

BGer 4A_22/2014

Bundesgericht

Urteil

23.04.2014

BGer 4A_22/2014 vom 23.04.2014

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Klett, Präsidentin,

Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,

Gerichtsschreiberin Reitze.

Verfahrensbeteiligte

A._____ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt Michael Bütikofer,

Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Sven Rüetschi,

Beschwerdegegner.

Gegenstand

Arbeitsvertrag, vorsorgliche Massnahmen,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern,
Zivilabteilung, 2. Zivilkammer,

vom 9. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A. A.a. Die A. _____ AG (Gesuchstellerin, Beschwerdeführerin) bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen in der Personalberatung und Vermittlung von Dauer- und Temporärstellen, insbesondere im Bereich Technik, Industrie und Gewerbe und ist in der ganzen Schweiz tätig. B. _____ (Gesuchsgegner, Beschwerdegegner) ist gelernter CNC-Mechaniker. Am 2. August 2006 schlossen die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab, mit dem B. _____ als Personalberater in der Filiale Bern angestellt wurde. Gemäss Ziffer 13 und 14 des Vertrages wurde Folgendes vereinbart:

"13. Konkurrenzverbot

Herr B. _____ verpflichtet sich, während der Dauer seiner Anstellung und während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der A. _____ AG im Gebiet der ganzen Schweiz die A. _____ AG, in keiner Art und Weise zu konkurrenzieren. Insbesondere verpflichtet er sich, weder auf eigene noch auf fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, in einem solchen tätig zu sein oder sich an einem solchen zu beteiligen, welches mit der A. _____ AG im Wettbewerb steht. (...)

14. Konventionalstrafe

Sollte Herr B. _____ die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes verletzen, so verpflichtet er sich zur Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 25'000.00.

Die Zahlung der Konventionalstrafe hat keine befreiende Wirkung von der Einhaltung der Bestimmungen und bleibt im Weiteren für jeden der A. _____ AG zugefügten Schaden vollumfänglich ersatzpflichtig. Die A. _____ AG ist berechtigt, neben der Leistung der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens, die unmittelbare Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen."

Zu Beginn des Jahres 2009 wurde B. _____ zum Leiter des Geschäftsbereichs Technik/Industrie/Gewerbe befördert.

A.b. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 kündigte B. _____ seine Anstellung per 31. März 2014. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 kündigte die A. _____ AG ihrerseits das Vertragsverhältnis mit der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten per 31. Dezember 2012 und stellte B. _____ per sofort frei.

A.c. Am 25. Februar 2013 wurde die C. _____ AG mit Sitz in U. _____ im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt die Suche, Selektion, Beratung und Schulung von Personal, Zurverfügungstellung von Personal für Fest-, Temporär- und Teilzeitstellen, Übernahme und Management des Personals auf Antrag, Lohnverwaltung sowie alle Arbeiten, die mit Outsourcing-Verträgen in Verbindung stehen. Als einziges Verwaltungsratsmitglied wurde D. _____

aufgeführt. B. _____ wurde im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die C. _____ AG tätig.

Mit undatiertem Schreiben an B. _____ erklärte die C. _____ AG, handelnd durch D. _____, dass sie ihm am 8. April 2013 per 15. April 2013 kündige und dass sie sich freuen würde, ihn nach dem juristischen Verfahren mit der A. _____ AG wieder bei der C. _____ AG anstellen zu können. Aus der Arbeitgeberbescheinigung vom 3. Mai 2013 ist weiter ersichtlich, dass B. _____ vom 2. April 2013 bis zum 15. April 2013 als Geschäftsführer der C. _____ AG tätig war und dabei ein Monatsverdienst von Fr. 5'000.– erzielte. Seit dem 29. April 2013 wurde er durch Vermittlung der E. _____ AG als Hilfsmonteur bei der F. _____ eingesetzt.

B. B.a. Mit Eingabe vom 5. April 2013 beim Regionalgericht Bern-Mittelland beantragte die Gesuchstellerin:

"1. Dem Gesuchsgegner sei mit sofortiger Wirkung zu verbieten, die Gesuchstellerin direkt oder indirekt als Personalvermittler bzw. -berater in den Bereichen Elektro, Metallbau, Gebäudetechnik, Industrie, Bauhaupt- sowie Baunebengewerbe zu konkurrenzieren, insbesondere indem er für die C. _____ AG mit Sitz in U. _____ tätig ist.

2. Es sei dem Gesuchsgegner mit sofortiger Wirkung und für die Dauer von zwei Jahren zu verbieten in der ganzen Schweiz Personal in den Bereichen Elektro, Metallbau, Gebäudetechnik, Industrie, Bauhaupt- und Baunebengewerbe zu vermitteln, insbesondere indem er für die C. _____ AG mit Sitz in U. _____ tätig ist.

3. Die Rechtsbegehren gemäss Ziffer (n) 1 und 2 seien superprovisorisch und unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu erlassen."

Mit Verfügung vom 8. April 2013 wies die Gerichtspräsidentin des Regionalgerichts Bern-Mittelland das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen und mit Entscheid vom 17. Juli 2013 auch das Massnahmegesuch selber ab. Die Gerichtskosten von Fr. 4'400.– auferlegte sie der Gesuchstellerin und verpflichtete diese, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 16'647.70 auszurichten.

B.b. Die Gesuchstellerin erhob gegen den Entscheid vom 17. Juli 2013 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern, wobei sie an ihren erstinstanzlichen Begehren festhielt. Mit Entscheid vom 9. Dezember 2013 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, es seien die bereits erst- und vorinstanzlich beantragten Verbote auszusprechen und die "Verbote gemäss Ziff. 2 und 3" (richtig: gemäss Ziff. 1 und 2) seien mit der Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbinden; unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide kantonalen Instanzen und das Bundesgericht zu Lasten des Beschwerdegegners.

Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. In Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Dezember 2013 sei das Gesuch abzuweisen. Eventualiter sei das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

Erwägung 1

1. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen gelten nur dann als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen. Selbstständig eröffnete Massnahmeentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, stellen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG dar (BGE 138 III 76 E. 1.2 S. 79 mit Hinweis).

Der angefochtene Entscheid betrifft vorsorgliche Massnahmen, die in einem von der Einleitung eines ordentlichen Hauptverfahrens unabhängigen Verfahren beurteilt wurden. Mit dem angefochtenen Entscheid wurde das Gesuch abgewiesen und damit das Gesuchsverfahren zum Abschluss gebracht. Es handelt sich folglich um einen Endentscheid i.S. von Art. 90 BGG (vgl. auch BGE 138 III 76 E. 1.2 S. 79 mit Hinweis).

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keiner Bemerkung Anlass, sodass - unter Vorbehalt einer genügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - auf die Beschwerde einzutreten ist.

Erwägung 2

2.1. Bei einem Entscheid, der eine vorsorgliche Massnahme zum Gegenstand hat, kann vor Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 98 BGG). Die Verletzung dieser Rechte kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 65 E. 1.3.1 S. 68; 134 I 83 E. 3.2 S. 88; 133 III 439 E. 3.2 S. 444 f.; je mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin muss klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darlegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 133 III 589 E. 2 S. 591 f.). Macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 9 BV geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (BGE 134 II 349 E. 3 S. 352; 133 I 1 E. 5.5 S. 5; 133 III 439 E. 3.2 S. 444).

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören auch Feststellungen über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellung über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Da gegen den angefochtenen Entscheid nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte

geltend gemacht werden kann (Art. 98 BGG), kommt eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG) nur dann in Frage, wenn die Vorinstanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat. Wird Letzteres geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachenfeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese verfassungswidrig, insbesondere willkürlich sein soll (BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398, 585 E. 4.1 S. 588 f.; je mit Hinweisen). Ausserdem hat die Beschwerdeführerin mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen genannt hat (Urteile 4A_10/2013 vom 28. Mai 2013 E. 1.4; 4A_341/2011 vom 21. März 2012 E. 1.5.1; 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (vgl. BGE 133 III 350 E. 1.3 S. 351 f., 393 E. 7.1 S. 398, 462 E. 2.4 S. 466 f.).

2.3. Diesen Anforderungen an die Begründung genügt die Beschwerde teilweise nicht. Insbesondere präsentiert die Beschwerdeführerin auf den Seiten 5-8 ihrer Beschwerde sowie bei ihren Ausführungen zu den Voraussetzungen der Realexekution gemäss Art. 340b Abs. 3 OR und zu ihrem Verhalten gegenüber dem Beschwerdegegner ihre eigene Darstellung des Sachverhalts, wobei sie über weite Strecken von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweicht, ohne rechtsgenügend begründete Sachverhaltsrügen zu erheben. So beruft sie sich auch wiederholt auf die Feststellungen im Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland. Diese sind jedoch nur insofern massgeblich, als das Obergericht in seinem Entscheid darauf verweist und sie so zu seinen eigenen machte. Auf die entsprechenden Vorbringen ist nicht einzutreten.

Erwägung 3

3. Nicht mehr bestritten wird im bundesgerichtlichen Verfahren, dass das Konkurrenzverbot in Ziffer 13 und die Konventionalstrafe in Ziffer 14 des Arbeitsvertrages vom 2. August 2006 gültig (Art. 340 Abs. 1 OR) und verbindlich (Art. 340 Abs. 2 OR) vereinbart wurden.

Die Vorinstanz hielt dabei im Wesentlichen fest, der Beschwerdegegner habe sich mit der Unterzeichnung der schriftlichen Konkurrenzverbotsabrede verpflichtet, für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Während seiner mehrjährigen Tätigkeit für die Beschwerdeführerin habe er Einblick in deren Kundenstamm gehabt und habe dadurch ohne Weiteres die Eigenschaften und Bedürfnisse von deren Kunden gekannt und zu diesen regelmässigen Kontakt gepflegt. Damit habe die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung bestanden, indem der Beschwerdegegner das bei der Beschwerdeführerin gewonnene Wissen für die C. _____ AG hätte weiter verwenden können: Der Beschwerdegegner habe bei der Beschwerdeführerin im Jahre 2012 einen Umsatz von insgesamt Fr. 5 Mio. generiert. Alleine mit der G. _____ AG, welche der Beschwerdegegner nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin kontaktiert habe, habe er im Jahre 2012 einen Umsatz von einer halben Million Schweizerfranken generiert, was 10 % seines Gesamtumsatzes für das Jahre 2012 ausgemacht habe. Durch den drohenden Verlust dieser einen, jedoch bedeutenden Kundin, sei das erforderliche Schädigungspotential erreicht.

Erwägung 4

4. Umstritten ist jedoch nach wie vor, ob das Konkurrenzverbot allenfalls dahin gefallen ist.

4.1. Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst.

4.2. Die Vorinstanz nahm an, die Beschwerdeführerin habe das Arbeitsverhältnis gekündigt, ohne dass ihr der Beschwerdegegner dazu begründeten Anlass gegeben hätte. Damit falle das gültig vereinbarte Konkurrenzverbot dahin, ohne dass die weiteren Rügen noch zu prüfen seien. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei daher von der Erstinstanz im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden.

Die Beschwerdeführerin habe mit separatem Schreiben vom 30. Oktober 2012 eine Begründung der Kündigung und der Freistellung nachgereicht. Darin habe sie auf die wiederholte Verletzung von Arbeitspflichten trotz erfolgter Weisungen sowie die Absicht des Beschwerdegegners, in naher Zukunft ein konkurrierendes Unternehmen in der Personalvermittlungsbranche zu gründen, verwiesen. Der Beschwerdegegner habe eingeräumt, dass er in der Zeit zwischen 2008 bis 2011 und damit noch vor der Kündigung und Freistellung grundsätzlich ein konkurrierendes Verhalten an den Tag gelegt habe. Die Beschwerdeführerin sei aber über diverse Schritte (Firmenname, Logo, Domainname, Mitarbeiter) informiert gewesen. Erst Ende Januar 2013 und damit nach der Kündigung und Freistellung habe der Beschwerdegegner begonnen, sich effektiv mit der Gründung der C. _____ AG zu beschäftigen. Plane ein Arbeitnehmer, sich selbstständig zu machen oder zusammen mit anderen eine Konkurrenzfirma zu gründen, sei es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 III 67 E. 2.3.5) aber an sich legitim, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorkehrungen zu treffen; die Treuepflicht verbiete einzig, noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung des Arbeitgebers zu beginnen oder ihm Angestellte bzw. Kunden abzuwerben. Die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass sie aufgrund der konkurrenzierenden Tätigkeit des Beschwerdegegners *während* seiner Beschäftigung bei ihr begründeten Anlass zur Kündigung gehabt habe. Die in der Begründung zur Kündigung ebenfalls angeführten angeblich unterlassenen Eintragungen würden angesichts der sonstigen Arbeit des Beschwerdegegners nicht derart ins Gewicht fallen, dass sie einen "begründeten Anlass" zur Kündigung seitens der Beschwerdeführerin darstellen könnten.

4.3. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Auslegung und Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR.

4.3.1. Sie macht zu Recht geltend, dass die Vorinstanz - anders als die Erstinstanz - fälschlicherweise von der Rechtsprechung gemäss BGE 138 III 67 statt von jener gemäss BGE 130 III 353 ausgegangen sei. In BGE 138 III 67 war ein von den Parteien vereinbartes Konkurrenzverbot als ungültig qualifiziert worden. In der Folge prüfte das Bundesgericht, ob dem Arbeitnehmer eine Verletzung der *gesetzlichen Treuepflicht* vorgeworfen werden könne, nach welcher ihm verboten ist, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber zu konkurrenzieren (Art. 321a Abs. 3 OR). Dabei erwog das Bundesgericht, dass ein Arbeitnehmer, der die Gründung

eines Konkurrenzunternehmens ins Auge fasst und hiezu noch vor Ablauf des Arbeitsvertrages Vorbereitungs-handlungen vornimmt, seine Treuepflicht nicht verletzt, solange er seinen Arbeitgeber nicht zu konkurrenzieren bzw. dessen Arbeitnehmer oder Kundschaft abzuwerben beginnt. Die von der Vorinstanz zitierte und ihrer Beurteilung zugrunde gelegte Passage, wonach es "an sich legitim" sei, dass der Arbeitnehmer "vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitung (zur späteren konkurrenzierenden Tätigkeit) treffen kann", bezieht sich daher einzig auf diese Treuepflicht. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers erlischt aber mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift mit Ablauf des Arbeitsvertrages und schliesst eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgenommene konkurrenzierende Tätigkeit nicht aus.

Diese Rechtsprechung zu Art. 321a Abs. 3 OR betrifft daher offensichtlich nicht die vorliegende Situation, in welcher zwischen den Parteien ein gültiges und verbindliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde (vgl. E. 3 hiavor) und als entscheidende Frage zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin "begründeten Anlass" zur Kündigung gemäss Art. 340c Abs. 2 OR gegeben hat. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Rechtsprechung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt (BGE 130 III 353 E. 2.2.1 S. 359 mit Hinweisen; Urteile 4A_8/2013 vom 2. Mai 2013 E. 6.1; 4A_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2). Namentlich hat das Bundesgericht die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen als begründeten Anlass qualifiziert. Stelle die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereite, brauche sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündige (BGE 130 III 353 E. 2.2.3 S. 361; Urteil 4A_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2). Indem die Vorinstanz auf die Voraussetzungen einer Treuepflichtverletzung (Art. 321a Abs. 3 OR) abstellte und nicht die Kriterien gemäss Art. 340c Abs. 2 OR anwendete, steht ihre Begründung im klaren Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Begründung erweist sich als offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich (vgl. auch Urteil 5D_130/2011 vom 22. September 2011 E. 2.2).

4.3.2. Von einer willkürlichen Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn es aufgrund des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts auch im Ergebnis willkürlich ist, der Beschwerdeführerin einen begründeten Anlass für ihre Kündigung abzusprechen.

Die Vorinstanz stellte fest, der Beschwerdegegner habe eingeräumt, in der Zeit von 2008 bis 2011 und damit noch vor der Kündigung und seiner Freistellung grundsätzlich ein konkurrierendes Verhalten an den Tag gelegt zu haben; er erkläre aber, die Beschwerdeführerin habe dies zugelassen. Aus dem E-Mailverkehr zwischen den Parteien gehe ohne Weiteres hervor, dass der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin tatsächlich über diverse Schritte informiert habe. Zusammenfassend hielt sie fest, dass der Beschwerdegegner vor seiner Freistellung - nach Orientierung der Beschwerdeführerin - Vorbereitungs-handlungen für eine spätere konkurrenzierende Tätigkeit unternommen, indessen keine effektive Konkurrenz-tätigkeit ausgeübt habe.

Der Beschwerdegegner bestreitet solche Vorbereitungshandlungen nicht, wendet aber ein, bei den erwähnten Handlungen (Erstellen eines Facebook-Profiles, Registrieren einer Webseitenadresse, Erstellen von Logos und Ähnlichem) handle es sich um derart marginale "Vorbereitungshandlungen", dass diese nicht als problematisch im Sinne der gesetzlichen Regelung eingestuft werden könnten. Das trifft nach dem oben Dargelegten nicht zu. Massgeblich ist, ob die Arbeitgeberin feststellen muss, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, womit sie nicht zuzuwarten braucht, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt (oben E. 4.3.1 a.E.). Es kommt demnach auch nicht darauf an, ob die Vorbereitungshandlungen bereits im Jahre 2011 oder noch früher erfolgten und nicht unmittelbar vor der Kündigung und Freistellung, wie der Beschwerdegegner einwendet. Wie die Erstinstanz richtig festhielt und worauf die Vorinstanz verweist, ist massgeblich, dass es sich bei der Kündigung der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2012 um eine "überholende" Gegenkündigung zur eigenen Kündigung des Beschwerdegegners vom 2. Oktober 2012 handelte, mit der im Ergebnis einzig die vom Beschwerdegegner gesetzte überlange Kündigungsfrist bis 31. März 2014 auf die vertraglichen zwei Monate verkürzt wurde. Ihr dies verbieten zu wollen und ihr zuzumuten, den Beschwerdegegner - nachdem sie grundsätzlich um die Vorbereitung einer Konkurrenztaetigkeit wusste - noch weitere eineinhalb Jahre mit dem von der Vorinstanz selber bejahten Schädigungspotential (vgl. E. 3) beschäftigen oder sonst mit Entlohnung freistellen zu müssen, ist unhaltbar.

Die Vorinstanz wies schliesslich darauf hin, dass die Beschwerdeführerin über die Vorbereitungshandlungen informiert gewesen sei. Eine ausdrückliche oder stillschweigende einvernehmliche Wegbedingung des Konkurrenzverbots hat sie aber nicht festgestellt. Sie verweist in diesem Zusammenhang einzig auf zwei E-Mails des Beschwerdegegners vom Oktober 2008, aus denen sich aber die Haltung der Beschwerdeführerin nicht ergibt.

Der Schluss der Vorinstanz, das Konkurrenzverbot sei dahin gefallen, ist somit auch im Ergebnis willkürlich.

Erwägung 5

5. Ist es besonders schriftlich verabredet, kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens auch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, wenn seine verletzten oder bedrohten Interessen und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen (Art. 340b Abs. 3 OR). Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren die Beseitigung eines vertragswidrigen Zustands in diesem Sinn. Die Erstinstanz nahm an, da die Beschwerdeführerin keine Angaben zum drohenden Schaden gemacht habe und daher namentlich nicht bekannt sei, ob dieser die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 25'000.00 übersteige, habe sie keine überwiegenden Interessen glaubhaft gemacht. So fehle es auch an der kumulativen Voraussetzung der besonderen Treuwidrigkeit. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen von Art. 340b Abs. 3 OR jedoch nicht geprüft, da sie vom Dahinfallen des Konkurrenzverbots ausging.

Nachdem die Vorinstanz diesen Punkt nicht beurteilt hat, fehlen dem Bundesgericht die tatsächlichen Grundlagen, um die Frage zu entscheiden. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

Erwägung 6

6. Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Gerichtsgebühr dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und hat er die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.** Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, vom 9. Dezember 2013 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 2.** Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
- 3.** Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.– zu entschädigen.
- 4.** Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. April 2014

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Die Gerichtsschreiberin: Reitze