



Kass.-Nr. AA040127/U damit vereinigt Kass.-Nr. AA040156 / cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 20. Juni 2005

in Sachen

Z.

..., Bankdirektor,

...,

Kläger, Appellat, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Y. Bank AG,

...,

Beklagte, Appellantin, Beschwerdegegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerden gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 2004 (LA020035/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Z. (nachfolgend: Kläger) trat am 1. September 1972 als Sachbearbeiter bei der Y. Bank AG (nachfolgend: Beklagte) ein und war ab 1989 als Generaldirektor und Vorsitzender der Geschäftsleitung tätig. In der ersten Hälfte September 1992 kündigte er den Arbeitsvertrag mit der Beklagten mündlich, um zur X. Bank AG zu wechseln. Die Parteien verständigten sich in der Folge auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende September 1992.

Hinsichtlich der Gewinnbeteiligung der Geschäftsleitung und einzelner Kadermitglieder galt bei der Beklagten im fraglichen Zeitraum das "Long-term-Incentive-Scheme" (nachfolgend LIS). Für diesbezügliche Einzelheiten kann vorab auf das angefochtene Urteil (S. 5) verwiesen werden; wesentlich ist im vorliegenden Zusammenhang u.a. die Regelung, wonach bei Ausscheiden eines Kadermitgliedes aus den Diensten der Beklagten der Auszahlungsanspruch erhalten blieb, sofern der Betreffende nicht als sog. "bad leaver" qualifiziert wurde; in diesem Fall reduziert sich sein Anspruch auf Null.

2. Mit Eingabe vom 15. April 1997 reichte der Kläger vorliegende (nachträglich präzierte und ergänzte) Klage beim Arbeitsgericht Zürich ein und verlangte von der Beklagten zur Hauptsache die Bezahlung der sich aus dem LIS zu seinen Gunsten ergebenden Gewinnbeteiligung für die Jahre 1991 und (pro rata) 1992 in der Höhe von insgesamt mindestens Fr. 1'131'000.-- nebst Zins. Die Beklagte bestritt die Passivlegitimation und die Anspruchsberechtigung und berief sich daneben auf die "bad leaver"-Klausel. Mit Teilurteil vom 30. Oktober 1998 sprach das Arbeitsgericht dem Kläger einen von der Beklagten zu bezahlenden Betrag von Fr. 1'023'750.-- nebst Zins zu und verpflichtete diese überdies zur Auskunfterteilung und Einsichtgewährung in Geschäftsunterlagen für das Geschäftsjahr 1992. Dagegen erhob die Beklagte Berufung. Mit Beschluss vom 30. August 1999 hob das Obergericht das Teilurteil des Arbeitsgerichts Zürich auf und wies die Sache

zur Durchführung eines Beweisverfahrens und neuer Entscheidung an die erste Instanz zurück (OG I act. 47).

Nach Durchführung eines Beweisverfahrens verpflichtete das Arbeitsgericht die Beklagte mit neuerlichem Teilurteil vom 11. September 2002 zu den gleichen Leistungen wie im ersten Teilurteil (OG II act. 133). Dagegen erhob die Beklagte wiederum Berufung an das Obergericht.

3. Mit Urteil vom 28. Juni 2004 (KG act. 2) wies das Obergericht die Klage ab und erklärte den Kläger für kosten- und entschädigungspflichtig.

4. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien innert Frist kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen.

a) Mit seiner Beschwerde beantragt der Kläger (KG act. 1 in Kass.-Nr. AA040127), das angefochtene Urteil sei aufzuheben und das Teilurteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. September 2002 sei zu bestätigen; eventuell sei die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet; die Beklagte beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 11 und 14).

b) Die Beklagte beantragt mit ihrer Beschwerde (KG act. 1 S. 2 bis 3 in Kass.-Nr. AA040156), es sei das Urteil des Obergerichts infolge unzutreffender Begründung aufzuheben, und es sei durch das Kassationsgericht ein Urteil mit demselben Dispositiv wie das angefochtene Urteil, aber mit einer neuen Begründung zu fällen, welche verschiedene (wörtlich genannte) Begründungselemente enthalte; weiter stellt die Beklagte Eventual- bzw. Subeventualanträge, worin die aufzunehmenden Begründungselemente variiert werden (a.a.O., S. 4/5). Auch in diesem Zusammenhang verzichtet die Vorinstanz auf Vernehmlassung, während der Kläger beantragt, die Beschwerde sei im Umfang des Eintretens abzuweisen (KG act. 7 und 8).

5. Beide Parteien haben die ihnen auferlegten Kauttionen fristgerecht geleistet.

6. Der Kläger hat gegen das angefochtene Urteil auch eidgenössische Berufung an das Bundesgericht erklärt (vgl. OG act. 159; vgl. Beschwerde des Klägers S. 3, Rz 3).

II. Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers

(Kass.-Nr. AA040127)

1. Das Obergericht hat das Teilurteil des Arbeitsgerichtes aufgehoben und die Klage mit der (Haupt-)Begründung abgewiesen, der Kläger sei zwar grundsätzlich (zufolge stillschweigenden Zustandekommens einer Vereinbarung) am LIS-Beteiligungsprojekt berechtigt, ein Anspruch auf Zahlungen entfalle aber deshalb, weil er nach seinem Wechsel zur Bank X. versucht habe, einen Mitarbeiter der Beklagten abzuwerben bzw. zum Stellenwechsel zu ermuntern und somit als "bad leaver" im Sinne von Ziff. 6 (iii) lit. d der LIS-Vereinbarung zu qualifizieren sei (angefochtenes Urteil Ziff. 3.4.1 ff., S. 24 ff.). In diesem Zusammenhang macht der Kläger vorab geltend, das angefochtene Urteil basiere auf nicht erhobenen bzw. nicht hinreichend substantiierten Parteibehauptungen der Beklagten; er rügt insoweit eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wie von weiteren wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (lit. C, S. 5 ff. der Beschwerde).

2.1a) Im Einzelnen macht der Kläger geltend, das Obergericht gehe davon aus, dass er - der Kläger - Karl D. zu einem Stellenwechsel von der Beklagten zur X. Bank ermuntert habe (Beschwerde Rz 9). Es treffe diese Feststellung, obwohl die Beklagte bis zu ihrem letzten Vortrag im Sinne von § 114 ZPO nie behauptet habe, der Kläger habe Karl D. zu einem solchen Übertritt ermuntert. Der Kläger habe daher keinen Anlass gehabt zu behaupten und zu beweisen, dass er mit D. erst über die Möglichkeit des Übertritts zur X. Bank gesprochen hatte, nachdem D. ihm versichert hatte, er sei ohnehin bereits fest entschlossen, seine Stelle bei der Beklagten aufzugeben (Beschwerde Rz 10). Ferner - so der Kläger (Beschwerde Rz 11) - habe das Obergericht angenommen, das LIS verbiete nicht nur "das konkret aktive Abwerben" von Mitarbeitern, sondern jede Handlung, die ge-

eignet sein könnte, einen "Unentschlossenen" zu beeinflussen, ohne Rücksicht darauf, von wem die Initiative für das Gespräch ausging. Diese Annahme habe es getroffen, obwohl die Beklagte im Hauptverfahren nie geltend gemacht habe, eine solche Abmachung habe dem Willen der Parteien bei Abschluss des LIS-Vertrages entsprochen. Sie - die Beklagte - habe dem Kläger lediglich vorgeworfen, er habe versucht, Mitarbeiter der Beklagten "abzuwerben", ohne dies zu substantiieren.

Im folgenden gibt der Kläger die Prozessgeschichte bzw. die einzelnen Parteivorbringen im hier interessierenden Kontext wieder (Beschwerde S. 5 ff., Rz 13-40). Er weist daraufhin, dass die Beklagte zwar verschiedene anderweitige Einwendungen näher substantiiert habe (etwa fehlende Passivlegitimation, Nichtzustandekommen des Vertrags usw.), dass sie aber ihre Behauptung, der Kläger habe versucht, bei ihr Mitarbeiter abzuwerben und sei daher als "bad leaver" zu betrachten, nirgends substantiiert habe; insbesondere habe sie bis zu ihrem letzten Vortrag nie erklärt, welche Mitarbeiter der Kläger abzuwerben versucht habe. Zwar sei Karl D. einmal als Zeuge benannt worden, doch sei damit nicht gesagt worden, ob er selber das Objekt des angeblichen Abwerbeversuchs oder nur Zeuge eines anderweitigen Abwerbeversuchs gewesen sei. Ebenso wenig seien der Zeitpunkt oder sonstige Umstände des angeblichen Abwerbeversuchs näher substantiiert worden (Rz 16 und 17). Der Kläger, der gewusst habe, dass er nie einen solchen Versuch unternommen hatte, habe auch nicht damit rechnen müssen, dass die Beklagte nach Abschluss des Schriftenwechsels ihren Standpunkt über die fraglichen Bestimmungen des LIS ändern und geltend machen könnte, diese umfassten auch ein Verhalten, bei welchem die Initiative nicht vom Kläger ausgehe (Rz 18).

Bereits das Arbeitsgericht - so der Kläger weiter - habe in seinem ersten Teilurteil festgestellt, die entsprechenden Vorbringen der Beklagten seien trotz entsprechender Hinweise der Gegenseite ungenügend substantiiert geblieben (Rz 21), und diese Thematik des "bad leavers" als Folge eines Abwerbeversuchs sei im ersten Berufungsverfahren von der Beklagten (im Gegensatz zur Frage, ob er die Zustimmung der Beklagten zu seinem eigenen Stellenwechsel hätte einholen

müssen) überhaupt nicht mehr aufgegriffen worden. Die Frage, ob der Kläger Mitarbeiter abgeworben habe, sei damit erledigt gewesen sei (Rz 23/24). Für den Kläger überraschend habe aber das Arbeitsgericht die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe versucht, Mitarbeiter abzuwerben, in seinen Beweisauflegebeschluss vom 10. September 1999 aufgenommen, was überflüssig bzw. unzulässig gewesen sei, da über nicht substantiierte Behauptungen kein Beweis abzunehmen sei (Rz 25/26). Indessen habe der Kläger weder Anlass noch die rechtliche Möglichkeit gehabt, sich gegen diesen Beweissatz (bzw. die Beweisabnahme) zu wehren; das Arbeitsgericht habe in der Folge sein Vorgehen damit begründet, dass die Tragweite des obergerichtlichen Rückweisungsbeschlusses unklar gewesen sei (Rz 28). Schliesslich habe das Arbeitsgericht in seinem zweiten Teilurteil vom 11. September 2002 wiederum festgehalten, die entsprechenden Behauptungen der Beklagten seien ungenügend substantiiert, was es dem Kläger verunmögliche, zu den erst im Beweisverfahren eingebrachten Vorwürfen gehörig Stellung zu nehmen (Rz 30, u.H.a. auf S. 51 des Teilurteils). Erstmals im Verlauf des Beweisverfahrens (bzw. mit ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis) habe nämlich die Beklagte den Standpunkt vertreten, das LIS verbiete nicht nur eine aktive Abwerbung und es komme daher nicht darauf an, ob der Kläger oder Karl D. die Initiative für das Gespräch ergriffen hätten; ebenso habe die Beklagte erstmals im Verlauf des Beweisverfahrens darauf verwiesen, dass das Abwerbungsverbot nicht nur in der LIS-Vereinbarung, sondern auch in der zwischen den Parteien am 21. September 1992 abgeschlossenen Austrittsvereinbarung enthalten gewesen, hier jedoch enger gefasst worden sei. Jedoch habe das Arbeitsgericht zu Recht erwogen, dass die Beklagte damit ihrem Standpunkt ein neues tatsächliches Verständnis der "bad-leaver"-Klausel zugrundelege, was unzulässig erscheine, zumal der Kläger keine Gelegenheit gehabt habe, seinerseits rechtzeitig Umstände in den Prozess einzubringen, die diese weitgehende Interpretation in Frage stellen könnten (Rz 35 ff.).

b) Vor dem Hintergrund dieser Konstellation erachtet der Kläger wesentliche Verfahrensgrundsätze in zweierlei Hinsicht als verletzt:

- Obwohl die Beklagte im Hauptverfahren keine substantiierten Behauptungen über Abwerbungsversuche aufgestellt und insbesondere nicht behauptet habe, der Kläger habe versucht, Karl D. abzuwerben, gehe das Obergericht von der Annahme aus, der Kläger habe versucht, Karl D. bei der Beklagten abzuwerben;

- und obwohl die Beklagte selbst an den wenigen Stellen der Klageschrift und Replik (recte: Klageantwort und Duplik), in denen sie die angeblichen Abwerbungsversuche des Klägers erwähne, immer das Wort "abwerben" verwende, lege das Obergericht seinem Urteil die Annahme zugrunde, die fragliche Bestimmung des LIS habe nach dem Willen der Parteien nicht nur Abwerbung, sondern jede Handlung des Klägers, die geeignet war "die Motivation D.s für einen Weggang zu fördern", untersagen wollen.

Als verletzt erachtet der Kläger in diesem Zusammenhang § 54 Abs. 1 ZPO (Verhandlungsmaxime), § 114 ZPO (Eventualmaxime) und § 113 ZPO (Substantiierungspflicht). Weiter beinhalte die fehlende Möglichkeit, zu den Parteivorbringen der Gegenseite sachgerecht Stellung zu nehmen, eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Beschwerde C.3, S. 14 f., Rz 43-49).

2.2 Das Obergericht hat zum hier interessierenden Punkt erwogen (Urteil S. 26 f.), die Beklagte habe bereits in ihrem ersten Parteivortrag (Klageantwort) behauptet, der Kläger habe nach seinem Wechsel zur X. Bank AG auch Mitarbeiter der Beklagten abzuwerben versucht, indessen habe das Arbeitsgericht dieses Vorbringen als ungenügend substantiiert betrachtet. Im Rahmen des nach erfolgter Rückweisung durchgeführten Beweisverfahrens habe das Arbeitsgericht die genannte Behauptung (dennoch) zum Beweis verstellt, wobei der Kläger persönlich sowie P. und Q. als Zeugen befragt worden seien.

Nach Auffassung des Obergerichts kann in diesem Zusammenhang dem Einwand des Klägers, wonach zufolge unterbliebener Beanstandung durch die Beklagte im ersten Berufungsverfahren die Frage der Abwerbung von Mitarbeitern erledigt gewesen sei und gar nicht mehr Gegenstand des Beweisverfahrens hätte bilden dürfen, nicht gefolgt werden. Mit dem Rückweisungsbeschluss sei das angefochtene Urteil aufgehoben worden und die erste Instanz zur Durchführung ei-

nes Beweisverfahren aufgefordert worden. Dass sie sich gestützt auf die Erwägungen des Obergerichts veranlasst gefühlt habe, auf ihre Entscheidung, wonach die beklagtischen Vorbringen betreffend Abwerbungen ungenügend substantiiert worden seien, zurückzukommen und diese ins Beweisverfahren aufzunehmen, habe in ihrem Ermessensbereich gelegen und sei nicht zu beanstanden. Der Einbezug ins Beweisverfahren habe wiederum zur Folge, dass die dazu abgenommenen Beweise im weiteren Verfahren beachtlich gewesen seien. Dies gelte insbesondere für die persönliche Befragung des Klägers zu dieser Frage, welche zwar von den Parteien nicht beantragt worden sei, gestützt auf § 149 Abs. 1 ZPO aber von Amtes wegen habe erfolgen können. Die klägerische Argumentation mit Bezug auf die ungenügende Substantiierung erscheine im Übrigen insoweit nicht kohärent, als der Kläger in der Berufungsduplik in anderem Zusammenhang selber davon ausgehe, es sei dem Arbeitgeber - der an der Abwerbung regelmässig nicht dabei sei - nicht möglich zu substantiieren, wie die Abwerbung im Einzelnen erfolgt sei, weshalb die allgemeine Behauptung genügen müsse.

2.3.1 Der Kläger macht geltend, es habe seitens der Beklagten bis zu deren letzten Vortrag vor Arbeitsgericht keine Substantiierung des Abwerbeversuchs stattgefunden (Beschwerde S. 15 ff., Rz 50-59). Insbesondere habe das Arbeitsgericht im Urteil vom 11. September 2002 nochmals bestätigt, die Behauptung betreffend Abwerbung von Mitarbeitern sei ungenügend substantiiert geblieben, und es habe beigefügt, dass nichts vorliege, was es der Beklagten verunmöglicht hätte, den von Karl D. beabsichtigten Stellenwechsel schon im Hauptverfahren darzulegen und konkret darzutun, welche Vorwürfe den Kläger in diesem Zusammenhang trafen. Auch das Obergericht habe diese Feststellung nicht beanstandet; dagegen führe es aus, die Vorinstanz habe sich veranlasst gefühlt, "auf ihre Entscheidung, die beklagtische Behauptung in der Klageantwort betreffend Abwerbung sei ungenügend substantiiert, zurückzukommen und sie ins Beweisverfahren aufzunehmen". Diese Erwägung sei - so der Kläger - aktenwidrig, nachdem das Arbeitsgericht in seinem zweiten Urteil ausdrücklich an seiner ursprünglichen Feststellung festhalte (Beschwerde Rz 56).

Die Rüge der Aktenwidrigkeit ist unbegründet. Mit der angefochtenen Feststellung (Urteil S. 27) hat das Obergericht lediglich zum Ausdruck gebracht, das Arbeitsgericht habe sich angesichts der (gemäss § 104a GVG verbindlichen) Erwägungen im Rückweisungsbeschluss veranlasst gefühlt, diese Behauptung zum Beweis zu verstellen, ungeachtet der (nach seiner Auffassung) ungenügenden Substantiierung. Der Hinweis auf das Rückkommen des Arbeitsgerichts bezieht sich insofern nicht auf die Würdigung der Behauptung als ungenügend substantiiert, sondern darauf, dass das Arbeitsgericht im zweiten Verfahren als Folge der Rückweisung ein Beweisverfahren über diese Behauptung durchführte, was es im ersten Verfahren noch abgelehnt hatte.

2.3.2a) Im gleichen Zusammenhang macht der Kläger geltend (Beschwerde S. 16, Rz 57/58), selbst wenn das Arbeitsgericht auf seine Meinung der ungenügenden Substantiierung zurückgekommen wäre, wäre dies unerheblich. Entscheidend sei einzig, dass diese Einwendung der Beklagten tatsächlich ungenügend substantiiert gewesen sei und dass somit die Verstellung zum Beweis - entgegen der Auffassung des Obergerichts - nicht im Ermessensbereich des Arbeitsgerichts gelegen habe. Dementsprechend hätten - so der Kläger - die Behauptungen betreffend Abwerbung von Mitarbeitern dem angefochtenen Urteil gemäss §§ 113 und 114 ZPO nicht zugrundegelegt werden dürfen.

b) Es ist davon auszugehen, dass weder das Arbeitsgericht noch das Obergericht die Behauptung der Beklagten in der Klageantwort, wonach der Kläger nach seinem Stellenwechsel auch Mitarbeiter der Beklagten abzuwerben versucht habe (AG act. 12 S. 12 und 23), als genügend substantiiert betrachtet haben. Das Arbeitsgericht hat sowohl im ersten wie auch im zweiten Urteil ausdrücklich festgehalten, diese Vorbringen seien ungenügend substantiiert (vgl. OG I act. 33 S. 16 und OG II act. 133 S. 51), und das Obergericht hat im hier angefochtenen Urteil dieser Betrachtungsweise jedenfalls nicht widersprochen, sondern festgehalten, die Einbeziehung ins Beweisverfahren habe zur Folge, dass die dazu abgenommenen Beweise im weiteren Verfahren beachtlich seien. Damit stellt sich die Frage, ob auch eine *unsubstantiiert gebliebene Behauptung*, über welche das Gericht (hier auf Anweisung der Oberinstanz) Beweis erhebt, dem Urteil zugrunde-

gelegt werden darf, *wenn das Ergebnis des Beweisverfahrens zu einer Substantiierung führt und die (nunmehr substantiierte) Behauptung als bewiesen erscheinen lässt.*

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Richter auf Umstände, die nicht oder nicht hinreichend substantiiert behauptet wurden, abstellen darf, beurteilt sich primär nach § 54 Abs. 1 ZPO und nicht nach §§ 113 und 114 ZPO. Danach ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen; der Richter legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde. Die hier verankerte Verhandlungsmaxime erfährt jedoch in Rechtsprechung und Lehre gewisse Abschwächungen. So darf unter Umständen abweichend von der Verhandlungsmaxime auf nicht (bzw. nicht genügend substantiiert) behauptete, *aber durch das Beweisverfahren erwiesene* Tatsachen abgestellt werden (RB KGZ 1974 Nr. 17; Kass.-Nr. 2002/126 S v. 20.1.2003 i.S. T., Erw. II.7; vgl. ZR 97 Nr. 87, 103 Nr. 77; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 54 N 3; HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996, § 17 FN 18; vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, Art 89 N 2b; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur ZPO des Kantons St.Gallen, Bern 1999, Art. 56 N 2b, je m.H.; zum Ganzen MARTIN SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 2000, S. 708 ff.; CHRISTOPH LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: FS Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 313 ff.). Wesentlich ist in diesem Fall, dass die Parteien Gelegenheit erhalten, sich zu äussern und allenfalls neue Behauptungen aufzustellen (Kass.-Nr. 99/418 S v. 30.9.2000 i.S. M. AG, Erw. III.5; SARBACH, a.a.O., S. 713; Leuenberger, a.a.O., S. 323).

c) Im vorliegenden Fall erscheint insbesondere als bedeutsam, dass es nicht um die gänzlich fehlende Behauptung einer Tatsache, sondern um den Fall der ungenügenden Substantiierung einer Behauptung geht. Die Beklagte hatte - wie bereits erwähnt - mit ihrer Klageantwort die Behauptung aufgestellt, der Kläger habe nach seinem Wechsel versucht, Mitarbeiter der Beklagten abzuwerben. In dieser Behauptung war die dem Urteil zugrundegelegte konkrete Konstellation,

wonach der Kläger versuchte, Karl D. zum Stellenwechsel zu bewegen bzw. diesen in seinem (beabsichtigten Stellenwechsel) ermunterte, mitenthaltend. Wenn vom Arbeitsgericht über die allgemeine Behauptung (Versuch der Abwerbung von Mitarbeitern) Beweis abgenommen wurde und sich dabei ergab, dass der Kläger eine bestimmte Person abzuwerben versucht hatte, ist es - immer unter der Voraussetzung, dass dem Kläger das rechtliche Gehör gewährt wurde (nachfolgend lit. d) - mit den Grundsätzen der (gemilderten) Verhandlungsmaxime vereinbar, dieses Ergebnis des Beweisverfahrens, welches eine *Behauptung in zulässiger Weise konkretisiert*, dem Urteil zugrundezulegen (vgl. LEUENBERGER, a.a.O., S. 318 f.). Dies steht insbesondere damit im Einklang, dass im Falle ungenügender Substantiierung von Parteivorbringen der Richter im Rahmen seiner Fragepflicht gehalten ist, der Partei Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben (§ 55 ZPO). Auch hierin liegt eine Einschränkung bzw. Ergänzung der reinen Verhandlungsmaxime (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 55 N 2), und es wäre insofern nicht einzusehen, weshalb eine sich durch das Beweisverfahren ergebende nachträgliche Konkretisierung bzw. Substantiierung keine Berücksichtigung finden sollte.

d) Die Parteien erhielten nach Abschluss des Beweisverfahrens vor Arbeitsgericht Gelegenheit, um sich zum Beweisergebnis zu äussern. Dabei brachte der Kläger (sinngemäss) zum Ausdruck, dass über die Frage des Versuchs der Abwerbung von Mitarbeitern kein Beweis abzunehmen gewesen sei (AG II act. 127 S. 6, Rz 6), weshalb er sich zu diesem Beweisthema (Beweissatz II/5) materiell nicht äusserte. Umgekehrt griff die Beklagte diesen Punkt in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis auf und leitete daraus die heute in Frage stehende Behauptung (Versuch der Abwerbung von D.) ab (AG II act. 129 S. 20 ff.). Wie bereits erwähnt vertrat in der Folge des Arbeitsgericht in seinem (zweiten) Urteil wiederum die Auffassung, das vorliegende Beweisergebnis könne mangels hinreichender Substantiierung im Hauptverfahren nicht zur Grundlage des Urteils gemacht werden (OG act. 133 S. 51). Mit ihrer Berufungsbegründung trat die Beklagte dieser Auffassung entgegen und machte geltend, da sich der relevante Sachverhalt ohne weiteres aus den Akten ergebe, stehe der Berücksichtigung zu ihren Gunsten im Urteil nichts entgegen (OG act. 139 S. 30, Rz 79 f.). Spätestens

zu diesem Zeitpunkt bestand für den Kläger Gelegenheit, um sich nicht nur zur Frage der Zulässigkeit der Berücksichtigung des Beweisergebnisses, sondern für den Fall der Berücksichtigung auch zum Beweiswert zu äussern. Dies hat er mit seiner Berufungsantwort getan (OG act. 142 S. 31 ff.); insbesondere hat er hier zur Frage, ob im Zusammenhang mit Karl D. ein Verhalten seinerseits vorliege, welches unter die "bad leaver"-Klausel falle, Stellung genommen (OG act. 142 S. 33, Rz 170 ff.). Insofern kann im Vorgehen der Vorinstanz entgegen den Vorbringen des Klägers keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt werden.

Das gleiche gilt mit Bezug auf die rechtliche Auslegung der "bad leaver"-Klausel bzw. die Interpretation des Begriffs "Abwerben"; der Kläger hat insbesondere im Rahmen seiner Berufungsduplik zu diesem Punkt Stellung genommen (OG II act. 153 S. 23 ff.), weshalb auch insoweit keine Gehörsverletzung vorliegt.

2.3.3 Die Beklagte hatte sich in der Berufungsbegründung im Sinne eines Eventualstandpunktes auf § 115 Ziff. 2 ZPO berufen, da der relevante Sachverhalt nunmehr ohne weiteres aus den Akten hervorgehe (OG act. 139 S. 30). Das Obergericht hat - worauf der Kläger hinweist - die Frage, ob (auch) die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 2 ZPO erfüllt wären, gar nicht geprüft, da es schon aus anderen Gründen zur Verwertbarkeit des Beweisergebnisses gelangte. Insoweit gehen die entsprechenden Ausführungen des Klägers (Beschwerde S. 17 ff., Rz 60-84), wonach weder die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 2 noch von Ziff. 3 ZPO erfüllt seien, ins Leere. Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, durften die in Frage stehenden Tatsachen dem Urteil ohne Rückgriff auf § 115 ZPO zugrundegelegt werden (vgl. im übrigen zum Konnex zu § 115 ZPO FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 148 N 2 und darauf verweisend SARBACH, a.a.O., S. 714 FN 118; LEUENBERGER, a.a.O., S. 322).

2.3.4 Ebenso wenig stellt sich die Frage, ob die Beklagte nach ihrem "letzten Vortrag" im Sinne von § 114 ZPO rechtsgenügende Behauptungen betreffend den Abwerbungsversuch aufgestellt hatte (Beschwerde S. 22 ff., Rz 85 ff.), nachdem sich die entsprechenden Tatsachen aus dem Beweisverfahren ergaben.

Soweit in diesem Zusammenhang vom Kläger wiederum eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs geltend gemacht wird (a.a.O., Rz 90 ff.) kann auf das vorstehend (lit. c) Ausgeführte verwiesen werden. Auf Grund der Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung musste für den Kläger klar sein, dass sich die Frage der Zulässigkeit des Abstellens auf diese Tatsachen stellen würde, und der Kläger hat in der Berufungsantwort denn auch zu diesem Komplex Stellung genommen.

2.3.5a) In zeitlicher Hinsicht geht das Obergericht davon aus (Urteil S. 31), massgebend sei einzig, ob das Gespräch mit Karl D. vor oder nach dem 20. Mai 1992, dem Zeitpunkt der Berechtigung des Klägers am LIS, stattgefunden habe. Der Umstand, dass er D. erklärt habe, er könne ihm (natürlich) eine Stelle (bei der X. Bank) offerieren, womit er diesbezüglich eine gewisse Sicherheit hinsichtlich solcher Kompetenzen übermittelt habe, spreche sodann wesentlich dafür, dass dieses Gespräch in einem Zeitpunkt stattgefunden habe, in welchem der Kläger tatsächlich über solche Kompetenzen verfügt habe. Näher äussert sich das Obergericht über den Zeitpunkt des Gesprächs nicht.

Der Kläger macht geltend (Beschwerde S. 24 ff.), das Gespräch mit Karl D. habe in Wirklichkeit nicht vor oder unmittelbar nach seinem Übertritt zur X. Bank stattgefunden, sondern lange danach, was für die weitere rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes von wesentlicher Bedeutung sei. So habe er in der Berufungsantwort dargelegt, dass er als Generaldirektor der X. Bank verpflichtet gewesen sei, die Stellenbewerbung von D. entgegenzunehmen, wenn er der Auffassung war, dieser komme für eine Stelle bei der X. Bank in Betracht. Ein Verbot zur Entgegennahme einer solchen Bewerbung hätte sich allenfalls auf die Zeit vor oder unmittelbar nach erfolgtem Übertritt beziehen können, aber sicher nicht auf eine Bewerbung, die dem Kläger neun Monate nach dessen Übertritt unterbreitet worden sei. Eine solche Bestimmung hätte den Kläger zu einem rechtswidrigen Verhalten verpflichtet und wäre nach Art. 20 OR nichtig gewesen.

b) Offenbar soll mit dieser Rüge beanstandet werden, dass sich das Obergericht hinsichtlich des Zeitpunktes nicht genauer festgelegt und insbesondere nicht festgestellt hat, dass das fragliche Gespräch erst lange nach dem Stellen-

wechsel des Klägers stattgefunden habe. Wie jedoch der Kläger selbst zum Ausdruck bringt, war das Obergericht nur dann zu einer solchen genauen zeitlichen Fixierung des Gesprächs verpflichtet, wenn es dies für rechtlich erheblich gehalten hätte. Indem das Obergericht den genauen Zeitpunkt offen liess und lediglich davon ausging, das Gespräch habe jedenfalls nach dem 20. Mai 1992 stattgefunden, brachte es zum Ausdruck, dass es eine genauere zeitliche Fixierung mangels rechtlicher Relevanz nicht für notwendig hielt. Ob dies zutrifft oder nicht, kann zum Thema der Berufung beim Bundesgericht gemacht werden; käme das Bundesgericht zum Schluss, es spiele für die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes (Nichtigkeit der Verpflichtung) eine Rolle, in welchem (genauen) Zeitpunkt das Gespräch zwischen dem Kläger und D. stattfand, und käme es weiter zur Auffassung, dem angefochtenen Urteil lasse sich diesbezüglich keine (genügende) tatsächliche Annahme entnehmen, könnte es dieses gestützt auf Art. 64 OG aufheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhaltes an das Obergericht zurückweisen. Das Kassationsgericht kann demgemäss auf die Rüge nicht eintreten (§ 285 ZPO).

2.3.6 Der Kläger macht geltend (Beschwerde S. 26 ff., Rz 106-109), aus dem Urteil des Obergerichts ergäben sich weder die Umstände, unter denen das fragliche Gespräch geführt wurde, noch dessen Inhalt.

Es ist nicht klar, welchen Nichtigkeitsgrund der Kläger damit anrufen will. Sollte er wiederum der Auffassung, es bedürfe im Hinblick auf gewisse Rechtsfragen der näheren Umschreibung der Umstände und des Inhalts des Gespräches, kann auf das vorstehend (Ziff. 2.3.5) Ausgeführte verwiesen werden. Das Obergericht war nicht gehalten, Sachumstände, die es nicht für rechtserheblich erachtet, abzuklären bzw. in die Urteilsbegründung aufzunehmen; ob es sie zu Recht für nicht erheblich betrachtet, ist Rechtsfrage (vgl. Art. 43 Abs. 4 OG).

2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die mit Bezug auf die Behauptung des Abwerbungsversuchs erhobenen Rügen unbegründet bzw. unzulässig sind.

3. Der Kläger rügt eine Verletzung des Grundsatzes, wonach Beweis nur über streitige Frage abzunehmen ist (Beschwerde Ziff. C/5, S. 28 ff.). Er erblickt

im Vorgehen der Vorinstanz eine Verletzung der §§ 133 und 136 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. Der Beweissatz II/5

"dass der Kläger nach seinem Wechsel zur X. Bank versucht hat, Mitarbeiter der Beklagten abzuwerben"

sei im Lichte dieser Bestimmungen unzulässig und unwirksam gewesen, und eine Befragung dazu hätte nicht erfolgen dürfen. Die in Beantwortung dieses Beweissatzes gemachten Aussagen des Klägers sowie diejenigen der Zeugen P. und Q. seien daher unbeachtlich. Überdies setze auch die vom Obergericht ange-rufene Bestimmung von § 149 ZPO, wonach die Parteien von Amtes wegen per-sönlich befragt werden dürfen, im Rahmen der Verhandlungsmaxime eine geset-zeskonforme Behauptung voraus.

Diese Vorbringen scheitern an der bereits wiedergegebenen (Erw. 2.3.2) Praxis zur Verhandlungsmaxime, wonach unter Umständen nicht bzw. nicht genü-gend substantiiert behauptete, aber durch das Beweisverfahren erwiesene Tatsa-chen dem Urteil zugrundegelegt werden dürfen. Diese Praxis impliziert auch, dass allenfalls ein Sachverhalt zum Beweis verstellt wird, obschon er nicht (bzw. nicht hinreichend substantiiert) behauptet wurde, bzw. dass ein Beweisverfahren mehr ergibt, als behauptet wurde ("überschiessendes Beweisergebnis"; vgl. SARBACH, a.a.O., S. 708). Die Rüge geht insoweit in der bereits behandelten Rüge auf und erweist sich damit als unbegründet.

4. Weiter rügt der Kläger (Beschwerde Ziff. C/6, S. 30 ff.) die Berücksichti-gung einer neuen Behauptung über den Inhalt des LIS.

a) Zur Begründung dieser Rüge macht der Kläger geltend, im Hauptverfah-ren habe die Beklagte noch die Auffassung vertreten, der Kläger sei ein "bad lea-ver" im Sinne von Ziff. 6b(iii)(d) des LIS, weil er versucht habe, "nach seinem Wechsel zur X. Bank AG, Mitarbeiter der Beklagten *abzuwerben*". Erst nach Ab-schluss des Schriftenwechsels, nämlich in der Stellungnahme zum Beweisergeb-nis, habe sie einen anderen Sinn der LIS-Bestimmung behauptet. Während das Arbeitsgericht darin eine - unzulässige (da verspätete) - Änderung der tatsächli-chen Vorbringen erblickt habe und auf die ursprüngliche Behauptung abstellte,

habe das Obergericht erwogen, diese Auslegung der fraglichen Klausel sei zu restriktiv. Mit der Frage, ob die Änderung in der Haltung der Beklagten eine Sachfrage oder eine Rechtsfrage betreffe, habe sich das Obergericht nicht auseinandergesetzt.

Mit ihren ursprünglichen Vorbringen zum Inhalt der LIS-Vereinbarung habe die Beklagte zum Ausdruck gebracht, sie verstehe darunter allein ein Verbot der "Abwerbung", nicht aber bereits ein blosses "Ermutigen" oder "Einfluss nehmen". Wenn das Obergericht demgegenüber auch letzteres von der LIS-Vereinbarung erfasst betrachte, verletze es die Eventualmaxime und allenfalls auch die Verhandlungsmaxime.

b) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Obergericht ausdrücklich erwogen hat, die Interpretation der fraglichen Klausel (im Sinne einer objektivierter Auslegung) beinhalte keine neuen und damit unzulässigen Behauptungen, sondern vielmehr eine objektive Auslegung; Behauptungen zum tatsächlichen Willen bzw. Verständnis der Parteien lägen nicht vor (Urteil S. 29). Damit hat es - entgegen den Vorbringen der Beschwerde - die Frage beantwortet, ob es sich um Tat- (bzw. Sach-) oder Rechtsfragen handle. Ging es aber in diesem Zusammenhang um Rechtsfragen, so stösst die Rüge einer Verletzung der Eventual- oder der Verhandlungsmaxime ins Leere.

Ob das Obergericht die in Frage stehende Klausel in rechtlicher Hinsicht zutreffend ausgelegt hat, unterliegt der Überprüfung durch das Bundesgericht und ist nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde (§ 285 ZPO).

5. Schliesslich macht der Kläger im Zusammenhang mit der "bad leaver"-Klausel geltend, das angefochtene Urteil beruhe auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (Beschwerde C/7, S. 32 ff.).

a) Willkürlich sei zunächst die Annahme (Beschwerde Rz 133 ff.), wonach sich Karl D. damals (im Sommer 1993) mit dem Gedanken eines Stellenwechsels getragen habe, insofern, als sie *e contrario* besage, dass D. damals noch nicht fest entschlossen gewesen sei, seine Stelle bei der Beklagten aufzugeben. Die Akten enthielten nichts, was den Standpunkt des Klägers widerlege, wonach D.

damals fest zu zu einem Stellenwechsel entschlossen gewesen sei. Dass der Kläger dies im Hauptverfahren nicht behauptet habe, dürfe ihm nicht entgegengehalten werden, da er keinen Anlass gehabt habe, sich zu den angeblichen Abwerbungsversuchen zu äussern. Der Zeuge Q., auf welchen sich das Obergericht in diesem Zusammenhang berufe, habe über die Absichten D.s nichts ausgesagt und wäre dazu - so der Kläger - auch gar nicht in der Lage gewesen.

Die Rüge ist unbegründet. Das Obergericht bringt im Gesamtzusammenhang durchaus zum Ausdruck, dass Karl D. im fraglichen Zeitpunkt an sich bereits zu einem Stellenwechsel entschlossen gewesen sei. Dies folgt aus dem anschließenden Passus (Urteil S. 30), wonach D. im damaligen Zeitpunkt "noch nicht unbeeinflussbar entschlossen" zum Stellenwechsel gewesen sei; das Obergericht leitet dabei die Beeinflussbarkeit daraus ab, dass D. später von der Geschäftsleitung der Beklagten eben doch noch zum Bleiben habe überzeugt werden können, stellt aber gleichzeitig klar, dass er damals zu einem Stellenwechsel entschlossen gewesen sei. Diese Feststellung wird jedenfalls nicht als willkürlich widerlegt bzw. entspricht somit dem, was der Kläger selbst als seinen Standpunkt bezeichnet.

b) Willkürlich sei - so der Kläger (Beschwerde Rz 137 ff.) - allerdings auch die eben genannte Feststellung, wonach sich aus der Tatsache, dass D. später doch zum Bleiben bei der Beklagten überzeugt werden konnte, ergebe, dass er nicht "noch nicht unbeeinflussbar entschlossen" zum Stellenwechsel gewesen sei. Diese Feststellung bezeichnet der Kläger als "wahrhaft erstaunlich", und fährt weiter, es entspreche der Lebenserfahrung, dass auch ein fest zur Kündigung entschlossener Mitarbeiter möglicherweise von seinem Entschluss abgebracht werden könne, wenn ihm von seinem Arbeitgeber eine Verbesserung der Position und seines Gehaltes versprochen werde.

Es ist nicht klar, inwiefern der Kläger mit seinen Vorbringen Willkür geltend machen will. Jedenfalls ergibt sich aus der fraglichen Feststellung, dass D. zwar einerseits fest entschlossen war, zu kündigen, dass aber andererseits - *ex post* betrachtet - dieser Entschluss nicht unbeeinflussbar war, weil D. letztlich von der Beklagten zum Bleiben bewogen werden konnte. Darin liegt jedenfalls keine Will-

kür, und überdies entspricht dies dem Standpunkt des Klägers. Die Rüge ist unbegründet.

c) Als "höchst unfair" und mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Parteien nicht zu vereinbaren (Beschwerde Rz 141 ff.) erachtet der Kläger auch die Erwägung, wonach im fraglichen Gespräch zwischen ihm und D. das Thema Stellenwechsel "auf wessen Veranlassung und aus welchen Gründen auch immer" zur Sprache gekommen sei. Aus den Aussagen des Klägers in der persönlichen Befragung ergebe sich, dass das Gespräch auf Veranlassung D.s zustande gekommen sei. Willkürlich sei zudem festzustellen, das Thema sei "zur Sprache gekommen", denn D. habe ihn kontaktiert und gefragt, ob er bei X. arbeiten könne.

Das Obergericht hat es offensichtlich als unerheblich betrachtet, auf wessen Veranlassung und aus welchen Gründen das Thema Stellenwechsel zur Sprache kam, weshalb es diese Frage ausdrücklich offen liess. Damit handelt es sich um eine Frage der rechtlichen Beurteilung von Tatsachen, welche nicht zum Gegenstand der Willkürüge gemacht werden kann, sondern als Frage des materiellen Rechts der Berufung an das Bundesgericht unterliegt (vgl. oben Erw. 2.3.5). Unbegründet ist auch die weitere Rüge. Es steht fest, dass auch nach der Darstellung des Klägers das Thema Stellenwechsel anlässlich des Gesprächs mit D. "zur Sprache kam"; fraglich ist höchstens, auf wessen Veranlassung dies geschah, was das Obergericht aber als unwesentlich betrachtet hat.

6. Mit einer (Teil-)Eventualbegründung hat das Obergericht die Klage hinsichtlich eines pro-rata-Anspruchs für das Jahr 1992 schliesslich auch deshalb abgewiesen, weil es sich dabei nicht um einen Lohnbestandteil, sondern um einen gratifikationsähnlichen Anspruch handle, für welchen ein pro-rata-Anspruch zwischen den Parteien nicht vereinbart gewesen und somit nach Art. 322d OR auch nicht geschuldet gewesen sei (Urteil S. 35, Ziff. 5.2).

Nach Auffassung des Klägers verletze das Obergericht mit dieser Betrachtungsweise nicht nur Bundesrecht (was beim Bundesgericht gerügt werde), son-

dem auch den Anspruch auf rechtliches Gehör und weitere wesentliche Verfahrensgrundsätze (Beschwerde lit. D., S. 35 ff., Rz 150).

6.1a) Der Kläger macht vorab geltend, das Obergericht habe die Einrede der Beklagten, wonach Ansprüche aus dem LIS bei einem Austritt während des laufenden Jahres dahinfelen, berücksichtigt, obwohl sie im Hauptverfahren vor Arbeitsgericht nicht erhoben worden und daher vor Obergericht verspätet gewesen sei.

Das Obergericht stellt in diesem Zusammenhang fest (Urteil S. 35), die Beklagte stütze ihren Standpunkt nicht auf neue Tatsachenbehauptungen, sondern komme aufgrund der Auslegung des LIS zu ihren Schlussfolgerungen. Die Frage, ob für 1992 Zahlungen aus der LIS-Vereinbarung geschuldet seien oder nicht, konzentrierte sich somit auf die rechtliche Qualifikation dieser Vereinbarung.

b) Neue rechtliche Vorbringen sind während des gesamten Verfahrens und auch im Berufungsverfahren zulässig (*e contrario* aus § 114 ZPO), und die Berufungsinstanz ist in der rechtlichen Würdigung des Prozesstoffes frei. Insofern ist die Auffassung des Obergerichts nicht zu beanstanden. Der Kläger weist zwar darauf hin, dass sich die Beklagte hinsichtlich des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens auf § 115 Ziff. 2 ZPO berufen habe (Beschwerde Rz 165); massgebend ist jedoch, dass das Obergericht nicht auf den übereinstimmenden Parteiwillen abstellt, sondern - wie ausgeführt - ausdrücklich eine rechtliche Würdigung der Vereinbarung vornimmt (und dabei zu einem von der ersten Instanz abweichenden Ergebnis gelangt). Mit diesem Vorgehen hat das Obergericht weder §§ 114/ 115 noch § 267 ZPO (vgl. Beschwerde Rz 170), noch den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt. Es ist auch eine Frage des Bundesrechts, ob Verträge nach dem wirklichen (übereinstimmenden) Willen der Parteien oder nach objektivierten Kriterien (d.h. nach dem Vertrauensprinzip) auszulegen sind (vgl. MESSMER/IMBODEN, Eidgenössische Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 131 f. Ziff. 96).

6.2 Weiter beanstandet der Kläger, dass seine Vorbringen zur Frage, welches der wirkliche Wille der Parteien bei Abschluss der LIS-Vereinbarung gewesen sei, vom Obergericht übergangen worden seien (Beschwerde Rz 171 ff.).

Aus dem vorstehend (Ziff. 6.1) Ausgeführten folgt, dass die Rüge am angefochtenen Entscheid vorbeigeht. Nachdem das Obergericht nicht auf die Vorbringen der Beklagten zum tatsächlichen Parteiwillen abstellte, war es auch nicht verpflichtet, zu den entsprechenden Vorbringen des Klägers Stellung zu nehmen. Schwer verständlich ist die Rüge (Rz 174), das Obergericht habe dem Kläger das rechtliche Gehör verweigert, indem es die von der Beklagten als erheblich betrachteten Umstände des Vertragsabschlusses überging; im Übergehen dieser Vorbringen *der Gegenseite* kann von vornherein keine Gehörsverweigerung zum Nachteil des Klägers liegen. Wie gezeigt, hat das Obergericht in diesem Zusammenhang nicht auf die Vorbringen zum tatsächlichen Parteiwillen, sondern auf eine (objektivierte) Vertragsauslegung abgestellt, was hier nicht zu beanstanden ist.

7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde des Klägers in allen Teilen als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Sie ist insofern abzuweisen.

III. Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten

(Kass.-Nr. AA040156)

1. Die Beklagte, die mit ihrem Antrag auf Abweisung der Klage vor Obergericht vollumfänglich obsiegt hat und insofern durch das angefochtene Urteil (bzw. dessen Dispositiv) nicht beschwert ist, macht zur Begründung ihrer Beschwerdelegitimation und zur Frage der Fristwahrung geltend (Beschwerde S. 6, Rz 3-5), im Hinblick auf die Erhebung der eidgenössischen Berufung durch den Kläger sei sie insofern beschwert und damit auch beschwerdelegitimiert, als die Gefahr bestehe, dass das Bundesgericht seinen Entscheid zu Ungunsten der Beklagten auf der (für das Bundesgericht verbindlichen) Grundlage eines durch die Vorinstanz

nicht gehörig festgestellten Sachverhaltes fälle. Insofern müsse es ihr möglich sein, diejenigen Rügen, welche ausschliesslich mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde vorgebracht werden können, zu erheben. Dabei laufe gemäss Praxis die Frist zur Erhebung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Fall (erst) ab Kenntnisnahme von der Ergreifung der eidgenössischen Berufung durch die Gegenseite und sei vorliegend gewahrt.

Der Kläger bestreitet Legitimation und Fristwahrung durch die Beklagte dem Grundsatz nach nicht, macht aber die Unzulässigkeit der gestellten Rechtsbegehren geltend (KG act. 8 S. 2 ff.). Es sei mit dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde nicht vereinbar und verstosse insbesondere gegen § 291 ZPO, mehr als die Streichung von tatsächlichen Feststellungen zu verlangen. Eine Partei könne nicht verlangen, dass das Kassationsgericht andere Feststellungen an die Stelle der gestrichenen setze.

b) Nach feststehender und - wie gezeigt - auch vorliegend nicht in Frage gestellter Praxis und Lehre ist auch die vor Ober- oder Handelsgericht vollumfänglich obsiegende Partei zur Ergreifung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert, soweit sie geltend macht, die massgeblichen Feststellungen zum Sachverhalt beruhten auf Prozessrechtsverletzungen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen und sofern die Gegenseite ihrerseits gegen den Entscheid eidgenössische Berufung an das Bundesgericht erhebt (ZR 96 Nr. 101 und analog BGE 122 I 253 E. 6d; vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 281 N 14 m.H. und FRANK [ErgBand, Zürich 2000], vor § 259 ff. N 1; ADOLF LÜCHINGER, Zur Schliessung einer Lücke im Rechtsmittelsystem: Die Zulassung eines Rechtsmittels der siegreichen Partei für den Fall, dass die andere Partei an das Bundesgericht gelangt, in: FS Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 187 ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 70 ff.). In diesem Fall läuft die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde von dem Moment an, wo die obsiegende Partei von der Ergreifung der Berufung durch die Gegenseite Kenntnis erhält (ZR 96 Nr. 101 Erw. 3).

Insoweit ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten dem Grundsatz nach einzutreten.

c) Der Kläger wendet hingegen ein (KG act. 8 S. 3), mit der Nichtigkeitsbeschwerde könne - auch in der hier gegebenen Konstellation und entgegen den Vorbringen der Beklagten (Beschwerde S. 30 f., Rz 78 ff.) - nicht die Abänderung bestimmter Erwägungen oder tatsächlicher Feststellungen des angefochtenen Entscheides bzw. eine bestimmte Neuformulierung beantragt werden.

Die Feststellung eines Nichtigkeitsgrundes führt in der Regel zur Aufhebung und Rückweisung des angefochtenen Entscheides an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Eine *Streichung* von Erwägungen (zuhanden des Bundesgerichts) kann dort in Frage kommen, wo mehrere selbständige Begründungen (oder Begründungselemente) vorliegen und eine Gabelung der Rechtsmittelwege stattfindet (ZR 83 Nr. 57 und ständige Praxis; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 45). Ob im vorliegenden Fall als Folge einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde eine Rückweisung an die Vorinstanz oder eine Streichung zuhanden des Bundesgerichts vorzunehmen ist oder ob - wie die Beklagte geltend macht (Beschwerde S. 30, Rz 79) - nach § 291 ZPO (Ausfällung eines neuen Sachentscheides durch das Kassationsgericht) zu verfahren ist, wird gegebenenfalls von Amtes wegen und ohne Rücksicht auf diesbezüglich Anträge zu prüfen sein.

2. Die Beklagte rügt als erstes eine Verletzung von § 104a GVG als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Beschwerde Ziff. II/A/1, Rz 16-23, S. 9 ff.).

a) Zur Begründung führt die Beklagte aus, das Obergericht habe in seinem Rückweisungsbeschluss vom 30. August 1999 (im Hinblick auf das angeordnete Beweisverfahren zur Frage des Zustandekommens einer entsprechenden Vereinbarung) zutreffend festgestellt, dem Kläger obliege der Hauptbeweis dafür, dass am 20. Mai 1992 die von ihm behauptete Vereinbarung mit der Beklagten betreffend Beteiligung am LIS zustande gekommen sei. In teilweise signifikant vom Arbeitsgericht abweichender Würdigung der Beweise habe das Obergericht in seinem nunmehr angefochtenen Urteil festgestellt, dass sich im Beweisverfahren nicht mehr habe erhärten lassen, dass an der fraglichen Sitzung dem Kläger seitens des Salary Committee ein Satz von 1.3% offeriert worden sei. Ferner habe

im Beweisverfahren weder die vom Kläger behauptete und von der Beklagten bestrittene Annahme der Offerte von 1.3% noch deren Ablehnung erstellt werden können.

Damit - so die Beklagte weiter - sei die Sache bereits spruchreif gewesen. Da das Arbeitsgericht nach den verbindlichen Ausführungen im Rückweisungsbeschluss über die Frage des Zustandekommens einer Vereinbarung ein Beweisverfahren durchzuführen gehabt habe, also nach Auffassung des Obergerichts aufgrund der ursprünglichen Aktenlage nicht hätte entscheiden dürfen, und da ferner der Kläger die Beweislast für das Zustandekommen der Vereinbarung getragen habe, hätte das Obergericht im zweiten Berufungsverfahren die Klage ohne weiteres abweisen müssen, nachdem es zur Auffassung gelangt war, im Beweisverfahren habe sich nicht erstellen lassen, dass die Beklagte dem Kläger eine Beteiligung am LIS in der Höhe von 1.3% offeriert hatte. Unverständlicherweise habe aber das Obergericht die Beklagte bei Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren "behaftet", welche sie seinerzeit im Sinne eines Eventualstandpunktes vorgetragen habe; das Obergericht gehe nunmehr davon aus, dass das seitens des Salary Committee für den Kläger vorgesehene Entitlement von 1.3% "ins Gespräch gebracht" worden sei, was ohnehin nicht gleichbedeutend mit "offerieren" sei. Damit setze sich das Obergericht aber in diametralen Widerspruch zur eigenen Rechtsauffassung im Rückweisungsbeschluss vom 30. August 1999, und dies, obschon damals die "Behauptungslage" dieselbe gewesen sei. Es gehe nicht an, drei Jahre später und nachdem sich ergeben habe, dass der Kläger den Beweis für das Zustandekommen der in Frage stehenden Vereinbarung nicht erbringen konnte, wieder auf die ursprüngliche Behauptungslage abzustellen. Ein solches Vorgehen widerspreche § 104a GVG, wonach die rückweisende Instanz bei erneuter Befassung mit der Sache an die ihrem Rückweisungsentscheid zugrundeliegende Rechtsauffassung gebunden sei.

Dabei scheine - so die Beklagte weiter - das Obergericht sich der Problematik seines Vorgehens bewusst gewesen zu sein, erkläre es doch das Verhalten der Beklagten im Berufungsverfahren als "nachvollziehbar", wenn diese rüge, die Vorinstanz habe im Ergebnis die Beweislast umgekehrt, indem sie trotz Fehlens

des Nachweises einer *ausdrücklichen* Vereinbarung eine Berechtigung des Klägers am LIS bejahe; dennoch schütze das Obergericht die Auffassung des Arbeitsgerichts und verletze damit § 104a GVG, was sich übrigens auch daraus ergebe, dass sich das aufwändige Beweisverfahren bezüglich Zustandekommen der Vereinbarung nachträglich als "Leerlauf" erweise, hätte doch das Obergericht unter diesen Umständen schon im ersten Urteil auf Grund der (unverändert gebliebenen) "Behauptungslage" entscheiden können.

b) Gemäss § 104a Abs. 1 GVG ist bei Rückweisungen die untere Instanz und, bei erneuter Befassung mit dem Fall, die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrundeliegt. Diese auf den 1. November 2001 in Kraft getretene Bestimmung ist auch im vorliegenden Zusammenhang anwendbar; zwar erging der obergerichtliche Rückweisungsbeschluss vom 30. August 1999 noch unter der Herrschaft des früheren § 104 GVG (wonach eine Bindung der rückweisenden Instanz an ihren eigenen Entscheid verneint wurde), doch ist vorliegend der Zeitpunkt des hier angefochtenen obergerichtlichen Entscheides massgebend, denn erst in diesem Zusammenhang stellte sich konkret die Frage nach der Bindung des Obergerichts an seine frühere Rechtsauffassung. Der Kläger vertritt zwar die Auffassung (Beschwerdeantwort S. 8), weil zum damaligen Zeitpunkt die Bindungswirkung nach § 104a GVG noch nicht bestanden hatte, sei es nicht weiter erstaunlich, dass sich das Obergericht in seinem Rückweisungsbeschluss "nicht sehr präzise" ausgedrückt habe. Dies ändert nichts an der Tatsache, dass im Zeitpunkt des hier angefochtenen Urteils der neu formulierte § 104a GVG in Kraft stand. Auch vor dessen Inkrafttreten hätte im übrigen für den Fall, dass der Rückweisungsentscheid zu wenig präzise gewesen sein sollte, der Rechtsbehelf der Erläuterung (§ 162 GVG) zur Verfügung gestanden (vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 104a N 31). Schliesslich geht das Obergericht selbst ausdrücklich von der Anwendbarkeit von § 104a GVG aus (Urteil S. 11, Ziff. 2.5 und S. 33, Ziff. 4. 3), womit insofern der weiteren Diskussion über die Anwendung dieser Bestimmung der Boden entzogen ist.

Ebenfalls unzutreffend ist der Einwand des Klägers (Beschwerdeantwort S. 9), wonach die Bestimmung von § 104a GVG jedenfalls dann keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz enthalte, wenn wie hier die Rückweisung vor Erlass bzw. Inkrafttreten von § 104a GVG erfolgte und das rückweisende Gericht nicht damit gerechnet habe, zu einem späteren Zeitpunkt an einzelne Formulierungen gebunden zu sein. Ist von der Anwendbarkeit von § 104a GVG auszugehen, so handelt es sich dabei zweifellos auch um einen wesentlichen Grundsatz, zumal diese Bestimmung als Reaktion auf die kassationsgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Wiederaufnahme von Rügen in einem zweiten Beschwerdeverfahren und mit dem Ziel der Verfahrensstraffung erlassen worden war (vgl. ZR 103 Nr. 49 Erw. 3.5c; Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes). Dass schliesslich die Beklagte die entsprechenden Erwägungen des Arbeitsgerichts nicht schon im Berufungsverfahren als Missachtung der obergerichtlichen Rückweisung gerügt hat (Beschwerdeantwort S. 10), kann ihr in diesem Zusammenhang nicht entgegengehalten werden; vorliegend geht es um die Bindung der rückweisenden Instanz an ihren Entscheid, im Berufungsverfahren wäre es um die Bindung der unteren Instanz an den Entscheid der oberen Instanz gegangen.

Damit bleibt zu prüfen, ob das Obergericht im hier angefochtenen Urteil von seiner eigenen Auffassung, welche dem Rückweisungsbeschluss vom 30. August 1999 zugrundelag, abgewichen ist.

c) Der massgebliche Passus des Rückweisungsbeschlusses lautet (OG I act. 47 S. 13 f.):

"... In beweisrechtlicher Hinsicht ist deshalb davon auszugehen, dass grundsätzlich dem Kläger der Hauptbeweis dafür obliegt, dass am 20. Mai 1992 die von ihm behauptete Vereinbarung zustandegekommen ist. Der Beklagten steht dazu der Gegenbeweis offen. Indem die Vorinstanz auf die Beweisanträge der Beklagten (...) nicht eingetreten ist, hat sie damit die Verfahrensrechte der Beklagten verletzt. (...) Allein aus diesem Grunde ist das vorinstanzliche Teilurteil aufzuheben und der Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 270 ZPO). ...

4. - a) *Falls die Beurteilung des durch das Beweisverfahren ergänzten Sachverhaltes ergeben sollte, dass zwischen den Parteien bezüglich des LIS die von den Parteien unternommenen Vertragsverhandlungen gescheitert sind und keine Vereinbarung zustandegekommen ist, entfällt nach dem Gesagten die rechtliche Grundlage für die vom Kläger eingeklagten Ansprüche und wird die Klage abzuweisen sein."*

Mit diesen Erwägungen brachte das Obergericht zum Ausdruck, dass es des Nachweises des Zustandekommens einer Vereinbarung der Parteien bedürfe und dass diesbezüglich - gestützt auf die Parteivorbringen im Behauptungsverfahren - ein Beweisverfahren durchzuführen sei, wobei dem Kläger der Hauptbeweis dafür obliege, "dass am 20. Mai 1992 die von ihm behauptete Vereinbarung" zustandegekommen sei. Für den Fall des Scheiterns dieses Beweises entfalle jede rechtliche Grundlage für die eingeklagten Ansprüche (insbesondere auch solche aus Garantieverprechen, Vertragsverletzung oder auch aus Vertrauenshaftung, vgl. Rückweisungsbeschluss S. 14).

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seinen Rückweisungsentscheid hält das Obergericht im angefochtenen Urteil fest (Urteil S. 11 f.), der Anspruch des Klägers am Beteiligungssystem LIS setze den Bestand einer *Vereinbarung* voraus. Im weiteren analysiert es die rechtliche Natur des Beteiligungssystems und gelangt zum Schluss, dieses weise jedenfalls überwiegenden begünstigenden und damit gratifikationsähnlichen Charakter auf, weshalb Art. 6 OR (stillschweigende Annahme einer Offerte) grundsätzlich anwendbar sei. Zwar habe der Kläger vor Arbeitsgericht primär das Zustandekommen einer *ausdrücklichen* Vereinbarung über seine Beteiligung am LIS behauptet, worüber Beweis erhoben worden sei; das Arbeitsgericht habe jedoch zu Recht festgestellt, der Nachweis für die behauptete *ausdrückliche* Vereinbarung habe vom Kläger nicht erbracht werden können (Urteil S. 12 unten). In der Folge betrachtet es das Obergericht als nachvollziehbar, wenn die Beklagte im Berufungsverfahren rüge, das Arbeitsgericht habe die Beweislast umgekehrt, wenn es ungeachtet des Fehlens dieses Nachweises die Berechtigung des Klägers am LIS bejahe. Das Beweisverfahren könne sich allerdings naturgemäss einzig auf die Frage des (grundsätzlich vorran-

gigen) tatsächlichen Konsenses der Parteien beziehen. Lasse sich ein solcher nicht erstellen, sei noch nicht darüber entschieden, ob aufgrund des Vertrauensprinzips auf das Zustandekommen einer - in Anwendung von Art. 6 OR allenfalls auch stillschweigenden - Vereinbarung geschlossen werden müsse. Dabei handle es sich um eine dem Beweisverfahren nicht zugänglich Rechtsfrage (Urteil S. 13).

In der Folge gelangt das Obergericht zum Schluss, dass - unabhängig vom Scheitern des Beweises einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Parteien - gestützt auf die eigenen Vorbringen bzw. Zugeständnisse der Beklagten (Urteil S. 16) und in Anwendung von Art. 6 OR ein Beteiligungsanspruch des Klägers am LIS gestützt auf dessen stillschweigende Annahme des Vorschlags des Salary Committees entstanden sei (Urteil S. 17).

d) Mit diesen Erwägungen hat das Obergericht seine dem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsauffassung jedenfalls modifiziert. Hatte es dort (vgl. oben lit. c) zum Ausdruck gebracht, es komme entscheidenderheblich auf das Zustandekommen einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Beteiligung des Klägers am LIS an, worüber ein Beweisverfahren durchzuführen sei, und im Falle des Misslingens dieses (dem Kläger obliegenden) Beweises fehle es an jeglicher Grundlage für eine Bejahung der entsprechenden Berechtigung des Klägers, so hat es nunmehr ungeachtet der Tatsache, dass der in Frage stehende Beweis unbestrittenermassen gescheitert ist, eine solche Berechtigung aus rechtlichen Gründe (nämlich gestützt auf eine Auslegung nach Vertrauensprinzip in Verbindung mit Art. 6 OR) bejaht.

Ob in dieser Modifizierung eine im Sinne von § 104a GVG unzulässige Abweichung liegt, kann offen bleiben, weil die Beschwerde, wie nachfolgend zu zeigen ist, hinsichtlich dieses Teils der Begründung aus einem anderen Grund ohnehin gutzuheissen ist (Erw. 3 nachfolgend). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass gerade im Verhältnis ausdrücklicher Vertragsabschluss einerseits, konkludentes Verhalten bzw. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip andererseits hinsichtlich der Beurteilung der Identität bzw. Kongruenz von Vorbringen ein relativ grosszügiger Massstab Anwendung findet (vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 165 vor Ziff. 5 sowie LEUENBERGER, a.a.O.,

S. 318 bei Anm. 31), was dafür spricht, insofern auch dem Gericht einen gewissen Spielraum einzuräumen.

3. Die Beklagte rügt weiter eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der Verhandlungsmaxime und der Begründungspflicht durch die Vorinstanz (Beschwerde Ziff. II/A/2, S. 12 ff., Rz 24-45).

3.1a) Das Obergericht stellt im angefochtenen Urteil fest, es müsse mit der Vorinstanz aufgrund der Behauptungslage zwingend davon ausgegangen werden, dass das seitens des Salary Committee für den Kläger vorgesehene Entitlement von 1.3% ins Gespräch gebracht worden sei. Was sich zwar im Beweisverfahren nicht habe erhärten lassen - dass nämlich an der fraglichen Sitzung dem Kläger ein solcher Satz tatsächlich offeriert worden sei -, habe die Beklagte im Behauptungsverfahren mehrfach behauptet und damit zugestanden. Darauf sei abzustellen, andernfalls die Verhandlungsmaxime verletzt würde (Urteil S. 16, Ziff. 2.8).

In dieser Feststellung erblickt die Beklagte ihrerseits eine Verletzung der Verhandlungsmaxime, im Wesentlichen deshalb, weil das Obergericht sie bei angeblichen Zugaben behafte, die zwar je einzeln nicht falsch seien, jedoch die Vorbringen der Beklagten *insgesamt* unzutreffend würdigten, indem nicht zwischen dem *Haupt-* und dem *Eventual*standpunkt der Beklagten unterschieden werde (Beschwerde S. 12, Rz 26).

b) Wesentlich sei - so die Beklagte zur Begründung der Rüge (Rz 27 ff.) -, dass an der Sitzung des Salary Committee vom 20. Mai 1992 über den Entwurf des LIS und auch über einzelne Beteiligungssätze *nur diskutiert* worden sei und auch nur diskutiert werden konnte; das LIS sei nämlich damals noch nicht spruchreif gewesen und sei ebenso wie die einzelnen Entitlements erst an einer Sitzung vom 9. Dezember 1992 verabschiedet worden, wobei das schliesslich verabschiedete Modell wesentliche Änderungen gegenüber dem Entwurf erfahren habe. Dazu gehöre u.a., dass das Salary Committee gemäss dem Entwurf nicht die Kompetenz gehabt habe, über die einzelnen Entitlements zu beschliessen. Zwar sei nicht zu bestreiten, dass die Rechtsschriften der Beklagten einzelne Formulierung-

gen enthalten, die *bei isolierter Betrachtungsweise* dahingehend verstanden werden könnten, dass die Beklagte dem Kläger am 20. Mai 1992 eine Offerte im Sinne von Art. 3 OR gemacht habe; es sei aber mindestens ebenso deutlich immer wieder ausgeführt worden, dass am 20. Mai 1992 nur diskutiert worden sei, zumal zumindest noch in der Klageantwort überwiegend nicht rechtstechnische Begriffe wie "Offerte" oder "Antrag", sondern vagere, umgangssprachliche Termini ("Vorschlag") verwendet worden seien. Es sei somit noch nicht um den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gegangen. Das Gesagte korrespondiere auch mit den Aussagen des Zeugen Q., wonach an der Sitzung vom 20. Mai 1992 der Beteiligungsansatz des Klägers noch nicht festgelegt worden sei. Keineswegs könne daher "zwingend" davon ausgegangen werden, dass das Salary Committee dem Kläger damals im Sinne von Art. 3 OR einen Satz von 1.3% offeriert habe (Rz 32/33).

Das Vorgehen der Vorinstanzen, welches die Beklagte bei gewissen, aus dem Zusammenhang gelösten Aussagen "behaftete", verstosse - so die Beklagte weiter - gegen den auch für die Gerichte geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO). Dazu gehöre, dass Parteierklärungen nicht isoliert, sondern im gesamten Zusammenhang zu würdigen seien, was sich gerade auch aus dem vom Obergericht angerufenen BGE 113 Ia 433 ff. ergebe. Wären die Vorinstanzen dieser Pflicht nachgekommen, hätten sie anerkannt, dass die Beklagte im *Hauptstandpunkt* geltend machte, dass das LIS insgesamt und insbesondere die einzelnen Beteiligungssätze am 20. Mai 1992 lediglich diskutiert wurden und dem Kläger daher keine verbindliche Offerte gemacht wurde, zumal es hierfür schon an einer Willensäußerung der Beklagten fehle, die der Kläger als Antrag hätte verstehen dürfen. *Lediglich im Eventualstandpunkt* habe die Beklagte geltend gemacht, sie habe dem Kläger eine Beteiligung von 1.3% offeriert und der Kläger habe diese abgelehnt. Vor dem Hintergrund dieser Diskussion sei leicht nachvollziehbar, dass sich gewisse Behauptungen der Beklagten in der Duplik darauf bezogen, dass der Kläger jedenfalls abgelehnt hatte bzw. hätte. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts, welcher sich das Obergericht ohne jede Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren anschliesse, sei somit der Standpunkt der Beklagten im erstinstanzlichen Hauptverfahren zwar

nicht explizit, wohl aber erkennbar als Eventualstandpunkt vorgetragen worden. Indem das Obergericht solchermassen auf eine unzutreffend festgestellte "Behauptungslage" abstelle, verletze es die Verhandlungsmaxime (Rz 34 ff.).

Gehe man - so die Beklagte weiter - davon aus, die Behauptungslage sei nicht klar gewesen, indem die Vorbringen der Beklagten widersprüchlich gewesen seien, hätte zumindest Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO) bestanden, um der Beklagten Gelegenheit zur Verbesserung des Mangels zu geben; dies sei jedoch nicht geschehen. Es verstosse wiederum gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn das Arbeitsgericht der Beklagten in seinem zweiten Urteil vorwerfe, sie habe ihren Standpunkt erst im (ersten) Berufungsverfahren und damit verspätet "erkennbar eingenommen" (Rz 40). Dem Obergericht sei vorzuwerfen, dass es sich mit der ganzen Problematik auch in seinem zweiten Urteil überhaupt nicht befasse, obschon die Beklagte ihren Standpunkt sowohl in der ersten wie auch in der zweiten Berufungsschrift ausführlich dargetan habe und dieser Frage erhebliche Bedeutung zukomme. Zwar gebe das Obergericht den Standpunkt der Beklagten als solchen wieder, setze sich dann aber in den Erwägungen nicht materiell damit auseinander. Darin liege auch eine Verletzung der richterlichen Begründungspflicht im Sinne von § 157 GVG (Rz 41).

Schliesslich rügt die Beklagte im Zusammenhang mit Abstützung des Urteils auf Art. 6 OR eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde S. 18 ff., Rz 42-44).

3.2a) Nach der Verhandlungsmaxime hat der Richter Tatsachenbehauptungen, die von der Gegenseite nicht bestritten sind, grundsätzlich ohne weitere Prüfung als zugestanden bzw. als richtig hinzunehmen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 54 N 2; RB 2002 Nr. 74; einschränkend WALDER-RICHLI, a.a.O., § 17 Rz 8). Erst recht hat er damit von der Gegenseite anerkannte (erhebliche) Tatsachen ("Zugaben" bzw. "Geständnisse") seinem Entscheid zugrunde zu legen (GULDENER, a.a.O., S. 160). Die Nichtbeachtung einer von der Gegenpartei zugestandenen Tatsache verletzt daher die Verhandlungsmaxime (vgl. VIKTOR LIEBER, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: FS

125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 226 Anm. 27 am Ende, mit Hinweisen).

Richtig ist, dass - entsprechend den allgemeinen Regeln der Auslegung von Prozesshandlungen - die Frage, ob ein Geständnis einer Tatsache vorliegt, vom Richter unter Berücksichtigung des *gesamten Inhaltes* der Vorbringen und des Verhaltens der Partei im Prozess zu beurteilen ist (BGE 113 Ia 435 E. 4). Insbesondere gilt im Zusammenhang mit der Eventualmaxime, dass Parteivorbringen unter Berücksichtigung eines allfälligen Eventualbegehrens auszulegen sind (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 100 N 15 m.H.). Da es einer Partei freisteht, bezüglich ihres Eventualstandpunktes von anderen Tatsachenbehauptungen auszugehen als bezüglich ihres Hauptstandpunktes, wäre es nicht zulässig, aus einer lediglich *für den Eventualfall unterstellten Annahme* ("angenommen, aber nicht zugegeben, dass ...") einer Tatsache auf eine verbindliche Anerkennung dieser Tatsache zu schliessen.

b) Das Obergericht verweist in diesem Zusammenhang zur Hauptsache auf die detaillierte Wiedergabe der Parteivorbringen im erstinstanzlichen Entscheid vom 11. September 2002 und schliesst sich den Folgerungen des Arbeitsgerichts an, wonach die Beklagte selbst mehrfach habe behaupten lassen, sie habe dem Kläger einen bestimmten Satz vorgeschlagen bzw. offeriert (Urteil S. 16). Es trifft insoweit zu, dass sich das Obergericht mit den diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren (u.a. OG II act. 139 S. 11, Rz 26 m.H.) nicht ausdrücklich auseinandersetzt. Indessen ist in der obergerichtlichen Stellungnahme eine - zulässige - stillschweigende Verwerfung der Gegenargumente der Beklagten zu erblicken. Im übrigen durfte das Obergericht gestützt auf § 161 GVG ohne weiteres auf die Entscheidungsgründe der ersten Instanz verweisen, soweit es ihnen beipflichtete. Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht ist daher unbegründet.

c) Das Arbeitsgericht hatte seinerseits ausdrücklich zur These der Beklagten Stellung genommen, wonach ihre Vorbringen je als Bestandteil eines Haupt- und eines Eventualstandpunktes zu verstehen seien. Nach seiner Auffassung liessen sich ihre Vorbringen jedoch insoweit widerspruchsfrei wiedergeben, als am 20.

Mai 1992 seitens des "Salary Committee" ein "Entitlement" des Klägers von 1.3% ins Gespräch gebracht worden sei, denn nur diesfalls habe der Kläger anlässlich dieser Sitzung seine "Nichtzustimmung" erklären können. Zwar sei es zulässig, neben dem Hauptstandpunkt einen Eventualstandpunkt einzunehmen, solange sich die Behauptungen nicht widersprüchen; es wäre deshalb - so das Arbeitsgericht - nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte (gleichzeitig) im Hauptstandpunkt geltend gemacht hätte, es sei über das "Entitlement" auch des Klägers nur diskutiert worden, eventuell sei die Offerte der Beklagten vom Kläger zurückgewiesen worden. Indessen habe die Beklagte diesen Standpunkt erst im Berufungsverfahren (und damit verspätet) *erkennbar* eingenommen. Insoweit erscheine die (rechtliche) Erläuterung des in Frage stehenden Vorgangs in der Duplik keineswegs als Eventualstandpunkt, sondern als authentische Interpretation der Diskussion (bzw. Verhandlung) mit dem Kläger (OG I act. 133 S. 29).

Der wesentliche Punkt der Begründung des Arbeitsgerichts (und diesem folgend des Obergerichts) ist also, dass ein erkennbarer Eventualstandpunkt von der Beklagten erst im Berufungsverfahren und damit verspätet eingenommen worden sei, weshalb sie an ihren erstinstanzlich gemachten Vorbringen zu beharren sei. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, sie habe bereits von Anfang an, d.h. schon im erstinstanzlichen Hauptverfahren, wenn auch nicht explizit, so doch erkennbar einen Haupt- und einen Eventualstandpunkt eingenommen, wofür sie sich auf verschiedene Stellen in ihrer Klageantwort und Klageduplik beruft (Beschwerde S. 13 ff., Rz 28). Zudem macht sie geltend, sie habe vorliegend begründeten Anlass gehabt, erst im Berufungsverfahren explizit eine Haupt- und einen Eventualstandpunkt einzunehmen, weshalb insofern nicht von verspäteten Vorbringen ausgegangen werden dürfe (Beschwerde Rz 40, 44).

d) Unterzieht man zunächst die Vorbringen der Beklagten in den beiden erstinstanzlichen Rechtsschriften (Klageantwort und Klageduplik) einer näheren Prüfung, so hält die vom Arbeitsgericht seinem Urteil zugrundegelegte (und vom Obergericht übernommene) Auffassung stand. Die Beklagte brachte in den beiden Rechtsschriften jedenfalls nicht ohne weiteres erkennbar zum Ausdruck, dass

sie hinsichtlich der Frage des Zustandekommens einer Vereinbarung von einem Haupt- und einem Eventualstandpunkt ausging. So findet sich - worauf das Arbeitsgericht Bezug nimmt (OG I act. 133 S. 27) - etwa in der Duplik der Passus, wonach das Salary Committee der Beklagten einen vom Kläger gemachten Antrag (Satz von 1.6%) nicht angenommen habe, sondern dem Kläger seinerseits einen Satz von 1.3% offeriert habe; weiter heisst es dort (AG act. 27 S. 17, Rz 34):

"Da somit diese 'Annahme' des Salary Committee wesentlich vom Angebot des Klägers abwich, gilt sie ihrerseits als Antrag (...). Der so formulierte neue Antrag des Salary Committee wurde vom Kläger anlässlich der Sitzung vom 20. Mai 1992 nicht angenommen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 OR war das Salary Committee daher in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr an seinen Antrag gebunden. ... "

Dieser Passus vermochte zumindest den Anschein zu erwecken, dass die Beklagte selber von einem rechtlich verbindlichen Antrag des Salary Committee ausging, an welchen es zu jenem Zeitpunkt gebunden gewesen sei. In Übereinstimmung damit hatte die Beklagte bereits in der Klageantwort ausgeführt, es habe am Kläger gelegen, wenn er das Angebot des Salary Committee nicht annahm und es deshalb an der Sitzung vom 20. Mai 1992 zu keiner Einigung kam (AG act. 12 S. 20, Rz 60). Wenn das Arbeitsgericht in solchen Vorbringen eine Zugabe des Inhalts, dass seitens der Beklagten ein Angebot gemacht worden war, erblickte, erscheint dies als nachvollziehbar. Auf der anderen Seite hatte die Beklagte u.a. verschiedentlich zum Ausdruck gebracht, das LIS-Projekt habe sich damals erst im Entwurfsstadium befunden bzw. sei erst diskutiert worden (vgl. etwa AG act. 12 S. 19 f., Rz 59/60), was wiederum gegen die Zugabe, es habe ein verbindlicher Antrag vorgelegen, spricht.

e) Das Arbeitsgericht (und diesem folgend das Obergericht) ging, wie erwähnt, davon aus, die nachträgliche Klarstellung durch die Beklagte im ersten Berufungsverfahren sei verspätet und damit unbeachtlich. Mit der Berufungsbegründung vom 25. Januar 1999 hatte die Beklagte beanstandet (AG act. 41 S. 5 ff., Rz 14 ff.), sie werde zu Unrecht bei ihren Ausführungen in der Klageduplik behaftet;

sie machte nunmehr explizit geltend, es handle sich bei diesen Vorbringen lediglich um einen Eventualstandpunkt, nachdem sie in der Klageantwort klar zum Ausdruck gebracht habe, anlässlich der Sitzung vom 20. Mai 1992 sei das LIS-Projekt im Rahmen der internen Meinungsbildung erst diskutiert worden. Soweit die Beklagte vorliegend geltend macht, es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn das Gericht ihr vorwerfe, sie habe ihren Standpunkt erst im Berufungsverfahren und damit verspätet "erkennbar eingenommen" (Beschwerde S. 18 ff., Rz 40, 44), ist ihr darin zu folgen.

Gemäss § 267 ZPO, worauf sich die angefochtene Feststellung stützt, sind im Berufungsverfahren neue Vorbringen nur unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO zulässig. Es geht darum, dass die Parteien grundsätzlich das *Klagefundament* vor erster Instanz zu erstellen haben. Die Beklagte hat mit der oben wiedergegebenen Klarstellung in ihrer Berufungsbegründung indessen gar nicht neue Behauptungen zum Sachverhalt aufgestellt, sondern vielmehr ihre bereits vor erster Instanz gemachte Sachdarstellung insofern präzisiert, als sie klarstellte, dass es sich dabei in einem Punkt um eine blosser Eventualbegründung handle, bei welcher sie somit nicht behaftet werden könne. Eine solche Klarstellung war noch im Berufungsverfahren zulässig und beachtlich, zumal man sich ohnehin fragen muss, ob bei der vor Arbeitsgericht bestehenden (unklaren) Behauptungslage nicht - wie die Beklagte denn auch geltend macht - schon für das Arbeitsgericht Anlass zur Ausübung der Fragepflicht bestanden hätte, was insofern eine Berufung auf den Novenausschluss im Berufungsverfahren verbieten würde (vgl. MARTIN SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 170). Geht die Berufung auf § 267 ZPO im gegebenen Zusammenhang somit fehl, kann offen bleiben, ob im Vorgehen der Vorinstanzen überdies ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben zu erblicken ist.

Es stellt somit eine Verletzung der Verhandlungsmaxime in Verbindung mit den Bestimmungen über das Novenrecht im Berufungsverfahren (§ 267 ZPO) dar, wenn die Vorinstanzen von einer verbindlichen Zugabe seitens der Beklagten ausgingen und wenn das Obergericht in der Folge in Anwendung von § 54 Abs. 1

ZPO seinem hier angefochtenen Urteil diese Zugabe zugrundelegte, obschon die Beklagte mit ihrer Berufungsbegründung eine überzeugende und zulässige Erklärung abgegeben hatte, aus welcher sich ergab, dass insoweit kein Zugeständnis vorlag, bei welchem sie behaftet werden durfte.

f) Die weitere Rüge, ob das Obergericht im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 6 OR der Beklagten das rechtliche Gehör verweigert habe, kann unter diesen Umständen mangels Entscheiderheblichkeit offen bleiben.

3.3. Zusammenfassend erweist sich die Rüge im Sinne des oben Gesagten als begründet im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

4. Leidet die Begründung des Obergerichts, wonach zwischen den Parteien gestützt auf Art. 6 OR stillschweigend eine Vereinbarung über die Beteiligung des Klägers am LIS zustandegekommen sei, an einem Nichtigkeitsgrund, kann offen bleiben, ob der angefochtene Entscheid in diesem Zusammenhang überdies auf willkürlicher Beweiswürdigung beruht, wie dies die Beklagte geltend macht (Beschwerde Ziff. II/A.3, S. 20 ff.).

Hingegen ist auf die in anderem Zusammenhang erhobenen weiteren Rügen der Beklagten noch einzugehen.

5. Die Beklagte beanstandet (Beschwerde Ziff. II/B, S. 24 ff.), dass das Obergericht entgegen ihren Vorbringen einen Verstoss des Klägers gegen Ziff. 6 (iii) lit. e des LIS-Entwurfes verneinte. Dabei geht es darum, dass als "bad leaver" auch gilt, wer ohne vorgängige Zustimmung der Geschäftsleitung der Beklagten eine neue Stelle annimmt. Die Beklagte macht geltend, der angefochtene Entscheid beruhe insoweit auf willkürlicher Beweiswürdigung.

5.1a) Das Obergericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt (Urteil S. 23), der Zeuge Q. habe in der Zeugenbefragung klar und deutlich gesagt, dass er selbst (für die Beklagte) den Kläger aufgrund seines Verhaltens im Zusammenhang mit dem Austritt bei der Beklagten und dem Wechsel zur X. Bank AG *nicht* als "bad leaver" betrachtet habe. Der Zeuge habe zum Ausdruck gebracht, dass

von seiner Seite eine alle Seiten zufrieden stellende Lösung habe angestrebt werden sollen, worauf er auch aktiv hingewirkt habe.

Die Beklagte macht geltend (Beschwerde S. 25, Rz 60 ff.), das Obergericht gebe nicht an, auf welche Protokollstelle es sich dabei beziehe; mangels anderweitiger in Frage kommender Passagen sei davon auszugehen, dass es sich um S. 131 des (arbeitsgerichtlichen) Protokolls handle. Auf die Frage, ob der Zeuge dem Kläger bei seinem Austritt gesagt habe, er sei ein "bad leaver", habe Q. geantwortet:

"Nein, das habe ich damals nicht gewusst, ich dachte, er sei ein good leaver. Er hat zwar nicht das Gespräch gesucht mit der Geschäftsleitung. Das ganze System bestand damals aber noch nicht."

Bei unbefangenen Studium dieser Aussage könne - so die Beklagte - diese nicht anders verstanden werden, als dass Q. immer davon ausgegangen sei, dass der Kläger am LIS *nicht beteiligt* gewesen sei, womit natürlich auch die "bad leaver"-Klausel auf ihn nicht anwendbar gewesen sei. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, wie das Obergericht die Aussage Q.s insgesamt dahingehend habe werten können, dass dieser den Kläger aufgrund seines Verhaltens beim Austritt auch dann nicht als "bad leaver" qualifiziert hätte, wenn er von der Anwendbarkeit der LIS ausgegangen wäre.

b) Das Obergericht ist nicht in Willkür verfallen, wenn es aus der zitierten Zeugenaussage (aber nicht nur aus dieser allein) den Schluss zog, der Kläger sei wegen dieses Verhaltens seitens der Beklagten noch nicht als "bad leaver" beurteilt worden. Zwar mag zutreffen, dass diese Äusserung - vor allem wegen des letzten Satzes - von der Prämisse ausgeht, dass der Kläger gar nicht am LIS beteiligt war (weil es dieses noch nicht gab). Auf der anderen Seite hat aber der Zeuge auf die weitere Frage, ob er heute der Auffassung sei, der Kläger sei ein "bad leaver", geantwortet: *"Ja, hauptsächlich wegen des Falls D."* (a.a.O.). Daraus folgt, dass auch aus nachträglicher Sicht des Zeugen zwar der Fall D., nicht aber das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit seinem eigenen Stellenwechsel, im Vordergrund steht (vgl. dazu auch die weitere Aussage Q.s, wonach

er den Kläger aus heutiger Sicht nicht als "bad leaver" bezeichnen würde. Prot. S. 136). Insofern kann jedenfalls nicht von einer willkürlichen Beweiswürdigung die Rede sein.

Daran vermag auch der Hinweis der Beklagten (a.a.O., Rz 63) auf die Aussagen des Zeugen P. nichts zu ändern. Dessen Aussagen werden im arbeitsgerichtlichen Urteil (OG II act. 133 S. 38 f.), auf welches sich das Obergericht bezieht, wiedergegeben; inwiefern dabei die Vorinstanzen in Willkür verfallen sein sollen, wird nicht näher ausgeführt.

5.2a) Das Obergericht hat sodann erwogen, die Austrittsvereinbarung mit dem Kläger lasse auf die Zustimmung der Beklagten zum Austritt schliessen (Urteil S. 23 f., Ziff. 3.3.4). Auch diese Feststellung erachtet die Beklagte als willkürlich (Beschwerde Rz 66 ff.). Zur Begründung macht sie geltend, in der betreffenden Vereinbarung vom 21. September 1992 werde keinerlei Bezug auf den LIS-Entwurf genommen; vielmehr regle diese Vereinbarung lediglich die Modalitäten des Stellenwechsels. Es gehe nicht an und sei willkürlich, von dieser Austrittsvereinbarung, mit welcher die Beklagte vorab Schutzmassnahmen im eigenen Interesse getroffen habe, auf eine solche Zustimmung zu schliessen.

Es ist keine Frage der Beweiswürdigung, ob aus der in Frage stehenden Austrittsvereinbarung auf eine entsprechende Zustimmung der Beklagten geschlossen werden kann; vielmehr hat das Obergericht in diesem Zusammenhang - ohne nähere Feststellungen zum tatsächlichen Parteiwillen - eine rechtliche Würdigung von Tatsachen im Hinblick auf eine bestimmte Vertragsklausel vorgenommen. Insoweit ist auf die Rüge nicht einzutreten (§ 285 ZPO).

b) Dasselbe gilt bezüglich der Frage, was sich aus dem Schreiben vom 15. September 1992 ableiten lässt (Rz 69 der Beschwerde), soweit man insoweit überhaupt von einer hinreichend substantiierten Rüge ausgehen kann.

5.3 Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind somit unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

6. Die Beklagte vertrat erstmals im zweiten Berufungsverfahren (mit der Berufungsreplik) die Auffassung, der Kläger sei auch deshalb als "bad leaver" zu qualifizieren, weil er den früheren Mitarbeiter der Beklagten, Dr. L., zum Stellenwechsel zur X. Bank geradezu gedrängt und überdies dazu angestiftet habe, Kunden mitzunehmen; ferner deshalb, weil er weitere Mitarbeiter abzuwerben versucht habe. Diese Tatsachen habe sie - die Beklagte - erst nachträglich erfahren (vgl. Urteil S. 25). Das Obergericht hat diese Vorwürfe als verspätet qualifiziert (Urteil S. 31 f.). Auch insoweit macht die Beklagte eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes geltend (Beschwerde Ziff. II/C, S. 28 ff.); sie weist in diesem Zusammenhang - mit Recht - wiederum darauf hin, dass zwar diese Fragen offen bleiben könnten, solange es bei der Klageabweisung bleibe. Im Hinblick auf eine möglicherweise abweichende rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht bestehe aber dennoch ein (latentes) Rechtsschutzinteresse (a.a.O., Rz 72).

a) Konkret macht die Beklagte geltend (Beschwerde Rz 73 ff.), sie habe bereits vor Obergericht ausführlich dargetan, weshalb die vorgetragene neue Behauptungen gemäss § 115 Ziff. 1 und 3 ZPO zulässig gewesen seien. Tatsache sei, dass ihr bis zu einem Gespräch ihres Rechtsvertreters mit Dr. L. im Februar 2003 die entsprechenden Umstände nicht bekannt gewesen seien. Dr. L. sei erst an sie gelangt, nachdem er sein Arbeitsverhältnis mit der X. Bank AG per Oktober 2001 gekündigt hatte und per 1. November 2001 freigestellt worden war, was in der Folge zu einem Prozess geführt habe. Richtig sei zwar, dass die Beklagte bereits zu einem früheren Zeitpunkt *geahnt* habe, dass der Kläger im Zusammenhang mit dem Weggang L.s von der Beklagten gegen gewisse "bad leaver"-Klauseln des LIS-Entwurfes verstossen haben könnte; indessen seien ihr keinerlei auch nur ansatzweise substantiierbare Einzelheiten bekannt gewesen, weshalb auch keine substantiierten Behauptungen hätten vorgetragen und zum Beweis verstellt werden können. Es wäre sinnlos gewesen und hätte den Grundsätzen der Prozessführung nach Treu und Glauben widersprochen, unter diesen Umständen nicht näher verifizierbare Behauptungen vorzutragen, zumal Dr. L. während der Zeit seiner Beschäftigung bei der X. Bank AG auch kaum dazu bereit

gewesen wäre, entsprechende Aussagen zu machen, und sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen hätte.

Die Beklagte habe damit glaubhaft gemacht, dass sie die Tatsachenbehauptungen betreffend den Fall "L." ohne ihr Verschulden nicht früher vortragen können bzw. dass ihre entsprechenden Vorbringen erst durch das genannte Gespräch im Februar 2003 veranlasst worden seien.

b) Das Obergericht hat erwogen, es falle auf, dass der Name L. erstmals bei der persönlichen Befragung des Klägers am 25. April 2000 erwähnt worden sei; dieser habe damals jede aktive Einflussnahme bestritten und darauf hingewiesen, dass dies auch hinsichtlich der Kunden gelte. Auch bei der Einvernahme des Zeugen P. sei der Name L. gefallen; gerade diese Zeugeneinvernahme mache deutlich, dass der Weggang L.s bei der Beklagten offensichtlich bereits damals mit der "bad leaver"-Klausel in Zusammenhang gebracht worden sei, weshalb nicht einzusehen sei, dass seitens der Beklagten erst in der *Replik* des *zweiten* Berufungsverfahrens darauf hingewiesen wurde (Urteil S. 32).

Mit dieser Begründung setzt sich die Beklagte nicht näher auseinander, weshalb die Rüge schon aus diesem Grund keinen Erfolg haben kann. Im übrigen hätte angesichts der Aussagen des Zeugen P. vom 25. April 2000 (Prot. AG S. 72 f.) für die Beklagte durchaus Anlass bestanden, bereits früher auf den Fall L. Bezug zu nehmen und entsprechende Abklärungen zu beantragen, nachdem der Zeuge als Beispiel für Mitarbeiter, die zu X. gingen, L. ausdrücklich erwähnte. Insofern kann nicht gesagt werden, die Beklagte habe einen allfälligen Verstoss lediglich geahnt, und das Obergericht setzte keinen Nichtigkeitsgrund, wenn es diese Vorbringen als verspätet nicht zuliess.

c) Diese Rüge erweist sich somit als unbegründet.

7. Insgesamt erweist sich die Beschwerde der Beklagten somit in einem Punkt als begründet (oben Ziff. 3.2e), während sie im übrigen als unbegründet abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

IV. Zusammenfassung; Nebenfolgen

1. Nach den vorliegenden Erwägungen ergibt sich folgende Konstellation:

Der angefochtene Entscheid leidet hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend die Beteiligung des Klägers am LIS zustandegekommen ist, an einem Nichtigkeitsgrund. Er ist deshalb gestützt auf § 281 Ziff. 1 ZPO aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird - im wesentlichen entsprechend Beschwerdeantrag 2 - ein Urteil mit demselben Dispositiv (Abweisung der Klage) auszufällen haben, wobei es ihr freisteht, in der Urteilsbegründung die Frage des Zustandekommens einer Vereinbarung entweder zu verneinen, sie offen zu lassen oder mit einer anderen Begründung zu bejahen; in allen Fällen dürfte jedenfalls nicht von einer Zugabe der Beklagten im oben erwähnten Sinn ausgegangen werden.

Sollte das Obergericht den Nachweis des Zustandekommens einer Vereinbarung der Parteien verneinen, würde schon dies allein die Klageabweisung begründen, womit insoweit der Frage, ob der Kläger gegen die "bad leaver"-Klausel verstossen habe, keine Bedeutung mehr zu käme.

2. Der Kläger unterliegt mit seiner eigenen Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich. Ebenso unterliegt er im Ergebnis hinsichtlich der von der Beklagten eingereichten Beschwerde; die Tatsache, dass nur eine der erhobenen Rügen begründet ist, genügt, um - entsprechend dem Beschwerdeantrag - das angefochtene Urteil aufzuheben. Somit wird der Kläger für das Kassationsverfahren vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

Bei der Bemessung von Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung ist von einem Streitwert von Fr. 1'131'000.- auszugehen. Es fällt sodann in Betracht, dass es sich um zwei Beschwerdeverfahren handelt und dass die Verfahren mit einem verhältnismässig grossen Aufwand verbunden sind.

Das Gericht beschliesst:

1. Die beiden Kassationsverfahren AA040127 und AA040156 werden vereinigt und gemeinsam unter der zuerst genannten Nummer erledigt.
2. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers (AA040127) wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten (AA040156) wird das angefochtene Urteil des Obergerichts vom 28. Juni 2004 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 35'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 985.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- (inkl. 7.6% MWSt.) zu entrichten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung (ad AN970327) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: