

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

Urteil vom 24. August 2016

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ (Schweiz) AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster vom 28. Januar 2016 (AH150023-I)

Rechtsbegehren:

(Urk. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von CHF 27'600.00 zu bezahlen.
2. Unter Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster vom 28. Januar 2016:

(Urk. 21 = Urk. 25)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebür fällt ausser Ansatz.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteienschädigung von Fr. 4'320.– zu bezahlen.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage).

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 24 S. 2):

- " 1. Die Verfügung des Einzelrichters im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 28. Januar 2016 sei vollumgänglich aufzuheben.
2. Der Einzelrichter im vereinfachten Verfahren des Bezirksgericht Uster sei anzuweisen, auf die Klage vom 16. September 2015 einzutreten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 30 S. 2):

- " 1. Die Anträge des Berufungsklägers seien vollumfänglich abzuweisen und es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 28. Januar 2016 zu bestätigen.
2. Alles unter Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Berufungsklägers."

der Nebenintervenientin (Urk. 31 S. 2):

" Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und die Nichteintretensverfügung des Arbeitsgerichtspräsidiums Uster vom 28. Januar 2016 zu bestätigen;
eventualiter sei die Klage abzuweisen;
alles unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers. Die Kosten fallen ausser Ansatz."

Erwägungen:

I.

1. Die Berufungsbeklagte und Beklagte (nachfolgend Beklagte) ist im Bereich der Personalvermittlung und des Personalverleihs tätig. Der Berufungskläger und Kläger (nachfolgend Kläger) wurde von der Beklagten bzw. zunächst von deren Vorgängerin D._____ AG seit Oktober 2004 bei der Nebenintervenientin eingesetzt (vgl. Urk. 4/5-9). Mit Schreiben vom 29. Dezember 2014 sprach die Beklagte die Kündigung per 28. Februar 2015 aus und stellte den Kläger per sofort frei (Urk. 4/3). Gegen diese Kündigung erhob der Kläger mit Schreiben vom 30. Dezember 2014 Einsprache (Urk. 4/4). Aufgrund Krankheit des Klägers endete das Arbeitsverhältnis gemäss seiner Darstellung per 30. April 2015 (Urk. 24 S. 4; vgl. jedoch auch Urk. 2 Ziff. 4, worin der Kläger als Ende des Arbeitsverhältnisses den 31. Mai 2015 nennt).

2. Mit Schlichtungsgesuch vom 20. April 2015 machte der Kläger das vorliegende Verfahren beim Friedensrichteramt Uster anhängig (Urk. 1 S. 1 sowie Urk. 20/1). Anlässlich der Schlichtungsverhandlung konnte keine Einigung erzielt werden, woraufhin dem Kläger am 19. Mai 2015 die Klagebewilligung erteilt wurde. Die Klagebewilligung enthält das folgende Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 1):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen:

CHF 26'550.00 Lohn aus 2014 geleisteter Überstunden, Überzeit
(detaillierte Aufstellung erfolgt an der Schlichtungs-
verhandlung) Einsatzort: Uster, C._____ AG

dem Kläger aus- und zuzustellen:

ein abgeändertes Arbeitszeugnis über Leistung und Verhalten (Streitwert ½ Monatslohn);

weitere Forderungen werden vorbehalten

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

In der Klagebewilligung wurden im Weiteren der Streitwert (Fr. 30'000.-), das Eingangsdatum des Schlichtungsgesuchs (20. April 2015), das Verhandlungsdatum

(19. Mai 2015) sowie die zur Verhandlung erschienenen Personen festgehalten (Urk. 1).

3. Mit Eingabe vom 16. September 2015 reichte der Kläger unter Beilage der soeben beschriebenen Klagebewilligung die Klage mit dem folgenden Rechtsbegehren ein (Urk. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von CHF 27'600.00 zu bezahlen.
2. Unter Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Der Kläger nahm damit im Vergleich zu seinem Schlichtungsgesuch eine Änderung in Bezug auf die Höhe vor und leitete seine Forderung aus einem anderen Anspruch ab (missbräuchliche Kündigung anstatt Überstunden/Überzeit). Anlässlich der Verhandlung vom 1. Dezember 2015 wurde das Prozessthema auf die Zulässigkeit der Klageänderung beschränkt (Prot. I S. 5). Mit Entscheid vom 28. Januar 2016 trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein. Für den übrigen Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 25 E. 1).

4. Der Kläger erhob mit Eingabe vom 10. März 2016 rechtzeitig (vgl. Urk. 22) Berufung gegen den Nichteintretensentscheid. Die Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 2. Mai 2015 [recte: 2016], jene der Nebenintervenientin vom 9. Mai 2016 (Urk. 31). Beide Rechtsschriften wurden dem Kläger mit Verfügung vom 9. Mai 2016 zugestellt (Urk. 32).

II.

1. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Beziehen sich neue Tatsachen und/oder Beweismittel auf Prozessvoraussetzungen, sind sie bis zum Beginn der Urteilsberatung der Berufungsinstanz uneingeschränkt zulässig,

da Prozessvoraussetzungen in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 60 ZPO; *OGer ZH NP140020 vom 22.05.2015 E. B/1*; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 15).

2. Im vorliegenden Berufungsverfahren sind die Fragen strittig, ob mit der Ausstellung der Klagebewilligung der Streitgegenstand fixiert wird, das heisst, ob vorliegend eine Klageänderung vorliegt und ob diese gegebenenfalls zulässig ist. Auf die darüber hinausgehenden Ausführungen der Parteien ist nicht einzugehen, da diese für die vorliegende Entscheidungsfindung nicht von Belang sind.

3.1 Nach Art. 76 Abs. 1 ZPO kann die intervenierende Person zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und auch Rechtsmittel ergreifen. Dabei gilt das von der intervenierenden Person Vorgebrachte als von der Hauptpartei erklärt (BSK ZPO-Graber/Frei, Art. 76 N 1). Stehen die Prozesshandlungen der intervenierenden Person aber mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch, so sind sie im Prozess unbeachtlich (Art. 76 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-Graber/Frei, Art. 76 N 1).

3.2 Die Berufungsantwort der Nebenintervenientin erfolgte innert der der Beklagten angesetzten Frist zur Erstattung ihrer Berufungsantwort (vgl. Urk. 29 und 31), weshalb ihre Ausführungen beachtet werden können, soweit sie nicht im Widerspruch zu jenen der Beklagten stehen bzw. deren Position nicht schwächen.

III.

A. Vorliegen einer Klageänderung

1. Die Vorinstanz hielt fest, dass mit der Ausstellung der Klagebewilligung vom 19. Mai 2015 der Streitgegenstand auf eine Entschädigung für geleistete Überstunden respektive Überzeit fixiert worden sei. Die nunmehr beim Gericht eingereichte Klage stütze der Kläger auf einen neuen Lebenssachverhalt. Im Unterschied zur Forderung aufgrund von Überstunden respektive Überzeit, welche sich auf das laufende Arbeitsverhältnis beziehe, beruhe die Entschädigung wegen

missbräuchlicher Kündigung auf der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auch der Zusatz im Rechtsbegehren, dass weitere Forderungen vorbehalten blieben, vermöge daran nichts zu ändern. Für seine Behauptung, dass eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung bereits im Schlichtungsverfahren ein Thema gewesen sei, offeriere der beweispflichtige Kläger keine Beweismittel. In- des unterstütze das von der Nebenintervenientin ins Recht gelegte Schlichtungs- gesuch des Klägers die Aussagen der Beklagten sowie der Nebenintervenientin, wonach anlässlich der Schlichtungsverhandlung nicht die Rede von einer Ent- schädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gewesen sein soll. Schliesslich sei auch darauf hinzuweisen, dass der Kläger – wenn auch bei Einleitung des Schlichtungsverfahrens nicht vertreten – in anwaltlicher Begleitung zur Schlich- tungsverhandlung erschienen sei und nach Scheitern der Vergleichsgespräche ein nach Ansicht des Klägers zutreffendes Rechtsbegehren zu formulieren gewe- sen wäre. Als Resultat hielt die Vorinstanz fest, dass nicht nur in Bezug auf die Erhöhung der eingeklagten Forderungssumme (von Fr. 26'550.– auf Fr. 27'600.– [vgl. Urk. 1 und Urk. 2 S. 2]) eine Klageänderung vorliege, sondern auch hinsicht- lich des Klagefundaments (Urk. 25 E. 2.4.6 f.).

2. Fixation des Streitgegenstandes

2.1.1 Der Kläger wendet zunächst ein, die Begründung des Rechtsbegehrens bzw. die Nennung der Anspruchsgrundlage des Rechtsbegehrens erfolge nicht im Rechtsbegehren selber, sondern in der Klagebegründung (Urk. 24 S. 6). Der Klä- ger stellt sich damit auf den Standpunkt, es hätte ausgereicht, wenn er beim Frie- densrichter eine Forderungsklage eingereicht hätte, ohne im Rechtsbegehren auf die Anspruchsgrundlage (Überstunden/Überzeit) zu verweisen. Da das Schlich- tungsverfahren weitgehend formlos sei und Aussagen der Parteien (also die summarische Begründung der Forderung) weder protokolliert noch später im Ent- scheidungsverfahren verwendet werden dürften, so der Kläger weiter, könne er auch nicht auf der Begründung seiner Forderung im Schlichtungsverfahren behaftet werden. Dies schon gar nicht auf einer (nicht notwendigen) Erwähnung der An- spruchsgrundlage im Rechtsbegehren. Die Argumentation der Vorinstanz verletze damit Art. 205 Abs. 1 ZPO (Urk. 24 S. 6 f.). Im Schlichtungsverfahren werde eine

Klage nur summarisch begründet und ein Behaften auf die Aussagen sei unzulässig (mit Verweis auf Art. 205 Abs. 1 ZPO). Werde die Klage erst vor dem ordentlichen Gericht substantiiert und allenfalls abweichend von den summarischen Ausführungen im Schlichtungsverfahren begründet, werde nicht der Sachverhalt ausgewechselt, sondern dieser werde erstmals substantiiert vorgebracht. Es liege keine Änderung des Klagefundaments vor (Urk. 24 S. 7).

2.1.2 Im Schlichtungsgesuch sind die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen (Art. 202 ZPO). Die Formulierung des Rechtsbegehrens und die Umschreibung des Streitgegenstandes haben zum Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs einzig den Zweck, zu verifizieren, welche Streitsache rechtshängig gemacht wurde und sichert eine gewisse Voraussehbarkeit des Schlichtungsverfahrens und seiner eventuellen prozessualen Folgen (vgl. BGer 5A_588/2015 vom 9. Februar 2016, E. 4.3.1). Der Streitgegenstand ist das Objekt des Streites; er zeigt, worüber gestritten wird. Bezieht sich der Streit auf dingliche Ansprüche (z.B. Zuweisung einer bestimmten Sache zu Eigentum), so ergibt sich der Streitgegenstand ohne Weiteres aus dem Rechtsbegehren. Bei Forderungsstreitigkeiten trifft dies hingegen nicht zu. Die Nennung des verlangten Betrages allein lässt keine Rückschlüsse darauf zu, worauf sich der Anspruch stützt. Hier ist eine Spezifizierung erforderlich (Egli, DIKE-Komm-ZPO, Art. 209 N 15). Der Streitgegenstand kann durch ein Stichwort dargelegt werden (BK ZPO-Alvarez/Peter, Art. 202 N 8). Die allgemeine Umschreibung des Rechtsbegehrens wird als genügend erachtet. Eine ausführliche Begründung ist dagegen nicht erforderlich (Egli, DIKE-Komm-ZPO, Art. 202 N 9; KUKO ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 202 N 6 f.).

2.1.3 Entgegen der Ansicht des Klägers musste er damit den Streitgegenstand im Schlichtungsgesuch bezeichnen. Ob der Streitgegenstand innerhalb des Rechtsbegehrens selber bezeichnet wird oder ausserhalb desselben, ist nicht wesentlich. Es hätte jedenfalls nicht ausgereicht, wenn der Kläger beim Friedensrichter die Forderungsklage eingereicht hätte, ohne den Streitgegenstand – vorliegend "Überstunden/Überzeit" – zu bezeichnen. Ein Schlichtungsgesuch muss einen Hinweis auf den Sachverhalt enthalten, aus welchem die klagende Partei ihren

Anspruch ableitet. Richtig dagegen ist, dass der Kläger das Schlichtungsgesuch darüber hinaus nicht zu begründen hatte. Der Kläger gab neben dem zwischen den Parteien im vorliegenden Verfahren nicht mehr im Streite liegenden Arbeitszeugnis als Streitgegenstand "Überstunden/Überzeit" an (vgl. Urk. 20/1). Dieser Streitgegenstand wurde hernach in die Klagebewilligung aufgenommen (Urk. 1). Auf diesen Streitgegenstand stützte sich die Vorinstanz. Eine Verletzung von Art. 205 ZPO durch die Vorinstanz ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

2.2.1 Weiter macht der Kläger geltend, eine Klageänderung bedeute die Änderung des Streitgegenstands. Ob eine streitgegenstandsverändernde Klage vorliege, entscheide sich an der Identität des Streitgegenstands. Als massgebender Zeitpunkt zur Bestimmung der Identität gelte die Einreichung der Klage beim ordentlichen Gericht (mit Verweis auf Art. 220 ZPO). Habe ein Schlichtungsverfahren stattgefunden, sei zwar das Verfahren bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs rechtshängig geworden, die Klageänderung betreffe jedoch das Erkenntnisverfahren; Art. 227 ZPO erwähne das angerufene Gericht. Dass im Schlichtungsgesuch die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen seien (mit Verweis auf Art. 202 Abs. 2 ZPO) wolle nicht sagen, dass der Streitgegenstand bereits identifiziert werde, sondern nur, dass der Streitgegenstand überhaupt individualisiert werden könne (mit Verweis auf BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 227 N 4). Die Fixation des Streitgegenstandes werde bei den Wirkungen der Rechtshängigkeit gerade nicht genannt. Auch nach Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO müsse der Streitgegenstand lediglich objektiv individualisiert, nicht aber identifiziert werden können (mit Hinweis auf BSK ZPO-Infanger, Art. 209 N 9). Daraus folge, dass ein Kläger den Streitgegenstand erst mit Anhebung der Klage beim ordentlichen Gericht identifizieren müsse. Erst jetzt müsse er geltend machen, dass sich der eingeklagte Forderungsbetrag auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung abstütze (mit Verweis auf Art. 244 Abs. 1 lit. c ZPO; Urk. 24 S. 7 f.).

2.2.2 Zur Beantwortung der Frage, ob überhaupt eine Klageänderung vorliegt, muss in einem ersten Schritt die Identität des Streitgegenstandes ermittelt werden. Dazu braucht es einen Fixationspunkt. Die Zulässigkeit der Änderung ist erst

in einem zweiten Schritt zu prüfen. Damit setzt die gesetzlich normierte Klageänderung begrifflich die Fixierung des Streitgegenstandes voraus (Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 167 mit weiteren Hinweisen). Mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs wird die Klage im Umfang der geltend gemachten Rechtsbegehren rechtshängig (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Änderungen am Schlichtungsgesuch können während des Schlichtungsverfahrens vorgenommen werden. Ob diesfalls bereits die Voraussetzungen für eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO gelten, liess das Bundesgericht bezüglich des Rechtsbegehrens offen, hielt aber fest, dass eine Änderung des Rechtsbegehrens nach dem Schlichtungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO zulässig sei (BGer 5A_588/2015 vom 9. Februar 2016, E. 4.3.1). Auch der Streitgegenstand wird (spätestens) mit der Ausstellung der Klagebewilligung fixiert (BK ZPO-Killias, Art. 227 N 1 und 19; BK ZPO-Berger-Steiner, Art. 64 N 31; Willisegger, a.a.O., S. 167; Urteil des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Mai 2012, publiziert in JAR 2013, S. 612, 613; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, N 11.113; Winter, Anträge an die Schlichtungsbehörde, in mp 2013 S. 177, 181; Conrad, Kommentierte Rechtsschriften für Studium und Praxis, in: RWP - Rechtswissenschaft für die Praxis Band 6, 2014, S. 221, 228 N 4; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 17; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 13).

2.2.3 Der soeben zitierten Rechtsprechung und Lehre folgend und in Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann damit festgehalten werden, dass der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens (spätestens) mit der Ausstellung der Klagebewilligung fixiert wurde (so auch die Beklagte [Urk. 30 Ziff. 3.1.a und 9.1] sowie die Nebenintervenientin [Urk. 31 Ziff. 16]). Der Streitgegenstand wird nur dann erst vor dem Gericht fixiert, wenn dem entsprechenden Verfahren aufgrund von Art. 198 f. ZPO kein Schlichtungsverfahren vorzugehen hat. Inwiefern sich aus Art. 220 ZPO etwas anderes ergeben soll (vgl. diesbezügliche Behauptung des Klägers in Urk. 24 S. 7 f.), ist nicht ersichtlich. Damit kann eine Klageänderung in Bezug auf den Streitgegenstand nach Ausstellung der Klagebewilligung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO erfolgen.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Kläger den Inhalt der Klagebewilligung vor Vorinstanz nicht rügte. Er brachte nicht vor, der Streitgegenstand sei falsch aufgenommen bzw. eine entsprechende Änderung sei fälschlicherweise nicht festgehalten worden. Hierzu führte er lediglich aus, dass die missbräuchliche Kündigung vor dem Friedensrichter bereits Thema gewesen sei, dies jedoch nicht protokolliert worden sei (Prot. I S. 7). Damit erklärte er jedoch nicht, dass er die missbräuchliche Kündigung im Schlichtungsverfahren zum Streitgegenstand bzw. zum Fundament seines Gesuchs erklärt hätte. Dadurch behauptet er auch nicht, dass der Streitgegenstand vor dem Friedensrichter geändert worden wäre. Zudem bestreitet die Beklagte weiterhin, dass die missbräuchliche Kündigung bereits vor dem Friedensrichter Thema gewesen sei. Die Vorinstanz erachtete die diesbezügliche Behauptung des Klägers als unbewiesen. Das von der Nebenintervenientin ins Recht gelegte Schlichtungsgesuch (Urk. 20/1) unterstütze die Behauptung der Beklagten sowie der Nebenintervenientin, wonach im Schlichtungsverfahren keine Rede von der Entschädigung gewesen sei (Urk. 25 E. 2.4.6). Mit dieser überzeugenden Argumentation der Vorinstanz setzt sich der Kläger nicht auseinander. Ohnehin würde die blosser Thematisierung der allfälligen Missbräuchlichkeit der Kündigung anlässlich des Schlichtungsverfahrens den im Schlichtungsgesuch festgehaltenen Streitgegenstand nicht ohne Weiteres ändern. Dies hätte schon einen diesbezüglichen Antrag des anlässlich der Schlichtungsverhandlung anwaltlich vertretenen Klägers verlangt. Dass er entsprechendes beantragt hätte, macht der Kläger aber eben nicht geltend. Dagegen spricht auch der Wortlaut der Klagebewilligung. Damit bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass bereits während des Schlichtungsverfahrens der Streitgegenstand geändert worden wäre.

2.3 Als Zwischenfazit kann damit festgehalten werden, dass der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens mit Ausstellung der Klagebewilligung fixiert wurde. Streitgegenstand gemäss Klagebewilligung ist – neben dem nicht mehr zum Thema gemachten Arbeitszeugnis – "Lohn aus 2014 geleisteter Überstunden, Überzeit" (Urk. 1).

3. Vorliegen einer Klageänderung

3.1 Der Kläger teilt die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Ansprüche aus Überstunden/Überzeit sowie aus missbräulicher Kündigung aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten entspringen würden, nicht. Beide Ansprüche würden im gleichen Rechtsverhältnis gründen, namentlich im Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten (Urk. 24 S. 10). Damit macht der Kläger zumindest implizit geltend, dass gar keine Klageänderung vorliege, da beide Ansprüche aus dem gleichen Lebenssachverhalt stammen würden (auch wenn er die diesbezüglichen Ausführungen unter dem Titel "Klageänderung ist zulässig" machte [Urk. 24 S. 9]).

3.2 Als Klageänderung gilt die inhaltliche Änderung des sogenannten Streitgegenstandes. Sie kann bei nicht individualisierten Forderungen (wie Geldforderungen) in der Änderung des Rechtsbegehrens bestehen. So liegt in einer inhaltlichen Änderung der (bisherigen) Rechtsbegehren, mit welchen mehr, zusätzliches oder anderes verlangt wird, eine Klageänderung vor. Die Klageänderung kann auch in der Änderung des Klagefundaments, das heisst des Lebenssachverhalts, bestehen. Darunter ist der gesamte Komplex von Tatsachen zu verstehen, aus welchen die Klage abgeleitet wird. Denn die klagende Partei, welche ihren Anspruch auf einen anderen Lebenssachverhalt abstellt, der einen neuen Streitgegenstand begründet, macht damit einen neuen Anspruch geltend (BGE 123 III 18 E. 2a), dies unabhängig davon, ob das oder die Rechtsbegehren geändert werden (Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, Rz 385; BK ZPO-Killias, Art. 227 N 6 ff. mit weiteren Hinweisen). Gemäss Bundesgericht beurteilt sich die Frage der Identität des Streitgegenstandes anhand des Rechtsbegehrens und dem behaupteten Tatsachenfundament (BGer 4A_255/2015 vom 1. Oktober 2015, E. 2.2.3 mit weiteren Hinweisen). Eine Klageänderung liegt damit vor, wenn eine Geldforderung (in gleicher Höhe) nachträglich mit einem anderen Lebenssachverhalt begründet wird. Von der Änderung des Klagefundaments zu unterscheiden ist die Ergänzung von Tatsachen innerhalb des gleichen Lebenssachverhalts. Nachträgliche Änderungen bzw. Ergänzungen von Tatsachen, welche den gleichen Lebenssachverhalt betreffen, sind nach den Vorschriften

über die Zulassung von neuen Tatsachen (vgl. Art. 229 ZPO) zu beurteilen (BK ZPO-Killias, Art. 227 N 6 ff. mit weiteren Hinweisen; vgl. auch die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz [Urk. 25 E. 2.4.2]).

3.3 Aus der Klagebewilligung ergeht der Streitgegenstand "Überstunden/Überzeit". Ein entsprechender Anspruch fusst im Sachverhalt, dass ein Arbeitnehmer über seine vertragliche Arbeitszeit hinaus Arbeit leistete, welche zu entschädigen ist (vgl. Art. 321c OR). Vor Vorinstanz verlangte der Kläger nunmehr eine Entschädigung aufgrund missbräuchlicher Kündigung. Ein solcher Anspruch entsteht, wenn einem Arbeitnehmer insbesondere aus einem in Art. 336 OR festgehaltenen missbräuchlichen Grund gekündigt wird (vgl. Art. 336 ff. OR). Eine entsprechende Entschädigung beruht damit in einem missbräuchlichen Verhalten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die beiden Forderungen gründen klar auf verschiedenen Lebenssachverhalten. Der Kläger begründet seine Klage auf eine Geldforderung mit einem anderen Lebenssachverhalt, weshalb eine Klageänderung vorliegt. Daran vermag der Umstand, dass beide Ansprüche im gleichen Rechtsverhältnis gründen, nichts zu ändern (vgl. hierzu jedoch nachfolgend zur Frage der Konnexität [E. III/B.3.2]). Die Zulässigkeit einer Klageänderung nach Ausstellung der Klagebewilligung richtet sich – wie bereits ausgeführt – nach Art. 227 ZPO. Ob die Vorinstanz die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO zu Recht als nicht gegeben erachtete, ist in der Folge zu prüfen.

3.4 Resümierend ist damit festzuhalten, dass nicht nur in Bezug auf die Erhöhung der eingeklagten Forderungssumme – wie dies der Kläger geltend macht (Prot. I S. 6; Urk. 24 S. 9) – eine Klageänderung vorliegt, sondern auch hinsichtlich des Klagefundaments. Der Kläger vermag mit seinen diesbezüglichen Rügen nicht durchzudringen. Insbesondere ändert der Umstand, dass die Beklagte aufgrund der klägerischen Eingabe vom 16. September 2015 gewusst habe, dass es bei der vorinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 2015 um die Missbräuchlichkeit der Kündigung gehen werde (vgl. den diesbezüglichen Einwand des Klägers in Urk. 24 S. 8 f.), nichts am Vorliegen einer Klageänderung.

B. Zulässigkeit der Klageänderung

1. Die Vorinstanz bejahte zunächst die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart und prüfte alsdann, da keine Genehmigung der Klageänderung durch die Beklagte vorliegt, ob ein genügender sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Ansprüchen besteht. Sie führte aus, dass bei Dauerschuldverhältnissen im Verlauf der Zeit verschiedenste Ansprüche geltend gemacht werden könnten, die in keinem oder nur in losem Zusammenhang zueinander stünden. In diesen Fällen könne daher nicht per se davon ausgegangen werden, dass verschiedene Ansprüche aus demselben Vertrag auch aus dem gleichen Lebensvorgang stammen würden (mit Verweis auf das Urteil des Mietgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 19. September 2012, MG110015, publiziert in ZMP 2012 Nr. 2, E. 4.6.3). Die vorliegend geltend gemachten Ansprüche würden aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten entspringen, weshalb insofern die Konnexität zu verneinen sei (Urk. 25 E. 2.5.4). Indem der Kläger mit der vorliegenden Klage eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung verlange, bringe er einen gänzlich neuen Tatbestand in den Prozess ein. Zwar beziehe der Kläger sich diesbezüglich auf dasselbe Vertragsverhältnis, namentlich auf den Arbeitsvertrag, für die Prüfung der klägerischen Ansprüche seien jedoch sowohl andere Sachverhaltselemente als auch andere Rechtsfragen zu beurteilen als für die Prüfung einer Entschädigung aus Überstunden resp. Überzeit. Da der bisherige Prozessstoff im Wesentlichen für den neu geltend gemachten Anspruch nicht verwertbar sei, dränge es sich auch aus prozessökonomischen Überlegungen nicht auf, die Klageänderung zuzulassen. Von der Beklagten werde zu Recht vorgebracht, dass die Zulassung der Klageänderung zu einer erheblichen Beeinträchtigung ihrer Verteidigungsrechte führen würde. Ausserdem bestünde die Gefahr der Umgehung der Verwirkungsfrist nach Art. 336b Abs. 2 OR. Schliesslich könnte eine Aussöhnung der Parteien über den bestehenden Streit gar nicht erzielt werden, was dem Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens entgegenstehe. Die beiden Ansprüche des Klägers würden somit nicht auf benachbarten Lebenssachverhalten beruhen, mithin sei ein sachlicher Zusammenhang zu verneinen. Letztlich sei zwischen dem bisherigen und dem neuen Anspruch auch kein genügend enger rechtlicher Zusammenhang ersichtlich. Aufgrund der unzulässigen Klageänderung

verfüge der Kläger für die bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 16. September 2015 anhängig gemachte Klage über keine gültige Klagebewilligung. Demzufolge mangle es an einer Prozessvoraussetzung und es sei auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 25 E. 2.5.6 und 2.6).

2.1 Der Kläger hält dafür, dass Ansprüche konnex seien, wenn sie dem gleichen Rechtsverhältnis, das heisst dem gleichen Lebensvorgang entstammen würden. Die Forderung aus Überstunden/Überzeit entspringe dem gleichen Rechtsverhältnis wie eine Forderung aus Missbräuchlichkeit, namentlich aus dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Deshalb seien die Ansprüche konnex. Daran ändere auch nichts, dass die Forderung aus Überstunden bzw. Überzeit das laufende Arbeitsverhältnis betreffe und die Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, da es um das gleiche Rechtsverhältnis gehe. Sodann könnten Ansprüche aus Missbräuchlichkeit und Überstunden durchaus in sehr engem Zusammenhang stehen, etwa wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten durch krasse zeitliche Überbeanspruchung des Arbeitnehmers verletze und alsdann die Kündigung ausspreche. Da er den "Lebensvorgang" betreffend Überstunden gar nicht in den Prozess vor Vorinstanz eingebracht habe, könne aus – objektiven – Gründen auch nicht einfach festgestellt werden, dass die Forderungen unterschiedlichen Lebenssachverhalten entspringen würden (Urk. 24 S. 10 f.).

Der Kläger erachtet die beiden Ansprüche sodann selbst dann als konnex, wenn man zur Auffassung gelangen sollte, dass diese aus verschiedenen Lebensvorgängen hergeleitet würden. Es bestehe eine enge rechtliche Beziehung. In diesem Zusammenhang sei überdies zu beachten, dass sich die Klageänderung nicht auf die Rechtstellung der Beklagten ausgewirkt habe und es auch keinen Prozessstoff gebe, der nicht mehr verwertet werden könne. Es gebe deshalb keinen Grund, die Klageänderung nicht zuzulassen. Indem die Vorinstanz dies verkannt habe, habe sie Art. 227 Abs. 1 ZPO verletzt (Urk. 24 S. 10 f.).

2.2 Die Beklagte verneint Berührungspunkte in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht zwischen einer Klage auf Überstunden- und Überzeitentschädigung und einer solchen auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Ihrer

Ansicht nach können beide Ansprüche unabhängig voneinander vorgebracht werden, ohne dass nur ein einziges tatsächliches oder rechtliches Argument für die Begründung des jeweils anderen Anspruches in irgendeiner Weise von Nutzen wäre (Urk. 30 Ziff. 3.2). Vor diesem Hintergrund bestehe von vornherein nicht der geringste Anlass, irgendwelche Einschränkungen ihrer Verteidigungsrechte in Kauf zu nehmen, noch dränge sich aus prozessökonomischer Hinsicht die Zulassung einer Klageänderung auf. Eine Zulassung der vorliegenden Klageänderung widerspräche nicht nur dem Sinn und Zweck einer Schlichtungsverhandlung, sondern auch dem gesetzgeberischen Grundgedanken der Bestimmung von Art. 336b OR, wonach zunächst versucht werden soll, eine Einigung zwischen den Parteien zu finden, was durch die Klageänderung verunmöglicht werde (Urk. 30 Ziff. 3.2). Ihre Verteidigungsrechte seien eingeschränkt, da sie mangels Durchführung einer Sühnverhandlung zum Thema "missbräuchliche Kündigung" bis heute nicht wisse, aus welchen Gründen der Kläger die Kündigung als missbräuchlich erachte (Urk. 30 Ziff. 10.1). Gerade im vereinfachten Verfahren würden die Verteidigungsrechte der beklagten Partei besonderen Schutz verdienen, weil sie sich an Ort und Stelle und ohne vorherige Kenntnis der klägerischen Vorbringen verteidigen müsse. Dies bedinge, dass die beklagte Partei den Standpunkt des Klägers zumindest im Ansatz kenne. Andernfalls sei, wie vorliegend, eine rechtsgenügende Verteidigung nicht möglich (Urk. 30 Ziff. 13.2). Entgegen den Ausführungen des Klägers seien die Ansprüche auf Lohnzahlung und auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nicht konnex. Eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sei eine Strafzahlung, die sich aus dem Gesetz ergebe und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehe, während Lohnzahlungen vertragliche Ansprüche seien, die sich aus einem laufenden Arbeitsverhältnis ergeben würden. Weiter hält die Beklagte fest, dass es nicht an ihr sei, das Klagefundament zu präsentieren. Solange der Kläger dasselbe nicht preisgeben wolle, sei davon auszugehen, dass die Ansprüche nicht aus dem gleichen "Lebensvorgang" herrühren würden (Urk. 30 Ziff. 14). Schliesslich erklärt die Beklagte, die angestrebte Klageänderung verstosse gegen Art. 52 ZPO. Die Treuwidrigkeit sei vorliegend umso höher einzustufen, als sich die Klageänderung weder durch Änderung von irgendwelchen Umständen noch durch Zeitablauf auf-

gedrängt habe. Vielmehr erfolge diese Klageänderung wohl einzig und allein aus Gründen der Schwächung ihrer Verteidigungsrechte (Urk. 30 Ziff. 4).

2.3 Auch die Nebenintervenientin erachtet die Ansicht des Klägers, wonach es genüge, wenn beide Forderungen aus demselben Rechtsverhältnis stammen würden, als zu weitgehend (Urk. 31 Ziff. 21) und verneint eine Konnexität zwischen den beiden geltend gemachten Ansprüchen (Urk. 31 Ziff. 18 ff.).

3.1 Nachdem festgestellt wurde, dass die beiden Ansprüche in verschiedenen Lebenssachverhalten gründen und vorliegend eine Klageänderung vorliegt, ist zu prüfen, ob der neue Anspruch, namentlich die Entschädigung aufgrund missbräuchlicher Kündigung, in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch auf Leistung von Lohn aufgrund Überstunden/Überzeit steht. In diesem Zusammenhang kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 25 E. 2.5.4 f.). Mit Art. 227 ZPO wird ein Verbindungszusammenhang verlangt, der sich aus zusammenhängenden Streitgegenständen ergeben muss. Für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhanges gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie bei Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 ZPO betreffend den Gerichtsstand für die Widerklage bzw. bei objektiver Klagenhäufung (BK ZPO II-Killias Art. 227 N 38; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 28). Der neue Klagegrund muss zwar nicht aus dem identischen Lebensvorgang stammen, mit dem ursprünglichen aber in einem engen Zusammenhang stehen, was vor allem bei einem Anspruch aus einem benachbarten Lebensvorgang zutreffen kann (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 227 N 21; KUKO ZPO-Naegeli/Mayhall, Art. 227 N 31; Widmer, Stämpflis Handkommentar, ZPO 227 N 17; BK ZPO II-Killias Art. 227 N 40; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz 1396). Ein sachlicher Zusammenhang kann dann vorliegen, wenn die verschiedenen Ansprüche über objektive Gemeinsamkeiten oder zumindest Ähnlichkeiten verfügen (Widmer, Stämpflis Handkommentar, ZPO 227 N 15 mit weiteren Hinweisen), dasselbe Objekt betreffen (Engeler, OFK-ZPO, ZPO 227 N 5) oder wenn die Ansprüche zwar auf verschiedenen Sachverhalten beruhen, aber in einer engen rechtlichen Beziehung zueinander stehen (BK ZPO II-Killias Art. 227 N 40; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 10; BSK ZPO-Ruggle, Art. 14 N 16; Urbach, OFK-ZPO, ZPO 14 N 5;

ZK ZPO-Sutter-Somm/Klingler, Art. 14 N 9; BGE 129 III 230 E. 3.1). Ansprüche sind dann noch konnex, wenn sie auf verschiedenen "Clustern" im Sachverhalt beruhen, wobei sich die Lebensvorgänge immerhin berühren müssen und gleichartige oder ähnliche Tatbestände erzeugen können müssen (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 34). Eine unzulässige Klageänderung liegt demgegenüber vor, wenn die Änderung oder Ergänzung nicht mehr zu demjenigen Tatsachenkomplex gehört, der bereits Grundlage des bisher dargelegten Sachverhalts bildet (Seiler, a.a.O., Rz 1398), oder wenn lediglich eine enge rechtliche Beziehung zwischen den Parteien oder eine personelle Verflechtung besteht, ohne dass sich die geltend gemachten Ansprüche in sachlicher Hinsicht, d.h. im ursprünglich eingeklagten Sachverhalt berühren (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 36). Ebenso wenig genügt zur Bejahung der notwendigen Konnexität, dass die Ansprüche auf Rechtsverhältnissen beruhen, die (bloss) in einem gewissen Zusammenhang stehen (Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 14 N 13), oder dass nur prozessökonomische Gründe für eine Beurteilung der geänderten Klage sprechen (BGE 129 III 230 E. 3.3.3; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 10; BK ZPO-Güngerich/Walpen Art. 14 N 29). Als unbestimmter Rechtsbegriff eröffnet das Tatbestandsmerkmal des sachlichen Zusammenhangs der rechtsanwendenden Instanz im konkreten Einzelfall ein gewisses Konkretisierungsermessen. In Grenzfällen ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei das Interesse der Prozessökonomie und dasjenige der Gegenpartei am Schutz vor einer unerwarteten Situation und den daraus resultierenden Nachteilen bei der Verteidigung gegeneinander abzuwägen sind (Seiler, a.a.O., Rz 1398; siehe auch BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 2, 29 und 34).

3.2 Der Kläger sieht den sachlichen Zusammenhang darin, dass beide Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis stammen würden, namentlich aus dem Arbeitsvertrag, und eine enge rechtliche Beziehung bestehe. Zudem macht er geltend, dass Ansprüche aus Missbräuchlichkeit und Überstunden durchaus in sehr engem Zusammenhang stehen könnten, erklärt jedoch nicht, dass dies vorliegend tatsächlich der Fall sei. Vielmehr weist er darauf hin, dass er den "Lebensvorgang" betreffend Überstunden gar nicht in den Prozess vor Vorinstanz eingebracht habe, weshalb aus – objektiven – Gründen auch nicht einfach festgestellt

werden könne, dass die Forderungen unterschiedlichen Lebenssachverhalten entspringen würden (Urk. 24 S. 10). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Will ein Kläger den in der Klagebewilligung fixierten Streitgegenstand ändern, hat er die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO zu erfüllen. Ob diese vorliegen, prüft das Gericht zwar von Amtes wegen (Art. 60 ZPO; BK ZPO-Killias, Art. 227 N 25), die hierzu notwendigen Tatsachenbehauptungen hat der Kläger jedoch selber zu liefern. Ohne die konkrete Behauptung eines sachlichen Zusammenhanges kann auch kein solcher bejaht werden. Der Kläger behauptet jedoch nicht, dass neben der Tatsache, dass beide Ansprüche im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gründen, Konnexität besteht. Ein Zusammenhang zwischen den Ansprüchen besteht vorliegend damit nur insoweit, als sie beide arbeitsrechtlicher Art sind und im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gründen. Hingegen beruht der neue Anspruch auf einem völlig neuen Sachverhalt, welcher den ursprünglichen Sachverhalt nicht berührt. Dass sich der neue Anspruch aus dem Sachverhalt in Bezug auf die Überstunden/Überzeit ableitet, behauptet der Kläger – wie bereits dargelegt – jedenfalls nicht. Abgesehen von der rechtlichen Beziehung der Parteien (Arbeitsverhältnis) weisen die beiden Ansprüche weder in sachlicher noch in rechtlicher Hinsicht enge Berührungspunkte auf. Der ursprüngliche Anspruch hat die Pflicht der Beklagten zur Bezahlung von Lohn zum Gegenstand, wohingegen es beim zweiten Anspruch um die Folgen der Ausübung eines Gestaltungsrechts durch die Beklagte geht. Damit stellt sich vorliegend die Frage, ob es für die Annahme eines sachlichen Zusammenhanges im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO ausreicht, dass sich beide Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ergeben. In der Lehre und Rechtsprechung wird das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhanges teilweise bejaht, wenn sich die Ansprüche auf das gleiche Rechtsverhältnis beziehen (BGE 129 III 230 E. 3.1 in Bezug auf eine Widerklage; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 9). Diese Ansicht kann bei einem Dauerschuldverhältnis jedoch nicht ohne Weiteres übernommen werden. Wie die Vorinstanz bereits korrekt festhielt, können während eines Dauerschuldverhältnisses – wie eines Arbeitsverhältnisses – im Verlauf der Zeit verschiedenste Ansprüche geltend gemacht werden, die in keinem oder nur in einem losen Zusammenhang zueinander stehen (Urk. 25 E. 2.5.4; vgl. auch das Urteil

des Mietgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 19. September 2012, MG110015, publiziert in ZMP 2012 Nr. 2, E. 4.6.3). Gründen Ansprüche jedoch auf unterschiedlichen Lebenssachverhalten, ist ein sachlicher Zusammenhang nur ausnahmsweise anzunehmen, namentlich bei "benachbarten Lebensvorgängen" (vgl. Engler, OFK-ZPO, ZPO 227 N 5; vgl. auch BK ZPO II-Killias, Art. 227 N 38-40). Das Dauerschuldverhältnis alleine kann nicht dazu führen, dass alle daraus entspringenden Ansprüche, ohne Vorliegen eines (darüber hinausgehenden) Zusammenhanges, mit einer Klageänderung geltend gemacht werden können. Dies ginge zu weit. Vielmehr ist ein über das Dauerschuldverhältnis hinausgehender Zusammenhang zu fordern. Auch reicht gemäss Lehre eine rechtliche Beziehung zwischen den Parteien alleine nicht aus. Vorausgesetzt ist ein sachlicher Zusammenhang, der sich aus einem gleichartigen Sachverhalt ergeben muss (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 36). Ein enger Verbindungszusammenhang zwischen den beiden vorliegenden Begehren besteht nicht. Es liegen keine konnexen Ansprüche im Sinne der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien vor. Vielmehr gründen die beiden geltend gemachten Ansprüche in unterschiedlichen Ereignissen. Es liegt kein Grenzfall vor, weshalb grundsätzlich keine Interessenabwägung vorzunehmen wäre (vgl. vorstehend E. III/3.2.4; Seiler, a.a.O., Rz 1398). Ohnehin erscheint aber eine gesamthafte Erledigung im Interesse einer effizienten Justiz (Prozessökonomie) vorliegend nicht geboten und würden prozessökonomische Gründe alleine auch nicht ausreichen (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 10; BGE 129 III 230 E. 3.3.3). Gemäss Art. 197 ZPO geht einem Entscheidverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren voraus. Es liegt im Wesen der Klageänderung, dass die persönliche Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstand anlässlich der Schlichtungsverhandlung entfällt, weshalb eine Klageänderung eben nicht voraussetzungslos zulässig ist. Art. 227 ZPO bezweckt den Interessenausgleich zwischen den Prozessparteien zu ermöglichen, indem einerseits der beklagten Partei die Verteidigung nicht übermässig erschwert werden darf, andererseits aber aus Gründen der Prozessökonomie und der materiellen Wahrheit gewisse Änderungen doch zugelassen werden. Letzteres, um während des Prozesses eingetretene relevante Tatsachen noch zu berücksichtigen und um während des Verfahrens gewonnene bessere Einsicht in

das Streitverhältnis noch auswerten zu können (BGer 4A_255/2015 vom 1. Oktober 2015, E. 2.2.3). Mit anderen Worten gilt es zu verhindern, dass der Prozess auf einer ungenügenden oder unrichtigen Grundlage weitergeführt werden muss, da ein absolutes Änderungsverbot dem Gebot eines effizienten Rechtsschutzes zuwiderlaufen würde. Es soll möglich sein, die Weiterentwicklung des Sachverhaltes zu berücksichtigen und zu verhindern, dass Klagen auf nicht (mehr) aktuellen Angaben weitergeführt werden müssen (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 227 N 1 f.). Der Konzentrationsgrundsatz (Eventualmaxime), die Rechtssicherheit und auch der Rechtsschutz der beklagten Partei, die sich in ihrer Verteidigung auf eine bestimmte Klage eingestellt hat, verlangt jedoch, dass die Klageänderung nicht schrankenlos zugelassen wird (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 2). Vorliegend wurde das Klagefundament ausgewechselt. Damit liegt kein Fall vor, bei welchem aufgrund eines weiterentwickelten Sachverhaltes eine Anpassung vorgenommen wurde. Der Kläger erhob nach der Kündigung Einsprache gegen diese. Danach reichte er eine Klage mit den Begehren um Lohnzahlung und um Ausstellung des Arbeitszeugnisses ein. Ohne Angabe von Gründen wechselte er bei Einreichung der Klage vor Vorinstanz nun das Klagefundament. Würde in Fällen wie dem vorliegenden eine Klageänderung zugelassen, bestünde die Gefahr der Umgehung des Schlichtungsverfahrens. Eine Aussöhnung der Parteien über den bestehenden Streit vor Klageeinleitung konnte gar nicht erzielt werden, was dem Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens entgegen steht. Die vorliegende Klageänderung ist nicht mehr mit dem Sinn und Zweck von Art. 227 ZPO vereinbar.

4.1 Es besteht kein sachlicher Zusammenhang im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zwischen dem in Änderung der ursprünglichen Klage geltend gemachten und dem ursprünglich eingeklagten Anspruch. Der angefochtene Entscheid ist nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Ob bei einer erneuten Klage Art. 63 ZPO anwendbar ist, ist nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden (offen gelassen auch in OGer ZH LB150054 vom 16.01.2016, E. IV/2.; vgl. zu dieser Frage aber immerhin Scheiwiler, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZStV - Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band 182, 2016, S. 55 ff., Rz. 189; BK ZPO-Berger-

Steiner, Art. 63 N 18 ff.; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 220 N 13; BSK ZPO-Willisegger, Art. 220 N 29; ZK ZPO-Sutter-Somm/Hedinger, Art. 63 N 8; Morf, OFK-ZPO, ZPO 63 N 6, welche sich alle für die Anwendbarkeit aussprechen).

4.2 Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Argument der Vorinstanz (Urk. 25 E. 2.5.6), wonach durch die Zulassung der Klageänderung die Gefahr bestünde, dass die Verwirkungsfrist von Art 336b Abs. 2 OR umgangen würde, nicht überzeugt. Die Klage auf Entschädigung muss spätestens 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtshängig sein. Dies stellt eine materiellrechtliche Verwirkungsfrist dar, bei Nichteinhaltung der Frist ist die Klage abzuweisen. Wird eine Entschädigung gestützt auf Art. 336b OR erst im Rahmen einer zulässigen Klageänderung geltend gemacht, darf die 180tägige Frist bis zur Einreichung der Klageänderung noch nicht abgelaufen sein, ansonsten die abgeänderte bzw. neue Klage abzuweisen wäre. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Zulassung der Klageänderung die Gefahr besteht, dass die Verwirkungsfrist von Art. 336b Abs. 2 OR umgangen werden kann.

IV.

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2.1 Ausgangsgemäss ist der Kläger im Berufungsverfahren entschädigungspflichtig. In Bezug auf die Parteientschädigung kommt die Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) vom 8. September 2010 zur Anwendung. Der Streitwert beträgt Fr. 27'600.– (vgl. Urk. 2 S. 2). Die volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV mit Fr. 2'300.– zu veranschlagen. Ferner ist der Mehrwertsteuerzuschlag von 8% hinzuzurechnen, woraus sich eine vom Kläger zu entrichtende Parteientschädigung von Fr. 2'484.– ergibt.

2.2 Sind an einem Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenpartei beteiligt, so bestimmt das Gericht nach Art. 106 Abs. 3 Satz 1 ZPO ihren Anteil an den Prozesskosten. Der überwiegende Teil der Lehre verweist in Bezug auf diese Bestimmung auf BGE 130 III 571 E. 6 und hält dafür, dass ein Nebenintervenient in der Regel keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N 19; BSK ZPO-Rüegg, Art. 106 N 9; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 10; Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, Rz 258; KUKO ZPO-Schmid, Art. 106 N 10 [welcher jedoch einräumt, dass aufgrund des Wortlautes von Art. 106 Abs. 3 ZPO angenommen werden könnte, es werde eine Praxisänderung initiiert, was aber nicht anzunehmen sei, weil hierfür keine Gründe vorliegen würden.]; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, § 13 Rz 61; a.M. BK ZPO-Sterchi, Art. 106 N 13). Das Bundesgericht hielt in BGE 130 III 571 fest, dass der Nebenintervention ein Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei und der Nebenpartei zu Grunde liege, an welchem der Prozessgegner nicht beteiligt sei. Mit ihrer Teilnahme am Prozess nehme die Nebenpartei Interessen wahr, die in diesem Rechtsverhältnis und nicht in einem Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Prozessgegner begründet seien. Es rechtfertige sich daher grundsätzlich nicht, der Nebenpartei einen Anspruch gegenüber dem Prozessgegner auf Ersatz ihrer Parteikosten einzuräumen. Deshalb spreche das Bundesgericht der Nebenpartei im Allgemeinen keine Parteientschädigung zu, es sei denn, es bestünden Gründe der Billigkeit (BGE 130 III 571 E. 6 S. 578). An dieser Rechtsprechung hielt das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 69 Abs. 2 BZP i.V.m. Art. 71 BGG fest (BGer 5A_195/2012 vom 21. Juni 2012, E. 5.3). Das Obergericht des Kantons Solothurn erklärte diese Auffassung des Bundesgerichts auch unter Geltung der eidgenössischen Zivilprozessordnung für überzeugend. Es erklärte, dass die Beschwerdegegnerin dem Prozess aus eigenem Entscheid beigetreten sei und damit Interessen verfolgt habe, die in ihrer Beziehung zur Hauptpartei begründet seien. Es sei nicht ersichtlich, wieso der Beschwerdeführer Aufwendungen, die im Hinblick auf einen allfälligen Rechtsstreit zwischen zwei anderen Parteien getätigt werden, entschädigen sollte (CAN 2015 Nr. 76 S. 209, 210; so auch die erken-

nende Kammer in *OGer ZH LB140012 vom 19. August 2014, E. III/5* sowie *HGer ZH HG120001 vom 13.01.2014, E. 5.1*).

Besondere Billigkeitsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich und werden von der Nebenintervenientin auch nicht geltend gemacht. Ihr ist – dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre folgend – folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2.3 Dementsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung im Umfang von Fr. 2'484.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster vom 28. Januar 2016 bestätigt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'484.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 27'600.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 24. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:
mc