Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.276/2003 /lma

Urteil vom 20. Februar 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler,
Favre, Ersatzrichter Geiser,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
A._____ AG,
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Felix C. Meier-Dieterle,

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Hans-Peter Buchschacher,

Gegenstand
Arbeitsvertrag; Konkurrenzverbot,

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 18. August 2003.

Sachverhalt:

A.
Die A._____ AG (Beklagte) betreibt unter anderem in Zürich die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, vor allem im Bereich Bau und Industrie. B._____ (Kläger) trat am 1. Januar 2001 bei der Beklagten eine Stelle als "Personalberater" an. Der Arbeitsvertrag enthält folgende Vereinbarung:
"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während der Dauer von 24 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit für ein oder in einem Unternehmen, welches mit der Arbeitgeberin direkt oder indirekt im Wettbewerb steht, auszuüben, sowie kein eigenes Unternehmen gleicher Art zu eröffnen oder sich an einem solchen direkt oder indirekt zu beteiligen.
Der Arbeitnehmer verpflichtet sich auch, während 24 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgeberin zu vermitteln.
Das Konkurrenz- und Abwerbeverbot gilt für einen Umkreis von 150 Km vom Arbeitsplatz.
Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, für jede Verletzung des Konkurrenz- und oder Abwerbeverbotes eine Konventionalstrafe in sechsfacher Höhe seines letzten Monatslohnes (Fixum, Provision, Spesen) zu zahlen. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit den Arbeitnehmer nicht davon, das Konkurrenz- und Abwerbeverbot vollumfänglich einzuhalten. Der Arbeitgeberin steht sodann das Recht zu, zusätzlich zur Konventionalstrafe weiteren Schaden geltend zu machen.
Unabhängig vom Anspruch auf Bezahlung der Konventionalstrafe sowie des Schadenersatzanspruches steht der Arbeitgeberin ein Anspruch auf Realerfüllung des Konkurrenzverbotes und auf Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes gemäss Art. 340b Abs. 3 OR zu."
Mit Schreiben vom 31. August 2001 kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2001. Am 11. September 2001 entliess die Beklagte ihn fristlos.

B.
Am 4. Oktober 2001 gelangte der Kläger gegen die Beklagte an das Arbeitsgericht Zürich. Er forderte den ausstehenden Lohn für die Zeit vom 1. bis 11. September 2001 sowie den anteilsmässigen 13. Monatslohn und die Auszahlung seines Ferienguthabens. Überdies verlangte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Die Beklagte machte widerklageweise eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 20'038.55 nebst Zins geltend. Am 16. Dezember 2002 hiess das Arbeitsgericht die Klage teilweise gut und wies die Widerklage ab. Es verpflichtete die Beklagte zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und zur Bezahlung von Fr. 5'941.50 nebst Zins.

Auf Berufung der Beklagten hin nahm das Obergericht des Kantons Zürich am 18. August 2003 davon Vormerk, dass das arbeitsgerichtliche Urteil in Rechtskraft erwachsen sei, soweit die Hauptklage geschützt worden sei, und hiess die Widerklage im Umfang von Fr. 13'009.80 nebst Zins teilweise gut.

C.
Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte eidgenössische Berufung und der Kläger Anschlussberufung. Die Beklagte beantragt im Wesentlichen die Abweisung der Klage und die Gutheissung der Widerklage im Betrag von Fr. 20'038.55 nebst Zins. Der Kläger verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, soweit das Konkurrenzverbot nicht aufgehoben worden sei, und die Gutheissung der Hauptklage im Umfang des arbeitsgerichtlichen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Klageforderung nicht mehr streitig sei und die Appellation nur die Widerklage betreffe. Sie hielt deshalb fest, sowohl der Zeugnisanspruch wie auch der Anspruch auf Fr. 5'941.50 für ausstehenden Lohn und Ferienentschädigung samt Zins seien rechtskräftig anerkannt. Das Gericht befasste sich deshalb nur noch mit der Widerklage, welche die Frage betrifft, ob eine Konventionalstrafe wegen Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbots bzw. Abwerbeverbots geschuldet sei.

Die Beklagte wehrt sich gegen die Feststellung der Vorinstanz, dass das Urteil des Arbeitsgerichts in Rechtskraft erwachsen sei, soweit dem Kläger damit Fr. 5'941.50 zugesprochen wurden. Sie habe im kantonalen Verfahren immer eine Konventionalstrafe im Betrag von Fr. 26'019.60 geltend gemacht, indessen Verrechnung erklärt und daher per Saldo Fr. 20'038.55 eingeklagt.

Es ist der Beklagten beizupflichten, dass über ihren nach der Verrechnungserklärung bestehenden Saldoanspruch noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist. Ziffer 1 des erstinstanzlichen Urteils kann daher in der Tat noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sein. Ob dieser Betrag dem Kläger noch zusteht, war vor Obergericht nach wie vor bestritten und ist es auch noch im vorliegenden Verfahren. Demgegenüber ist der erstinstanzliche Entscheid in materielle Rechtskraft erwachsen, soweit darin der Lohnanspruch des Klägers für die Zeit bis zum 11. September 2001 und sein Umfang festgehalten worden sind. Sowohl die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht sind an diese Berechnung der ersten Instanz gebunden. Insofern ist auf diesen Forderungsposten nicht mehr zurück zu kommen (zum Begriff der materiellen Rechtskraft vgl. Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, S. 214 ff.). Entsprechend kann im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden, ob der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, d.h. bis Ende September 2001, geschuldet war. Insofern ist auch ohne Bedeutung, ob für die fristlose Entlassung ein hinreichender Grund vorlag oder nicht.

Streitig ist damit vor Bundesgericht ausschliesslich die Frage, wieweit die widerklageweise geltend gemachte und zur Verrechnung gestellte Konventionalstrafe geschuldet ist.

2.
Ein Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber verpflichten, ihn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zu konkurrenzieren. Eine solche Vereinbarung bedarf der Schriftform (Art. 340 Abs. 1 OR). Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Er-

schwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist (Art. 340a Abs. 1 OR).

Ob ein Konkurrenzverbot als übermässig anzusehen ist, lässt sich immer nur unter gesamthafter Berücksichtigung seines Umfangs nach Gegenstand, Ort und Zeit beurteilten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Berechtigte dem Verpflichteten für das Konkurrenzverbot eine Karenzentschädigung ausrichtet oder nicht (BGE 91 II 372 E. 8 S. 381; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 340a OR). Entscheidend ist, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt (BGE 96 II 139 E. 3b; Staehelin, a.a.O., N. 6 zu Art. 340a OR). Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den ehemaligen Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Zudem fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass geboten hat oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR).

2.1 Die Beklagte macht geltend, es könne vorliegend nicht darauf ankommen, ob diese Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt seien. Die Parteien hätten nämlich nicht nur ein Konkurrenzverbot vereinbart, das den genannten strengen Regeln unterliege. Vielmehr bestehe daneben auch ein vertragliches Verbot, Arbeitssuchende abzuwerben. Dieses Abwerbeverbot bestehe selbständig neben dem Konkurrenzverbot und es sei für jede Abwerbung eines Temporärmitarbeiters eine Konventionalstrafe geschuldet. Das Abwerbeverbot unterliege zudem nicht den für das Konkurrenzverbot geltenden Voraussetzungen.
2.1.1 Soweit die Beklagte dafür hält, das vorliegend vereinbarte Abwerbeverbot unterstehe nicht den gleichen Voraussetzungen wie ein Konkurrenzverbot, verkennt sie die gesetzliche Regelung. Die schweizerische Wirtschaftsordnung geht vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit aus (Art. 94 Abs. 1 BV). Entsprechend gewährleistet die neue Bundesverfassung auch ausdrücklich die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht (Art. 27 Abs. 1 BV) und hält fest, dass diese insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasse (Art. 27 Abs. 2 BV). Nach dem Grundrechtsverständnis der neuen Verfassung richten sich die Grundrechte nicht ausschliesslich gegen den Staat. Vielmehr müssen sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV) und die Behörden einschliesslich der Gerichte haben dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV; vgl. dazu Jörg Paul Müller, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 Rz. 36 ff.).

Es ist nicht zu verkennen, dass gewisse Wettbewerbsbeschränkungen für einen funktionierenden, transparenten und lauteren Markt zwingend sein können. Soweit damit aber die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer eingeschränkt wird, ist Zurückhaltung geboten. Diese Überlegungen gelten auch für den Arbeitsmarkt. Als Dauerschuldverhältnis setzt das Arbeitsverhältnis eine Vertrauensbasis zwischen den Parteien voraus. Es liegt auf der Hand, dass ein Arbeitnehmer Einblick in viele Geschäftsgeheimnisse haben kann, deren spätere Verwertung durch einen Konkurrenten grossen Schaden anzurichten geeignet ist. Die Absicherung, dass Know How, das ein Unternehmen mit hohen Kosten aufgebaut hat, nicht einfach ohne jegliche Entschädigung von einem anderen Unternehmen ausgenutzt werden kann, liegt im Interesse eines lauteren und transparenten Marktes. Entsprechend sieht das Arbeitsvertragsrecht eine Vielzahl von Regeln vor, welche die Vertraulichkeit im weiteren Sinne schützen. Weitere Schutznormen finden sich im UWG (SR 241; zur Begründung ausführlich: Peter Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Basel 1989, S. 1 ff.).

Das Arbeitsvertragsrecht bezweckt aber mit seinen zwingenden Bestimmungen auch den Schutz des Arbeitnehmers als schwächere Partei. Weil der Arbeitnehmer in der Regel auf das Erwerbseinkommen und damit auf eine Anstellung für seinen Lebensunterhalt angewiesen ist, sind alle Bindungen und Einschränkungen der beruflichen Betätigungsfreiheit, die über das Arbeitsverhältnis hinausgehen, bedenklich. Entsprechend hat der Gesetzgeber solchen Vereinbarungen im Arbeitsvertragsrecht in aller Regel klare Schranken gesetzt. Die ausführlichste Ausgestaltung hat dabei das nachvertragliche Konkurrenzverbot gefunden (Art. 340 ff. OR). Aber auch die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht ist positivrechtlich verankert. Der Arbeitnehmer ist nach Be-

endigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist (Art. 321a Abs. 4 OR).

Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber nicht alle denkbaren nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen regeln konnte. Eingang ins Gesetz fanden nur jene Klauseln, die in der Praxis Bedeutung haben. Daraus muss geschlossen werden, dass für ähnliche beschränkende Vereinbarungen wie die im Gesetz vorgesehenen die gleichen Regeln und Voraussetzungen analog gelten müssen wie für die im Gesetz ausdrücklich geregelten, sofern sie überhaupt als zulässig zu betrachten sind (zur analogen Anwendung zwingender Bestimmungen vgl. Geiser, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer [Hrsg.], Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996, S. 61 ff.).

Dass ein Abwerbeverbot von Kunden einen Arbeitnehmer in seiner Wirtschaftsfreiheit weniger beschränke, als ein Konkurrenzverbot, lässt sich nicht allgemein behaupten (so wohl auch Markus Frick, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Zürich 2000, S. 84). Ein Konkurrenzverbot kann so eng gefasst sein, dass es praktisch keine Einschränkung darstellt, während sich andererseits eine Betätigung ohne Abwerbung der Kunden bei einem sehr kleinen Markt als unmöglich und sich ein Abwerbeverbot entsprechend einschneidend erweisen kann. Die in den Art. 340 ff. OR enthaltene Regelung macht die Wirksamkeit und die Rechtsfolgen des eigentlichen Konkurrenzverbots wie auch anderer nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen von einem ausgewogenen Interessenausgleich abhängig. Die Regelung verlangt eine Beurteilung der Interessen im Einzelfall und erlaubt damit sehr wohl auch zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die konkrete Ausgestaltung der Wettbewerbsbeschränkung die wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers tatsächlich beeinträchtigt. Die Regelung bietet damit genügend Raum, dem unterschiedlichen Ausmass der Bindung Rechnung zu tragen. Insofern müssen von vornherein für alle nachvertraglichen Einschränkungen der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen gelten wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot, sofern diese nicht durch besondere Gesetzesbestimmungen ohnehin unzulässig sind (vgl. z.B. Art.19 Abs. 5 lit. b und Art. 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11]).

2.1.2 Die kantonalen Instanzen haben dem Abwerbeverbot keine selbständige Bedeutung beigemessen. Obgleich der Vertragstext dieses neben ein Konkurrenzverbot stellt, handle es sich um das Gleiche. Als Konkurrenzierung sei nicht nur ein Tätigwerden gegenüber potentiellen Einsatzbetrieben zu betrachten, sondern auch ein solches gegenüber potentiellen Arbeitswilligen. Die Beklagte sieht darin eine falsche Auslegung des Vertrages.

Ein Unternehmen tritt regelmässig auf mehreren Märkten auf. Auf den einen bietet es seine Produkte und Dienstleistungen an. Auf den andern bezieht es die dafür notwendigen Rohstoffe bzw. Produkte. Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot betrifft nur die anbieterseitige Konkurrenz. Nicht erfasst wird die konkurrierende Nachfrage nach gleichen Gütern zur Weiterverarbeitung (Urteil des Bundesgerichts 4C.338/2001 vom 5. April 2002, E. 4; Becker, Berner Kommentar, N. 8 zu Art. 356 OR; Bohny, a.a.O., S. 74; Fritz Pflüger, Das vertragliche Konkurrenzverbot im Dienstvertrag, Diss. Bern 1949, S. 34). Der Begriff des Konkurrenzierens ist im landläufigen Sinn auszulegen (BGE 92 II 22 E. 1d/e). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in Art. 340 Abs. 2 OR als Voraussetzung für die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes nicht nur der Einblick in den Kundenkreis sondern auch jener in die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erwähnt werden. Die Bestimmung regelt nur die Gültigkeitsvoraussetzungen des Konkurrenzverbotes, nicht aber die Frage, welche Märkte für die verbotene Tätigkeit relevant sind. Aus dem Umstand, dass die Art. 340 ff. OR nur die Konkurrenz auf dem Angebotsmarkt nicht aber jene auf dem Nachfragemarkt regeln, ist zu schliessen, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot für letzteren im Arbeitsvertragsrecht unzulässig ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.338/2001 vom 5. April 2002, E. 4b).

Beim vorliegenden Abwerbeverbot handelt es sich allerdings nicht um eine Frage des Nachfragemarktes. Die Beklagte bietet die Dienstleistung der Arbeitsvermittlung an. Kunden ihrer Dienstleistung sind nicht nur die Arbeitgeberinnen, die Arbeitskräfte suchen, sondern auch die Arbeitnehmer, die eine Arbeitsstelle wollen. Bei beiden tritt die Beklagte als Vermittlerin auf. Sie bietet damit ihre Dienstleistung auf beiden Märkten an. Die Abwerbung von Temporärarbeitnehmern für die Vermittlung durch den neuen Arbeitgeber fällt somit unter die

Konkurrenzierung. Der Kläger tritt damit auf dem gleichen Angebotsmarkt auf, auf dem auch die Beklagte ihre Dienstleistungen anbietet. Es handelt sich insofern nicht bloss um die Abwerbung von Arbeitnehmern der bisherigen Arbeitgeberin (vgl. dazu Frick, a.a.O., S. 79 ff.). Die kantonalen Instanzen haben deshalb die selbständige Bedeutung des Abwerbeverbots zu Recht verneint.
2.1.3 Die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung richtet sich somit - wie das Obergericht zu Recht festgestellt hat - nach den Bestimmungen über das Konkurrenzverbot. Dass der Kläger Einsicht in den Kundenkreis hatte, die Verwendung dieser Kenntnisse die Beklagte erheblich schädigen könnte und die Vereinbarung auch die gesetzlichen Formerfordernisse erfüllt, ist unbestritten.

2.2 Der Kläger vertritt die Ansicht, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der gegen ihn ausgesprochenen ungerechtfertigten fristlosen Entlassung dahingefallen.
2.2.1 Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass das Arbeitsverhältnis auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Dabei ist der begründete Anlass nicht mit dem wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung zu verwechseln (vgl. BGE 92 II 31 E. 3 S. 35 f.).

Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR fallen nur Gründe in Betracht, die jeweils von der Gegenpartei gesetzt bzw. zu verantworten sind. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann (Rehbinder, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 340c OR; Staehelin, a.a.O., N. 7 f. zu Art. 340c OR; Peter Bohny, Konkurrenzverbot, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, Rz. 5.31 und 5.34; vgl. auch Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 7 zu Art. 340c OR; Christoph Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich 2000, S. 76). Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt. Entsprechend fällt das Konkurrenzverbot bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer beispielsweise dahin, wenn diese die Folge einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Entlöhnung oder einer chronischen Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung ist oder wegen steter Vorwürfe oder eines generell schlechten Betriebsklimas erfolgt (vgl. Rehbinder, a.a.O., N. 4 zu Art. 340c OR; Neeracher,
a.a.O., S. 72 ff.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 340c OR; vgl. auch BGE 110 II 172 E. 2b).

Dabei ist gleichgültig, ob es sich um eine ordentliche oder eine fristlose Kündigung handelt. Erweist sich eine fristlose Kündigung der Arbeitgeberin als gerechtfertigt, so wird in aller Regel ein begründeter Anlass im Sinne des Gesetzes vorliegen, so dass das Konkurrenzverbot bestehen bleibt. Erweist sich demgegenüber die fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt, kann daraus noch nicht geschlossen werden, dass kein begründeter Anlass vorlag. Es ist sehr wohl möglich, dass der zur Kündigung führende Vorfall zwar nicht als so gravierend angesehen werden kann, dass er die fristlose Entlassung rechtfertigt, indessen bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung gibt (vgl. BGE 92 II 31 E. 3 S. 35 f.).
2.2.2 Eine Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, dass die fristlose Entlassung von der Arbeitgeberin ausgesprochen worden ist, nachdem der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt hatte. Es stellt sich daher die Frage, welche Kündigung für die Frage massgeblich ist, ob das Konkurrenzverbot dahin gefallen ist oder nicht.

Grundsätzlich kann es nur darauf ankommen, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis beendet worden ist. Das nachvertragliche Konkurrenzverbot rechtfertigt sich nur, wenn die Arbeitgeberin bei einem korrekten Verhalten des Arbeitnehmers bereit gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen bzw. wenn nicht die Arbeitgeberin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne begründeten Anlass verursacht hat. Es ist deshalb auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (anders wohl Staehelin, a.a.O., N. 20 zu Art. 340c OR). Hat ein Arbeitnehmer ohne begründeten Anlass gekündigt, so kann das Konkurrenzverbot dennoch nachträglich dahinfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist aus einem anderen Grund beendet wird, sei es, dass die Arbeitgeberin ohne jeglichen Grund eine fristlose Entlassung ausspricht oder dass der Arbeitnehmer wegen des Verhaltens der Arbeitgeberin während der Kündigungsfrist gerechtfertigt das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet. Die ordentliche Kündigung kann nicht bewirken, dass das Verhalten der Parteien während

der Kündigungsfrist für die Frage des Bestands des Konkurrenzverbots ohne jede Bedeutung wird.
2.2.3 Vorliegend hat die von der Arbeitgeberin am 11. September 2001 ausgesprochene fristlose Entlassung das Arbeitsverhältnis beendet. Massgebend sind somit die Gründe, die zur fristlosen Entlassung geführt haben. Dabei ist von den grundsätzlich verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz auszugehen. Soweit sich die Parteien auf weitere Sachverhaltselemente berufen, ohne sich auf eine Ausnahme nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG zu berufen, sind sie damit nicht zu hören (BGE 127 III 248 E. 2c; 125 III 193 E. 1e S. 205; 115 II 484 E. 2a).

Die Vorinstanz ist auf die Gründe, die zur fristlosen Entlassung geführt haben, nicht weiter eingegangen, weil sie diese im vorliegenden Zusammenhang - fälschlicherweise - als unbeachtlich angesehen hat. Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber, dass der Kläger erst ordentlich kündigte, als er eine neue Stelle gefunden hatte. Ferner habe nicht irgendwelches Fehlverhalten der Arbeitgeberin den Kläger zur Kündigung veranlasst, sondern der schlichte Umstand, eine bessere Stelle gefunden zu haben. Mit Blick auf den Wirkungskreis der neuen Arbeitgeberin war auch klar, dass der Kläger mit der neuen Anstellung das vereinbarte Konkurrenzverbot verletzen werde. Dies und vom Kläger im Betrieb der Beklagten unternommene Machenschaften zur Vorbereitung der späteren Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen, waren nach Darstellung der Beklagten denn auch der Grund für die fristlose Entlassung. Dass sich daraus ohne vorherige Abmahnung kaum ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR ergibt, liegt auf der Hand (vgl. BGE 129 III 380 E. 2.1 mit Hinweisen), braucht aber vorliegend mangels Entscheiderheblichkeit nicht endgültig geklärt zu werden. Ausschlaggebend ist einzig, dass solche Vorbereitungen als begründeter Anlass zur
Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR genügen. Stellt die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, braucht sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt. Sie hat vielmehr einen begründeten Anlass, ihrerseits das Arbeitsverhältnis zu beenden, gegebenenfalls unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist.

Das Obergericht ist somit im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Konkurrenzverbot nicht hat wegfallen lassen.

3.
3.1 Wie sich gezeigt hat, liegt ausschliesslich ein Konkurrenzverbot vor und nicht ein besonderes, daneben selbständig bestehendes Abwerbeverbot (E. 2.1 vorne). Der Kläger hat gegen diese vertragliche Vereinbarung verstossen, indem er sich kurze Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses von einer Konkurrentin seiner früheren Arbeitgeberin anstellen liess und für diese lediglich gut 20 Kilometer vom alten Arbeitsort entfernt zu arbeiten begann. Die einzelnen Handlungen für seine neue Arbeitgeberin stellen alle Teil dieser Übertretung dar. Sie sind deshalb nicht gesondert jedes Mal als neue Verletzung des Verbots anzusehen. Sie bilden vielmehr als Ganzes die konkurrenzierende Tätigkeit. Insoweit kann die Konventionalstrafe entgegen der Ansicht der Beklagten nur einmal geschuldet sein. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Konventionalstrafe vertraglich für jede Verletzung des Verbots geschuldet ist. Der Kläger hat sich nur ein Mal anstellen lassen. Entsprechend hat er das Verbot nur ein Mal übertreten, wohl fortgesetzt, nicht aber wiederholt.

3.2 Nach Art. 163 Abs. 3 OR können übermässig hohe Konventionalstrafen vom Gericht nach seinem Ermessen herabgesetzt werden. Das Obergericht hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und die Konventionalstrafe auf drei Monatslöhne reduziert. Die Beklagte hält diese Reduktion für zu stark.

Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 S. 381 f., 715 E. 4.4 S. 725, je mit Hinweisen).

Aus den Erwägungen im angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe einerseits die Intensität der Verletzung und andererseits die wirtschaftliche Lage des Klägers berücksichtigt hat. Es ist zutreffend, dass die Konventionalstrafe den Pflichtigen je nach seiner Wirtschaftslage unterschiedlich trifft. Insofern kann für die Beurteilung der Höhe der Konventionalstrafe nicht einfach die Anzahl der geschuldeten Monatslöhne massgebend sein. Je angespannter die finanzielle Lage des Pflichtigen ist, um so eher muss die Konventionalstrafe als überhöht angesehen werden. Andererseits rechtfertigt es sich an die Grenze der Leistungskraft zu gehen, wenn die Verletzung schwer wiegt und vorsätzlich begangen worden ist. Die Vorinstanz orientierte sich in seinem Entscheid an anerkannten Gesichtspunkten (vgl. BGE 114 II 264) und hielt sich innerhalb der zulässigen Ausübung des sachrichterlichen Ermessens.

Die Beklagte verkennt sodann die Argumentation des Obergerichts, soweit sie geltend macht, dieses habe in unzulässiger Weise berücksichtigt, dass sie von ihrem Recht zur Realexekution nicht Gebrauch gemacht habe. Das Gericht sieht darin keinen Grund zur Schmälerung des Anspruchs auf Konventionalstrafe. Es will mit seinen Ausführungen nur darlegen, dass eine Reduktion das Konkurrenzverbot auch im betreffenden Umfang nicht wirkungslos macht, weil der Anspruch auf Realerfüllung unabhängig davon besteht.

4.
Die Beklagte beanstandet schliesslich zu Recht, dass das Obergericht ihre vor der ersten Instanz abgegebene Erklärung über die Verrechnung der klägerischen Lohnforderung mit der Konventionalstrafe nicht berücksichtigt habe. Nachdem die erste Instanz die zur Verrechnung gestellte Forderung abgewiesen und die Gegenforderung des Klägers gutgeheissen hatte, konnte das Obergericht nicht einfach die erstinstanzliche Klagegutheissung als rechtskräftig bezeichnen (vgl. E. 1 vorne). Die Beklagte hat Anspruch darauf, dass im Urteil nur der bis im vorliegenden Berufungsverfahren strittige Saldoanspruch festgehalten wird, so dass sie nicht dem Kläger eine Leistung erbringen muss, um dann ihrerseits den ganzen ihr zugesprochenen Betrag einfordern zu müssen (Art. 120 und 124 OR). Das angefochtene Urteil ist deshalb insoweit aufzuheben und der Beklagten nur der Saldo zuzusprechen.
Nach der insoweit zu bestätigenden Entscheidung des Obergerichts steht der Beklagten eine Konventionalstrafe von Fr. 13'009.80 und dem Kläger eine Lohnforderung von Fr. 5'941.50 zu. Der Kläger hat der Beklagten somit per Saldo Fr. 7'068.30 zuzüglich Zins seit 11. September 2001 zu bezahlen.

5.
Die Beklagte obsiegt nur, soweit es um die Verrechnung geht, nicht aber betragsmässig. Die Anschlussberufung ist vollständig abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 159 Abs. 2 und 3 OG). Eine Gerichtsgebühr ist mit Blick auf den Streitwert keine zu erheben (Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Da sich am materiellen Ergebnis nichts ändert, kann die Festsetzung und Verteilung der Gerichts- und Parteikosten für das kantonale Verfahren unverändert bleiben (Art. 159 Abs. 6 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und die Ziffern 1 und 4 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. August 2003 werden aufgehoben. Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

2.
In teilweiser Gutheissung der Klage und der Widerklage wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten Fr. 7'068.30 zuzüglich Zins seit 11. September 2001 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag des Klägers in der Betreibung Nr. 36302 des Betreibungsamtes Zürich 11 (Zahlungsbefehl vom 26. Oktober 2001) beseitigt.

3.
Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

4.
Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. Februar 2004
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: