



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Werner Heim, Werner Furrer und Rony Müller sowie die Gerichtsschreiberin Kerstin Habegger

Urteil vom 7. September 2012

in Sachen

A. _____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ GMBH,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Feststellung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die von der Beklagten geltend gemachte Werklohnforderung von CHF 169'878.75 nebst Zins zu 5% seit 22. Dezember 2003 nicht besteht;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (nebst Weisungskosten von CHF 780.00) zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Prozessverlauf

1. Mit Einreichen der Weisung des Friedensrichteramtes C. _____ vom 15. November 2010 und der Klagebegründung vom 15. Dezember 2010 (Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren am 17. Dezember 2010 (Eingang) samt Beilagen am hiesigen Gericht anhängig (act. 1, 3 und 4/1-13). Die Klageantwort wurde samt Beilagen innert mehrmals erstreckter Frist am 29. März 2011 eingereicht (Prot. S. 2; act. 7-9).
2. Mit Schreiben vom 31. März 2011 beantragte die Klägerin, das Hauptverfahren unter Verzicht auf eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung fortzusetzen. Als Begründung brachte sie vor, es sei vorliegend lediglich eine durch das Gericht zu entscheidende Rechtsfrage zu klären (act. 10). Am 1. April 2011 erklärte sich die Beklagte mit dem von der Klägerin vorgeschlagenen Vorgehen einverstanden (Prot. S. 3), so dass der Klägerin mit Verfügung des Instruktionsrichters gleichentags Frist zur Erstattung der Replik angesetzt wurde (Prot. S. 4). Diese wurde am 26. Mai 2011 innert mehrfach erstreckter Frist eingereicht (Prot. S. 5; act. 13). Die am 22. August 2011 innert einmal erstreckter Frist erstattete Duplik (Prot. S. 5; act. 16) wurde mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 23. August 2011 der Klägerin zugestellt (Prot. S. 6). Gleichzeitig wurde beiden Parteien die Möglichkeit gegeben, sich bis zum 14. September 2011 darüber zu erklären, ob nun eine Vergleichsverhandlung gewünscht werde (Prot. S. 6). Während die Beklagte stillschweigend auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung verzich-

tete, wurde Gleiches von der Klägerin telefonisch erklärt (Prot. S. 7). Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 ZPO/ZH).

II. Sachverhalt

1. Die Klägerin, ein Architekturbüro mit Sitz in D._____ (act. 4/C2), beauftragte die Beklagte mit Vereinbarung vom 25. März 2004 [recte: 2003], an der zu Stockwerkeigentum ausgeschiedenen Liegenschaft am F._____weg ... in E._____ allgemeine Metallbauarbeiten (Schlosserarbeiten) zu verrichten (act. 1 Rz 24; act. 4/1). Bei der Beklagten handelt es sich – wie bei der Klägerin – um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Sinne von Art. 772 OR. Ihr Sitz befindet sich in G._____. Der hauptsächliche Zweck der Beklagten besteht in der Ausführung von Metallbauarbeiten (act. 4/C1).

2. Nachdem die Beklagte die Arbeiten an der Liegenschaft am F._____weg ... in E._____ abgeschlossen hatte, begehrte sie beim Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf der zu Stockwerkeigentum ausgeschiedenen Liegenschaft für die ausstehende und heute im Streit liegende Werklohnforderung gegen die Klägerin. In der Folge wurde das Grundbuchamt E._____ mit Verfügung vom 18. Februar 2004 durch das Bezirksgericht Horgen angewiesen, die Bauhandwerkerpfandrechte auf den acht Grundstücken der Stockwerkeigentümergeinschaft am F._____weg ... in E._____ provisorisch einzutragen (act. 1 Rz 6; act. 8 Rz 2; act. 4/2). Gleichzeitig wurde der Stockwerkeigentümergeinschaft, wozu auch H._____ und I._____, die Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin, gehören (act. 8 Rz 2; act. 4/2; act. 4/C2), eine 20-tägige Frist angesetzt, um von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, zur Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechte eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu leisten (act. 1 Rz 6; act. 4/2).

3. Mit Verfügung vom 22. Juli 2004 wies der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen das Grundbuchamt E._____ sodann an, die vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte wieder zu löschen, nach-

dem die Stockwerkeigentümergeinschaft als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB eine Bankgarantie der J. _____ [Bank] vom 5. Juli 2004 über den Betrag von Fr. 169'878.75 zuzüglich 5% Zins seit 22. Dezember 2003 für etwaige Forderungen der Beklagten gegen die Klägerin bestellt hatte (act. 1 Rz 8; act. 4/3). Die Bauhandwerkerpfandrechte wurden daraufhin aus dem Grundbuch gelöscht (act. 1 Rz 8).

4. In der Folge erhob die Beklagte am 22. November 2004 vor dem Bezirksgericht Horgen innert der vom Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen gemäss Verfügung vom 22. Juli 2004 (act. 4/3 S. 6) angesetzten Frist Klage gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass die Pfandsumme CHF 169'878.75 betrage und die zur Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechte bestellte vorgenannte Bankgarantie als Sicherheit definitiv Bestand habe (act. 1 Rz 9; act. 8 Rz 7; act. 4/4). Diese Klage wurde schliesslich als durch Anerkennung erledigt abgeschlossen (act. 4/5). Seither gilt die damals bestellte Bankgarantie als Sicherheit für die heute im Streit liegende Forderung (act. 1 Rz 9; act. 8 Rz 15).

5. Mit Sühnbegehren vom 12. Mai 2010 rief die Beklagte den Friedensrichter an und begehrte, die Klägerin sei zu verpflichten, die Werklohnforderung in der Höhe von CHF 169'878.75 nebst 5% Zins seit dem 22. Dezember 2003 zu bezahlen (act. 1 Rz 11, act. 8 Rz 11; act. 4/7). Der Friedensrichter stellte nach Feststellung der Nichteinigung die Weisung aus. Die Beklagte verzichtete jedoch darauf, diese innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten beim Gericht einzureichen und die Klage rechtshängig zu machen (act. 8 Rz 11).

6. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 30. April 2010 das Bezirksgericht Horgen darum ersucht hatte, die Bankgarantie an sie herauszugeben (act. 4/8 und 4/9), wurde sie selbst mit Schreiben vom 2. August 2010 von der Stockwerkeigentümergeinschaft aufgefordert, bis zum 31. August 2010 die schriftliche Zustimmung zuhanden der Bezirksgerichtskasse Horgen zu geben, die Bankgarantie an die Stockwerkeigentümergeinschaft herauszugeben (act. 4/10). Widrigenfalls würde die Klägerin ohne Vorwarnung eine negative Feststellungsklage gegen die Beklagte einreichen (act. 4/10).

7. Die Beklagte liess diese Frist in der Folge verstreichen und erstritt schliesslich in zweiter Instanz die Herausgabe der Bankgarantie. Mit Inkrafttreten des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. November 2010 wurde die Bankgarantie der Beklagten ausgehändigt (act. 1 Rz 17; act. 8 Rz 12; act. 4/11).

8. Die Bankgarantie befindet sich seither im Besitz der Beklagten (act. 1 Rz 18; act. 8 Rz 12) und bleibt so lange gültig, bis sie im Original an die J. _____ retourniert wird (act. 4/13 letzter Satz).

9. Gegenstand der vorliegenden Streitigkeit ist die von der Beklagten behauptete und durch die besagte Bankgarantie gesicherte Werklohnforderung. Die Klägerin begehrt im Wesentlichen die Feststellung des Nichtbestehens der Forderung zufolge Verjährung. Bezwecken will sie damit, die Bankgarantie herauszuerlangen und an die J. _____ zurückgeben zu können (act. 1 Rz 19). Die Beklagte ihrerseits verneint zunächst das Vorliegen eines rechtlich relevanten Feststellungsinteresses und stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Forderung gegen die Klägerin sei nicht verjährt, so dass ihr die Bankgarantie noch immer die gewünschte Sicherheit biete. Entsprechend sei diese nicht an die Klägerin bzw. die J. _____ herauszugeben (act. 8 Rz 19 f.).

III. Formelles

1. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die Weisung wurde am 15. Dezember 2010 (Poststempel; Eingang beim Gericht am 17. Dezember 2010) eingereicht; entsprechend gelangt das frühere Prozessrecht des Kantons Zürich (ZPO/ZH und GVG) zur Anwendung (act. 1). Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt

(Art. 404 Abs. 2 ZPO). Das Rechtsmittel richtet sich wiederum nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich grundsätzlich nach Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG, sofern keine gültige Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 9 GestG vorliegt. Die Parteien vereinbarten gemäss Auftragsbestätigung vom 25. April 2004 [recte: 2003] (act. 1 Rz 3 und 4/1) die örtliche Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte. Dies ist vorliegend unbestritten. Die Streitigkeit zwischen den Parteien bezieht sich auf das von der Beklagten betriebene Gewerbe. Beide Parteien sind als Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen (act. 4/C1 und 4/C2). Der Streitwert einer negativen Feststellungsklage bemisst sich nach dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestehen oder Nichtbestehen durch das Urteil festgestellt werden soll (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979, S. 110). Die strittige Forderung, deren Nichtbestehen mit der vorliegenden Klage festgestellt werden soll, ist höher als CHF 30'000.–, so dass die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gemäss § 62 Abs. 1 GVG gegeben und im Übrigen unbestritten ist (act. 1 Rz 4; act. 8 Rz 1).

3. Prozessthema

3.1. Die Klägerin begehrt mit ihrer Klageschrift vom 15. Dezember 2010 die Feststellung, dass die Werklohnforderung von CHF 169'878.75 *nicht bestehe* (act. 1 S. 2). Zur Begründung beruft sie sich auf die von ihr behauptete Verjährung (act. 1 Rz 27 ff.). Die Beklagte macht dagegen geltend, die Forderung unterliege grundsätzlich keiner Verjährung. Selbst wenn sie aber der Verjährung unterliegen würde, so käme nach Ansicht der Beklagten die zehnjährige Verjährungsfrist zur Anwendung, die im Übrigen unterbrochen worden sei (act. 8 Rz 38).

3.2. In Bezug auf das Rechtsbegehren der Klägerin ist zunächst zu bemerken, dass zwischen der Wirkung der Verjährung und derjenigen der Verwirkung zu un-

terscheiden ist. Die Verjährung führt zur Entkräftung der Forderung durch Zeitablauf und gilt im schweizerischen Recht als materiell-rechtliches Institut (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2009, Bd. II, Rz 3269). Durch die Verjährung wird die Forderung entkräftet, mithin das klagbare Recht auf Leistung (GAUCH ET AL., a.a.O., Bd. I Rz 29). Die Verjährung beschlägt jedoch *nicht* den Bestand der Forderung, sondern nur deren Durchsetzbarkeit. Mit anderen Worten erhält die Schuldnerin das Recht, die eingeklagte Leistung durch Einrede zu verweigern (GAUCH ET AL., a.a.O., Bd. II, Rz 3276). Die Forderung kann zwar gegen den Willen der Schuldnerin nicht mehr durchgesetzt werden, bleibt aber als Naturalobligation bestehen und kann gültig erfüllt werden (BGE 99 II 185, BGE 119 II 368, Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2002 vom 31. Januar 2003, GAUCH ET AL., a.a.O. Bd. I, Rz 1541). Demgegenüber führt die Verwirkung zum Untergang des betreffenden Rechts und nicht bloss zum Verlust der Durchsetzbarkeit (GAUCH ET AL., a.a.O., Bd II, Rz 3386). Im Übrigen ist die Verwirkung – anders als die Verjährung (Art. 120 OR) – von Amtes wegen zu berücksichtigen (BGE 111 V 136; GAUCH ET AL., a.a.O., Bd II, Rz 3386; PETER NABHOLZ, Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, 1958, S. 156).

3.3. Die Klägerin begehrt zwar die Feststellung des Nichtbestehens der strittigen Forderung, begründet ihre Behauptung jedoch ausschliesslich mit dem Eintritt der Verjährung. Das oben Gesagte vorausgeschickt und unter Berücksichtigung der Klagebegründung ist der Klarheit halber davon auszugehen, dass die Klägerin nicht das Nichtbestehen der Forderung, sondern vielmehr den Eintritt der Verjährung feststellen lassen will. Entsprechend fällt auch die Argumentation der Beklagten in ihrer Klageantwort aus. Folglich ist das klägerische Rechtsbegehren dahingehend zu interpretieren und – bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses – zu prüfen, ob die fragliche Forderung verjährt ist oder nicht.

4. Feststellungsinteresse

4.1. Voraussetzungen

Die Feststellungsklage ist nach Lehre und Praxis zuzulassen, wenn die Klägerin an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann. Diese Voraussetzung ist namentlich dann gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit. Vielmehr darf deren Fortdauer der Klägerin nicht mehr zumutbar sein, weil sie durch die Ungewissheit in ihrer Bewegungsfreiheit behindert würde (BGE 131 III 324; BGE 133 III 287; Urteil des Bundesgerichts 4A_459/2009 vom 25. März 2010 E. 2.1). Weiter darf die Ungewissheit nicht auf andere Weise, insbesondere durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage behebbar sein, und es ist auf die Interessen der beklagten Partei Rücksicht zu nehmen. Die beklagte Gläubigerin wird durch die negative Feststellungsklage nämlich zur vorzeitigen Prozessführung gezwungen (BGE 120 II 22).

4.2. Ungewissheit

4.2.1. Die Klägerin macht geltend, ein rechtlich relevantes Interesse an der Feststellung der Verjährung zu haben, da sich die Bankgarantie bis zum heutigen Zeitpunkt im Besitz der Beklagten befinde und daselbst solange nutzlos sei, als zwischen den Parteien nicht rechtskräftig über die der Bankgarantie zugrunde liegenden Forderung hinsichtlich Höhe und Bestand entschieden worden sei. Dies sei schon in den Verfahren vor dem Bezirksgericht Horgen und dem Obergericht des Kantons Zürich jeweils erkannt worden (act. 1 Rz 18). Die Tatsache, dass noch kein rechtskräftiges Urteil vorliege, welches über Höhe und Bestand der Forderung entscheide, stelle für die Klägerin eine ihr nicht mehr weiter zumutbare Ungewissheit dar, die für die Klägerin schliesslich in einer zeitlich unbegrenzt weiterlaufenden Tragung der Bankgarantiekosten resultiere (act. 1 Rz 21).

4.2.2. Demgegenüber bestreitet die Beklagte, dass die Bankgarantie zum heutigen Zeitpunkt für sie nutzlos sei (act. 8 Rz 15). Sie diene als Sicherheit für die Werklohnforderung, welche der Beklagten gegenüber der Klägerin zustehe (act. 8 Rz 15). Im Übrigen könne die Klägerin der von ihr behaupteten Ungewissheit Abhilfe schaffen, indem sie die Forderung der Beklagten begleiche (act. 8 Rz 20). Zudem sei die Klägerin nicht berechtigt, eine negative Feststellungsklage gegen die Beklagte einzuleiten, da nicht die Klägerin, sondern die Stockwerkeigentümergeinschaft die Sicherheit geleistet habe (act. 8 Rz 14).

4.2.3. Die von der Klägerin geltend gemachte Ungewissheit besteht ihrer Meinung nach in der Frage der Verjährung der Werklohnforderung. Mit Feststellung der Verjährung – so die Schlussfolgerung der Klägerin – werde über den Bestand der Forderung in einem rechtskräftigen Urteil geurteilt, so dass die Bankgarantie entweder infolge Nutzlosigkeit zurückgegeben oder weiterhin als Sicherheit in Anspruch genommen werden könnte. Dieser Schlussfolgerung ist dann zuzustimmen, wenn zwischen der Bankgarantie und der Werklohnforderung eine Akzessorität bestehen und Erstere somit das Schicksal Letzterer teilen würde. Mit anderen Worten kann der vorliegende Prozess – mit dem die Verjährung festgestellt werden soll – nur dann zum von der Klägerin angestrebten Ziel führen, wenn die Bankgarantie infolge der Verjährung der Werklohnforderung in demselben Umfang untergehen würde und folglich zurückzugeben wäre.

4.2.4. Akzessorietät bedeutet, dass die vereinbarte Sicherheit das Schicksal der Hauptschuld insofern teilt, als die akzessorische Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig ist und dieser als Nebenrecht folgt. Mit anderen Worten geht die akzessorische Verpflichtung in demselben Umfang unter wie die Hauptforderung. Läge hingegen ein selbständiges bzw. abstraktes Sicherungsversprechen im Sinne von Art. 111 OR vor, so würde das Versprechen eine eigene Schuld umfassen, die zu erfüllen wäre, obwohl die zu sichernde Hauptforderung unter Umständen nichtig, ungültig oder nicht erzwingbar wäre (Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2009 vom 14. September 2009).

4.2.5. Ob zwischen dem Sicherungsgeschäft und der gesicherten Forderung Akzessorietät oder Abstraktheit vorliegt, ist durch Auslegen des Sicherungsvertrages

zu ermitteln (BGE 111 II 279). Hauptmerkmal für die Abstraktheit und somit Verneinung der Akzessorietät ist regelmässig der Verzicht des Versprechenden auf die Erhebung der der Hauptschuldnerin zustehenden Einreden und Einwendungen sowie das Versprechen, auf erstes Verlangen zu bezahlen (Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2009 vom 14. September 2009).

4.2.6. Das vorliegende Sicherungsversprechen der J._____ wird als "Bankgarantie" bezeichnet (act. 4/13). Die Bezeichnung eines Vertrages als solche ist jedoch nicht entscheidend (Art. 18 OR). Das nach Lehre und Rechtsprechung regelmässig ausschlaggebende Auslegungsmerkmal ist wie erwähnt der vertraglich vereinbarte Ausschluss von Einreden und Einwendungen, die der Klägerin gegen die Beklagte aus der Werklohnforderung etwaig zustehen würden. Von einem solchen Verzicht auf Einreden und Einwendungen wurde in der vorliegenden Bankgarantie indes abgesehen. Dem Versprechenden würde somit zum Beispiel eine etwaige Verjährungseinrede offenstehen. Entsprechend ist – in Übereinstimmung mit den Erwägungen des obergerichtlichen Urteils vom 24. August 2005 (act. 9/1 S. 12) – davon auszugehen, dass es dem Willen der Parteien entsprach, das Sicherungsversprechen akzessorisch zur Hauptforderung abzugeben. Somit teilt das Sicherungsversprechen das Schicksal der gesicherten Forderung hinsichtlich einer etwaigen Verjährung. Die Frage der Verjährung ist somit zur Klärung der von der Klägerin behaupteten Ungewissheit von Relevanz.

4.2.7. Insgesamt stellt die Frage der Verjährung der Werklohnforderung für die Klägerin eine Ungewissheit dar, deren Klärung durch richterlichen Entscheid möglich ist.

4.3. Unzumutbarkeit

4.3.1. Die Klägerin macht geltend, sich gegenüber der Stockwerkeigentümergemeinschaft vertraglich verpflichtet zu haben, die für die Bankgarantie anfallenden Kosten zu tragen. Dies, obwohl die Beklagte die Bankgarantie gar nicht in Anspruch nehmen könne (act. 1 Rz 19 und 21). Es gehe der Beklagten nur darum, der Klägerin zu schaden. Denn verhindere sie die Herausgabe der Bankgarantie, müsse die Klägerin bis auf Weiteres die Kosten für diese übernehmen. Insofern

habe die Beklagte seinerzeit die Herausgabe der Bankgarantie in rechtsmissbräuchlicher Weise erstritten (act. 1 Rz 21). Weiter sei die Ungewissheit über den Bestand der der Garantie zugrunde liegenden Forderung der Klägerin nur schon aus Gründen ihrer Kreditwürdigkeit und im Hinblick auf eine etwaige Prüfung und Bewertung ihrer Passiven im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Transaktion nicht zumutbar. Die Ungewissheit hinsichtlich der Verjährung vertrage sich zudem nicht mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Institut des Rechtsfriedens, das dem Verjährungsgedanken zugrunde liege (act. 13 Rz 14). Die Klägerin behauptet, dass sie – sollte die Verjährung festgestellt werden – die Bankgarantie zurückfordern und sich so künftig die dafür anfallenden Gebühren sparen könne. So würde sich auch ihre Bilanz und damit ihre Transaktions- und Geschäftsfähigkeit sowie die Kreditwürdigkeit verbessern (act. 13 Rz 27). Aus all diesen Gründen sei der Klägerin diese Rechtsunsicherheit nicht weiter zuzumuten (act. 1 Rz 21 f.).

4.3.2. Die Beklagte hingegen bestreitet die von der Klägerin geltend gemachte Unzumutbarkeit (act. 8 Rz 19). Zwar sei das im Mai 2010 eingeleitete Verfahren von der Beklagten nicht weiterverfolgt worden, jedoch zeitige dies weder einen Rechtsverlust für sie noch räume dies der Klägerin zusätzliche Rechte ein (act. 8 Rz 11). Auch wenn sich die Beklagte weigere, die Bankgarantie zurückzugeben, so berechtige dies die Klägerin nicht zur Führung einer Feststellungsklage (act. 8 Rz 14). Weiter bestreitet die Beklagte, dass die Bankgarantie Kosten zulasten der Stockwerkeigentümergeinschaft generiere bzw. diese von der Klägerin zu tragen seien (act. 8 Rz 16 und 18 f.). Die Stockwerkeigentümergeinschaft habe die Bankgarantie freiwillig bestellt, so dass die verursachten Kosten als selbstverschuldet zu gelten hätten (act. 8 Rz 17). Die Stockwerkeigentümer hätten – so die Begründung der Beklagten weiter – die Bauhandwerkerpfandrechte entweder stehen lassen oder durch Bezahlung ablösen können, so dass sie per Subrogation in die Werklohnforderung gegen die Klägerin eingetreten wären und sich die Kosten für die Bankgarantie hätten sparen können (act. 8 Rz 17). Den Vorwurf, die Beklagte bezwecke mit ihrem Verhalten bloss eine Schädigung der Klägerin, weist die Beklagte von sich (act. 8 Rz 20).

4.3.3. Die Klägerin führt replicando aus, dass sich die ausstehende Forderung auf eine etwaige Bewertung der Gesellschaft und deren Kreditwürdigkeit negativ auswirken würde (act. 13). Dass die unter Umständen noch drohende Forderung in der Höhe von rund CHF 170'000.– die Klägerin in ihrer Entscheidungsfreiheit tangieren könnte, macht die Klägerin hingegen nicht explizit geltend. Die Klägerin weist zwar gemäss Handelsregistereintrag lediglich ein Stammkapital von CHF 20'000.– auf; daraus lässt sich jedoch nichts ableiten, was für eine Existenzbedrohung der Klägerin durch die ausstehende Forderung sprechen würde. Vielmehr müsste die gesamte Vermögenslage der Klägerin bekannt sein (act. 4/C2). Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine Forderung in der genannten Höhe die Klägerin buchhalterisch dazu zwingt, Rückstellungen in nicht unerheblicher Höhe zu machen. Solcherlei Rückstellungen aber haben regelmässig negative Auswirkungen auf die Bilanz, was sich wiederum negativ auf die Kreditwürdigkeit der Klägerin auswirkt. Die wirtschaftliche Schlechterstellung zufolge der notwendigen Rückstellungen alleine kann im vorliegenden Fall – insbesondere da nur implizit behauptet – jedoch nicht ausreichen, um ein Feststellungsinteresse in Bezug auf die Unzumutbarkeit zu bejahen.

4.3.4. Die Klägerin rückt vielmehr die Kosten der Bankgarantie – die sie zu tragen behauptet – ins Zentrum ihres Feststellungsinteresses. Die Kosten der Bankgarantie werden von der Klägerin zwar nicht ausdrücklich beziffert. Lediglich in der von der Beklagten ins Recht gelegten Klageschrift der Klägerin vom 30. Mai 2005 weist die Klägerin in einer Klammerbemerkung auf die Kosten, nämlich "5% Zins auf der Garantiesumme nebst den Kommissionskosten der Bankgarantie", hin (act. 17/1 S. 7). Aus den dem Gericht vorliegenden Unterlagen ist nicht ersichtlich, ob diese Behauptung der Klägerin insbesondere bezüglich der Höhe zutrifft. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass bei einer Grossbank eine Garantiekommision von 0.8% p.a. der Garantiesumme bei kuranter Deckung bzw. Garantiekommision von 1.4% p.a. der Garantiesumme ohne Deckung aufgrund der Bonität des Auftraggebers üblich ist (RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, 2008, Fn 1296). Dass eine Garantie nie ohne Gegenleistung von einer Bank geleistet wird, ist überdies notorisch. Wie hoch die Kosten tatsächlich sind, kann vorliegend jedoch offen gelassen werden. Denn

weigert sich die Beklagte, die Werklohnforderung in einem ordentlichen Forderungsprozess einzuklagen, würde dies im Endeffekt darauf hinauslaufen, dass die Klägerin auf unbestimmte Zeit – längstens bis zur Rückgabe der Bankgarantie – die Kosten für die Bankgarantie zu tragen hätte. Wie lange diese Kostentragung schliesslich dauern würde, hinge in diesem Fall vom Belieben der Beklagten ab, die es als Einzige in der Hand hat, einen ordentlichen Forderungsprozess anzustrengen. Ad absurdum geführt, könnte daraus eine "ewige" Kostentragung durch die Klägerin resultieren. Diese Ungewissheit und Abhängigkeit vom Willen der Beklagten kann der Klägerin – unabhängig von der tatsächlichen Höhe der Kosten – nicht weiter zugemutet werden.

4.3.5. Diesbezüglich bestreitet die Beklagte, dass die etwaigen Kosten durch die Klägerin zu tragen seien (act. 8 Rz 18). Die Klägerin hingegen behauptet, dass sie sich gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft werkvertraglich verpflichtet habe, die Kosten der Bankgarantie – welche die Stockwerkeigentümergeinschaft grundsätzlich gegenüber der J. _____ zu tragen habe – zu begleichen (act. 1 Rz 19; act. 13 Rz 20). Während die Beklagte die Behauptung der Klägerin bloss pauschal bestreitet, erscheint die klägerische Aussage, sich zur Kostentragung vertraglich verpflichtet zu haben, plausibel. Entspricht es doch einer üblichen Vertragsausgestaltung, dass die Bankgarantie als hinreichende Sicherheit zur Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts entweder gar nicht erst durch die Grundeigentümerin selbst, sondern durch den Unternehmer direkt bestellt wird (SCHUMACHER, N 1247) oder – wie vorliegend – der Unternehmer sich vertraglich zur vollständigen Schadloshaltung, sprich Übernahme der Bankgarantiekosten, verpflichtet. Eine andere Abrede, die darauf hinauslaufen würde, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft *freiwillig* Kosten tragen würde, die ihr aufgrund der Nichtbegleichung einer offenen Forderung durch die Klägerin entstehen, erschiene geradezu geschäftsfremd. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass die Klägerin die Kosten für die Bankgarantie zu tragen hat und daher grundsätzlich ein schützenswertes Interesse an der begehrten Feststellung hat.

4.3.6. Der Beklagten ist zwar insofern zuzustimmen, als sie in der Tat nicht gezwungen war und ist, nach durchgeführtem Sühnverfahren die Weisung einzu-

reichen. Dies bewahrt die Beklagte jedoch nicht davor, unter Umständen – quasi als Ausfluss ihres eigenen Verhaltens – einem von der Klägerin angestrebten negativen Feststellungsprozess unterziehen zu müssen. Die Argumentation der Beklagten, die Stockwerkeigentümergeinschaft hätte die Bauhandwerkerpfandrechte entweder stehen lassen oder die Forderung selber bezahlen können, so dass sie per Subrogation in die Forderung gegen die Klägerin eingetreten wäre und sich so die Kosten hätte sparen können, greift zu kurz. Schuldnerin der Werklohnforderung ist die Klägerin. Die Bauhandwerkerpfandrechte belasten jedoch die Grundstücke der Stockwerkeigentümer. Diese sind und waren grundsätzlich nicht verpflichtet, die Werklohnforderung zu bezahlen. Würden sie die Forderung jedoch im heutigen Zeitpunkt begleichen, liefen sie Gefahr, eine unter Umständen verjährte Forderung – mithin eine Naturalobligation – zu begleichen und eine Doppelzahlung zu leisten. Denn die Subrogation bringt mit sich, dass alle Modalitäten der Schuld gleich bleiben, insbesondere der Verjährungslauf (GAUCH ET AL., a.a.O., Bd II, Rz 2065). Folglich würde die Stockwerkeigentümergeinschaft zwar eine Forderung gegen die Klägerin erwerben, könnte diese jedoch – sollte die Verjährung bejaht werden – nicht mehr einklagen.

4.3.7. Dass die Kosten für die Bankgarantie selbstverschuldet sind, ist vorliegend nicht weiter relevant, moniert doch weder die Klägerin noch die Stockwerkeigentümergeinschaft, zu Unrecht Kosten tragen zu müssen. Jedoch soll die Verjährung festgestellt werden, um die – eventuell unnötige und überflüssige – künftige Kostentragung einsparen zu können. Selbstredend ist der Beklagten zuzustimmen, dass die Klägerin selbst die Forderung hätte begleichen können, was jedoch kein stichhaltiges Argument gegen ein Feststellungsinteresse der Klägerin darstellt. Tatsache ist, dass die Werklohnforderung nicht bezahlt wurde. Genau so gut könnte man überdies der Beklagten vorhalten, dass sie die Forderung in den vergangenen Jahren bereits hätte einklagen können. Sollte die Forderung heute tatsächlich verjährt sein, würde dies die Klägerin jedenfalls dazu berechtigen, eine Zahlung zu verweigern.

4.3.8. Wie erwähnt, ist dem Feststellungsinteresse der Klägerin auch dasjenige der Beklagten, sich einer vorzeitigen Prozessführung und etwaigen Beweisfüh-

zung zu verweigern, gegenüberzustellen. Die Beklagte macht in keiner Weise geltend, dass es für sie unzumutbar wäre, den Prozess im heutigen Zeitpunkt zu führen. So weist sie nur darauf hin, dass es grundsätzlich im Belieben der Gläubigerin stehe, den Zeitpunkt der gerichtlichen Beurteilung ihres Anspruchs zu bestimmen (act. 8 Rz 24).

4.3.9. Da vorliegend die Verjährung der Werklohnforderung und somit eine Rechtsfrage Prozessthema ist, erscheint es für die Beklagte zumutbar, den Prozess vorzeitig zu führen, zumal sie über Bestand und Höhe der Forderung keinen Beweis zu führen hat. Andere Gründe zugunsten der Beklagten, die das Feststellungsinteresse der Klägerin überwiegen würden, sind vorliegend keine ersichtlich.

4.4. Subsidiarität der Feststellungsklage

4.4.1. Die Stockwerkeigentümergeinschaft beehrte im Verfahren ES100018 vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen widerklageweise die Herausgabe der Bankgarantie an sie selbst. Mit Verfügung vom 26. Juli 2010 wurde dieses Begehren mit der Begründung abgewiesen, der Bestand der durch die Bankgarantie gesicherten Forderung sei noch nicht rechtskräftig festgestellt worden (act. 4/9 S. 9). Dies wurde sodann vom Obergericht mit Beschluss vom 12. November 2010 bestätigt (act. 4/11 S. 6). Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist jedoch nicht Partei hinsichtlich der Streitigkeit um die Werklohnforderung und kann somit die Voraussetzung der rechtskräftigen Feststellung der Forderung zur Herausgabe der Bankgarantie nicht ohne Weiteres erfüllen. Unter Hinweis auf die Argumentation des Bezirksgerichts Horgen und des Obergerichts ist somit zunächst der Prozess über die Werklohnforderung zu führen, wobei die Initiative hierzu entweder von der dortigen Klägerin oder – wie vorliegend – der dortigen Beklagten zu ergreifen ist. Eine andere Möglichkeit, das Verhältnis um die Werklohnforderung und infolgedessen um die Bankgarantie zu klären, insbesondere durch eine Leistungs-, Unterlassungs- oder Gestaltungsklage, ist vorliegend nicht ersichtlich. Insofern steht der Klägerin einzig die Möglichkeit der negativen Feststellungsklage zur Verfügung.

4.5. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die momentane Situation der Klägerin insofern ungewiss ist, als sie nicht weiss, ob die Verjährung der Forderung bereits eingetreten ist. Denn sollte dem so sein, könnte sie in der Folge die Bankgarantie zurückfordern und einer weitergehenden, zeitlich unbegrenzten und somit unzumutbaren Tragung der Bankgarantiekosten entgehen. Im Übrigen ist die Subsidiarität der Feststellungsklage gegeben, weshalb ein hinreichendes Feststellungsinteresse der Klägerin vorliegt und auf die Klage einzutreten ist.

IV. Materielles

1. Aktivlegitimation

1.1. Die Klägerin führt in ihrer Klagebegründung aus, die Beklagte habe auf der zu Stockwerkeigentum ausgeschiedenen Liegenschaft am F. _____ weg ... in E. _____ Metallbauarbeiten ausgeführt. Bestellerin der Metallbauarbeiten und somit Schuldnerin des Werklohns sei die Klägerin allein. Entsprechend stehe denn auch der Beklagten die Klägerin als Gegenpartei im vorliegenden Verfahren betreffend Bestand der Werklohnforderung gegenüber (act. 1 Rz 10).

1.2. Dass sich die heutigen Parteien in einem Verfahren betreffend die Werklohnforderung als Klägerin bzw. Beklagte gegenüberstehen würden, wird von der Beklagten nicht bestritten. Jedoch behauptet sie, dass damit die Aktivlegitimation der Klägerin für die vorliegende negative Feststellungsklage noch nicht begründet sei (act. 8 Rz 9).

1.3. Die Aktivlegitimation ist – als Gegenstück zur Passivlegitimation – der eine Teil der Sachlegitimation, also der Berechtigung des Klägers, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen. Die Sachlegitimation fehlt, wenn der Anspruch nicht dem Kläger zusteht oder nicht dem Beklagten gegenüber besteht (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2010, 5. Kapitel Rz 105). Die Prüfung der Legitimation erfolgt frei und von Amtes wegen, unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime jedoch bloss nach Massgabe des behauptete-

ten und festgestellten Sachverhalts (BGE 126 III 59 = Pra 89 Nr. 117; BGE 118 IA 129; BGE 115 II 465).

1.4. Dass zwischen den Parteien im März 2003 ein Werkvertrag abgeschlossen wurde, mit welchem sich die Beklagte der Klägerin gegenüber verpflichtete, diverse Metallbauarbeiten auf der Liegenschaft F. _____ weg ... in E. _____ zu verrichten, ist vorliegend unbestritten (act. 1 Rz 3 und 10; act. 8 Rz 26). Zwar wurde aufgrund dieser Arbeiten mit Verfügung vom 18. Februar 2004 das Grundbuchamt E. _____ vorsorglich angewiesen, auf den Grundstücken der Liegenschaft am F. _____ weg ... in E. _____ Bauhandwerkerpfandrechte vorläufig einzutragen (act. 4/2), welche sodann durch die Leistung einer hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB abgelöst wurden. Dadurch wurde jedoch das Verhältnis der sich gegenüberstehenden Parteien betreffend die zugrunde liegende Werklohnforderung nicht geändert. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den Akten. Folglich gilt die Klägerin im vorliegenden Prozess als aktivlegitimiert.

2. Verjährungsfrist

2.1. Zunächst ist – ohne Berücksichtigung des Einwandes der Beklagten, die Forderung sei überhaupt nicht verjährbar – zu prüfen, ob die im Streit liegende Werklohnforderung der allgemeinen zehnjährigen (Art. 127 OR) oder aber – wie von der Klägerin geltend gemacht – der ausnahmsweise anwendbaren fünfjährigen Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 3 OR) unterliegt. In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob die Verjährung im heutigen Zeitpunkt bereits eingetreten ist. Sollte dies der Fall sein, wäre schliesslich noch die Frage nach der Verjährbarkeit generell zu stellen. Andernfalls resultiert die vorliegende Klage so oder anders in einer Klageabweisung, so dass sich die Frage der generellen Verjährbarkeit erübrigen würde.

2.2. Der werkvertragliche Vergütungsanspruch des Unternehmers verjährt grundsätzlich in zehn Jahren (Art. 127 OR). Ausgenommen sind einzelne Fälle, in denen eine verkürzte Verjährungsfrist greift, so insbesondere bei Forderungen aus Handwerksarbeiten (Art. 128 Ziff. 3 OR). Nach der ursprünglichen ratio legis werden unter Art. 128 Ziff. 3 OR Forderungen aus Rechtsgeschäften erfasst, bei

denen rasche Erfüllung üblich ist und nach Ansicht des Gesetzgebers die Parteien normalerweise weder einen schriftlichen Vertrag aufzusetzen noch die Quittungen lange aufzubewahren pflegen (BGE 98 II 186; BGE 123 III 120 = Pra 86 (1997) Nr. 106 S. 579). Mit der Entwicklung des Handels hat die ratio legis weitgehend ihren Sinn verloren, weshalb gemeinhin und insbesondere vom Bundesgericht eine restriktive Auslegung der fraglichen Bestimmung vertreten wird (BGE 123 III 120 = Pra 86 (1997) Nr. 106 S. 579). Im Zweifel ist für die Anwendung der normalen zehnjährigen Frist gemäss Art. 127 OR zu entscheiden, insbesondere dann, wenn der Gegenstand des fraglichen Werkvertrages über ein schlichtes *Alltagsgeschäft* hinausgeht (BGE 123 III 120 = Pra 86 (1997) Nr. 106 S. 579 S. 580; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., 2011, Rz 1286 ff.).

2.3. Bei den Forderungen aus "Handwerksarbeit" handelt es sich ausschliesslich um Vergütungsforderungen der Werkunternehmer, nicht auch um Forderungen des Bestellers, mithin um einen limitierten Ausschnitt aus der Gesamtheit der werkvertraglichen Vergütungsforderungen (GAUCH, a.a.O., Rz 1285). Das massgebliche Kriterium dafür, ob eine Vergütungsforderung eine Forderung aus "Handwerksarbeit" ist und dementsprechend der verkürzten Verjährungsfrist von fünf Jahren untersteht, liegt im Charakter der *Gesamtleistung*, zu der sich der Unternehmer nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrages verpflichtet hat (BGE 123 III 120 = Pra 86 (1997) Nr. 106 S. 578; GAUCH, a.a.O., Rz 1288).

2.4. Zunächst handelt es sich bei einer "Handwerksarbeit" um eine manuelle Arbeit, die mit oder ohne Handwerkzeug ausgeführt wird und sich dadurch kennzeichnet, dass die geistige (intellektuelle, wissenschaftliche, organisatorische und administrative) Komponente in ihrer Bedeutung hinter das körperliche Element der Leistung zurücktritt (BGE 123 III 120 = Pra 86 (1997) Nr. 106 S. 578; BGE 116 II 429 f.). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung werden vom Begriff der Handwerksarbeit lediglich solche Arbeiten erfasst, die im Allgemeinen weder die Anwendung einer besonderen Technologie bedingen, noch einen Planungsaufwand bezüglich des Personaleinsatzes oder der Fristen implizieren oder der Koordination mit Arbeiten anderer Unternehmer bedürfen, so dass sie ohne spezielle administrative Vorkehren ausgeführt werden können. Nur bei typisch und traditio-

nell manuellen Arbeiten, die einen restriktiven Bereich beschlagen, rechtfertigt es sich, die verkürzte Verjährungsfrist des Art. 128 Ziff. 3 OR anzuwenden (BGE 123 III 120 = Pra 86 (1997) Nr. 106 S. 579). Dass der Unternehmer für die Herstellung des Werkes mechanische Kräfte einsetzt oder den Werkstoff liefert, steht der Annahme einer "Handwerksarbeit" zwar nicht grundsätzlich entgegen (BGE 116 II 430; ZR 71 Nr. 30). Gleiches gilt, wenn der Unternehmer normierte Materialien verwendet (BGE 116 II 430). Nach der angewandten Arbeitsweise aber muss es immer, und zwar in erheblichem Masse, auch auf das handwerkliche Können des Ausführenden ankommen, ansonsten nicht mehr von einer Handwerksarbeit gesprochen werden kann. Tritt etwa die Entfaltung der individuellen Handfertigkeit hinter den Einsatz technischer Hilfsmittel zurück, so ist die ausgeführte Arbeit keine Handwerksarbeit im Sinne dieser Ausnahmebestimmung (GAUCH, a.a.O., Rz 1289).

2.5. Wie die Parteien übereinstimmend ausführen, wurde im März 2003 zwischen den Parteien ein Werkvertrag geschlossen, mit welchem die Beklagte beauftragt wurde, an der Liegenschaft F. _____ weg ... in E. _____ "allgemeine Metallbauarbeiten (Schlosserarbeiten)" auszuführen (act. 1 Rz 24 und act. 8 Rz 26). Diese allgemeinen Metallbauarbeiten wurden in einer Auflistung vom 9. April 2003 wie folgt präzisiert (act. 4/12) (act. 8 Rz 26 und act. 13 Rz 37):

- Stahltreppe UG-EG (Positionen 1.1 bis 1.4 gemäss Devis)
- Geländer (Positionen 2.1 bis 2.6 gemäss Devis)
- Pflanztröge (Positionen 3.1. bis 3.4 gemäss Devis)
- Schiebetüranlagen (Positionen 4.1 bis 4.5 gemäss Devis)
- Glasdach Treppenhaus (Positionen 5.1 bis 5.7 gemäss Devis)
- Vordach DG (Positionen 6.1 bis 6.4 gemäss Devis)
- schwenkbarer Windschutz / Sichtschutz (Positionen 7.1 bis 7.4 gemäss Devis)
- Diverses (Position 8 gemäss Devis)

Die ins Recht gelegte Auflistung ist zwar nicht unterzeichnet, jedoch unbestritten, verweisen doch sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte auf die einzelnen darin aufgeführten Leistungspositionen (act. 8 Rz 26 und act. 13 Rz 37). Weiter seien – so die unbestrittenen Ausführungen der Beklagten – zahlreiche Zusatzaufträge verrichtet worden, unter anderem Windwächter, Trafoeinbau, Elektrozuführung,

Markisensupport und Lampen (act. 8 Rz 27). Regelmässig seien Änderungen und Lösungsvorschläge jeweils ad hoc vor Ort mit den entsprechenden Handwerkern diskutiert worden. (act. 8 Rz 28). Auch diese Ausführung blieb von der Beklagten unbestritten. Dass also die von der Beklagten behaupteten (Metallbau-) Arbeiten auf der besagten Liegenschaft geleistet wurden, wird vorliegend nicht bestritten. Die Klägerin macht einzig – pauschal und ohne nähere Begründung – geltend, die Arbeiten seien mangelhaft ausgeführt worden (act. 13 Rz 28), was jedoch für deren rechtliche Qualifikation (Handwerksarbeiten im Sinne von Art. 128 OR oder nicht) keine Rolle spielt.

2.6. Alleine der Charakter der von der Beklagten geschuldeten Gesamtleistung ist vorliegend umstritten und für die Beantwortung der Verjährungsfrage relevant (GAUCH, a.a.O., Rz 1288). Den Parteivorbringen kann hinsichtlich der konkreten Erbringung der Arbeiten nur wenig entnommen werden, was eine Beurteilung des Charakters der Gesamtleistung zulässt.

2.7. So führt die Beklagte aus, dass ihr handwerkliches Können nur eine sekundäre Rolle gespielt habe. Es sei bedeutender gewesen, dass sie nicht nur Arbeit erbracht habe, sondern im Wesentlichen auch den Werkstoff zur Erfüllung ihres Werkes bestellt und geliefert habe und das Werk nur mit Hilfe von mechanischen Kräften (insbesondere eines Krans) habe erstellt werden können (act. 8 Rz 34; act. 16 Rz 32). Die organisatorischen und administrativen Momente hätten überwogen, sei doch eine erhebliche logistische Planung seitens der Beklagten zur Erbringung des Werkes notwendig gewesen. So habe sie die Werkteile in ihrer Werkstatt zusammengefügt, auf die Baustelle transportiert und den genauen Montagezeitpunkt und Montageort mit dem Bauführer und anderen beteiligten Unternehmer abgesprochen (act. 8 Rz 34). Es sei ein erheblicher Koordinationsaufwand mit den anderen am Bau beteiligten Handwerkern notwendig gewesen, da diese ihre Arbeiten vorgängig hätten abschliessen müssen, damit die Beklagte ihr Werk habe erstellen und vollenden können. Diese Koordination sei insbesondere für die Montage der Stahltreppe, der Schiebetüranlagen, des Glasdachs und des Windschutzes notwendig gewesen (act. 16 Rz 32). Insgesamt sei ein umfangreiches Werk erstellt worden, das nicht mehr als ein gewöhnliches Alltagsgeschäft

zu bezeichnen sei. Das Werk sei individuell, einmalig, aufwändig und speziell auf die Liegenschaft am F. _____ weg ... in E. _____ zugeschnitten gewesen. Jedenfalls seien von der Beklagten nicht nur kleinere Werke abgeliefert worden (act. 16 Rz 28). Insgesamt überwiege die manuelle Tätigkeit der Beklagten die übrigen Leistungen nicht (act. 8 Rz 36).

2.8. Die Klägerin hingegen stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei den von der Beklagten verrichteten Leistungen um "Handwerksarbeiten" im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR handelte. Die von der Beklagten in ihrer Klageschrift vom 22. November 2004 aufgeführten Änderungsarbeiten würden handwerkliches Können verlangen (act. 13 Rz 37). Unter Hinweis auf die Klageschrift der Beklagten vom 22. November 2004 führt die Klägerin aus, dass es sich bei den Arbeiten um mehrere verschiedene, kleinere und mangelhafte Werke gehandelt habe (act. 13 Rz 37). Die als "Mehrpreise" in act. 4/4 aufgelisteten relativ geringen Einzelbeträge würden belegen, dass es sich um alltäglich zu verrichtende Arbeiten gehandelt habe (act. 13 Rz 37). Die Beklagte – so die Argumentation der Klägerin weiter – führe in ihrer Klageantwort aus, dass Änderungen und Lösungsvorschläge jeweils ad hoc vor Ort mit den Handwerkern diskutiert worden seien. Klarerweise sei dabei die Rede von Handwerkern und Handwerksarbeiten (act. 13 Rz 34). Im Übrigen habe nicht die Beklagte mit den schweren Maschinen und Baukränen gearbeitet, sondern Hilfspersonen der Bauleitung hätten diese bedient (act. 13 Rz 39). Die Klägerin will im Verhalten der Beklagten weiter ein widersprüchliches Verhalten feststellen, indem diese im Verfahren betreffend Eintragung und Ablösung der Bauhandwerkerpfandrechten zunächst geltend machte, Handwerksarbeiten ausgeführt zu haben und nun schliesslich vorbringe, die organisatorischen und administrativen Momente hätten überwogen (act. 13 Rz 35). Entsprechend ergebe sich daraus, dass die Beklagte die Bankgarantie in missbräuchlicher Weise erhältlich gemacht habe (act. 13 Rz 36).

2.9. In der Klageschrift der Beklagten vom 22. November 2004, worauf die *Klägerin* replicando verweist (act. 13 Rz 37 und act. 4/4), führt die Beklagte mehr oder weniger detailliert aus, wie sich die fraglichen (Mehr-)Leistungen zusammensetzten. So will die Beklagte Schiebetüren der Terrasse im Dachgeschoss des

Hauses montiert, demontiert und später erneut montiert haben (act. 4/4 Rz 22). Weiter habe sie in der Werkstatt die Treppenhaus-Dachverglasung als Satteldachkonstruktion fertig fabriziert, lackiert und in der Werkstatt gelagert. Die hierzu benötigten Glasscheiben habe sie bestellt und diese seien durch die Klägerin eingelagert worden (act. 4/4 Rz 23). Aus der Satteldachkonstruktion sei dann zu einem späteren Zeitpunkt – um die Vorgaben der Baubewilligung zu erfüllen – neu ein Pultdach errichtet worden (act. 4/4 Rz 24 f.). Gestützt auf die Instruktionen der Klägerin habe sie sodann einen Genehmigungsplan gezeichnet (act. 4/4 Rz 27). Betreffend den schwenkbaren Wind- und Sichtschutz führte die Beklagte damals aus, dass sie – nachdem sie einen Genehmigungsplan erstellt habe – das zur Herstellung benötigte Material bestellt bzw. bei einer Drittfirma habe herstellen lassen (act. 4/4 Rz 33). Aufgrund einer gewünschten Änderung der schwenkbaren Öffnungsrichtung habe die Beklagte das zur Herstellung benötigte Material produziert bzw. bestellt, wobei das Material – zumindest in jenem Zeitpunkt (November 2004) – nicht habe eingebaut werden können. Die Beklagte habe es sodann gelagert; eine Weiterverwendung sei nicht möglich gewesen (act. 16 Rz 36). Schliesslich erwähnte sie unter Position 8.1 (act. 4/4 Rz 37), dass mit einem Baukran gerechnet worden sei und ein Pneuroman jedes Mal habe bestellt werden müssen. Schliesslich seien noch zusätzliche Aufträge zur Erstellung und Montage einer Eingangstüre und Seitenfenster hinzugekommen (act. 4/4 Rz 38 f.)

2.10. Aus der Auftragsbestätigung und der Auflistung der Leistungspositionen geht hervor, dass es sich bei den der strittigen Forderung zugrunde liegenden Arbeiten um mehrere unterschiedliche handelt. Neben kleineren Arbeiten wie den Pflanztrögen wurden auch Arbeiten verrichtet, die eine Verarbeitung und Montage von grösseren Elementen bedingt haben. So waren – unter anderem – eine Stahl-treppe, Geländer, Schiebetüranlagen, ein Glasdach im Treppenhaus, ein Vordach im Dachgeschoss und ein schwenkbarer Wind-/Sichtschutz Bestandteile des vorliegenden Vertrages (act. 4/4 und 4/12). Dabei handelt es sich teilweise um wesentliche Bestandteile eines Gebäudes, die in der Regel auch von grösserem Volumen – oder zumindest Gewicht – sind. Es liegt auf der Hand, dass nur schon ein Teil eines Metallgeländers ein erhebliches Gewicht mit sich bringt.

2.11. Bei der Liegenschaft am F. _____weg ... handelt es sich um ein Mehrfamilienhaus mit acht Stockwerkeigentumseinheiten, das neben dem Unter-, Erd- und Dachgeschoss noch über weitere Stockwerke verfügt (act. 8 Rz 26; act. 13 Rz 37). Wird eine Glasdachkonstruktion nur schon über die Höhe von zwei Etagen montiert, erscheint es plausibel und nachvollziehbar, dass diese Elemente – es handelt sich offenbar um Metall- und Glaselemente, die bekanntlich ein hohes Gewicht aufweisen – nicht mehr von Menschenkraft in die Endposition gebracht werden können und entsprechende Maschinen und Kräne hierzu benötigt werden. Diesbezüglich verfängt das Argument der Klägerin, nicht die Arbeiter der Beklagten hätten die Maschinen bedient, nicht. Es kommt vorliegend nicht darauf an, wer die Arbeiten im Endeffekt (mit-)verrichtet hat, sondern wie der Charakter der Arbeiten zu qualifizieren ist (GAUCH, a.a.O., Rz 1294). Entsprechendes gilt auch für eine Stahltreppe, die das Unter- mit dem Erdgeschoss verbinden soll (act. 4/12). Eine Stahltreppe von dieser Grösse weist ein Gewicht auf, das ohne mechanische Hilfe kaum mehr mobilisiert werden kann.

2.12. Das Argument der Klägerin, die relativ geringen Einzelbeträge würden auf für Bauhandwerker alltägliche Arbeiten hinweisen, kann nur insofern sekundär berücksichtigt werden, als die Höhe der Vergütungsforderung aus sich heraus nicht ausschlaggebend ist (Handelsgericht ZH in SJZ 63 S. 204; KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band I, 1975; § 280). Selbst wenn man auf das finanzielle Volumen der Arbeiten abstellen würde, so müsste konsequenterweise auch diesbezüglich auf die Gesamtleistung abgestellt werden und nicht auf die Einzelbeträge. In diesem Sinne müsste ein Auftrag mit einem finanziellen Volumen von rund einer halben Million Franken nicht mehr als Alltagsgeschäft bezeichnet werden. Zuzustimmen ist der Klägerin darin, dass die Beklagte mehrere verschiedene Arbeiten geleistet hat. Die Anfertigung und Montage von essenziellen Gebäudeteilen können vorliegend wohl nicht als kleinere Arbeiten bezeichnet werden. Ferner ist die Frage der Mangelhaftigkeit nicht Thema des vorliegenden Prozesses.

2.13. Dass die Montage eines Glasdaches, von Stahltreppen und Schiebetüranlagen erst möglich ist, wenn andere Arbeiten – welche die für die Montage notwen-

digen Vorrichtungen herbeiführen – abgeschlossen sind, ist evident. Damit einher geht eine entsprechend Planung und Koordination mit der Bauleitung und den anderen mit dem Bau beschäftigten Unternehmern. Diese fallen umso mehr ins Gewicht, wenn die Montage aufgrund von behördlichen Einwänden (z.B. nicht im Einklang mit den Vorgaben der Baubewilligung) verzögert wird bzw. Bauteile entsprechend angepasst oder aber zwischengelagert werden müssen, wie dies von der Beklagten in ihrer Klageschrift vom 22. November 2004 – worauf die Klägerin selber verweist (act. 13 Rz 37) – geschildert wurde (act. 4/4 Rz 23).

2.14. Im Übrigen ist vorliegend nichts aus dem klägerischen Vorbringen abzuleiten, dass die Beklagte die Änderungen ad hoc mit den Handwerkern besprochen habe. Es ist irrelevant, ob es sich dabei um Handwerker oder andere Dritte handelt. Es ist einzig und allein auf den Charakter der Gesamtleistung abzustellen, nicht auf die Bezeichnung der einzelnen mit dem Auftrag beschäftigten Personen (GAUCH, a.a.O., Rz 1294).

2.15. Ein widersprüchliches Verhalten der Beklagten ist vorliegend nicht erkennbar, wenn sie im Verfahren zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts einerseits geltend gemacht hatte, Handwerksarbeiten geleistet zu haben, und andererseits nun im vorliegenden Verfahren dem administrativen und organisatorischen Aufwand eine grössere Bedeutung schenkt. Die Voraussetzungen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind andere, als jene zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 128 Ziff. 3 OR. Während es dort um eine etwaige Wertsteigerung des Grundstücks zufolge Material und/oder Arbeit geht, ist vorliegend entscheidend, wie die Arbeiten konkret ausgeführt wurden und in ihrer Gesamtheit und ihrem Charakter zu qualifizieren sind.

2.16. Geht man zurück auf die ursprüngliche ratio legis von Art. 128 Ziff. 3 OR, wonach die verkürzte Verjährungsfrist auf dem Gedanken beruht, dass gewisse synallagmatische Verträge nach Verkehrssitte rasch abgewickelt zu werden pflegen und dafür im allgemeinen weder schriftliche Verträge aufgesetzt noch Quittungen lange aufbewahrt werden, so kommt man zum Schluss, dass es sich bei der Beklagten nicht um einen Handwerker im Sinne der ratio legis handelt, so

dass sich eine Anwendung der verkürzten Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR nicht rechtfertigt.

2.17. Insgesamt kommt man zum Schluss, dass es sich bei den fraglichen Arbeiten – im Sinne der Gesamtleistung – nicht um solche handelt, welche typischerweise als manuelle (Handwerks-)Arbeiten im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren wären. Die Gesamtleistung ging im Aufwand und Volumen über ein Alltagsgeschäft hinaus und brachte in technischer, maschineller, organisatorischer und planerischer Hinsicht einen erheblichen Aufwand mit sich. In Anbetracht der restriktiven Auslegung und des Normzwecks von Art. 128 Ziff. 3 OR ist daher vorliegend von der Anwendbarkeit der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist im Sinne von Art. 127 OR auszugehen.

3. Zeitpunkt des Verjährungseintritts

3.1. Für die Frage, ob die Forderung im heutigen Zeitpunkt bereits verjährt ist, ist zunächst relevant, wann die Verjährung zu laufen begonnen hat. Der Beginn der Verjährung bestimmt sich nach Art. 130 OR, welcher sich mit dem Verjährungsbeginn für vertragliche Forderungen im Allgemeinen befasst. Demnach beginnt mit der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers die Verjährungsfrist zu laufen (GAUCH, a.a.O., Rz 1298). Eine besondere Bestimmung, wann die Fälligkeit hätte eintreten sollen, lässt sich der Auftragsbestätigung nicht entnehmen (act. 4/1). Die Klägerin stellt jedoch in ihren Vorbringen auf das Datum der Rechnungsstellung vom 22. Dezember 2003 ab (act. 1 Rz 29). Ab demselben Zeitpunkt macht auch die Beklagte den Zinsenlauf geltend (act. 4/2 S. 3; act. 17/2 S. 2). Insofern herrscht Einigkeit unter den Parteien, dass die Fälligkeit am 22. Dezember 2003 eingetreten ist. Die genaue Bestimmung der Fälligkeit kann jedoch insofern offen bleiben, als die zehnjährige Verjährungsfrist sogar unter der Annahme des frühesten möglichen Zeitpunktes der Fälligkeit, nämlich dem Tag des Vertragsabschlusses vom 25. April 2003, so etwa bei einer – allerdings nicht behaupteten – Vorleistungspflicht der Klägerin (act. 4/1), und ohne Berücksichtigung etwaiger Unterbrechungshandlungen im heutigen Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist.

4. Schlussfolgerung

Die im Streit liegende Forderung verjährt in zehn Jahren gemäss allgemeiner Bestimmung von Art. 127 OR. Diese Frist ist im heutigen Zeitpunkt – selbst bei Ausserachtlassen von etwaigen Unterbrechungshandlungen – noch nicht abgelaufen. Insofern kann die Frage, ob die Forderung überhaupt einer Verjährung unterliegt, offen bleiben, da die Forderung der Beklagten im heutigen Zeitpunkt so oder anders noch nicht verjährt und die Klage daher vollumfänglich abzuweisen ist.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (§ 64 ZPO/ZH i.V.m. § 202 Abs. 1 GVG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 169'878.75 (vgl. act. 1 S. 2). In Anwendung von § 4 Abs. 1 ist die Gerichtsgebühr auf CHF 11'500.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH).

2. Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Klägerin ist somit zu verpflichten, der Beklagten eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.).

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'500.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 18'600.– sowie Weisungskosten von CHF 780.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).
Der Streitwert beträgt CHF 169'878.75.

Zürich, 7. September 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic.iur. Peter Helm

lic.iur. Kerstin Habegger