

# **BGer 4A 38/2020 vom 22. Juli 2020**

Bundesgericht, 2020-07-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_38\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_38_2020)

FR: TF 4A 38/2020 du 22 juillet 2020

IT: TF 4A 38/2020 del 22 luglio 2020

## **Regeste**

Forderungen aus Arbeitsvertrag | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( BGE 139 III 249 E. 1 S. 250; 137 III 417 E. 1). Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass die objektiv gehäuften Ansprüche unabhängig von den anderen beurteilt werden können, womit die Beschwerde in Zivilsachen gegen den Teilentscheid zulässig ist ( Art. 91 lit. a BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.4 S. 398; zur Publikation bestimmtes Urteil 4A\_203/2019 vom 11. Mai 2020 E. 2.1.1; je mit Hinweisen), zumal der Qualifikation als Teilentscheid nicht entgegensteht, dass die unterschiedlichen Ansprüche allenfalls von denselben Vorfragen abhängen ( BGE 135 III 212 E. 1.2.2 S. 217; zit. Urteil 4A\_203/2019 E. 2.1.1 und E. 2.1.3). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen, welche keinen Anlass zu Bemerkungen geben, erfüllt sind, ist auf die Beschwerde unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 134 II 235 E. 4.3.4 S. 241). Mit Blick auf die Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244;

140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

### **E. 2.3**

Nach konstanter Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 2 BV hat das Gericht seinen Entscheid zwar zu begründen, doch wird nicht verlangt, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt ( BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.; 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; je mit Hinweisen). Die Gründe des Entscheids können auch implizit dargelegt werden oder aus mehreren Erwägungen hervor gehen. Demgegenüber liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn das Gericht es unterlässt, sich zu erheblichen Rügen zu äussern oder für die Entscheidfindung wichtige Parteivorbringen gar nicht erst in Erwägung zieht (Urteile 2C\_14/2014 vom 27. August 2014 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 140 II 345 ; 9C\_920/2013 vom 20. Mai 2014 E. 2.1; 2C\_23/2009 vom 25. Mai 2009 E. 3.1; vgl. auch BGE 133 III 235 E. 5.2 S. 248).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer wendet sich zunächst gegen die Verfahrenstrennung respektive den Erlass eines Teilurteils.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer bestreitet zu Recht nicht, dass er mit seiner Klage Ansprüche im Sinne von Art. 90 ZPO objektiv gehäuft hat. Obwohl er dem Gericht einen erheblichen Ermessensspielraum beim Entscheid über die Klagetrennung zugesteht, stellt er sich auf den Standpunkt, aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen den verschiedenen Forderungen sei eine Trennung der gemeinsam eingereichten Klagen nicht zweckmässig und deshalb unzulässig. Soweit sich der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Ansicht auf die deutsche Lehre beruft, ist dies angesichts der klaren Regelung im schweizerischen Recht unbehelflich. Nach der schweizerischen ZPO leitet das Gericht den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens ( Art. 124 Abs. 1 ZPO ). Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht insbesondere gemeinsam eingereichte Klagen trennen ( Art. 125 lit. b ZPO ). Art. 125 lit. b ZPO ist eine sogenannte "Kann-Vorschrift", welche es dem Gericht erlaubt, jederzeit in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens darüber zu entscheiden, ob es gemeinsam eingereichte Klagen trennt oder nicht. Die Vorinstanz ging mit Hinweisen

auf die Lehre zu Recht davon aus, dass bei der objektiven Klagehäufung eine Verfahrenstrennung in aller Regel unproblematisch ist und insbesondere geboten sein kann, wenn ein Beweisverfahren nur für einen Teil der Ansprüche notwendig ist (vgl. dazu NINA J. FREI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. 1, 2012, N. 6 zu Art. 125 ZPO ; JULIA GSCHWEND, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 8 zu Art. 125 ZPO ). Entgegen der wenig nachvollziehbaren Argumentation des Beschwerdeführers war die Verfahrenstrennung auch im vorliegenden Fall zulässig und angesichts der konkreten Umstände aus prozessökonomischen Gründen zweckmässig. Denn nach der Begründung der ersten Instanz, welche die Vorinstanz schützte, ist bezüglich der Höhe des Bonus 2013 und des herausverlangten Restguthabens aus dem Escrow Account ein aufwändiges Beweisverfahren durchzuführen. Demgegenüber erübrige sich eine Beweisabnahme zu den anderen Rechtsbegehren. Mit diesen überzeugenden Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Entgegen seinem Einwand schaffte das Gericht mit der Abspaltung Klarheit über einen Teil der eingeklagten Ansprüche. Durch den Endentscheid über den spruchreifen Teil des Streitgegenstands (vgl. dazu Art. 236 Abs. 1 ZPO ) wurde der Gesamtprozess im Sinne von Art. 125 lit. b ZPO vereinfacht.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer rügt, bei der Verfahrenstrennung sei zudem sein Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 53 ZPO ) in zweifacher Hinsicht verletzt worden.

#### **E. 3.2.1**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz zunächst vor, sie habe verkannt, dass die erste Instanz ihn vor der Verfahrenstrennung hätte anhören müssen. Indem er sich zur Begründung seiner Rüge im Wesentlichen auf BGE 128 V 272 E. 5 b/bb beruft, übergeht er, dass das rechtliche Gehör grundsätzlich nur zu Tatsachenbehauptungen zu gewähren ist. Zufolge des Grundsatzes *iura novit curia* sind die Parteien zu Rechtsfragen nur unter besonderen Umständen anzuhören; die vom Beschwerdeführer angerufene Rechtsprechung zur überraschenden Rechtsanwendung wurde denn auch in Bezug auf Normen entwickelt, welche den Entscheid materiell zu beeinflussen vermögen (vgl. BGE 145 I 167 E. 4.1 S. 171; 130 III 35 E. 5 S. 39; Urteil 2C\_949/2019 vom 11. Mai 2020 E. 3.1). Mit der Verfahrenstrennung wurde einzig der Zeitpunkt des Entscheids über einen Teil der eingeklagten Ansprüche vorverschoben, was grundsätzlich im Interesse der Parteien ist. Es besteht keine generelle Pflicht, die Parteien vor dem Erlass einer prozessleitenden Verfügung anzuhören, sondern es hängt vom Einzelfall ab, ob ein solches Vorgehen geboten ist. Wenn vorliegend zusammen mit dem Erlass des Teilurteils verfügt wurde, über die restlichen Begehren werde separat entschieden, ist das nicht zu beanstanden. Nachdem ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden war und die Parteien im Rahmen ihres "unbedingten" Replikrechts weitere Stellungnahmen eingereicht hatten (vgl. dazu BGE 142 III 48 E. 4.1.1 S. 53 f. ; 139 I 189 E. 3.2 S. 191 f. ; 138 I 484 E. 2 S. 485 f.; je mit Hinweisen), war eine erneute Gehörsgewährung unter materiellen Gesichtspunkten unnötig und wäre einem prozessualen Leerlauf gleichgekommen. In prozessualer Hinsicht ist zu bedenken, dass der Beschwerdeführer dem Gericht verschiedene Forderungen zur Beurteilung unterbreitet hat, so dass er stets mit der Möglichkeit rechnen musste, dass über die spruchreifen Begehren vorab entschieden werden könnte. Angesichts der erläuterten offensichtlichen Zulässigkeit des prozessualen Vorgehens (vgl. E. 3.1 hiervoor) war das

Gericht nicht gehalten, die Parteien zur Spruchreife oder Verfahrenstrennung anzuhören und war befugt, die gehäuften Klagen zu trennen und einen Teilentscheid zu erlassen.

### **E. 3.2.2**

Der Beschwerdeführer erblickt eine weitere Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV darin, dass die Vorinstanz seine Berufungsrüge bezüglich der Unzulässigkeit der Verfahrenstrennung nicht behandelt habe. Die Vorinstanz gab die Erwägungen der ersten Instanz zutreffend wieder, wonach sich eine Verfahrenstrennung aus prozessökonomischen Gründen insoweit aufdrängte, als ein Teil der Ansprüche spruchreif war, der Entscheid über den anderen Teil der Forderungen hingegen ein umfangreiches Beweisverfahren voraussetzte. Die Vorinstanz ging sodann auf die Kritik der fehlenden Anhörung ein und erwog, es sei nicht vorgeschrieben, die Parteien vorgängig zum Erlass eines Teilurteils über den spruchreifen Teil der Klagehäufung anzuhören. Es ist kritisch zu betrachten, dass dem angefochtenen Urteil nur eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Rüge der Gehörsverletzung zu entnehmen ist. Hinsichtlich der bereits in der Berufungsschrift geltend gemachten Verletzung von Art. 125 ZPO beschränkte sich die Vorinstanz darauf, die Begründung der ersten Instanz wiederzugeben. Immerhin folgte die Vorinstanz mit der Wiedergabe der erstinstanzlichen Begründung im angefochtenen Urteil implizit den darin geäusserten Überlegungen. Aufgrund der offensichtlichen Zulässigkeit der Verfahrenstrennung bei dem von ihr festgestellten Sachverhalt wird die Vorinstanz damit noch knapp den verfassungsmässigen Anforderungen gerecht, zumal nicht gefordert wird, dass das Gericht jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. E. 2.3 hiervor). Aus den Ausführungen in der Beschwerde in Zivilsachen geht denn auch hervor, dass der Beschwerdeführer sich insoweit über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an das Bundesgericht weiterziehen konnte.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Vorinstanz ihm weder die geltend gemachte Entschädigung für Überstunden noch für Überzeit zusprach und erhebt in diesem Zusammenhang mehrere Rügen.

#### **E. 4.1**

Zu unterscheiden ist zwischen Überstunden nach Art. 321c OR einerseits und Überzeit gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) andererseits. Die über die verabredete oder übliche Arbeitszeit geleisteten Überstunden sind mit Freizeit auszugleichen oder mit einem Lohn zu entschädigen, der mindestens ein Viertel über dem Normallohn liegt (vgl. Art. 321c OR). Doch gilt der in einem Betrieb übliche zeitliche Umfang der Arbeit für leitende Angestellte grundsätzlich nicht. Vielmehr wird von leitenden Angestellten erwartet, dass sie etwas mehr leisten als nur das übliche Pensum. Wegleitend ist die Überlegung, dass mit der Übernahme einer leitenden Funktion der Umfang und das Gewicht der vom Arbeitnehmer zu erfüllenden Aufgaben die Gegenleistung des Arbeitgebers in bedeutenderem Masse bestimmen als die wöchentliche Arbeitszeit und leitende Angestellte ihrer verantwortungsvollen und selbständigen Stellung entsprechend die Arbeitszeit weitgehend frei einteilen können. Leitende Angestellte haben ohne ausdrückliche Regelung der Arbeitszeit deshalb nur dann einen Anspruch auf Überstundenentschädigung, wenn ihnen zusätzliche Aufgaben über die vertraglich

vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden leistet ( BGE 129 III 171 E. 2.1 S. 173; Urteil 4A\_86/2007 vom 5. Juni 2007 E. 2.1). Überzeitarbeit entsteht demgegenüber insoweit, als die geleistete Arbeitszeit die gesetzliche Höchstarbeitszeit nach Art. 9 ArG überschreitet (Art. 12 f. ArG; BGE 126 III 337 E. 6a S. 341 f.). Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten. Dabei handelt es sich um eine zwingende Vorschrift, die jede abweichende Vereinbarung ausschliesst ( BGE 139 III 411 E. 2.5.5 S. 417 mit Hinweisen; vgl. auch Urteile 4A\_285/2019 vom 18. November 2019 E. 6.2.2; 4A\_403/2018 vom 11. März 2019 E. 4 und 4.3.2). Das Arbeitsgesetz ist nach seinem Art. 3 lit. d nicht anwendbar auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben. Der Sinn liegt darin, dass Arbeitnehmer, die eine solch besondere Stellung im Betriebe einnehmen, keines öffentlichrechtlichen Schutzes bedürfen (Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz], BBl 1960 II 947, Ziff. C.I.2b/dd zu Art. 2 Abs. 2 lit. d E-ArG; Urteil 2C\_745/2014 vom 27. März 2015 E. 3.4) und für den Arbeitgeber vor allem in zeitlicher Hinsicht frei verfügbar sein sollten ( BGE 98 Ib 344 E. 2 S. 347). Zur Beantwortung der Rechtsfragen, ob der Beschwerdeführer als "leitender Angestellter" im Sinne des Obligationenrechts oder gar als ein Arbeitnehmer, der eine "höhere leitende Tätigkeit" im Sinne des Arbeitsgesetzes ausübt, zu betrachten ist, verbietet es sich, schlicht auf die von den Parteien im Vertrag, Arbeitszeugnis oder einer Personalordnung verwendeten Begriffe abzustellen. Der rechtlichen Würdigung ist vielmehr die tatsächliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses zugrunde zu legen (vgl. BGE 126 III 337 E. 5b S. 341; zit. Urteil 4A\_86/2007 E. 2.1; vgl. auch THOMAS GEISER, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, Portmann/Kaenel [Hrsg.], 2018, S. 651 Rz. 16.43; MÜLLER/ MADUZ, ArG Kommentar, 8. Aufl. 2017, N. 9 zu Art. 3 ArG ).

#### **E. 4.2**

Nachdem die Vorinstanz die rechtlichen Grundlagen zur Überstundenentschädigung zutreffend wiedergegeben und detaillierte Feststellungen zur Funktion und Stellung des Beschwerdeführers getroffen hatte, schritt sie zur rechtlichen Würdigung und qualifizierte den Beschwerdeführer als leitenden Angestellten im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 321c OR . Zudem erachtete sie die behaupteten Überstunden nicht für nachgewiesen. Sie erwog, zwar sei dem ruhenden deutschen Arbeitsvertrag eine Arbeitszeitregelung zu entnehmen, der zuletzt aktive schweizerische Arbeitsvertrag schweige sich indessen zu einer bestimmten Wochenarbeitszeit aus. Mangels ausdrücklicher Regelung der Arbeitszeit stehe dem Beschwerdeführer folglich keine Überstundenentschädigung zu. Im Gegensatz zur ersten Instanz, welche ausserdem zum Schluss kam, dass der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG ausgeübt hatte, äusserte sich die Vorinstanz nicht zur Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG verletzt, da sie Tat- und Rechtsfragen teilweise nicht unterschieden habe. Entgegen dem, was der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, sind die einzelnen Tatsachenfeststellungen jedoch nicht separat zu würdigen. Indem die Vorinstanz den Sachverhalt zuerst umfassend feststellte, um im Anschluss im Rahmen einer Gesamtwürdigung den Beschwerdeführer als leitenden Angestellten im Sinne des Obligationenrechts zu qualifizieren, vermengte sie Tat-

und Rechtsfragen nicht und ging methodisch korrekt vor.

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer beruft sich erneut auf eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 53 ZPO und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ).

##### **E. 4.4.1**

Zur Begründung zeigt der Beschwerdeführer auf, dass er in der Berufung die erstinstanzlich mit Hinweis auf Art. 3 lit. d ArG erfolgte Abweisung seiner Forderung auf Überzeitenschädigung beanstandet hatte. Wie er weiter korrekt vorträgt, hat die Vorinstanz nur die Rüge zur Entschädigung für Überstunden nach dem Obligationenrecht behandelt, nicht hingegen diejenige betreffend die behauptete Überzeitarbeit nach dem Arbeitsgesetz. Während die erste Instanz eine Subsumtion des Beschwerdeführers unter den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG vornahm, erwähnte die Vorinstanz diese Norm einzig, um in ihren allgemeinen Erwägungen den Begriff des leitenden Angestellten der Rechtsprechung zum Obligationenrecht vom enger auszulegenden Begriff der höheren leitenden Tätigkeit des Arbeitsgesetzes abzugrenzen. Da die Anforderungen der Entbindung von der Pflicht zur Entschädigung von Überzeit höher sind als für den Wegfall von Überstunden, kann der Begründung der Vorinstanz auch keine implizite Abweisung allfälliger Ansprüche aus dem Arbeitsgesetz entnommen werden. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach eine feste Arbeitszeit nicht vereinbart worden sei, kann eine allfällige Forderung aus Überzeit ebenso nicht umfassen. Denn während Überstunden von der vereinbarten Arbeitszeitregelung abhängen, indem sie die im Verhältnis zur Normalarbeitszeit geleistete Mehrarbeit darstellen, bezieht sich die Überzeit auf diejenigen Arbeitsstunden, die ab der Überschreitung der gesetzlich definierten wöchentlichen Höchstarbeitszeit im Sinne von Art. 9 ArG geleistet werden (vgl. dazu vorstehend E. 4.1). Sofern der Beschwerdeführer nicht vom Arbeitsgesetz ausgenommen ist, wäre die in Art. 12 ArG definierte Überzeit gemäss Art. 13 ArG zwingend mit einem Lohnzuschlag von 25 % zu entschädigen. Diesfalls müsste Beweis darüber abgenommen werden, ob er die behauptete Überzeit tatsächlich geleistet hat. Indem die Vorinstanz die Rechtsbegehren zu einer Entschädigung von Überstunden- und Überzeit abwies, ohne sich zur Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes zu äussern, verletzte sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör.

##### **E. 4.4.2**

Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann nur abgesehen werden, sofern die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären ( BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f. ; 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.). Im Folgenden ist zu prüfen, ob dem angefochtenen Urteil die massgebenden Feststellungen zu entnehmen sind, was dem Bundesgericht dank seiner uneingeschränkten Kognition in Rechtsfragen ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) erlauben würde, die Gehörsverletzung zu heilen (vgl. dazu Urteile 2C\_14/2014 vom 27. August 2014 E. 3.3, nicht publiziert in BGE 140 II 345 , dafür in Pra 104/2015 Nr. 75 S. 587; 5A\_503/2017 vom 14. Mai 2018 E. 4.1). Dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher Hinsicht nicht uneingeschränkt überprüfen kann ( Art. 105 BGG ), spielt insoweit keine Rolle, als die massgebenden Feststellungen im Zusammenhang mit der Frage der

Überstundenentschädigung getroffen wurden und vom Beschwerdeführer in diesem Rahmen beanstandet werden konnten. Soweit er mit seinen diesbezüglichen Rügen vor Bundesgericht nicht durchdringt, könnte auch die Vorinstanz im Rahmen einer Rückweisung zufolge ihrer Bindung an den Rückweisungsentscheid (vgl. hierzu: BGE 143 IV 214 E. 5.3.3 S. 222 f.; 135 III 334 E. 2 und 2.1 S. 335 mit Hinweisen) nicht auf diese Feststellungen zurückkommen, so dass eine Rückweisung insoweit auf einen Leerlauf hinauslaufen würde (vgl. Urteil 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 3.2.4 und E. 3.2.4.2).

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz hielt zur Stellung des Beschwerdeführers innerhalb des Unternehmens zunächst fest, er habe als Gründungsmitglied mit 9 % Anteilen die drittgrösste Beteiligung an der Beschwerdegegnerin gehalten, mehr Gesellschaftsanteile hätten nur die C. \_\_\_\_\_ B.V. (30 %) als externe Investorin sowie D. \_\_\_\_\_ (13.25 %) besessen. Anlässlich der Gesellschafterversammlungen habe der Beschwerdeführer deshalb durch Ausübung seiner Beteiligungsrechte massgebend Einfluss auf die Geschäftsführung der Beschwerdegegnerin nehmen können. Seine wichtige Stellung unter den Händlern habe sich des Weiteren im Hinblick auf die Errichtung der Zweigniederlassung gezeigt. So habe er selber anlässlich der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung vom 22. November 2012 angemerkt, dass der Wechsel des Market Maker Business nach V. \_\_\_\_\_ (Schweiz) erst auf seine bzw. D. \_\_\_\_\_s Initiative hin erfolgt sei. Sein Einfluss unter den Händlern sei auch insoweit nicht zu übersehen, als er die Gehaltspolitik der Beschwerdegegnerin direkt mitbestimmte, etwa indem er zusammen mit D. \_\_\_\_\_ eine neue Bonusregelung entworfen habe. Abgesehen von der tätigkeitsbedingten Anwesenheitspflicht während 90 % der Handelszeiten der Schweizer Börse SIX habe der Beschwerdeführer seine Arbeitszeit frei einteilen können. Durch seine Arbeitsleistung habe er seinen überdurchschnittlichen Lohn massgeblich beeinflussen können, zumal das Fixgehalt im Vergleich zum Bonus einen äusserst geringen Anteil seines Einkommens dargestellt habe. So habe der Beschwerdeführer vom 15. Juni bis am 31. Dezember 2011 einen Bonus von insgesamt Fr. 692'500.-- erzielt, d.h. pro Monat Fr. 106'523.10, in der Zeitspanne bis 30. April 2013 immerhin noch einen durchschnittlichen Bonus von monatlich Fr. 39'851.75 und für die Dauer seiner Freistellung von Mai bis September 2013 habe er seinen variablen Lohnanteil mit monatlich Fr. 49'814.70 beziffert. Die Vorinstanz liess schliesslich den Einfluss des Beschwerdeführers in der Personalpolitik offen und beschränkte sich darauf, die vorgebrachte Weisungsgebundtheit des Beschwerdeführers insoweit in Frage zu stellen, als die von ihm eingereichten internen Richtlinien mindestens teilweise der Erfüllung externer Vorgaben der Börse gedient hätten. Die SIX habe einerseits die Börsenteilnehmer verpflichtet, interne Richtlinien bzw. Weisungen zu erlassen und andererseits als Registrierungsvoraussetzung für angestellte Händler vorgeschrieben, dass diese dem direkten Weisungsrecht eines Teilnehmers unterstehen. Soweit der Beschwerdeführer sich auf ein Organigramm im Bericht zur Prüfung des Jahresabschlusses 2012 berief, um sich als normaler Angestellter auf unterster Hierachiestufe darzustellen, folgte ihm die Vorinstanz nicht, sondern kam zum Schluss, der Beschwerdeführer habe vielmehr als drittgrösster Gesellschafter der von ihm mitgegründeten Beschwerdegegnerin eine wesentlich bedeutendere Position innegehabt.

#### **E. 4.6**

Der Beschwerdeführer stellt diesen Feststellungen grösstenteils lediglich seine eigene Sicht der Dinge gegenüber. So bezeichnet er den Sachverhalt des angefochtenen Urteils als

offensichtlich unrichtig und stellt jedes einzelne der festgestellten Elemente aus seiner Perspektive dar. Hierauf ist nicht einzutreten. Ob er hinsichtlich einzelner Punkte seine Rügen rechtsgenügend begründet, kann dahingestellt bleiben, sofern der Vorinstanz ohnehin keine Willkür vorzuwerfen ist.

#### **E. 4.6.1**

Zunächst bezieht sich der Beschwerdeführer auf die Gesellschaftshierarchie und rügt die Feststellungen der Vorinstanz als offensichtlich unrichtig, wonach sämtliche Händler und Geschäftsführer auch Gesellschafter der von den Händlern selbst gegründeten Gesellschaft gewesen seien. Die Formulierung mag zwar insoweit unpräzise sein, als die Gesellschaft nicht nur von Händlern gegründet wurde. Dass zu den Gründungsmitgliedern auch zwei Investmentgesellschaften sowie natürliche Personen gehörten, die nicht als Händler tätig waren, sondern im Finanzwesen (Financial Manager), der Informatik (Manager IT) oder anderen administrativen, exekutorischen oder vertretenden Funktionen, ändert indes nichts daran, dass diese ebenso ihren Anteilen entsprechend Gesellschaftsteilhaber waren. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es seien auch Händler angestellt worden, die nie Anteile erwarben, ist die Entscheiderheblichkeit der Tatsachenbehauptung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG nicht ersichtlich, zumal dieser Umstand höchstens zu seinen Ungunsten gewürdigt werden könnte (vgl. E. 4.7.2 hiernach). Indem der Beschwerdeführer losgelöst von den vorinstanzlichen Feststellungen seine angeblich niedrige Stellung aus dem Organigramm herzuleiten versucht und sich in diesem Zusammenhang überdies auf den Handelsregisterauszug, den Gesellschafts-, Geschäftsführer- und den Arbeitsvertrag sowie auf Prüfberichte, die Geschäftsordnung und interne Richtlinien bezieht, verkennt er die Kognition des Bundesgerichts in Tatfragen respektive die Anforderungen an eine Sachverhaltsrüge (vgl. E. 2.2 hiervor). Zudem übergeht er, dass nicht auf die verliehenen Titel abzustellen ist (vgl. E. 4.1 am Ende hiervor). Zur massgebenden tatsächlichen Natur der übertragenen Tätigkeit stellte die Vorinstanz willkürfrei fest, der Beschwerdeführer habe autonom gearbeitet und mit seiner Beteiligung von 9 % nicht nur die Möglichkeit gehabt, massgeblich an den wegweisenden Entscheidungen mitzuwirken, sondern die der Gesellschafterversammlung zufallenden Geschäfte auch tatsächlich beeinflusst. Um zu begründen, dass der Gesellschafterversammlung wichtige unübertragbare Befugnisse zustehen und sie über der Geschäftsführung steht, hat sich die Vorinstanz zwar anstatt auf das insoweit massgebende deutsche Recht unzutreffend auf Art. 804 OR gestützt. Indem sich der Beschwerdeführer auf den Gesellschaftsvertrag bezieht, worin der Geschäftsführer ermächtigt werde, ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung die für den gewöhnlichen Geschäftsgang der Beschwerdegegnerin erforderlichen Handlungen vorzunehmen, sowie auf den Geschäftsführervertrag, wonach E.\_\_\_\_\_ die gesamte Leitung der Gesellschaft obliegen habe, tut er indes keine abweichende Rechtslage dar. Er behauptet damit nicht (oder zumindest nicht rechtsgenügend), dass nicht nur die gewöhnlichen, sondern auch die richtungsweisenden beziehungsweise strategischen Entscheidbefugnisse an die Geschäftsführung übertragen worden seien.

#### **E. 4.6.2**

Der Beschwerdeführer versucht des Weiteren vergebens, sich als weisungsgebunden darzustellen. Sofern die internen Richtlinien auch nicht vorgeschriebene Punkte wie Handelslimiten umfassten, kann daraus entgegen seiner Auffassung nicht abgeleitet werden, sie seien unabhängig der Regulierungsvorgaben der Schweizer Börse SIX erlassen worden. Der Beschwerdeführer beschloss mit den übrigen Gesellschaftern, sich der

Gesetzesstruktur einer GmbH, den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und internen Richtlinien zu unterwerfen, welche neben der Belohnung der individuellen Leistung auch die langfristige Rentabilität der Gesellschaft gewährleisten sollten. Deshalb liegt es nahe, für alle Händler geltende Vorschriften zum tolerierbaren Handelsrisiko aufzustellen. Der Vergleich zu einer typischen arbeitsrechtlichen Weisungsgebundenheit hinkt auch angesichts des insoweit im Vordergrund stehenden gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses. So kann das den Arbeitsvertrag kennzeichnende Subordinationsverhältnis zum Vorgesetzten nicht durchbrochen werden. Hingegen erklärt der Beschwerdeführer selbst, er habe - zwar erfolglos - in der Gesellschafterversammlung die Absetzung von E. \_\_\_\_\_ beantragt. Aufgrund der speziellen Konstellation dieses parallelen gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Verhältnisses, kann dahingestellt bleiben, ob der Beschwerdeführer vom Geschäftsführer E. \_\_\_\_\_ abgemahnt wurde. Der Beschwerdeführer macht schliesslich selbst nicht geltend, er sei in seiner täglichen Geschäftstätigkeit bezüglich der Art und Weise der Arbeitsausführung eingeschränkt gewesen. Hingegen stellt er sich gegen den vorinstanzlichen Sachverhalt, indem er pauschal behauptet, er habe seine Arbeitszeit nicht frei einteilen können. Da sich der Beschwerdeführer insoweit darauf beschränkt, dem Bundesgericht losgelöst vom festgestellten Sachverhalt seine eigene Darstellung zu unterbreiten, kann er nicht gehört werden. Dass die vorgeschriebene Präsenzzeit im Wesentlichen durch die Handelszeiten der Börse bedingt war, wie es auch bei einer selbständigen Tätigkeit der Fall wäre, bestreitet er im Übrigen ohnehin nicht, jedenfalls nicht konkret genug. Soweit der Beschwerdeführer Ausführungen zu den Personalangelegenheiten macht, ergänzt er den vorinstanzlichen Sachverhalt in unzulässiger Weise. Die Vorinstanz erachtete dieses Kriterium nicht als entscheidend relevant und entschied nicht, ob sein Äusserungsrecht eher theoretisch blieb oder er insoweit einen faktischen Einfluss hatte, als es - wie von der Beschwerdegegnerin eingewandt - mehrmals vorgekommen sein soll, dass potentielle Arbeitnehmer nach seiner negativen Einschätzung nicht eingestellt wurden. Sofern der Beschwerdeführer unabhängig von seiner Einflussnahme in Personalangelegenheiten eine höhere leitende Tätigkeit ausübte (vgl. E. 4.7 hiernach), ist die Sache nicht zur Ergänzung des Sachverhalts zurückzuweisen ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 4.6.3**

Der Beschwerdeführer kritisiert schliesslich die Feststellungen der Vorinstanz, sein Lohn habe weitestgehend aus dem selbst erwirtschafteten Bonus bestanden und er habe sowohl die Neuregelung des Bonussystems massgeblich beeinflusst, als auch die Errichtung der Zweigniederlassung initiiert. Betreffend den variablen Lohnanspruch führt der Beschwerdeführer aus, zahlreiche Händler seien nicht profitabel und deshalb auch nicht bonusberechtiget gewesen; im Jahr 2012 hätten neben ihm gar nur D. \_\_\_\_\_ und ein weiterer Händler einen Bonus erzielen können. Den Einwand des Beschwerdeführers, den er auf die Arbeitsergebnisse anderer Mitarbeiter stützt, stösst ins Leere. Denn er bestreitet selbst nicht, dass sich sein Einkommen grösstenteils aus dem erwirtschafteten Bonus und zu einem vergleichsweise kleinen Teil aus einem Fixlohn zusammensetzte und auch für einen Händler auf dem schweizerischen Finanzmarkt beträchtlich war. Selbst wenn sein Bonus während der Freistellungsdauer monatlich Fr. 39'851.75 anstatt der von der Vorinstanz errechneten Summe von monatlich Fr. 49'814.70 betragen haben sollte, wäre der fixe Lohnanteil von monatlich Fr. 6'000.-- brutto verhältnismässig immer noch klein und das Einkommen überdurchschnittlich hoch. Hinsichtlich der Neuregelung des Bonus führt der Beschwerdeführer aus, er und D. \_\_\_\_\_ seien zwar dem Wunsch von einigen Händlern

nachgekommen, einen neuen Entwurf für die Änderung der Bonusvereinbarung auszuarbeiten, doch sei ein Einverständnis aller involvierter Personen für das Finalisieren der Bonusvereinbarung notwendig gewesen. Dies sowie der Umstand, dass am Entwurf Änderungen vorgenommen wurden, bedeutet aber nicht, dass es offensichtlich unhaltbar wäre, aus der Tatsache, dass er den Entwurf ausgearbeitet hat, Rückschlüsse auf seine hierarchische Stellung innerhalb des Betriebs zu ziehen. Anzumerken bleibt, dass die gemäss der Beschwerdeschrift offenbar anlässlich der Gesellschafterversammlung verwendete Bezeichnung der Gesellschafter als "Händler und Staff" indiziert, dass der "Staff" nicht wie vom Beschwerdeführer suggeriert, den Händlern vorgesetzt war, sondern ihnen eher als administrative Hilfskraft unterstellt war. Soweit der Beschwerdeführer letztlich die Initiative für die Geschäftstätigkeit in V. \_\_\_\_\_ (Schweiz) allein D. \_\_\_\_\_ zuschreiben möchte, verfällt er in Wortklauberei. Immerhin bestreitet er nicht, dass es sowohl D. \_\_\_\_\_s als auch sein Anliegen war, in die Schweiz zurückzukehren, was durch die Verlegung des Market Maker Business nach V. \_\_\_\_\_ (Schweiz) möglich wurde. Damit gesteht er im Ergebnis ein, dass sich sein Einfluss auch im Hinblick auf die Errichtung der schweizerischen Zweigniederlassung zeigte. Vor diesem Hintergrund ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz schloss, den Anstoss für die Gründung der Zweigniederlassung hätten D. \_\_\_\_\_ respektive der Beschwerdeführer gegeben.

#### **E. 4.7**

Nachdem sich die Feststellungen der Vorinstanz als willkürfrei erwiesen haben, ist in rechtlicher Hinsicht darüber zu befinden, ob das streitige Arbeitsverhältnis unter die Ausnahmebestimmung der höheren leitenden Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG ("fonction dirigeante élevée"; "ufficio direttivo elevato") zu subsumieren ist.

##### **E. 4.7.1**

Gemäss der Definition in Art. 9 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111, ArgV 1) übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Da auch die nähere Definition der Verordnung nichts daran ändert, dass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ist zunächst ein Blick auf die beispielhafte Aufzählung der Botschaft von höheren leitenden Tätigkeiten zu werfen. Dort werden unter anderem die Geschäftsführer und Vertreter einer GmbH genannt (BBl 1960 II 947 f.). Entgegen dem, was das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO in seiner Wegleitung zur ArGV 1 zu Art. 9 ArgV 1 (vgl. [https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz%20und%20Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitungen%201/ArGV1\\_art09.pdf.download.pdf/ArGV1\\_art09\\_de.pdf](https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz%20und%20Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitungen%201/ArGV1_art09.pdf.download.pdf/ArGV1_art09_de.pdf), zuletzt besucht am 22. Juli 2020) und auch die Lehre (vgl. z.B. MÜLLER/MADUZ, a.a.O., N. 11 zu Art. 3 ArG ) teilweise anzunehmen scheinen, erwähnt die Botschaft aber die schlichte GmbH-Teilhaberschaft nicht als Beispiel einer höheren leitenden Tätigkeit (vgl. dazu auch das zit. Urteil 2C\_745/2014 E. 3.4). Die unpräzise Wiedergabe der Botschaft ist allenfalls damit zu erklären, dass für die GmbH gesetzlich grundsätzlich Selbstorganschaft vorgesehen ist (vgl. Art. 809 Abs. 1 OR ). Unabhängig davon, wie es sich damit im Einzelnen verhält, verbietet es sich ohnehin, pauschale Kategorisierungen vorzunehmen. Die beispielhafte Auflistung in der Botschaft ist in den

Kontext der notwendigen Einzelfallbetrachtung (vgl. auch MÜLLER/MADUZ, a.a.O., N. 11 zu Art. 3 ArG ; sowie die Wegleitung des SECO zu Art. 9 ArgV 1 ) zu setzen: Die erwähnte Geschäftsführungs- und/oder Vertretungsbefugnis kann zwar genauso auf eine höhere leitende Tätigkeit hinweisen wie andere Aspekte, namentlich eine Vertrauensstellung im Unternehmen, Weisungsbefugnis oder die Höhe des Lohnes. Diese Indizien sind aber weder zwingend notwendig, noch reichen sie für sich allein aus, um die Ausnahme einer Überzeitenschädigung zu begründen. Wesentlich ist vielmehr das Gesamtbild der wirklich ausgeübten Tätigkeit mit Blick auf die Unternehmensstruktur, ungeachtet der Funktionsbezeichnung oder der Ausbildung der betreffenden Person. Da die Entscheidbefugnisse auf Grund der Stellung und Verantwortung im Betrieb je nach Grösse und Organisation des Unternehmens unterschiedlich zu bewerten sind, bleiben die gesamthaft zu würdigenden Umstände des konkreten Falles entscheidend (vgl. zum Ganzen BGE 126 III 337 E. 5a S. 340 f.; 98 Ib 344 E. 2 S. 348; zit. Urteil 2C\_745/2014 2015 E. 3.1; Urteile 4A\_258/2010 vom 23. August 2010 E. 1; 4C.157/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 5.2 sowie Wegleitung des SECO zu Art. 9 ArgV 1 ).

#### **E. 4.7.2**

Während vor diesem Hintergrund die Gesellschafterstellung des Beschwerdeführers nicht wie von der ersten Instanz als "starkes Indiz" für eine höhere leitende Tätigkeit gewertet werden kann, überzeugt der von ihr gezogene Vergleich mit einer Anwaltskanzlei. Sowohl in einem Zusammenschluss von Händlern als auch von Anwältinnen kommt "Senior Equity Partnern" der Schutz des Arbeitsgesetzes bezüglich Überzeit regelmässig auch dann nicht zu, wenn sie weniger weitgehende Kompetenzen innehaben als andere teilhabende Partner, die etwa in der Personalpolitik mitwirken. Ob der Beschwerdeführer eine höhere leitende Tätigkeit ausübte, ist unabhängig davon zu beurteilen, ob andere Gesellschafter ebenfalls eine solche Stellung innerhalb der GmbH einnahmen. Deshalb kann der Beschwerdeführer keine niedrige Stellung aus dem Umstand ableiten, dass dem angefochtenen Urteil keine aktive Mitwirkung seinerseits in Personalangelegenheiten entnommen werden kann. Da er selbst nicht behauptet, ihm sei ein grösserer Einbezug verwehrt worden, ist im Übrigen nicht anzunehmen, er wäre bereit gewesen, seine bonusrelevante Handelstätigkeit in V. \_\_\_\_\_ (Schweiz) für Vorstellungsgespräche in U. \_\_\_\_\_ (Deutschland) zu unterbrechen. Dass ihm keine Personen unterstellt waren, tut ebenfalls nichts zur Sache, wurden in der Zweigniederlassung doch nie Junior Partner angestellt. Die Ausübung einer höheren leitenden Tätigkeit bei einem Zusammenschluss von Personen eines sogenannten freien Berufes bedingt für gewöhnlich ohnehin nicht die Unterstellung weiterer Personen dieses freien Berufes. Sollte die Behauptung des Beschwerdeführers zutreffen, wonach seit der Gründung der GmbH nie Gesellschafter ein- oder austraten, jedoch weitere Personen als Händler angestellt wurden, die nicht Gesellschafter wurden, spricht das nur, aber immerhin für eine Hierarchie zwischen teilhabenden und nicht teilhabenden Händlern. Abgesehen von gewissen Grenzen, die für alle Händler galten und teils durch äussere Gegebenheiten wie die Regulierung der Börse und deren Öffnungszeiten vorgegeben waren, hatte sich der Beschwerdeführer wie die anderen teilhabenden Senior Partner an keine Weisungen hinsichtlich seiner Arbeitsausführung und Arbeitszeiteinteilung zu halten. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer eine Vertrauensstellung innerhalb der Gesellschaft genossen zu haben scheint. Wenn er über den festgestellten Sachverhalt hinaus einwendet, er sei für die tägliche Überprüfung aller in-house Systeme wie sämtlicher Börsenanschlüsse und des ORC-Handelssystems zuständig gewesen, zeigt er nämlich keine Einschränkung seiner autonomen Tätigkeit auf, sondern gesteht selbst ein, dass ihm eine eigentliche

Schlüsselposition in der GmbH zukam. Ansonsten wären ihm solch wichtige Aufgaben kaum zur eigenständigen Erledigung anvertraut worden.

#### **E. 4.7.3**

Ausschlaggebend bleibt, ob der Beschwerdeführer als Gründungsmitglied und Senior Trader tatsächlich einen nachhaltigen Einfluss auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung des Betriebs nehmen konnte. Ihm ist zuzustimmen, dass hierfür die Möglichkeit nicht genügt, Vorschläge oder Anträge zur Unternehmensführung zu machen. Er bringt auch zu Recht vor, dass es ebenso nicht ausreicht, die Geschäftsergebnisse durch gute Arbeit zu beeinflussen, zumal weder der Einfluss am Umsatz noch die Anteilnahme daran mit der Bestimmung der Geschäftspolitik gleichzusetzen ist. Er blendet in seiner Argumentation indes stets aus, dass ihm dank seinem 9 %-Anteil an der GmbH eine starke Position in der Gesellschafterversammlung zukam, welche als wichtigstes Organ für die strategische Positionierung der Gesellschaft auf dem Markt zuständig ist (vgl. dazu E. 4.6.1 hiervor). Soweit der Beschwerdeführer seine effektive Stimmkraft innerhalb der Gesellschafterversammlung in Frage stellt, mag der Stimmbindungsvertrag zwischen der C.\_\_\_\_\_ B.V. und E.\_\_\_\_\_ aufgrund des vereinbarten 2/3-Quorums zwar eine Sperrminorität bewirkt haben. Doch galt die Stimmbindung nur bezüglich Erhöhung von Löhnen und/oder vom Bonus; bei den übrigen Geschäftsbelangen konnte der Beschwerdeführer genauso zusammen mit der C.\_\_\_\_\_ B.V. oder anderen Gesellschaftern eine Sperrminorität organisieren, zumal seiner Stimme mit 9 % der Anteile mehr Gewicht zukam, als derjenigen des Geschäftsführers E.\_\_\_\_\_ (8 %) und der übrigen Manager (1.75 %, 1 % und 0.5 %).

#### **E. 4.7.4**

Eine Gesamtbetrachtung der anderen Sachverhaltselemente bestätigt, dass der Beschwerdeführer Entscheide von grosser Tragweite nicht nur theoretisch massgeblich beeinflussen konnte, sondern dies auch tatsächlich tat und dadurch auf die Struktur des Betriebs nachhaltig Einfluss nahm. So erfolgte die Errichtung des neuen Betriebsteils in V.\_\_\_\_\_ (Schweiz) nicht nur aus wirtschaftlichen Überlegungen, sondern auch auf seinen Wunsch hin, in die Schweiz zurückzukehren. Ebenfalls spielt eine Rolle, dass der Beschwerdeführer zusammen mit D.\_\_\_\_\_ die neue Bonusreglung entwarf und damit einen wichtigen Punkt der Anstellungsbedingungen. Nicht zuletzt dank dieser den individuellen Erfolg stark belohnenden Lohnausgestaltung erzielte er ein hohes, aber schwankendes Einkommen. Insoweit drängt sich der Vergleich mit einem selbständigen Unternehmer auf, für welche der öffentlich-rechtliche Schutz bezüglich Überzeitarbeit nicht konzipiert wurde (vgl. dazu Wegleitung des SECO zu Art. 9 ArgV 1 ). Es erscheint genauso wenig sinnvoll, die Arbeitszeit des Beschwerdeführers staatlich zu kontrollieren. Seinem stark leistungsbedingten Einkommen entsprechend war er sowohl hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung als auch bezüglich Arbeitszeiteinteilung ähnlich selbstbestimmt tätig, wie wenn er sich keiner juristischen Person mit ihrer gesetzlich und regulatorisch bedingten Organisationsform unterstellt hätte. Denn der Beschwerdegegner, der sich mit anderen Händlern und administrativ tätigen Mitarbeitern zusammenschloss, um unter dem juristischen Mantel einer GmbH im Wesentlichen gleichberechtigt zu agieren, hatte sich nur an Weisungen zu halten, die gemeinsam im Gesamtinteresse des Kollektiv entworfen wurden. Die Weiterentwicklung der Struktur der Beschwerdegegnerin konnte der Beschwerdeführer als Mitgründer und drittgrösster Anteilshaber sodann auch ohne spezielle Exekutiv- oder Vertretungsbefugnisse massgebend und nachhaltig beeinflussen.

Zusammenfassend folgt aus der Würdigung des Gesamtbilds der wirklich ausgeübten Tätigkeit mit Blick auf die Unternehmensstruktur, dass der Beschwerdeführer eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG und Art. 9 ArgV 1 ausübte und ihm der öffentlichrechtliche Schutz der Überzeitregelung des Arbeitsgesetzes abzusprechen ist.

#### **E. 4.8**

Wenn der Beschwerdeführer eine höhere leitende Tätigkeit gemäss Arbeitsgesetz ausübte, sind die weniger strengen Anforderungen, welche die Rechtsprechung für den Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des Obligationenrechts entwickelt hat (vgl. dazu E. 4.1), ohne Weiteres ebenfalls erfüllt. Soweit sich der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang schliesslich gegen das Beweisergebnis der Vorinstanz wendet und behauptet, diese habe offensichtlich verkannt, dass die Parteien sich für das schweizerische Arbeitsverhältnis auf eine feste Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche geeinigt hätten, hält er sich einmal mehr nicht an die qualifizierten Begründungsanforderungen einer Sachverhaltsrüge (vgl. dazu E. 2.2 hiervor). Denn er offeriert in seiner Begründung Beweismittel, als ob die Kognition des Bundesgerichts in Tatfragen uneingeschränkt wäre, und würdigt die Beweismittel entsprechend dem von ihm angestrebten Ergebnis. Da er sich nicht hinreichend mit den Feststellungen des angefochtenen Urteils auseinandersetzt, geschweige denn aufzeigt, inwiefern die abweichende Würdigung der Vorinstanz willkürlich sei, ist hierauf nicht einzutreten. Aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin (wie er selbst) von einer Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich ausging, kann er nichts ableiten, da sie dies aus der Fortschreibung des Inhalts des deutschen Arbeitsvertrages während der Entsendung ableitete. Daraus wiederum schloss sie, der Arbeitnehmer sei auf ihre Anordnung verpflichtet gewesen, Überstunden bis zu 30 Stunden im Monat zu leisten, was mit der Vergütung (Lohn) abgegolten sei. Insoweit war der Beschwerdeführer gerade nicht einverstanden und besteht keine tatsächliche Übereinstimmung in den Ausführungen der Parteien. Infolge der hohen Position des Beschwerdeführers innerhalb der Beschwerdegegnerin ist sodann nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer auf einen entsprechenden normativen Konsens hätte vertrauen können. Er stellt hierzu auch keine Behauptungen auf. Damit hat es sein Bewenden. Hatte sich der Beschwerdeführer an keine fixe Arbeitszeit zu halten ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), schloss die Vorinstanz bundesrechtskonform, ihm stehe als leitender Angestellter keine Überstundenvergütung zu.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer bemängelt sodann den Betrag seines Bonus 2012 und erhebt mehrere Rügen. Er wirft der Vorinstanz vor, sie habe verkannt, dass einerseits der Titel EMUEUA falsch bewertet, andererseits der personalisierte Overhead unrichtig berechnet worden sei.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Gehörsverletzung, weil die Vorinstanz neue Ausführungen in seiner Stellungnahme zur Duplik unberücksichtigt liess, da sie die Zulässigkeit dieser Ausführungen weder als begründet noch ersichtlich erachtete.

#### **E. 5.1.1**

Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zwei Mal Gelegenheit, sich unbeschränkt zu äussern, danach fällt die sogenannte Novenschanke ( BGE 140 III 312 E. 6.3.2 S. 313 ff.; vgl. auch BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 69). Nach dem Aktenschluss haben die Parteien nur noch

unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Das gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf neue Tatsachen oder Beweismittel, die von der beklagten Partei (erst) in der Duplik vorgetragen werden (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2 mit Hinweisen). Ist die klagende Partei zur Entgegnung der in der Duplik neu vorgetragenen Tatsachenbehauptungen auf neue Tatsachen und Beweismittel angewiesen, so ist im Falle unechter Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Eine andere Frage ist, in welchem Rahmen den Parteien das aus Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitete Recht zukommt, sich zu allen beim Gericht eingereichten Stellungnahmen umgehend zu äussern, unabhängig davon, ob sie neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten und ob ein weiterer Schriftenwechsel angeordnet wurde. Dabei ist es Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert (vgl. dazu BGE 142 III 48 E. 4.1.1 S. 53 f. ; 139 I 189 E. 3.2 S. 191 f. ; 138 I 484 E. 2 S. 485 f.).

### **E. 5.1.2**

Es ist unstrittig, dass die Beschwerdegegnerin in der Duplik neue Tatsachenbehauptungen betreffend die Bonusberechnung 2012 aufstellte und auch neue Beweismittel offerierte. Entgegen dem, was die Vorinstanz angenommen zu haben scheint, handelte es sich hierbei aber nicht um Noven im eigentlichen Sinne (vgl. zum ungenauen Begriff der Dupliknoven: SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, in: ZZZ 2016, S. 282 ff., 286 Fn. 46). Nachdem der erstinstanzliche Instruktionsrichter auf Antrag der Parteien zugunsten eines zweiten Schriftenwechsels keine mündliche Hauptverhandlung durchführte und auch keine Instruktionsverhandlung stattgefunden hatte, erfolgte der Aktenschluss erst mit der Einreichung der Duplik ( Art. 229 Abs. 2 ZPO ). Da die Beschwerdegegnerin hierzu jedoch auch nach der Ansicht der Vorinstanz berechtigt war, ist es im Ergebnis unschädlich, wenn diese sich fälschlicherweise auf Art. 229 Abs. 1 ZPO stützte. In der Stellungnahme, die der Beschwerdeführer im Anschluss zur Duplik im Rahmen seines "ewigen" Replikrechts ins Recht legte, brachte er unbestrittenermassen unechte Noven innerhalb der Frist vor, die ihm antragsgemäss angesetzt wurde. Zusätzlich war erforderlich, dass er die Eingabe trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels, also mit der eigentlichen Replik, prozessual einbringen konnte ( Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO ). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, soweit ihm Nachlässigkeit bei der Behauptungs- und Beweisführungslast (bzw. der subjektiven Beweislast) vorzuwerfen ist (vgl. Urteil 4A\_259/2019 vom 10. Oktober 2019 E. 1.3).

### **E. 5.1.3**

Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass es grundsätzlich an der Partei liegt, die das Novenrecht beansprucht, im Einzelnen darzutun, weshalb die Verspätung entschuldbar ist, insbesondere warum ein früheres Vorbringen nicht möglich war; sie ist insoweit behauptungs- und beweisbelastet. Dem Beschwerdeführer ist hingegen zuzustimmen, dass es ihm weder möglich noch zumutbar ist, sozusagen auf Vorrat in seiner Replik sämtliche denkbaren neuen Tatsachenvorbringen zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden kann. Wenn in der Duplik neue Behauptungen aufgestellt werden, welche die klagende Partei ihrerseits mit unechten Noven entkräften will, so ist bei gegebener Kausalität anzunehmen, dass die unechten Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Zur Bejahung der Kausalität ist einerseits erforderlich,

dass die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, andererseits dass die unechten Noven in thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2 S. 61 f. mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer stand es demnach offen, mittels Nachweises der Kausalität darzutun, dass er seiner Sorgfaltspflicht gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO nachgekommen war. Nach den Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt hat er aber in keiner Weise begründet, inwiefern die Voraussetzungen für die Zulässigkeit seiner Vorbringen gegeben gewesen seien. Vor Bundesgericht wendet er zwar pauschal ein, die Dupliknoven seien kausal gewesen für seine Stellungnahme. Er konkretisiert diese Behauptung aber nicht rechtsgenügend, sondern behauptet, er habe in seiner Eingabe die neuen Vorbringen der Beschwerdegegnerin widerlegt. Er macht aber namentlich nicht geltend, die Vorinstanz habe willkürlich übersehen, dass er in seiner Rechtschrift die Kausalität der von ihm angerufenen Beilagen "BB 54-63" jeweils im Einzelnen thematisiert hätte. Er setzt sich mithin nicht hinreichend mit der Feststellung der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt auseinander (vgl. dazu BGE 140 III 86 E. 2 S. 89 f.), wonach er sich in seiner Eingabe mit der Zulässigkeit seiner unechten Noven nicht befasste. Damit hat es beim angefochtenen Entscheid, die Noven aus dem Recht zu weisen, sein Bewenden.

## **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht keinen höheren Bonus zufolge Falschbewertung des Börsentitels EMUEU zugesprochen. Die Vorinstanz erwog, dieser Börsentitel, mit dem der Beschwerdeführer handelte, sei zwar im Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses 2012 versehentlich von USD in EUR umgerechnet und insoweit falsch wiedergegeben worden. Diese Fehlbewertung habe sich jedoch nicht auf die Bonusberechnung ausgewirkt. Denn weder die Prüfung des Jahresabschlusses 2012 noch der Abschluss selbst, der wie üblich eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung der Gesellschaft enthalte, äussere sich zu den Tätigkeitsergebnissen der einzelnen Mitarbeiter. Den Anlagen zum Prüfbericht (Bilanz und Erfolgsrechnung) sei ebenfalls kein Handelsergebnis des Beschwerdeführers zu entnehmen. Sein individuelles Bruttohandelsergebnis, das die Grundlage seiner Bonusberechnung darstelle, sei vielmehr nach der vertraglichen Vereinbarung gemäss der von der Clearing Bank erstellten Liste festzustellen, so dass aus der Fehlbewertung des Titels im Bericht zum Jahresabschluss nicht direkt auf eine Falschbewertung im Rahmen der Bonusabrechnung geschlossen werden könne.

### **E. 5.2.1**

Die Einwände des Beschwerdeführers vermögen dieses Beweisergebnis nicht als willkürlich auszuweisen. Es mag zutreffen, dass der Jahresabschluss der Beschwerdegegnerin insoweit notwendig für den Bonus war, als dieser erst nach der jährlichen Erstellung des Abschlusses bemessen wurde. Hingegen stellte die Vorinstanz zu Recht fest, dass das Bruttoergebnis des einzelnen Händlers, das nach der Bonusvereinbarung "jeweils gemäss der von der Clearing Bank erstellten Liste" festgestellt wurde, Grundlage der jeweiligen Bonusberechnung war. Demgegenüber ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern die Falschbewertung des Börsentitels EMUEU in der Prüfung des Jahresabschlusses 2012, welche die Handelsergebnisse der einzelnen Händler nicht wiedergibt, sich auf die Berechnung des Bonus ausgewirkt haben sollte.

### **E. 5.2.2**

Insoweit der Beschwerdeführer sein Recht auf Beweis darin verletzt sieht, dass die Vorinstanz darauf verzichtete, den Jahresabschluss 2012 und weitere Dokumente edieren zu lassen, kommt er seiner Begründungspflicht in zweifacher Hinsicht nicht nach. Denn er begründet die Wesentlichkeit der Dokumentherausgabe einzig mit der unrichtigen Prämisse, der Jahresabschluss bilde die Grundlage der Bonusberechnung. Zudem unterlässt er es, mit präzisen Aktenhinweisen aufzuzeigen, an welcher Stelle er in seinen kantonalen Rechtsschriften die Editionsbegehren gestellt hätte. Auf die Rüge kann nicht eingetreten werden.

### **E. 5.3**

Vor dem Bundesgericht ebenfalls weiterhin umstritten ist die Berechnung des sog. personalisierten Overheads. Darunter werden die vom Händler zu tragenden Gemeinkosten verstanden, die zur Berechnung des bonusrelevanten Nettoergebnisses neben anderen Kostenpunkten vom individuellen Bruttoergebnis abgezogen werden. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, soweit sie einen Konsens feststellte, wonach er sich an der Büromiete in U. \_\_\_\_\_ (Deutschland) sowie an den Reuters- und Bloomberglizenzgebühren zu beteiligen habe.

#### **E. 5.3.1**

Es ist unstrittig, dass gemäss Ziff. 6 des schweizerischen Arbeitsvertrages vom 2. Januar 2011 sämtliche Zusatzkosten, die der Arbeitgeberin im gewöhnlichen Geschäftsverlauf zur Betreuung der Zweigniederlassung anfallen, den von ihr beschäftigten Arbeitnehmern im Rahmen des personalisierten Overheads weiterbelastet werden. Wenn die Vorinstanz annahm, bereits das Wort "Zusatzkosten" weise darauf hin, dass die Kosten der Zweigniederlassung dem Beschwerdeführer und D. \_\_\_\_\_ zusätzlich zu ihrem weiterhin geschuldeten Anteil an den Gemeinkosten der Hauptniederlassung angerechnet werden sollten, ist das nicht zu beanstanden. Für einen solchen Konsens spricht auch, dass an der Gesellschafterversammlung angenommen wurde, die Gründung der Zweigniederlassung erfolge weitestgehend kostenneutral und allfällige Gründungskosten sowie die Büromiete würden durch Faktoren wie den niedrigeren Mehrwertsteuersatz in der Schweiz kompensiert. Selbst wenn die Ergänzungsvereinbarung vom 11. September 2012 die Bonusverteilung per 1. Januar 2012 rückwirkend neu regelte, konnte die Vorinstanz mangels anderslautender Anhaltspunkte willkürfrei feststellen, der in V. \_\_\_\_\_ (Schweiz) tätige Beschwerdeführer sei hiermit von der Büromiete in U. \_\_\_\_\_ (Deutschland) nicht entbunden worden: In der Bonusregelung im Anhang zur erwähnten Ergänzungsvereinbarung, auf die sich auch der Beschwerdeführer bezieht, sind die Gemeinkosten definiert als "sämtliche im gewöhnlichen Geschäftsverlauf im Unternehmen anfallenden betrieblichen Aufwendungen (z.B. Kosten für Räumlichkeiten/Miete, betriebliche Infrastruktur, Abschreibungen, Beschäftigungskosten für Geschäftsführung und sonstige nicht am Händlerbonussystem teilnehmenden Mitarbeiter ( Staff ), Reisekosten, Material usw.) ". Die Vorinstanz stellte fest, mit dem nicht definierten Begriff "Unternehmen" meinten die Parteien die Beschwerdegegnerin, zumal der Zweigniederlassung gar keine Rechtspersönlichkeit zukomme. Der Beschwerdeführer bestreitet vor Bundesgericht nicht mehr, dass die Zweigniederlassung, welche zwar im schweizerischen Arbeitsvertrag und in der Ergänzungsvereinbarung als Vertragspartnerin genannt wurde, mangels Rechtspersönlichkeit nur vermeintliche Vertragspartei war. Er beharrt dennoch auf seinem Standpunkt, der Begriff Unternehmen habe sich auf die Zweigniederlassung bezogen. Mit seinen Ausführungen vermag er jedoch keine Willkür

aufzuzeigen. Wird seiner Argumentation gefolgt, wonach der Begriff Unternehmen, der in den Bonusvereinbarungen aller Händler verwendet wurde, auch für alle das Gleiche zu bedeuten habe, so wäre darunter erst recht die Beschwerdegegnerin zu verstehen; ist doch für die in Deutschland tätigen Händler unstrittig, dass sie sich an den Bürokosten in U.\_\_\_\_\_ (Deutschland) zu beteiligen hatten. Die Behauptung, die Firmenbezeichnung der Beschwerdegegnerin, welche im Titel der Bonusvereinbarung genannt wird, habe als Abkürzung der Bezeichnung der Zweigniederlassung gegolten, entbehrt sodann jeglicher Grundlage. Wird die willkürfreie Feststellung der Vorinstanz, wonach sich der Begriff Unternehmen auf die Beschwerdegegnerin bezieht, dem Urteil des Bundesgerichts zugrunde gelegt ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), folgt aus der rechtlichen Würdigung der Bonusregelung, dass der Beschwerdeführer die Gemeinkosten des Büros in U.\_\_\_\_\_ (Deutschland) mitzutragen hat.

### **E. 5.3.2**

Soweit der Beschwerdeführer in der Betrachtung der Lizenzgebühren für Reuters und Bloomberg als Gemeinkosten ebenfalls eine unzulässige Belastung erblickt, verfängt seine Argumentation nicht. Er macht im Wesentlichen wie bereits vor Vorinstanz geltend, diese Nachrichtenquellen seien als individuelle Kosten zu betrachten und könnten ihm nicht auferlegt werden, da er die Daten von Reuters und Bloomberg nicht benötigt und auch nicht abgerufen habe. Mit seiner Begründung verkennt er die Natur und den Zweck von Gemeinkosten: Nur weil es technisch möglich ist, einen Posten individuell zu berechnen, bedeutet dies entgegen der Prämisse des Beschwerdeführers nicht, dass sich die Parteien für eine solche aufwändigere Abrechnung entschieden hätten. Würde man der Argumentation des Beschwerdeführers folgen, müssten beispielsweise auch Reisekosten und das Material, welche gemäss der Bonusvereinbarung unstrittig Gemeinkosten darstellen, zwingend individuell abgerechnet werden. Es liegt in der Natur der Gemeinkosten, dass nicht für jeden Händler separat die persönliche Nutzung ermittelt wird. Im Rahmen des insoweit geltenden Umlageverfahrens werden die Kosten der Einfachheit halber vielmehr gleichmässig nach Köpfen auf alle am Bonussystem teilnehmenden Händler verteilt. Deshalb kann der persönliche Nutzen einer einzelnen Kostenposition für den jeweiligen Händler nicht massgebend sein. Da es nach dem Gesagten keine Rolle spielt, ob der Beschwerdeführer das Portal von Reuters oder Bloomberg tatsächlich nutzte oder nutzen konnte, ist seiner Argumentation der Boden entzogen. Die Vorinstanz erkannte willkürfrei und bundesrechtskonform, dass die vertragliche Regelung der Beschwerdegegnerin mangels abschliessender Auflistung aller Kostenpunkte bei deren Einordnung in individuelle und gemeinsam zu tragende Kosten ein gewisses Ermessen eröffnet, und begründete entgegen der Rüge des Beschwerdeführers auch ausreichend, weshalb dieses Ermessen pflichtkonform ausgeübt wurde. Entgegen der weiteren Rüge des Beschwerdeführers nahm die Vorinstanz nicht in antizipierter Beweiswürdigung an, die Daten von Reuters oder Bloomberg seien vom Backoffice in Systeme der Beschwerdegegnerin eingespiessen worden, wovon auch der Beschwerdeführer profitiert habe. Sie liess diese Tatsachenbehauptung offen, ohne dadurch sein Recht auf Beweisführung ( Art. 152 Abs. 1 ZPO ) als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) zu verletzen. Denn das Recht auf Beweis umfasst nur Umstände, die für den Verfahrensausgang rechtserheblich sind (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO sowie BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332 mit Hinweisen). Zuzufolge der Qualifizierung der Lizenzgebühren von Reuters und Bloomberg als Gemeinkosten war nach dem Gesagten für den Ausgang des Verfahrens weder entscheidend, ob der Beschwerdeführer darauf Zugriff hatte, indem er etwa - wie von

der Beschwerdegegnerin vorgebracht - die Logindaten von D.\_\_\_\_\_ verwendete, noch ob er allenfalls indirekt von den ins Backoffice eingespeisten Daten profitierte. Dass ihm der Zugriff verweigert worden wäre, macht er nicht geltend.

## **E. 6**

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass ihm die Vorinstanz keine Ferienentschädigung für das Ferienguthaben aus dem schweizerischen Arbeitsvertrag zusprach, und erhebt mehrere Rügen. Ausserdem moniert er die Berechnung der Entschädigung für das Ferienguthaben aus dem deutschen Arbeitsvertrag.

### **E. 6.1**

Zweck der Ferien, deren Zeitpunkt der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers bestimmt ( Art. 329c Abs. 2 OR ), ist die Erholung des Arbeitnehmers. Deshalb sind Ferien zu beziehen und dürfen nicht anderweitig abgegolten werden ( Art. 329d Abs. 2 OR ). Bei einem gekündigten Arbeitsverhältnis spielt zusätzlich eine Rolle, dass dem Arbeitnehmer die erforderliche Zeit zu gewähren ist, um nach einer neuen Stelle zu suchen ( Art. 329 Abs. 3 OR ). Aus diesem Grund gilt eine Ausnahme vom Abgeltungsverbot, wenn der Ferienbezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Da die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle auch die Erholungszeit des freigestellten Arbeitnehmers schmälert, muss im Einzelfall in Betrachtung der Gesamtumstände geprüft werden, ob ein Ferienbezug dem Arbeitnehmer zumutbar ist (vgl. BGE 128 III 271 E. 4a S. 280 ff.; Urteile 4A\_83/2019 vom 6. Mai 2019 E. 4.1; 4A\_319/2019 vom 17. März 2020 E. 8; 4C.193/2005 vom 30. September 2005 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 131 III 623 ). Dabei muss auf die Dauer der Kündigungsfrist und den Umstand, ob der Angestellte während dieser Zeit freigestellt wurde, sowie auf die Arbeitsmarktlage, das verbleibende Ferienguthaben und die persönlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers, wie sein Alter oder seine beruflichen Fähigkeiten, Rücksicht genommen werden (vgl. zit. Urteil 4A\_83/2019 E. 4.1; Urteile 4A\_748/2012 vom 3. Juni 2013 E. 2.5; 4A\_183/2012 vom 11. September 2012 E. 4.4).

#### **E. 6.2.1**

In Bezug auf das schweizerische Arbeitsverhältnis kam die Vorinstanz in Anwendung dieser Grundsätze zum Schluss, es sei dem Beschwerdeführer, der ab Juni bis September 2013 von der Arbeit freigestellt war, bei einer Freistellungsdauer von 84 Arbeitstagen möglich gewesen, nicht nur die eingestandenen 28 Ferientage, sondern auch die verbleibenden 12 Tage bzw. das gesamte Ferienpensum von 40 Tagen zu beziehen. Entgegen der Kritik des Beschwerdeführers enthalten die Erwägungen der Vorinstanz, die zu dieser Schlussfolgerung führten, die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art im Sinne von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG : So führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe seit der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung vom 26. April 2013 gewusst, dass die Zweigniederlassung in V.\_\_\_\_\_ (Schweiz) geschlossen werde, wobei er zu diesem Zeitpunkt auch schon von der F.\_\_\_\_\_ N.V. bezüglich einer möglichen Anstellung kontaktiert worden sei. Ende Juli 2013 sei sodann festgestanden, dass er sich bei der F.\_\_\_\_\_ N.V. anstellen lasse; im August und September 2013 hätten die Parteien lediglich noch per E-Mail verkehrt und der Beschwerdeführer sei drei Mal für Termine angefragt worden. Der von ihm behauptete, fast tägliche telefonische Kontakt, insbesondere in den Monaten August und September, sei nicht substantiiert behauptet. Da weder nachgewiesen noch glaubhaft sei, dass der Beschwerdeführer über 44 Arbeitstage zur

Stellensuche bzw. Vertragsverhandlung mit der neuen Arbeitgeberin aufwendete, seien die Ferien von 40 Tagen - so schloss die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht - zu beziehen gewesen und könnten nicht abgegolten werden.

### **E. 6.2.2**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen diesen Schluss und kritisiert insbesondere, der Sachverhalt sei teilweise unrichtig festgestellt worden. Inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen sein soll, tut er indessen nicht dar, indem er lediglich den einzelnen Sachverhaltselementen seine eigene Sicht der Dinge gegenüberstellt (vgl. zu den qualifizierten Anforderungen an eine Sachverhaltsrüge E. 2.2 hiervor). Teils stellt er sich auch nur vermeintlich gegen den vorinstanzlichen Sachverhalt. Indem er beispielsweise geltend macht, er habe Ende April noch kein konkretes Jobangebot erhalten, der Kontakt mit seiner zukünftigen Arbeitgeberin habe sich erst ab Juni 2013 intensiviert, bestreitet er etwa nicht, bereits im April von der F. \_\_\_\_\_ N.V. bezüglich einer möglichen Zusammenarbeit angefragt worden zu sein. Soweit er sodann ausschweifende Ausführungen zu seinem angeblich erheblichen Aufwand macht und hieraus abzuleiten versucht, er habe sich um eine Anstellung bemüht und nicht die zukünftige Arbeitgeberin, ist seine Argumentation wenig schlüssig. Denn es ist erwiesen, dass die erste Kontaktaufnahme von der zukünftigen Arbeitgeberin ausging und G. \_\_\_\_\_ ihm bereits am 7. Juli 2013 detailliert die mögliche Zusammenarbeit aus seiner Sicht schilderte und anfügte, sie seien positiv eingestellt und würden darauf vertrauen, dass die Zusammenarbeit klappe. Zudem erklärt der Beschwerdeführer, er habe nach einem entsprechenden Gespräch am 23. Juli 2013 bereits am nächsten Tag von G. \_\_\_\_\_ erfahren, die Aktionäre der F. \_\_\_\_\_ N.V. seien mit einer Anpassung der Rahmenbedingungen und Ausstellung eines individuellen Arbeitsvertrages einverstanden. Dieses schnelle Tätigwerden und Entgegenkommen seiner zukünftigen Arbeitgeberin bezüglich der Bonusregelung ist bezeichnend dafür, dass die F. \_\_\_\_\_ N.V. sich sehr wohl bemühte, den Beschwerdeführer für sich zu gewinnen. Selbst wenn zu diesem Zeitpunkt sodann Einzelheiten der Bonusvereinbarung noch nicht geklärt gewesen sein sollten, gesteht der Beschwerdeführer ferner ein, dass der Bonusprozentsatz feststand. Die Vorinstanz erachtete sodann die Behauptung, der Beschwerdeführer habe während den Monaten Juli und August 2013 mit G. \_\_\_\_\_ "betreffend die Gestaltung des Arbeitsvertrages und der künftigen Zusammenarbeit" beinahe täglich telefoniert, zu Recht als unsubstanziert. Von zu hohen Anforderungen an die Substanziierung kann keine Rede sein, wenn die Vorinstanz dem insoweit behauptungs- und beweisbelasteten Beschwerdeführer nicht einmal vorwarf, keine konkreteren Angaben zum Inhalt der Telefongespräche gemacht zu haben, sondern lediglich Anhaltspunkte bezüglich Datum, Zeitpunkt und Dauer der Telefonate erwartete (vgl. zur Beweislast Art. 8 ZGB sowie zit. Urteil 4A\_83/2019 E. 4.5; Urteil 4A\_178/2017 vom 14. Juni 2018 E. 8), wobei auch eine Schilderung, um was es im Einzelnen bei den Gesprächen gegangen ist, derartige Anhaltspunkte hätte liefern können. Entgegen der Kritik des Beschwerdeführers war die Vorinstanz angesichts des ungenügenden Tatsachenfundaments weder gehalten noch befugt, G. \_\_\_\_\_ als Zeugen einzuvernehmen. Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, fehlende Behauptungen zu ersetzen. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer verkennt mit seiner Argumentation, dass die Obliegenheit zur Substanziierung dem Beweisverfahren vorgelagert ist und dieses gleichsam zu ermöglichen hat (vgl. dazu die Urteile 4A\_445/2019 vom 18. Februar 2020 E. 4.2 und 4.4; 4A\_442/2019 vom 4. Februar 2020 E. 2.2.4; 4A\_659/2018 vom 15. Juli 2019 E. 3.4). Die Rügen, die Vorinstanz habe das Verhandlungsprinzip ( Art. 55 Abs. 1 ZPO )

sowie sein Recht auf Beweis ( Art. 152 Abs. 1 ZPO ) verletzt, stossen demnach ins Leere. Auch mit seiner weiteren punktuellen Kritik am Sachverhalt vermag der Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, soweit sie den Beweis eines Aufwandes von nahezu 44 vollen Arbeitstagen für die Vertragsverhandlungen als gescheitert betrachtete. Dass die Niederschrift der verhandelten Konditionen sodann nicht Sache des Beschwerdeführers, sondern der Rechtsanwältin seiner zukünftigen Arbeitgeberin war und er deshalb aus den im Recht liegenden Anwaltshonorarrechnungen nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, liegt auf der Hand.

### **E. 6.2.3**

Wird der von der Vorinstanz willkürfrei festgestellte Sachverhalt dem Urteil des Bundesgerichts zugrunde gelegt ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), wonach ein Aufwand von 44 Arbeitstagen weder glaubhaft noch erwiesen ist, hält auch die rechtliche Würdigung, es sei dem Beschwerdeführer zuzumuten gewesen, während der 84-tägigen Freistellung die 40 Ferientage zu beziehen, vor Bundesrecht stand. Zwar kann nicht einzig darauf abgestellt werden, dass der Beschwerdeführer von seiner zukünftigen Arbeitgeberin kurz nach ergangener Kündigung und bereits vor seiner Freistellung kontaktiert wurde (vgl. aber zit. Urteil 4A\_319/2019 E. 8 mit Hinweis). Indes ist zu berücksichtigen, dass sich sein Aufwand auf die Vertragsverhandlungen beschränkte und sich Bemühungen für das eigentliche Suchen der Stelle unbestrittenermassen gänzlich erübrigten. Aufgrund dieser speziellen Umstände und mangels nachgewiesenen darüber hinausgehenden Aufwands, ist davon auszugehen, die dem freigestellten Beschwerdeführer verbleibenden 44 Arbeitstage, mithin mehr als zwei Monate Vollzeit, hätten für die eher intensiven Vertragsverhandlungen ausgereicht. Jedenfalls sieht das Bundesgericht keinen Anlass, in den nur zurückhaltend zu prüfenden Ermessensentscheid der Vorinstanz einzugreifen (vgl. dazu zit. Urteile 4A\_83/2019 E. 4.5; 4A\_748/2012 E. 2.5), wonach genügend Zeit verblieb, um eine Stelle zu suchen, ohne den Erholungszweck der 40 Ferientage zu schmälern.

### **E. 6.3**

Hinsichtlich des deutschen Ferienguthabens verwarf die Vorinstanz eine Überführung in das schweizerische Arbeitsverhältnis, da vertraglich vereinbart worden sei, der deutsche Vertrag ruhe während der Dauer der Entsendung. Dementsprechend regle der schweizerische Vertrag sämtliche Punkte des Arbeitsverhältnisses originär. Die Vorinstanz erwog sodann, obwohl der Beschwerdeführer das Guthaben von EUR 50'000.-- des Escrow Accounts während der massgebenden Referenzperiode erwirtschaftete, sei es bei der Bemessung der Ferienentschädigung nicht zu berücksichtigen. Denn das Guthaben stelle keinen Lohnbestandteil dar und wäre bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses weiterhin zurückbehalten worden.

#### **E. 6.3.1**

Der Beschwerdeführer hält an seinem Standpunkt fest, das Ferienguthaben von 15 Tagen aus dem deutschen Vertrag sei in das schweizerische Arbeitsverhältnis übertragen worden. Angesichts der klaren vertraglichen Regelung kann ihm nicht gefolgt werden, wenn er auch vor Bundesgericht bloss aufgrund der Auflistung unterschiedlicher Overhead-Tage, also aus den von den Händlern zu tragenden Gemeinkosten, auf eine Überführung des Ferienguthabens schliesst. Er setzt sich nicht mit der überzeugenden Feststellung der Vorinstanz auseinander, wonach sich aus der Regelung der Overhead-Tage kein impliziter, von der Vereinbarung abweichender Konsens ableiten lässt. Seine Kritik ist rein

appellatorisch. Da er keinen mündlichen Konsens behauptet (und insoweit keine hinreichenden Ausführungen dazu macht, zu welchen persönlichen Wahrnehmungen die von ihm angerufenen Zeugen Aussagen machen könnten), ist auch nicht ersichtlich, inwiefern eine Zeugeneinvernahme zu einem anderen Ergebnis hätte führen können. Die erhobenen Rügen, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt und sein Recht auf Beweis verletzt worden, stossen ins Leere.

### **E. 6.3.2**

Der Beschwerdeführer macht eventualiter geltend, sofern das deutsche Ferienguthaben nicht in das schweizerische Arbeitsverhältnis überführt wurde, sei jedenfalls das Guthaben von EUR 50'000.-- seines Escrow Accounts bei der Bemessung der Ferienentschädigung zu berücksichtigen gewesen. Entgegen seiner Ansicht ist der Umstand relevant, dass das Guthaben während des laufenden Arbeitsverhältnisses zurückbehalten und nicht ausbezahlt wurde. Das im Rahmen eines Treuhandvertrages von der Beschwerdegegnerin für die Zeit des Arbeitsverhältnisses gehaltene Guthaben von EUR 50'000.-- wurde geöffnet, um seine allfälligen Handelsverluste auszugleichen. Die Vorinstanz wandte Art. 329d Abs. 1 OR richtig an, wenn sie schloss, das Guthaben des Escrow Accounts sei nicht Lohnbestandteil. Denn der Beschwerdeführer wurde damit während der Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (vgl. zur Bemessung der Ferienentschädigung BGE 136 III 283 E. 2.3.5 S. 287; 134 III 399 E. 3.2.4.2 S. 402; 129 III 493 E. 3.1 S. 495 mit Hinweisen; Urteile 4A\_59/2020 vom 29. April 2020 E. 2; 4A\_225/2018 vom 6. Juni 2019 E. 5.2.2; 4A\_285/2015 vom 22. September 2015 E. 3.1).

### **E. 7**

Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die Vorinstanz habe offensichtlich unrichtig festgestellt, dass er erst in der Stellungnahme zur Duplik vorbrachte, die Beschwerdegegnerin habe durch Rückstellungen in der Höhe von Fr. 150'000.-- einen Anspruch in dieser Höhe anerkannt. Er zitiert eine Passage aus seiner Replik, worin er die Anerkennung seines Anspruchs durch die Bildung von Rückstellungen geltend machte, und rügt, die Vorinstanz habe seinen Einwand zu Unrecht als unzulässiges Novum verworfen. Ob die Vorinstanz den Sachverhalt insoweit offensichtlich unrichtig feststellte, als sie diesen Einwand auf S. 225 seiner Replik nicht berücksichtigte, kann offenbleiben. Denn es kann der Beschwerdegegnerin ohnehin nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie ihrer Sorgfaltspflicht nachkam und Rückstellungen bildete. Die Argumentation des Beschwerdeführers ist nicht stichhaltig. Ein interner Vorgang der Buchhaltung stellt keine Willensäusserung dar. Wenn eine juristische Person Rückstellungen bildet, weil gegen sie prozessiert wird, bedeutet dies keineswegs, dass sie die eingeklagten Ansprüche in der Höhe der gebildeten Rückstellung anerkennt.

### **E. 8**

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit auf sie einzutreten ist. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Bei der Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschwerdeführer in Bezug auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit seiner Entschädigungsforderung für Überzeit in guten Treuen zur Beschwerdeführung veranlasst sehen durfte (vgl. E. 4.4 hiervor). Andererseits ist der Art der Prozessführung Rechnung zu tragen (vgl. Art. 65 Abs. 2 BGG). Die Rechtsvertretung des

Beschwerdeführers unterbreitete dem Bundesgericht eine Beschwerdeschrift von 179 Seiten, welche zahlreiche unbegründete Rügen und unnötig langatmige Ausführungen enthielt. Im Ergebnis bleibt es bei der gerichtsüblichen Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nach dem Streitwert.

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