob wirtschaftliche Schwierigkeiten

vorgelegen haben, muss daher nicht geprüft werden. Der Kläger beruft sich zurecht auf die in Art. 12.1 GAV festgelegte jährliche Normalarbeitszeit von 2080 Stunden."

6.2 Die Arbeitgeberin moniert, die Vorinstanz habe trotz umstrittenem Sachverhalt keine Beweise abgenommen, sondern auf die klägerische Sachdarstellung abgestellt. Damit habe sie das rechtliche Gehör verletzt. Es habe sich nämlich so verhalten, dass die Geschäftsleitung und die Arbeitnehmervertretung (ANV) im Jahr 2004 vereinbart hätten, dass die 41-Stunden-Woche zwecks Steigerung der Konkurrenzfähigkeit und zur Sicherung der Arbeitsplätze bis auf Weiteres beibehalten werde. In der Folge sei dies im Arbeits- und Gleitzeitreglement schriftlich, klar und unmissverständlich festgehalten worden. Die 41-Stunden-Woche sei auch in den Folgejahren in den ANV-Sitzungen regelmässig Thema gewesen.

Der Arbeitnehmer bestreitet, dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Er ist der Meinung, dass weitere Beweisanträge für die sich stellenden Fragen unerheblich sind. Er stellt sich auf den Standpunkt, das Arbeits- und Gleitzeitreglement sei einseitig durch die Geschäftsleitung erlassen worden und nicht Resultat von Verhandlungen. Im Übrigen hätte selbst eine Zustimmung der ANV nicht zu einer gültigen Abänderung der Arbeitszeit führen können, weil das Verfahren nach Art. 57.4 GAV nicht eingehalten worden sei.

Die Arbeitgeberin hat bereits bei der Vorinstanz vorgebracht, mit der ANV sei anlässlich einer Sitzung vom 3. Dezember 2003 vereinbart worden, die 41-Stunden-Woche bis auf Widerruf dauerhaft zu belassen. Diese Regelung sei dann im Arbeits- und Gleitzeitreglement vom 1. Januar 2004 festgehalten worden. Als Zeuginnen hat die Arbeitgeberin bereits bei der Vorinstanz wie auch im vorliegenden Berufungsverfahren D.____, Personalchefin, und C.____, ANV-Mitglied, genannt. Ob die Einwilligung der ANV für die Weiterführung der 41-Stunden-Woche vorlag, war bereits bei der Vorinstanz umstritten und unklar. Dennoch hat die Vorinstanz ohne entsprechende Beweisabnahme festgehalten, für die Jahre 2005 bis 2010 würden keine Vereinbarungen gemäss Art. 57 GAV vorliegen. Die Frage, ob die Einwilligung der ANV vorlag, ist nach Auffassung des Kantonsgerichts von Bedeutung. Die Vorinstanz hätte hierüber Beweise abnehmen sollen. Das Kantonsgericht hat in Anwendung von Art. 316 Abs. 3 ZPO die erforderlichen Zeugeneinvernahmen an der zweitinstanzlichen Verhandlung durchgeführt und die entsprechenden Beweisabnahmen nachgeholt.

6.3 Die Arbeitgeberin führt weiter aus, die Vorinstanz verkenne Sinn, Zweck und Tragweite der relevanten GAV-Bestimmungen. Aus den Art. 7 Abs. 2 und 10.2 Abs. 1 einerseits, sowie e contrario aus den Art. 10.4 Abs. 2 und Art. 12.4 Abs. 4 GAV andererseits, ergebe sich, dass eine innerbetriebliche Vereinbarung auf unbefristete Einführung der 41-Stunden-Woche gültig und verbindlich sei und es kein Vermittlungsverfahren und keine von der Mehrheit der GAV-Vertragspartner abgesegnete Vereinbarung gemäss Art. 57 GAV brauche, falls eine solche innerbetriebliche Vereinbarung zustande komme. Im vorliegenden Fall sei eine solche innerbetriebliche Einigung auf unbefristete Beibehaltung der 41-Stunden-Woche zustande gekommen, im Arbeits- und Gleitzeitreglemente festgehalten und allen Mitarbeitenden bekannt gegeben worden. Die Anrufung der GAV-Vertragspartner wäre nur und erst dann erforderlich gewesen, wenn die ANV mit der Weiterführung der 41-Stunden-Woche nicht mehr einverstanden gewesen wäre. Diesfalls hätte die Geschäftsleitung nur noch die Möglichkeit gehabt, gestützt auf Art. 10.2 GAV die beidseitigen Vertragsparteien zur Abklärung und Vermittlung beizuziehen und zu

versuchen, eine mehrheitliche Zustimmung der GAV-Vertragspartner gemäss Art. 57 GAV zu erreichen. Anders könne der GAV nach Wortlaut und ratio legis in guten Treuen nicht verstanden werden. Folglich stehe dem Kläger kein Anspruch auf Überstundenentschädigung zu.

Der Arbeitnehmer erachtet die Rechtsauffassung der Arbeitgeberin in Bezug auf das Verfahren nach GAV als falsch. Er führte aus, bei einer Erhöhung der Arbeitszeit um mehr als 24 Monate seien zwingend die Vertragsparteien beizuziehen. Art. 7 und 10.2 GAV seien lediglich allgemeine Bestimmungen in Bezug auf das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten, für den speziellen Fall der Erhöhung der Arbeitszeit sei das Verfahren gemäss Art. 57.4 GAV einzuhalten. Art. 10.2 beziehe sich lediglich auf die Umsetzung der Normalarbeitszeit von 2080 Jahresstunden im Betrieb, die Einführung von Kurzarbeit oder die Erhöhung der Arbeitszeit auf maximal 24 Monate. In diesen Fragen könne eine innerbetriebliche Vereinbarung getroffen werden. Sobald die Erhöhung der Arbeitszeit länger als 24 Monate daure, komme Art. 57.4 GAV als Sonderbestimmung zur Anwendung, welcher zwingend den Beizug der Vertragsparteien, also der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, vorsehe. Auch der Kommentar zum GAV gehe davon aus, dass wirtschaftliche Krisen in der Regel binnen zwei Jahren bewältigt werden könnten, weshalb bei länger dauernden Abweichungen oder Verlängerungen nach 24 Monaten ein zusätzlicher Verfahrensschritt zu beachten sei. Die Betriebsvereinbarung mit der erhöhten Arbeitszeit könne nur in Kraft treten, wenn ihr die Mehrheit der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien zustimme. Der Einbezug der Vertragsparteien sei aus dem Grund vorgesehen, weil die Mitglieder der ANV, die immer auch in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Arbeitgeberin stünden, zu fest unter Druck gesetzt werden könnten. Für weitreichende Änderungen seien daher zu ihrem Schutz die Verbände beizuziehen, die auch besser in der Lage seien, die Voraussetzungen der geltend gemachten wirtschaftlichen Schwierigkeiten und die Auswirkungen von Änderungen des GAV abzuschätzen. Ausserdem gehe es beim GAV auch um den fairen Wettbewerb und die gesunde Entwicklung der Branche. Wenn sich ein Betrieb den Regeln des GAV unterstelle, müsse er die gleichen Voraussetzungen haben wie die anderen Betriebe. Im vorliegenden Fall sei das Verfahren nach Art. 57.4 GAV nicht eingehalten worden, da die Vertragsparteien nicht beigezogen worden seien. Es bestehe somit keine gültige Grundlage für die 41-Stunden-Woche. Der Arbeitnehmer habe daher während über zehn Jahren eine Wochenstunde zu viel gearbeitet und entsprechende Überstunden geleistet.

6.4 Die Zeugin C.____ war nach eigenen Aussagen seit 2004 in der ANV und ist immer noch dabei. Von Oktober 2005 bis Oktober 2012 war sie zudem Präsidentin der ANV. Sie führte aus, es sei immer über die 41-Stunden-Woche diskutiert worden und diese sei immer Thema gewesen, auch wenn die ANV andere Themen - wie die Arbeitsplatzhaltung und die wirtschaftliche Unterstützung - wichtiger fanden und sich vor allem diesen Themen gewidmet hatten. Sie führte weiter aus, dass die 41-Stunden-Woche im gegenseitigen Einverständnis mit der Geschäftsleitung und der ANV jedes Jahr besprochen worden sei. Es sei aber nicht protokolliert worden. Für die ANV sei die 41-Stunden-Woche klar gewesen. Sie hätten das Geschäft unterstützen und Arbeitsplätze erhalten wollen. Sie wisse nicht mehr, wie es den Arbeitnehmenden kommuniziert worden sei, aber es sei für alle Arbeitnehmenden selbstverständlich gewesen. Es habe auch nie ein Arbeitnehmender bei der ANV danach gefragt. Zum Arbeits- und Gleitzeitreglement führte sie aus, der ANV sei wichtig gewesen, dass in diesem Reglement erwähnt werde, dass es eine Abweichung zum GAV sei. Dass es eine Abweichung zum GAV sei, sei dann im

Reglement erwähnt worden. Diese Anpassung stelle die aktualisierte Fassung dar. Weiter führte sie aus, die ANV habe mit den Arbeitnehmenden nicht öffentlich kommuniziert bzw. diese nicht öffentlich informiert. Sie hätten aber für jeden Bereich einen Vertreter, der Ansprechperson sei. Auch habe jeder Arbeitnehmende das Reglement.

Bis ins Jahr 2004 ist die Einwilligung der ANV dokumentiert ist. Es kann auf die Erwägung 9.2 der vorinstanzlichen Entscheidung verwiesen werden. Aufgrund der Aussagen der Zeugin C. ____ ist nunmehr erstellt, dass auch für die Jahre 2005 bis 2010 eine mündliche Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und der ANV für die Weiterführung der 41-Stunden-Woche bestand bzw. die ANV mit der Weiterführung einverstanden war.

6.5 Es gilt nunmehr zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen der ANV und der Arbeitgeberin über die Beibehaltung der 41-Stunden-Woche gültig und verbindlich war oder ob die Geschäftsleitung dennoch das Verfahren nach Art. 57.4 GAV hätte einhalten und den ASM Arbeitgeberverband der Schweizer Maschinenindustrie (Swissmem) informieren müssen.

Vorab kann festgestellt werden, dass sich beide Parteien auf die Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, Vertragsperiode 1. Januar 2006 - 31. Dezember 2010 (verlängert bis 30. Juni 2013) berufen. Keine Partei hat geltend gemacht, es sei die frühere und allenfalls anderslautende Fassung des GAV zu beachten. Das Gericht wendet daher ebenfalls diese von den Parteien zitierte und eingereichte Fassung des GAV an.

Art. 57.4 GAV lautet folgendermassen:

- (1) Zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten kann ausnahmsweise und befristet von arbeitsvertraglichen Bestimmungen der Vereinbarung (Art. 12.1, 12.5) abgewichen werden. Kommt es im Anschluss an eine Abweichungsvereinbarung zu einer grösseren Anzahl von Entlassungen, so wird die Abweichung hinfällig und muss darüber gegebenenfalls neu verhandelt werden.
- (2) Die Geschäftsleitung soll die Arbeitnehmervertretung rechtzeitig über die wirtschaftlichen Schwierigkeiten und eine sich abzeichnende Anwendung des Art. 57.4 informieren.
- (3) Die Abweichungsvereinbarung kann im Betrieb für längstens 24 Monate abgeschlossen werden. Soll die Vereinbarung auf mehr als 24 Monate abgeschlossen oder nach 24 Monaten verlängert werden, meldet die Geschäftsleitung dies sofort dem ASM, der umgehend die Vertragsparteien informiert. Die Vertragsparteien erklären innert 7 Tagen nach Erhalt der schriftlichen Mitteilung ihre Beteiligung am Verfahren. Die Betriebsvereinbarung tritt nur in Kraft, wenn ihr die neben der Geschäftsleitung und der Arbeitnehmervertretung auch die Mehrheit der am Verfahren beteiligten Vertragsparteien zustimmt.
- (4) Die Betriebsvereinbarung ist sofort dem ASM zu melden, der alle Vertragsparteien umgehend darüber informiert.

Dieser Artikel ist im Gesamtkontext des GAV zu betrachten. Im Ingress werden die Ziele des GAV genannt, dort unter anderem, dass die Vertragsparteien mit dem GAV die Zusammenarbeit der Arbeitnehmenden und Arbeitgeber sowie ihrer Organisationen vertiefen, namentlich indem sie die Mitwirkung der Arbeitnehmenden im Betrieb stärken sowie die Beratungs-, Mitsprache- und Verhandlungsrechte der Vertragsparteien regeln. Art. 6 Abs. 3 GAV hält unter

dem Titel "Arbeitnehmervertretungen" fest, dass die Arbeitnehmervertretungen zur umfassenden Wahrung der gemeinsamen Interessen aller Arbeitnehmenden in ihrem Vertretungsbereich gegenüber der Firma legitimiert sind. Art. 7 Abs. 2 GAV bestimmt sodann unter dem Titel "Zusammenarbeit im Betrieb", dass Angelegenheiten von allgemeiner Tragweite, welche die der Vereinbarung unterstehende Arbeitnehmerschaft oder Teile davon betreffen und mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen, in erster Linie im Betrieb zwischen der zuständigen Arbeitnehmervertretung und der Geschäftsleitung zu behandeln sind. Unter Art. 10 werden die Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten geregelt. Art. 10.2 Abs. 1 GAV bezieht sich auf Meinungsverschiedenheiten im Betrieb und lautet folgendermassen:

Wenn eine Arbeitnehmervertretung und die Geschäftsleitung in ihren Verhandlungen keine Einigung erzielen, können sie einzeln die beidseitigen Vertragsparteien in folgenden Fällen zur Abklärung und Vermittlung beiziehen (Verbandsverhandlung):

- (...)
- Abweichungen von der normalen Arbeitsdauer unter Vorbehalt von Art. 12.4 Abs. 4
- (...)
- (...)

Aus diesen Bestimmungen des GAV geht hervor, dass unter anderem auch die Mitwirkung der Arbeitnehmenden ein wesentliches Ziel des GAV ist und Einigungen zwischen der Arbeitnehmervertretung und der Geschäftsleitung einen sehr hohen Stellenwert geniessen und wenn immer möglich anzustreben sind, allenfalls unter Vermittlung der Vertragsparteien. Art. 57.4 GAV wendet sich nicht nur an die Betriebe, sondern auch an die Arbeitnehmervertretung und an die Vertragsparteien. Betriebsinterne Vereinbarungen über eine höhere Wochenstundenzahl müssen im Gesamtkontext des GAV betrachtet möglich sein, wenn sie einvernehmlich zwischen der Arbeitgeberin und der ANV festgelegt wurden, zumal es sich um keinen allgemeinverbindlichen GAV handelt. Dies gilt umso mehr in Anbetracht des oben zitierten Art. 10.2 Abs. 1 GAV. Diese Bestimmung bedeutet e contrario, dass Abweichungen von der normalen Arbeitsdauer unter Vorbehalt von Art. 12.4 Abs. 4 möglich sind, wenn die ANV und die Geschäftsleitung eine Einigung erzielen. Der vorbehaltene Art. 12.4 Abs. 4 besagt unter dem Titel Schichtarbeit, dass sich die Geschäftsleitung und die ANV auf eine Arbeitszeit von unter 40 (Woche) bzw. 2080 (Jahr) Stunden verständigen können und eine Arbeitszeitverkürzung auch durch Gewährung eines Schichturlaubs erfolgen kann. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Schichtarbeit und erlaubt die Ablösung von Schichtzulagen durch Zeitbonifikation (Kommentar zur Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, Vertragsperiode 1. Januar 2006 - 31. Dezember 2010, Swissmem Zürich 8/2006, Art. 12.4 lit. b, S. 29). Diese vorbehaltene Bestimmung ist somit in casu nicht zu beachten und steht der Anwendung von Art. 10.2 GAV für den vorliegenden Fall nicht entgegen. Dass sich Art. 10.2 GAV betreffend Abweichung von der normalen Arbeitszeit auf Kurzarbeit beziehen soll, kann dem GAV nicht entnommen werden. Im Kommentar wird in diesem Zusammenhang in einer Klammer die Kurzarbeit aufgeführt, aber nichts weiter dazu erläutert (Kommentar zur Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, a.a.O., Art. 10.2, S. 19). Dieser Kommentar stellt lediglich die Interpretation des GAV durch die Swissmem Geschäftsstelle dar und ist mit den Vertragsparteien nicht abgesprochen (Kommentar zur

Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie, a.a.O., Einleitende Bemerkungen lit. e, S. 7).

Aufgrund des beschriebenen Gesamtkontextes des GAV sowie in Anbetracht von Art. 10.2 Abs. 1 GAV muss die einvernehmlich geschlossene Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und der ANV über die Weiterführung der 41-Stunden-Woche als gültig und verbindlich betrachtet werden. Folglich steht dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf Überstundenentschädigung aufgrund der 41-Stunden-Woche zu. Die Berufung ist diesbezüglich gutzuheissen.

6.6 Selbst wenn die zwischen der ANV und der Arbeitgeberin geschlossene Vereinbarung betreffend 41-Stunden-Woche wegen dem Nichteinhalten des Vorgehens nach Art. 57.4 GAV nicht in Kraft getreten sein sollte, wäre die Überstundenforderung als rechtsmissbräuchlich abzuweisen.

Die Arbeitgeberin macht eventualiter geltend, der Anspruch auf Überstundenentschädigung sei verwirkt, denn der Arbeitnehmer habe die ganze Zeit gewusst, dass ein Monatslohn die Gegenleistung für 41 Stunden Arbeitsleistung pro Woche gewesen sei. Er habe auch die ihm periodisch zugestellten Lohnabrechnungen jeweils akzeptiert, aus denen die kompensatorischen Leistungen ersichtlich gewesen seien. Die Zeugeneinvernahme habe ergeben, dass die Abweichung vom GAV explizit im Reglement aufgenommen worden sei. Jeder Arbeitnehmende habe dieses Reglement gekannt und damit auch die Abweichung. Wenn diese Abweichung bekannt war, könne nicht später zurück gefordert werden, was man akzeptiert habe. Wenn er dann plötzlich rückwirkend auf 5 Jahre eine Überstundenentschädigung für 200 Arbeitsstunden zuzüglich 25% Überstundenzuschlag verlange, verhalte er sich treuwidrig und offensichtlich rechtsmissbräuchlich.

Der Arbeitnehmer entgegnet, an die Verwirkung von Ansprüchen seien sehr strenge Anforderungen zu stellen. Rechtsmissbrauch wegen verspäteter Geltendmachung sei nur unter ausserordentlichen Umständen anzunehmen, zumal der erworbene Anspruch auf Abgeltung bereits geleisteter Überstunden im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR unverzichtbar sei. Die Arbeitgeberin lege nicht dar, inwiefern der Kläger sich treuwidrig verhalten habe und ihm ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen sei. Die Zeugenaussage sei mit Vorbehalt zu geniessen. Die Zeugin habe im Vorfeld zur Verhandlung Kontakt mit Herrn F.____ gehabt. Sie sei in einem Abhängigkeitsverhältnis und an der Zeugenbefragung unter Druck gekommen. Eine Vereinbarung mit den Arbeitnehmenden betreffend 41-Stunden-Woche habe es nicht gegeben. Aus den Protokollen werde zudem ersichtlich, dass die ANV immer auf 40 Stunden zurück wollte. Die Arbeitnehmenden kannten die 41-Stunden-Woche, aber sie hätten nicht zugestimmt. Das werde nicht einmal von der Arbeitgeberin behauptet.

Der Arbeitgeber kann sich zunächst nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf einen Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers berufen, der geltend macht, eine getroffene Vereinbarung verstosse gegen zwingendes Recht; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährt Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Sodann begründet blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen allgemein noch nicht Rechtsmissbrauch. Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen. Solche können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise

Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Der blosser Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Ansprüche erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend macht, vermag dagegen für sich allein keinen Rechtsmissbrauch zu begründen. Andernfalls würde dem Arbeitnehmer über Art. 2 ZGB der Schutz nach Art. 341 Abs. OR wieder entzogen, der bestimmt, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und einen Monat nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten kann (BGE 131 III 439, E. 5.1; BGE 129 III 493, E. 5.1).

Im vorliegenden Fall liegen besondere Umstände insofern vor, als zwischen der Arbeitgeberin und der ANV über Jahre hinweg eine Vereinbarung bestand, dass mehr als 40 Stunden pro Woche gearbeitet wird und dies auch jedes Jahr wieder diskutiert und neu vereinbart wurde. Ab 1. Juli 1996 waren 42 Stunden pro Woche vereinbart und ab 1. Juli 1999 41 Stunden pro Woche. Wie die Zeugin C._____ ausführte, war die 41-Stunden-Woche jedes Jahr wieder Thema und es war für alle selbstverständlich gewesen, dass 41 Stunden pro Woche gearbeitet werde. Aus dem Protokoll der ANV vom 8. Juni 2000 geht zwar hervor, dass die ANV damals den Wunsch äusserte, wieder auf die 40-Stunden-Woche zu reduzieren. Die ANV hat der Beibehaltung jedoch, wohl aus Gründen der Arbeitsplatzsicherheit, zugestimmt. Wie die Zeugin ebenfalls aussagte, hat sich in all den Jahren nie ein Arbeitnehmender an ein ANV-Mitglied bezüglich der 41-Stunden-Woche gewendet. Der Kläger führte ebenfalls nicht aus, dass er oder andere Angestellte die erhöhte Arbeitszeit je moniert, Zweifel an deren Gültigkeit geäussert oder sich sonst wie für die Reduzierung auf die 40-Stunden-Woche eingesetzt hätten. Aufgrund des Reglements, in welchem auf Druck der ANV explizit erwähnt wurde, dass die Arbeitszeit in Abweichung zum GAV 41 Stunden pro Woche betrage, war die Abweichung auch den Arbeitnehmenden bekannt. Die ganze Belegschaft hat seit 1996 bzw. 1999 über Jahre hinweg die 41-Stunden-Woche ohne Widerstand akzeptiert und die ANV hat jedes Jahr wieder in die Weiterführung eingewilligt, so dass die Arbeitgeberin davon ausgehen durfte, dass alle mit der erhöhten Arbeitszeit einverstanden sind. Die Angestellten haben auf den Lohnabrechnungen zudem immer den Lohn für die 41-Stunden-Arbeitswoche gesehen und all die Jahre nie vorgebracht, dieser Lohn basiere auf einer 40-Stunden-Woche. Aufgrund der Einwilligung der ANV und dem Untätigsein aller Arbeitnehmenden über die ganze Dauer hinweg, liegen besondere Umstände vor. Die Arbeitgeberin wurde über all die Jahre hinweg im Glauben gelassen, dass die 41-Stunden-Woche akzeptiert werde. Dadurch entstand für sie insofern ein Nachteil, als ihr keine Veranlassung gegeben wurde, allenfalls über einen Austritt aus dem GAV nachzudenken. Bereits im Protokoll der ANV vom 19. Mai 1998 wurde nämlich festgehalten, dass wenn die Flexibilität bei der Arbeitszeit nicht erreicht werden könne, die Mitgliedschaft gekündigt werde. Inzwischen ist die Arbeitgeberin aus dem GAV ausgetreten, wie an der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung ausgeführt wurde. Diesen Schritt hätte sie bei Kenntnis, dass die Arbeitnehmenden bzw. ein Teil davon bei einer 41-Stunden-Woche eine Stunde pro Woche als Überstunden betrachtet, wohl schon früher gemacht, so dass ihr durch das Zuwarten der Arbeitnehmenden ein Nachteil entstanden ist. Das Zuwarten mit der Geltendmachung der Überstundenentschädigung war aufgrund dieser speziellen Umstände treuwidrig und missbräuchlich.

7. Kostenverteilung

7.1 Abschliessend ist über die Verlegung der Prozesskosten für das vorinstanzliche Verfahren sowie das Rechtsmittelverfahren zu entscheiden. Massgebend für die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten sind die Bestimmungen der Art. 104 ff. ZPO. Art. 106 ZPO legt die Verteilungsgrundsätze fest: grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt und wenn keine Partei vollständig obsiegt, werden sie nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO sieht vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war. Im vorliegenden Fall ging es einerseits um die Bezahlung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und andererseits um eine Überstundenentschädigung. Die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung setzt der Richter nach seinem Ermessen unter Würdigung aller Umstände fest. Es handelt sich somit um einen Ermessensentscheid. Die "richtige" Entschädigung existiert nur in der Theorie und verschiedene Richter würden im selben Fall unterschiedlich hohe Entschädigungen zusprechen (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 6). Für den Kläger war es daher kaum möglich, die Entschädigung zu beziffern und es kann ihm kein Vorwurf gemacht werden, dass er eine höhere Entschädigung gefordert hat, als ihm nunmehr zuzusprechen ist. Da eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung gutgeheissen wird, wendet das Kantonsgericht Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO an und legt die diesbezüglichen Prozesskosten der Arbeitgeberin auf. Dies ist auch insofern angemessen, als die Reduktion der Strafzahlung von sechs Monatslöhnen auf vier Monate gering ist und immer noch viel näher am Antrag des Arbeitnehmers als an jenem der Arbeitgeberin liegt. Die Verteilung der Kosten folgt dementsprechend in dem Sinne, als dass der Arbeitnehmer vom gesamten eingeklagten Betrag nur betreffend der Überstundenentschädigung als unterlegen gilt und ihm für diesen Teil seiner Klage die Prozesskosten aufzuerlegen sind. Der Kläger hat insgesamt CHF 38'280.-- eingeklagt. Der Anteil der Überstundenentschädigung von CHF 6'950.-- beträgt rund 18 %. Dementsprechend sind die Prozesskosten zu 1/5 der Arbeitgeberin und zu 4/5 dem Arbeitnehmer aufzuerlegen. Da die Klage von der Vorinstanz vollumfänglich gutgeheissen wurde, ist der Streitwert im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren identisch und die Kosten sind nach den gleichen Grundsätzen zu verteilen.

7.2 Durch den vorliegenden Entscheid wird das vorinstanzliche Urteil abgeändert, weshalb sich eine Neuverteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten im Sinne der vorgehenden Erwägung rechtfertigt. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 300.-- sowie der vorinstanzlichen Gerichtsgebühr von CHF 4'000.-- sind zu 1/5 dem Kläger und zu 4/5 der Beklagten aufzuerlegen. Bei der Parteientschädigung muss der Kläger 1/5 an die Anwaltskosten der Beklagten und die Beklagte 4/5 an die Anwaltskosten des Klägers bezahlen. Nach gegenseitiger Verrechnung hat die Beklagte dem Kläger 3/5 von dessen Anwaltskosten zu bezahlen. Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Rechtsvertreterin des Klägers eine Honorarnote von CHF 5'926.10 eingereicht, welche im Berufungsverfahren von der Arbeitgeberin nicht moniert wurde. Es ist daher von der geltend gemachten Honorarnote von CHF 5'926.10 auszugehen.

Die Beklagte hat 3/5 dieser Honorarnote bzw. CHF 3'555.65 dem Kläger als Parteientschädigung zu bezahlen.

7.3 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. f der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT, SGS 170.31) auf CHF 4'000.-- festzulegen und entsprechend den vorstehenden Kostenerwägungen zu 4/5 der Berufungsklägerin und zu 1/5 dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Ferner hat die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren wiederum eine Parteientschädigung von 3/5 des Honorars von dessen Anwältin zu bezahlen. Die Anwältin des Berufungsbeklagten hat für das Berufungsverfahren eine Honorarnote für alle sechs Parallelverfahren gemeinsam im Betrag von CHF 21'030.20 eingereicht, basierend auf der Summe aller sechs Streitwerte. Gemäss § 14 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS 178.112) bemisst sich das Gesamthonorar nach dem kumulierten Streitwert, wenn mehrere gleichartige Verfahren von derselben Anwältin oder von demselben Anwalt vertreten werden; das Gesamthonorar wird angemessen auf die einzelnen Verfahren verteilt. Die Rechtsschriften in allen sechs Verfahren waren grösstenteils identisch und der Aufwand somit für alle Verfahren gleich gross. Das geltend gemachte Gesamthonorar von CHF 21'030.20 (inkl. Auslagen und MWSt) wird daher gleichförmig auf die sechs Parallelverfahren verteilt, so dass für jedes Verfahren ein solches von CHF 3'505.-- (gerundet auf ganze Franken) angerechnet wird. Von diesem Betrag hat die Berufungsklägerin 3/5 bzw. CHF 2'103.-- (inkl. Auslagen und MWSt) als Parteientschädigung zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

- ://: I. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 aufgehoben und durch folgenden Entscheid ersetzt:
1. *Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verurteilt, dem Kläger CHF 20'886.65 nebst 5% Zins seit 6. April 2011 zu bezahlen. Von diesem Betrag sind keine gesetzlichen und vertraglichen Sozialbeiträge abzuziehen. Die Mehrforderung wird abgewiesen.*
 2. *Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 300.-- werden zu einem Fünftel dem Kläger und zu vier Fünfteln der Beklagten auferlegt. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 4'000.-- und wird zu einem Fünftel dem Kläger und zu vier Fünfteln der Beklagten auferlegt. Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 3'555.65 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.*
- II. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 4'000.-- wird zu vier Fünfteln bzw. CHF 3'200.-- der Berufungsklägerin und zu einem Fünftel bzw. CHF 800.-- dem Berufungsbeklagten auferlegt.

Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'103.-- (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.

Vorsitzender Richter

Gerichtsschreiberin

Edgar Schürmann

Karin Arber

Der Kläger/Arbeitnehmer hat gegen diesen Entscheid Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht (Verfahrensnummer 4A_202/2013) erhoben. Die fünf Parallelfälle wurden von den Arbeitnehmern ebenfalls an das Bundesgericht weiter gezogen (Verfahrensnummern 4A_194/2013, 4A_196/2013, 4A_198/2013, 4A_200/2013, 4A_204/2013).