

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240100-O

U

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber Dr.
Benjamin Büchler

Urteil vom 25. November 2024

in Sachen

1. **A._____ GmbH,**

2. **B._____ AG,**

Gesuchstellerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law and Economics X2._____,

gegen

C._____,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____,

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 ff.)

- "1. Es seien hinsichtlich der Liegenschaft Hotel D._____, E._____-strasse 1, F._____, Grundstück-Nr. 2, EGRID Nr. CH3, vorsorglich ein oder allenfalls mehrere ausgewiesene Sachverständige zu bestellen.
2. Es sei durch diese ausgewiesenen Sachverständige während eines durch die Gesuchstellerinnen bis spätestens Ende November 2024 noch zu definierenden Zeitraums, frühestens ab 6. Januar 2025 bis voraussichtlich spätestens am 31. Januar 2025 (ab dem Zeitpunkt der Betriebsschliessung bis zum Austausch der Seewasseranlage sowie der Küchenoberflächen), mittels Gutachten vorsorglich Beweis zu den folgenden Beweisfragen abzunehmen:
[Ausformulierter Fragenkatalog]
3. Es sei durch diese ausgewiesenen Sachverständige während eines durch die Gesuchstellerinnen bis spätestens Ende November 2024 noch zu definierenden Zeitraums, voraussichtlich zwischen dem 13. Januar 2025 und 18. Januar 2025 (währenddem das Gerüst rund um die Liegenschaft erstellt, die Aussenfassade aber noch nicht demontiert worden ist) mittels Gutachten zu den folgenden Beweisfragen vorsorglich Beweis abzunehmen:
[Ausformulierter Fragenkatalog]
4. Es sei durch diese ausgewiesenen Sachverständige während eines durch die Gesuchstellerinnen bis spätestens Ende November 2024 noch zu definierenden Zeitraums, voraussichtlich zwischen dem 20. Januar 2025 und 7. Februar 2025 (währenddem die Aussenfassade demontiert wurde und die Unterkonstruktion freiliegt, die Sanierungsarbeiten aber noch nicht begonnen haben) mittels Gutachten zu den folgenden Beweisfragen vorsorglich Beweis abzunehmen:
[Ausformulierter Fragenkatalog]
5. Schliesslich sei durch diese ausgewiesenen Sachverständige nach erfolgter Begutachtung der Aussenfassade sowie deren Unterkonstruktion mittels Gutachten zu den folgenden Beweisfragen vorsorglich Beweis abzunehmen:
[Ausformulierter Fragenkatalog]
6. Es sei die Gesuchsgegnerin anzuweisen, allfällige statische Berechnungen über die Liegenschaft vorgängig zur Beweisabnahme einzureichen, sofern ihr solche vorliegen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Formelles

1.1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 4. Juli 2024 (Datum Poststempel), eingegangen am 5. Juli 2024, stellten die Gesuchstellerinnen gestützt auf Art. 158 Abs. 1 ZPO ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit den obigen Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 5. Juli 2024 wurde den Gesuchstellerinnen Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 6). Die innert erstreckter Frist erstattete Gesuchsantwort vom 19. August 2024 samt Beilagen (act. 12, act. 13/1-19) wurde den Gesuchstellerinnen am 28. August 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 9. September 2024 samt Beilagen (act. 15; act. 16/1-3; überbracht), die der Gesuchsgegnerin am 19. September 2024 zugestellt wurde (Prot. S. 5), machten die Gesuchstellerinnen von ihrem rechtlichen Gehör Gebrauch. Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 30. September 2024 (act. 18) ging den Gesuchstellerinnen am 2. Oktober 2024 zur Kenntnisnahme zu (abgeholt, act. 19). Weitere Eingaben ergingen nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

1.2. Zuständigkeit, Streitgenossenschaft

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist unbestritten und gegeben (Art. 13 i.V.m. Art. 17 ZPO; Art. 6 Abs. 2 und Abs. 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG).

Die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft (Art. 71 Abs. 1 ZPO) sind erfüllt.

1.3. Stellungnahmen der Parteien nach Aktenschluss

Weder die Gesuchstellerinnen noch die Gesuchsgegnerin machen geltend, dass ihre nach Aktenschluss eingereichten Eingaben vom 9. September 2024 (act. 15) resp. 30. September 2024 (act. 18) in Wahrnehmung ihres rechtlichen Gehörs neue Vorbringen enthalten resp. ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 229 Abs. 1

ZPO iVm Art. 219 ZPO genügen würden (BGE 144 III 117 E. 2; 146 III 237 E. 3). Auf die betreffenden Eingaben ist daher nicht weiter einzugehen.

1.4. Edition statische Berechnungen vor Begutachtung (Rechtsbegehren 6)

Die *Gesuchstellerinnen* führen zum prozessualen Editionsbegehren gemäss Rechtsbegehren Ziff. 6 (Edition statische Berechnungen, soweit vorhanden) aus, die Gesuchsgegnerin sei um Nachreichung der statischen Berechnungen der Liegenschaft (Neubau) ersucht worden, diesem Ersuchen aber nicht nachgekommen (act. 1 Rz. 65). Die *Gesuchsgegnerin* verweist zum einen auf den Werkvertrag BKP 216 (act. 3/21) sowie den technischen Vorbescrieb zur Fassade (act. 3/19), wonach die Nachweise beim Unternehmer nachzufragen seien, und zum anderen auf die auf Ersuchen der *Gesuchstellerinnen* bei einem der Unternehmer (G. _____ AG) im September 2023 getätigte diesbezügliche Anfrage und die Weiterleitung der vom genannten Unternehmer erhaltenen Nachweise (vgl. act. 13/8) an die *Gesuchstellerinnen* (act. 12 Rz. 96).

Dazu ist Folgendes festzuhalten: Mit Beilage act. 13/8 zur Gesuchsantwort hat die Gesuchsgegnerin Berechnungen zur Fassade West Vorhangdistanz 320 mm, zu den Fassaden Nord + West Flumroc 300 mm Naturstein und den Fassaden Nord + West Putzträgerplatten *eingereicht*. Gemäss dem technischen Vorbescrieb (act. 3/19 S. 15, "Nachweise") sind die bauphysikalischen und statischen Berechnungen und Nachweise durch den Unternehmer auszuführen und auf Verlangen vorzulegen. Die *Gesuchstellerin 2* als Bauherrin und Vertragspartnerin der Unternehmer (vgl. act. 3/21) hat diese demnach *bei den Unternehmern* einzuverlangen, soweit es sich bei den zu den Akten gereichten Nachweisen nicht um die oder nicht um alle der nachgesuchten statischen Berechnungen handeln sollte. Mit Stellungnahme zur Gesuchsantwort (act. 15) haben sich die *Gesuchstellerinnen* zu diesem Vorbringen der Gegenseite resp. der Beilage act. 13/8 nicht geäussert. Soweit das Editionsbegehren zufolge Einreichung von act. 13/8 nicht gegenstandslos geworden ist, ist es aus den genannten Gründen abzuweisen.

2. Ausgangslage und wesentliche Parteistandpunkte

2.1. Die *Gesuchstellerin 1* ist eine GmbH nach deutschem Recht mit Sitz in H._____ (D) und die Muttergesellschaft und Alleinaktionärin der *Gesuchstellerin 2*.

2.2. Die *Gesuchstellerin 2*, eine AG mit Sitz in I._____, ist die Eigentümerin und Betreiberin des Hotels D._____ in F._____ (fortan *Hotel*). Sie hat als Bauherrin das 1958 erbaute Hotel von 2014 bis 2019 umfassend saniert und erweitert (fortan *Bauprojekt*).

2.3. Die *Gesuchsgegnerin*, eine Kommanditgesellschaft mit Sitz in J._____, bezweckt den Bau und die Verwaltung von Wohn- und Geschäftsliegenschaften. Sie war bis Mitte 2020 und damit während der Planungs- und Ausführungsphase des Bauprojekts die *Alleinaktionärin der Gesuchstellerin 2* (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 12 Rz. 7).

2.4. Im Rahmen des *Bauprojekts* wurde der bestehende Gebäudeteil des Hotels (Altbau) totalsaniert und ein weiterer Gebäudeteil an diesen angebaut (Neubau). Es wurde zudem ein neues Heiz- und Kühlsystem mit Seewasseranlage und Seewasserpumpen in die Liegenschaft eingebaut. Mit der Koordinierung und Planung des Umbaus beauftragte die *Gesuchstellerin 2* das Architekturbüro K._____ AG als Generalplanerin (act. 1 Rz. 19; act. 12 Rz. 116; act. 3/10: GP-Vertrag vom 16.11.2015).

2.5. Als damalige Alleinaktionärin der *Gesuchstellerin 2* setzte die *Gesuchsgegnerin* ihren Komplementär L._____ sowie den Mitinhaber des als Generalplanerin beauftragten Architekturbüros, M._____, als Organe der *Gesuchstellerin 2* ein, die seitens der Bauherrin (*Gesuchstellerin 2*) für die Durchführung des Sanierungsprojekts zuständig waren (act. 1 Rz. 18; act. 12 Rz. 15; act. 3/10).

2.6. Die Eröffnung des Hotels fand im Juli/August 2019 statt (act. 1 Rz. 16; act. 12 Rz. 13). Ab Mitte 2020 verpachtete die *Gesuchstellerin 2* das Hotel an die N._____ AG (fortan *Pächterin*, vormals firmierend als O._____ AG; act. 1 Rz. 2 ff.; act. 12 Rz. 10).

2.7. Rund ein Jahr nach der Eröffnung verkaufte die Gesuchsgegnerin mit *Aktienkaufvertrag vom 22. Juli 2020* (act. 3/6) sämtliche Aktien der Gesuchstellerin 2 an die Gesuchstellerin 1. In Anbetracht des kurz nach Beendigung des Bauprojekts erfolgten Eigentümerwechsels an der Gesuchstellerin 2 als der Eigentümerin des umgebauten Hotels vereinbarten die Parteien des Aktienkaufvertrags Garantien in Zusammenhang mit allfälligen Werkmängeln an Hotel und Inventar (Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags, act. 3/6). Auf diese materielle Anspruchsgrundlage berufen sich die Gesuchstellerinnen (act. 1 Rz. 47).

2.8. *Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags* (Garantien in Zusammenhang mit allfälligen Werkmängeln) nimmt Bezug auf den Pachtvertrag zwischen der Gesuchstellerin 2 und der nachmaligen Pächterin, der in Form des finalen Entwurfs Bestandteil des Aktienkaufvertrags bildet (Anhang C zum Aktienkaufvertrag, act. 3/6). Gemäss dieser Ziff. VI.5 garantiert die Aktienverkäuferin (Gesuchsgegnerin), dass – erstens – die in der *Mängelliste in Anlage 5 zum Pachtvertrag* aufgeführten Werkmängel am Hotel und – zweitens – allfällige weitere *nach Ziffer 5 des Pachtvertrags von der Pächterin festgestellte Mängel* an den Pachtobjekten durch die entsprechenden Handwerker, durch eigene Leistung oder durch Dritte ohne Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin 2 behoben würden, sowie – drittens –, dass die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin 2 vollumfänglich schadlos halte von eigenen Schäden und allfälligen Forderungen Dritter (insbesondere der Pächterin unter dem Pachtvertrag) im Zusammenhang mit *solchen Mängeln* und deren Behebung (act. 1 Rz. 20, act. 12 Rz. 16).

2.9. Analog dazu findet sich in der referenzierten *Ziff. 5 des Pachtvertrags* (act. 3/6, S. 12) die Verpflichtung der Gesuchstellerin 2 als Verpächterin, erstens die in der *Mängelliste in Anlage 5 zum Pachtvertrag* aufgeführten Mängel und – zweitens – *allfällige weitere Mängel*, die bei der Abnahme der Pachtobjekte *nicht erkennbar* waren, auf eigene Kosten zu beheben, *sofern* ihr solche Mängel innerhalb von *drei Monaten ab Pachtbeginn* oder einer längeren *Garantiefrist* von der Pächterin sofort nach Entdecken gemeldet worden sind (act. 1 Rz. 22; act. 12 Rz. 16).

2.10. *Vollzugstermin* des Aktienkaufvertrags und Pachtbeginn war der 24. Juli 2020. Um der Gesuchsgegnerin zu ermöglichen, sich auch nach dem Vollzug des Aktienkaufvertrags um die Behebung von Mängeln im Sinne von Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags zu kümmern, wurde sie in der nämlichen Vertragsziffer ermächtigt, die Gesuchstellerin 2 (Verpächterin) im Rahmen der Mängelbehebung gegenüber den Unternehmern zu vertreten (act. 1 Rz. 23; act. 12 Rz. 17).

2.11. Die Pächterin stellte nach dem Pachtbeginn vom 24. Juli 2020 – nebst den in der Mängelliste in Anlage 5 zum Pachtvertrag aufgeführten – *weitere Mängel im Sinne von Ziff. 5 des Pachtvertrags* fest. Einige der nach Pachtbeginn festgestellten Mängel wurden in der Folge durch die Gesuchsgegnerin resp. auf deren Veranlassung hin behoben (act. 1 Rz. 24; act. 12 Rz. 20).

2.12. Mit *Mail vom 12. März 2024* (act. 3/12) lehnte die Gesuchsgegnerin ihre Haftung für und die Erbringung von weiteren Leistungen zur Behebung von nicht in ebendieser Mail aufgeführten Mängeln schliesslich ab (act. 1 Rz. 25; act. 12 Rz. 21).

2.13. Die Gesuchstellerin 2 gab im Sommer 2023 eine Begutachtung der Fassade und am 11. Dezember 2023 eine detaillierte Abklärung der Unterkonstruktion der Fassade in Auftrag (act. 1 Rz. 29 f.; act. 12 Rz. 53 ff.).

2.14. Gegenstand des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung sind folgende vier Mängelthemen (act. 1 Rz. 50 ff.):

- (1) Seewasseranlage (Wärmepumpe, Seewasserpumpen, -leitung, -filteranlagen),
- (2) Aussenfassade (Hinterlüftung, Befestigung Gurten und Sturzplatten, Anschlussfugen, Plattenbekleidung, Abdichtung Terrasse, Gefälle),
- (3) Unterkonstruktion der Aussenfassade (je Alt- und Neubau) und
- (4) Küchenoberflächen (mangelhafte Revisionsöffnungen, Durchbiegen der Sturzelemente).

2.15. Mit vorliegendem Gesuch machen die Gesuchstellerinnen im Wesentlichen geltend, dass nach wie vor nicht behobene Mängel des Pachtobjekts bestünden (act. 1 Rz. 8, 28). Einige der von der Pächterin nach Pachtbeginn festgestellten Mängel im Sinne von Ziffer 5 des Pachtvertrags seien von der Gesuchsgegnerin

behooben worden, bei anderen sei die Mängelbehebung fehlgeschlagen oder aber die Verantwortung zu deren Behebung von der Gesuchsgegnerin abgelehnt worden (act. 1 Rz. 24 f.). Angesichts des von der Gesuchsgegnerin eingenommenen Standpunkts in deren Schreiben vom 12. März 2024 (act. 3/12), nur noch die darin aufgeführten beiden Mängel zu beheben, sähen sich die Gesuchstellerinnen gezwungen, die Behebung von noch offenen Mängeln selber in Auftrag zu geben (act. 1 Rz. 9, 25 f.). Hinzu komme, dass die Pächterin verlange, dass sämtliche noch offenen Mängel im Rahmen einer Gesamtsanierung des Hotels zwischen Januar und April 2025 behoben würden. Die Pächterin habe gemäss Ziff. 5 des Pachtvertrags Anspruch auf zeitnahe Mängelbehebung und bei einem weiteren Untätigbleiben der Verpächterin (Gesuchstellerin 2) ein Recht auf Ersatzvornahme, weshalb mit der Mängelbehebung nicht weiter zugewartet werden könne (act. 1 Rz. 26, 36). Im Hinblick auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Schadloshaltung bzw. Erstattung des Sanierungsaufwands gestützt auf Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm Ziff. 5 des Pachtvertrags in einer anzuhebenden Leistungsklage gegen die Gesuchsgegnerin seien die Gesuchstellerinnen auf die vorsorgliche Beweissicherung angewiesen (act. 1 Rz. 8, 23, 47).

2.16. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung und schliesst auf Abweisung des Gesuchs. Die Gesuchstellerinnen würden sich für den behaupteten Anspruch auf Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm Ziff. 5 des Pachtvertrags stützen, hätten es aber versäumt, die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs auf Behebung der Gegenstand dieses Verfahrens bildenden Mängel oder auf entsprechende Schadloshaltung aus dem Aktienkaufvertrag darzulegen bzw. glaubhaft zu machen. Die Gesuchsgegnerin als Aktienverkäuferin habe der Gesuchstellerin 2 keine vollumfängliche Schadloshaltung in Zusammenhang mit jeglichen Werk- oder Pachtmängeln garantiert. Erklärt worden sei in Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags eine Schadloshaltung in Zusammenhang mit Werkmängeln gemäss Mängelliste in Anlage 5 zum Pachtvertrag einerseits und für allfällige weitere nach Ziff. 5 des Pachtvertrags von der Pächterin festgestellte Mängel andererseits. Letzteres betreffe gemäss der genannten Ziff. 5 des Pachtvertrags Mängel an den Pachtobjekten, die der Gesuchstellerin (Verpächterin) von der Pächterin *innert drei Monaten nach Pachtbeginn oder bei einer längeren Garantie-*

frist sofort nach Entdeckung gemeldet worden seien (act. 12 Rz. 26 ff., 40, 164). Da Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags auf Mängel gemäss Ziff. 5 des *Pachtvertrags* Bezug nehme, seien zudem einzig Mängel *im Sinne von Ziff. 2.1 des Pachtvertrags* gemeint, die den *vorausgesetzten Gebrauch des Hotels* beeinträchtigen würden, somit nicht etwaige Planungs- oder Ausführungsmängel, die sich nicht auf den Hotelbetrieb auswirken (act. 12 Rz. 28)

Die im Gesuch behaupteten Werkmängel seien nicht in der *Mängelliste* (Anlage 5) des Pachtvertrags aufgeführt, noch würden die Gesuchstellerinnen dies behaupten (act. 12 Rz. 45; act. 3/6 Anlage 5 S. 90 ff.). Damit habe es den Gesuchstellerinnen obliegen darzutun, dass es sich um *versteckte*, von der Pächterin gegenüber der Verpächterin innerhalb der genannten Übergangsfrist (drei Monate ab Pachtbeginn vom 24. Juli 2020 oder allfällige längere Garantiefrist) sofort nach Entdecken gerügte Mängel im Sinne des Pachtvertrags handle. Diese Anspruchsvoraussetzung hätten die Gesuchstellerinnen im Gesuch weder dargetan noch mit Belegen glaubhaft gemacht. Vielmehr fehlten Vorbringen dazu, wann die Pächterin welche Mängel des Pachtobjekts innerhalb dieser Übergangsfrist erstmals festgestellt und der Verpächterin (Gesuchstellerin 2) gemeldet habe, und ob eine allfällige Meldung an die Verpächterin fristgerecht nach Entdecken des Mangels erfolgt sei (act. 1 Rz. 19, 28). Die Pflicht der Gesuchsgegnerin als Aktienverkäuferin gemäss Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags beschränke sich indes auf die Behebung der Mängel gemäss Anlage 5 zum Pachtvertrag, die mehrheitlich bereits im Rahmen der umfangreichen, fast ein halbes Jahr dauernden technischen Due Diligence (act. 13/1, act. 3/6 Präambel lit. F) festgestellt worden seien, und von solchen versteckten Mängeln, die der Verpächterin (Gesuchstellerin 2) während der genannten *Übergangsfrist* sofort nach Entdecken durch die Pächterin gemeldet worden seien (act. 12 Rz. 17 f., 25, 40, 130).

Es treffe zu, dass die Pächterin der Verpächterin (Gesuchstellerin 2) innerhalb der Dreimonatsfrist ab Pachtbeginn weitere Mängel bekannt gegeben habe. Die Gesuchsgegnerin habe Kenntnis von zwei Mängelrügen der Pächterin datierend vom 16. und vom 23. Oktober 2020 (act. 12 Rz. 20). Abgesehen davon, dass die Berechtigung und Rechtzeitigkeit der Mängelrüge vom 23. Oktober 2020 nach wie

vor bestritten sei, seien mit den vorgenannten Mängelrügen allerdings weder Mängel im Zusammenhang mit der *Seewasseranlage* bzw. der *Wärmepumpe* noch Mängel der *Aussenfassade* inkl. deren *Grundkonstruktion* geltend gemacht worden (act. 12 Rz. 20 f.). Einzig die fehlende Wartungsmöglichkeit der ULK (Umluftkühlgeräte), das teilweise Durchbiegen der Küchenschränke und eine angeblich vom Ausführungsplan abweichende Ausführung der Hinterlüftungsöffnungen seien bemängelt worden (act. 12 Rz. 20; act. 13/2-3). Die Gesuchsgegnerin habe in der Folge Hand zur Behebung der Mängel geboten. Die *Mängelabnahmeprotokolle* (act. 13/4-5) würden belegen, dass die Mängel betreffend Wartung der ULK und Durchbiegen der Küchenoberflächen in der Folge *behoben, abgenommen* und somit genehmigt worden seien (act. 12 Rz. 21). Die vermutete abweichende Ausführung der Hinterlüftungsöffnungen habe sich als *nicht mangelhaft* herausgestellt und sei in der Folge als korrekt *abgenommen* worden (act. 12 Rz. 113; act. 13/12 S. 1).

Die Gesuchsgegnerin habe sämtliche in ihrer Verantwortung als *Aktienverkäuferin* liegenden Mängel behoben mit Ausnahme der beiden im Zeitpunkt der Gesuchsantwort noch offenen Mängel, wie schon in ihrer E-Mail vom 12. März 2024 festgehalten worden sei (act. 12 Rz. 21; act. 3/12). Dazu komme, dass die Gesuchstellerin 2 als Bauherrin *Vertragspartei* der Werkverträge mit den beteiligten Unternehmen und in den Werkverträgen eine *Zweijahresgarantie* vereinbart worden sei, weshalb der Gesuchstellerin 2 ungeachtet des Aktienverkaufs sämtliche Mängelrechte gegenüber den Unternehmen zugestanden hätten. Die Zweijahresgarantieabnahme habe im Sommer 2021 stattgefunden (act. 12 Rz. 26; act. 13/21).

Schliesslich sei die Behauptung, dass die Pächterin die Behebung sämtlicher Mängel im Rahmen einer Gesamtsanierung zwischen Januar und April 2025 verlange, weder substantiiert noch belegt (act. 12 Rz. 22).

3. Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisabnahme

3.1. Das Gericht nimmt jederzeit Beweise ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO) oder wenn die gesuchstel-

lende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.2. Vorliegend berufen sich die *Gesuchstellerinnen* zunächst auf einen gesetzlichen Anspruch auf Beweisabnahme gestützt auf Art. 367 Abs. 2 OR iVm Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO, wonach der Werkbestellerin ein uneingeschränkter Anspruch auf Prüfung des Werks auf eigene Kosten zustehe. Die *Gesuchsgegnerin* bestreitet einen solchen Anspruch (act. 12 Rz. 180 ff.).

Art. 367 OR sieht vor, dass die Werkbestellerin – sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist – die Beschaffenheit des Werkes prüfen und dem Unternehmer allfällige Mängel melden muss. Dabei können die Beteiligten eines Werkvertrags eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes verlangen (Art. 367 Abs. 2 OR).

Die *Gesuchstellerinnen* stützen ihre Ansprüche auf Ziff. VI.5 des *Aktienkaufvertrags* der *Gesuchstellerin 1* mit der *Gesuchsgegnerin*. Es handelt sich bei den *Gesuchstellerinnen* im Verhältnis zur *Gesuchsgegnerin* damit nicht um Werkbestellerinnen, noch machen sie geltend, mit der *Gesuchsgegnerin* einen Werkvertrag betreffend Sanierung und Neubau des streitgegenständlichen Hotels abgeschlossen zu haben (vgl. act. 12 Rz. 183). Damit ist Art. 367 Abs. 2 OR nicht einschlägig.

Damit kann offenbleiben, ob Art. 367 Abs. 2 OR als eine ausreichende gesetzliche Grundlage zur vorsorglichen Beweissicherung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO herangezogen werden kann oder ob auch diesfalls die Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO massgebend sind (vgl. OGer ZH LF190005, Urteil vom 29.03.2019 E. 3.3, sowie OGer ZH LF110103, Beschluss vom 26.01.2012, E. III.1 f.; a.A. SIENGENTHALER THOMAS/REETZ PETER, Beweissicherung im Werkvertragsrecht, BR 2013 S. 138 ff., 139; LOCHER CHRISTOPH, Befundaufnahme und vorsorgliche Beweisführung im Bauprozess, BR 2015 S. 208 ff., 210). Ebenso kann offen bleiben, ob das angerufene Einzelgericht für die Prüfung im Sinne von Art. 367 Abs. 2 OR zuständig wäre oder ob es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, das nicht in den Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts bzw. von dessen Einzelgericht fällt (GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, S. 712

Nr. 1517; BGE 140 III 550; HGer ZH HE170134 Urteil vom 28.09.2017 in ZR 116/2017 Nr. 76 S. 249 ff., 257; HGer ZH, HE190503 E. 3, HE180355 E. 3.1; SCHNEUWLY ANDREAS, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, Zürich/St. Gallen 2021 [= ZPR 38], S. 125).

3.3. Zu prüfen ist, ob die Gesuchstellerinnen eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO im Hinblick auf die Durchsetzung eines konkreten materiellrechtlichen Anspruchs glaubhaft machen.

Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf einen *konkreten materiellrechtlichen Anspruch* verlangt werden kann, da das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs abhängt (BGE 138 III 76 E. 2.4.2). Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch *gegen die Gesuchsgegnerin* gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (Art. 158 Abs. 2 iVm. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 118; 142 III 40 E. 3.1.1, 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19, 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81). *Glaubhaft gemacht* ist eine Tatsache, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte; blosses Behaupten genügt grundsätzlich nicht (BGE 130 III 321 E. 3.3 m.w.H.). Tatsachen, die gerade mit dem vorsorglichen Beweismittel bewiesen werden sollen, sind schlüssig und substantiiert zu behaupten. Dabei hat das Gericht mit einzubeziehen, was die Gegenpartei zur Entkräftung von glaubhaft gemachten Tatsachen vorbringt und ihrerseits glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 2 iVm Art. 261 ZPO; BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 75).

Auch in einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO müssen Tatsachenbehauptungen substantiiert *in der Rechtsschrift selber* erfolgen und ist die blosser Verweisung auf Aktenstücke ungenügend (Urteil des Bundesgerichts 4A_317/2014 E. 2.2). Anders als im ordentlichen Verfahren wird im summarischen Verfahren nur in Ausnahmefällen ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, wes-

halb die gesuchstellende Partei ihre Tatsachenbehauptungen schon *im Gesuch* hinreichend substantiieren muss (Urteil des Bundesgerichts 5A_822/2022 vom 14. März 2023, E. 4.4. m.w.H.; vgl. Verfügung vom 5. Juli 2024 Erw. 3).

4. Glaubhaftmachen eines Hauptsacheanspruchs

4.1. Die Gesuchstellerinnen stützen ihren glaubhaft zu machenden materiellen Anspruch auf Schadloshaltung für Mängel am Pachtobjekt und deren Behebung auf *Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags* (act. 3/6 S. 24/32), der sich auf die *Mängel gemäss Ziff. 5 des Pachtvertrags* (act. 3/6, Anhang C, Ziff. 5) bezieht. Gemäss letzterer Bestimmung im Pachtvertrag sind die in der Mängelliste (Anlage 5 des Pachtvertrags) vor Vertragsunterzeichnung festgehaltenen Mängel auf Kosten der Gesuchstellerin 2 (Verpächterin) innert festgelegter Frist zu beheben und haftet die Gesuchstellerin 2 (Verpächterin) zusätzlich für nach Pachtbeginn entdeckte Mängel, die bei der Abnahme der Pachtobjekte *nicht erkennbar* (versteckt) waren, sofern die Pächterin solche Mängel der Verpächterin (Gesuchstellerin 2) *innerhalb von drei Monaten nach Pachtbeginn oder einer längeren Garantiefrist* nach deren Entdeckung jeweils sofort gemeldet hat (act. 3/6 S. 24 und Anhang C S. 11 f.; Fettdruck angefügt):

Aktienkaufvertrag Ziff. VI.5 "Weitere Regelungen: Werkmängel und Inventar":

"Die Verkäuferin [Gesuchsgegnerin] garantiert, dass die **in Anlage 5 des Pachtvertrags aufgeführten Werkmängel** am Hotel sowie allfällige weitere **nach Ziffer 5 (Übergabe und Mängel) des Pachtvertrags von der Pächterin festgestellten Mängel an den Pachtobjekten**, entweder durch die entsprechenden Handwerker, durch eigene Leistung oder Dritte bis zu der in Anlage 5 des Pachtvertrags jeweils erwähnten Frist, beziehungsweise bis zu der gemäss Ziffer 5 (Übergabe und Mängel) des Pachtvertrags geltenden Frist, ohne Kostenfolge zu Lasten der Gesellschaft [Gesuchstellerin 2] behoben sind und hält die Gesellschaft [Gesuchstellerin 2] vollumfänglich schadlos von eigenen Schäden und allfälligen Forderungen Dritter (insbesondere der Pächterin unter dem Pachtvertrag) im Zusammenhang mit diesen Mängeln und deren Behebung."

Die in Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags referenzierte Ziff. 5 des Pachtvertrags zwischen Gesuchstellerin 2 und Pächterin lautet wie folgt (act. 3/6 Anhang C, S. 11 f., Fettdruck angefügt):

"Die Parteien [Gesuchstellerin 2 als Verpächterin sowie die Pächterin] haben vor Pachtbeginn eine **Mängelliste (Anlage 5)** betreffend die Pachtobjekte erstellt. Diese Mängel wird die Verpächterin auf eigene Kosten bis zu der in der Mängelliste jeweils aufgeführten Frist beheben lassen. Soweit dies nicht innerhalb einer angemessenen Nachfrist erfolgt ist, kann die Pächterin diese Mängel auf Kosten der Verpächterin beheben lassen. [...]

Zeigen sich später **zusätzlich zu der Mängelliste (Anlage 5)** Mängel, die bei der Abnahme der Pachtobjekte **nicht erkennbar** waren, so haftet die Verpächterin auch für solche nicht erkennbaren Mängel (versteckte Mängel), **sofern sie ihr von der Pächterin innerhalb von drei (3) Monaten nach Pachtbeginn oder einer längeren Garantiefrist sofort nach Entdecken gemeldet worden sind**. Für die Frist zur Behebung solch versteckter Mängel gilt das in Anlage 5 festgehaltene Konzept analog. Insbesondere können Mängel im Rahmen der Zweijahresgarantieabnahme behoben werden, ausser wenn die Art des Mangels eine frühere Behebung verlangt (z.B. weiterfressende Mängel oder Mängel, welche sich negativ auf den Hotelbetrieb auswirken)."

4.2. Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin unstreitig weder um eine am Bauprojekt "Sanierung und Neubau Hotel D._____" beteiligte Planerin (vgl. act. 3/10), noch um die Bauleiterin oder um eine mit der Ausführung betraute Unternehmerin handelt. Folglich trifft die Gesuchsgegnerin grundsätzlich keine Haftung für Planungs- oder Ausführungsfehler. Die Gesuchsgegnerin hat *als Aktienverkäuferin* im Rahmen des Aktienkaufvertrags mit der Gesuchstellerin 1 eine Mängelbehebungs- und Schadloshaltungsverpflichtung übernommen, deren Inhalt resp. Umfang sich nach der oben zitierten, von den Gesuchstellerinnen als Anspruchsgrundlage angerufenen Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm Ziff. 5 des Pachtvertrags richtet. Einzig hinsichtlich solcher Mängel ist die Gesuchsgegnerin *passivlegitimiert* und ist das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung geeignet, den von den Gesuchstellerinnen angestrebten Zweck (vgl. act. 1 Rz. 9, 92, 128), im Hinblick auf eine anzuhebende Leistungsklage *gegen die Gesuchsgegnerin* die erforderlichen Beweise zu sichern, zu erfüllen (vgl. BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 23 f.).

4.3. Das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung hat nicht die Prüfung der *Begründetheit* des Hauptanspruchs zum Gegenstand (BGE 140 III 16 E. 2.2.2 check) und wird seitens des Gerichts nicht in voller Kenntnis der zwischen den Par-

teien strittigen Fragen durchgeführt (HGer ZH HE150489 Urteil vom 27. März 2017 [ZR 117/2018 Nr. 1] E. 2.2 m.w.H.). Folglich sind etwa folgende Fragen nicht im vorliegenden summarischen Verfahren zu prüfen, sondern wären einem allfälligen Hauptverfahren vorbehalten: Ob *behauptete* Meldungen (Mängelrügen) der Pächterin *rechtzeitig und rechtsgenügend* erfolgten, ob die Gesuchstellerinnen für Ansprüche aus Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags ihrerseits eine *Prüfungs- und Rügepflicht* iSv Art. 201 OR gegenüber der Gesuchsgegnerin traf (act. 12 Rz. 41), ob sich die Pflicht der Pächterin zur *sofortigen* Meldung von nach Pachtbeginn entdeckten Mängeln iSv. Ziff. 5 des Pachtvertrags auf alle oder nur auf *nach* Ablauf der Dreimonatsfrist entdeckte Mängel des Pachtobjekts bezieht (vgl. act. 12 Rz. 27) und ob die Gesuchsgegnerin in ihrem behaupteten Verständnis, zur Behebung von während einer laufenden, längeren *Garantiefrist* entdeckten und gerügten Mängeln – angesichts der Unternehmergarantie – nicht verpflichtet zu sein (vgl. act. 12 Rz. 26), zu schützen wäre.

4.4. Den Gesuchstellerinnen obliegt jedoch auch im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung, den Sachverhalt im Hinblick auf die angerufene (konkrete) materiellrechtliche Anspruchsgrundlage schlüssig zu behaupten und mittels geeigneter Glaubhaftmachungsmittel zu materialisieren (Art. 55 Abs. 1 ZPO; Urteil des Bundesgericht 4A_488/2012 vom 05.11.2012 E. 2.4; vgl. BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 60). Das herabgesetzte Beweismass des Glaubhaftmachens ändert nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast der gesuchstellenden Partei. Fehlen substantiierte Behauptungen zu den Tatbestandsmerkmalen des Hauptsacheanspruchs, so fehlt es an der Glaubhaftmachung eines Anspruchs gegen die Gesuchsgegnerin (Urteil des BGer 4A_488/2012 vom 5. November 2012 E. 2.2).

4.5. Gemäss der vorstehend wiedergegebenen Anspruchsgrundlage erfolgt die Abgrenzung zwischen jenen Mängeln, für deren Behebung (bzw. Schadloshaltung der Verpächterin) die *Gesuchsgegnerin als Aktienverkäuferin* einzustehen hat, und Mängeln des Bauobjekts, die von der Bauherrin (Gesuchstellerin 2) beigezogene Planer und Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen zu verantworten haben, anhand des in Ziff. 5 des Pachtvertrags vereinbarten Kriteriums: Ein geltend gemachter Mangel muss entweder in der *Mängelliste* in Anlage 5 zum Pachtvertrag

aufgeführt oder aber als *versteckter* Mangel innerhalb von drei Monaten ab Pachtbeginn oder einer darzulegenden längeren Garantiefrist von der Pächterin sofort nach Entdecken der Verpächterin gemeldet worden sein. *Wesentliches Tatbestandsmerkmal* der angerufenen materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage und glaubhaft zu machen ist somit, dass die Gegenstand dieses Verfahrens bildenden Mängel entweder in die eine (Mängelliste) oder die andere Kategorie (versteckter, von der Pächterin fristgerecht gerügter Mangel) fallen.

4.6. Vorliegend fehlt es an einem schlüssigen Tatsachenvortrag bezüglich dieses Tatbestandsmerkmals, noch werden Mängelrügen der Pächterin betreffend die zu begutachtenden Mängel durch entsprechende Urkunden glaubhaft gemacht. Bezüglich keines der geltend gemachten Mängel behaupten die Gesuchstellerinnen, dass er auf der *Mängelliste* in Anlage 5 zum Pachtvertrag aufgeführt sei (vgl. act. 12 Rz. 45; act. 3/6 Anhang C Anlage 5). Zu den einzelnen Behauptungen der Gesuchstellerinnen, soweit sie sich zu dieser Anspruchsvoraussetzung – ob und wann die streitgegenständlichen Mängel als versteckte Mängel von der Pächterin innerhalb der genannten Fristen *entdeckt* und der Verpächterin *gemeldet* worden sind – äussern, ist im Einzelnen Folgendes festzuhalten:

4.6.1. Zum **Thema Fassade und Unterkonstruktion** führen die Gesuchstellerinnen aus, die Mängel seien "erst mit der Zeit ersichtlich" geworden, als die Werkteile begutachtet worden seien (act. 1 Rz. 28). Es sei "bereits sehr früh" die fehlende *Hinterlüftung der Fassade* gerügt worden (act. 1 Rz. 29, 68); es seien auch diverse Risse und Verfärbungen an der Fassade festgestellt und daraufhin im Sommer 2023 eine Begutachtung der Fassade vorgenommen worden, an der "weitaus mehr Mängel an der Fassade zum Vorschein" gekommen seien (act. 1 Rz. 29, 70). Im Dezember 2023 sei schliesslich die Unterkonstruktion der Fassade begutachtet und als mangelhaft befunden worden (act. 1 Rz. 31, 64).

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, dass ihr mit Ausnahme der vermeintlich fehlenden *Hinterlüftung* der Fassade (Pos. 108 der Mängelrüge vom 23. Oktober 2020) keine Mängelrüge der Pächterin in Zusammenhang mit der Aussenfassade zugegangen sei noch eine solche im Gesuch überhaupt behauptet werde. Bezüglich der Aussenfassade einschliesslich Hinterlüftung sei vor Vertrags-

schluss eine *technische Due Diligence* (act. 13/1 S. 3) durchgeführt worden, die den Standard der Fassaden als "hoch" und den Zustand als "sehr gut" beurteilt habe samt der Anmerkung "Natursteinfassade hinterlüftet, keine Mängel ersichtlich". Damit stelle die vermeintlich fehlende Hinterlüftung per se keinen *versteckten* Mangel im Sinne von Ziff. 5 des Pachtvertrags dar. Aus Kulanz habe die Gesuchsgegnerin den behaupteten Mangel damals trotzdem nochmals überprüft, obwohl nicht dargelegt worden und nicht ersichtlich sei, inwiefern es sich überhaupt um einen Mangel im Sinne des Pachtvertrags handle, der die *Gebrauchstauglichkeit* des Hotels beeinträchtige (act. 12 Rz. 113 f.). Nach entsprechenden Erläuterungen der Generalplanerin mit E-Mail vom 27. Mai 2021 (act. 13/12 S. 1 f.) zur Luftzirkulation und der Funktionsweise der Hinterlüftung samt Schemata hätten die Gesuchstellerinnen die Hinterlüftung (Pos. 108 der Mängelrüge) als "in Ordnung" abgenommen und genehmigt (act. 12 Rz. 113; act. 13/12 S. 1 f.). Der von den Gesuchstellerinnen zunächst vermutete Mangel der fehlenden Hinterlüftung sei damit frühzeitig geklärt, abgenommen und als genehmigt von den Mängellisten gestrichen worden (act. 12 Rz. 21, 47, 113). Die Gesuchstellerinnen würden zudem einzig die Ausschreibungsunterlagen (act. 3/20), den technischen Vorbeschrieb (act. 3/19) sowie von den Gesuchstellerinnen ab Sommer 2023 eingeholte Gutachten der P._____ AG zur Glaubhaftmachung offerieren (act. 3/13-14; act. 12 Rz. 112 ff.). Wann *weitere Mängel* im Zusammenhang mit der angeblich fehlerhaften Hinterlüftung von der Pächterin festgestellt oder der Verpächterin angezeigt worden seien, werde weder dargelegt noch belegt (act. 12 Rz. 112).

Dazu ist folgendes festzuhalten: Dem Gesuch sind keine substantiierten Behauptungen dazu zu entnehmen, ob und wann die streitgegenständlichen Mängel der Fassade und Fassadenunterkonstruktion als versteckte Mängel des Pachtobjekts innerhalb der Dreimonatsfrist ab Pachtbeginn oder innert welcher längeren Garantiefrist entdeckt und der Verpächterin (Gesuchstellerin 2) gemeldet worden seien, was Voraussetzung für einen Schadloshaltungsanspruch gemäss Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm. Ziff. 5 des Pachtvertrags gegenüber der Gesuchsgegnerin ist. Vielmehr führen die Gesuchstellerinnen selber aus, dass die Mängel der Fassade und von deren Unterkonstruktion erst mit der Zeit und anlässlich der *Be-gutachtungen* durch die P._____ AG (Gutachten vom 23. August 2023 und vom

29. Januar 2024, act. 3/13-14) ersichtlich resp. entdeckt worden seien. Zutreffend ist sodann der Einwand der Gesuchsgegnerin (vgl. act. 12 Rz. 112 ff.), wonach zum Vorbringen der zeitlich nicht näher verorteten "frühen" Bemängelung der fehlenden Hinterlüftung der Aussenfassade einzig das Gutachten der P._____ vom 23. August 2023 (act. 3/13, Beweisofferte in act. 1 Rz. 29 und Rz. 70), die Ausschreibungsunterlagen (act. 3/20, Beweisofferte in act. 1 Rz. 68) und der technische Vorbeschrieb (act. 3/19, Beweisofferte in act. 1 Rz. 69) als Glaubhaftmachungsmittel offeriert würden. Es fehlt damit an Vorbringen zum Tatbestandsmerkmal der Entdeckung und Meldung der Mängel durch die Pächterin innert der Dreimonats- oder einer etwaigen, zu substantiierenden längeren Garantiefrist sowie an Belegen, die zur Materialisierung einer solchen Meldung der Pächterin tauglich wären. Damit ist ein Hauptsacheanspruch gestützt auf Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm. Ziff. 5 des Pachtvertrags bezüglich Mängeln der Fassade und Fassadenunterkonstruktion nicht glaubhaft gemacht.

Das Vorbringen der Gesuchsgegnerin (act. 12 Rz. 113), wonach der zunächst vermutete – und gemäss Darstellung der *Gesuchsgegnerin* mit Mängelrüge vom 23. Oktober 2020 in Pos. 108 gerügte – Mangel der fehlenden *Hinterlüftung* der Fassade nach entsprechender Erläuterung durch die Generalplanerin samt Schemata abgenommen und genehmigt und in der Folge in späteren Mängellisten nicht mehr aufgeführt worden sei (vgl. act. 13/5, Mängelliste vom 13. Januar 2022), ist demgegenüber durch entsprechende Belege glaubhaft gemacht (vgl. act. 13/12: "[B]esten Dank für die schnelle Rückmeldung und die ergänzenden Erläuterungen inkl. der Unterlagen. Beide Punkte sind für uns in Ordnung. Pos. 108: In Ordnung", Antwortmail auf die Mail der Generalplanerin vom gleichen Tag betreffend Hinterlüftung samt Schemata, act. 13/12 S. 2 ff.). Diese Rüge kann folglich für die nun geltend gemachten Mängel nicht mehr relevant sein. Belegt ist auch das weitere Vorbringen der Gesuchsgegnerin (act. 12 Rz. 114), wonach rund zwei Jahre später im Frühling 2023 – in Zusammenhang mit an der Fassade aufgetretenen Verfärbungen und einer erneuten Anfrage der Gesuchstellerinnen betreffend Hinterlüftung – die mit der Untersuchung der Fassade beauftragte Q._____ AG gemäss deren Protokoll vom 15. März 2023 (act. 13/13) zum gleichen Ergebnis gelangt sei wie schon die ausführliche *Due Diligence* der R._____ AG vom 18. März 2020

(act. 13/1), die den Standard der Fassaden als "hoch" und den Zustand als "sehr gut" befunden hatte samt der Anmerkung "*Natursteinfassade hinterlüftet, keine Mängel ersichtlich*". Zutreffend ist weiter (vgl. act. 12 Rz. 112, 116 f.), dass die "Vielzahl weiterer Mängel" (act. 1 Rz. 70 f.) nach eigener Darstellung der Gesuchstellerinnen erst durch gezielte Sondierung der Gesuchstellerinnen festgestellt wurden, demnach weder Gegenstand einer Meldung eines versteckten Mangels durch die Pächterin im Sinne von Ziff. 5 des Pachtvertrags waren, noch eine Rüge der Pächterin oder der Gesuchstellerinnen auch nur behauptet wird.

Als *Zwischenfazit* ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerinnen die Voraussetzungen eines Hauptsacheanspruchs gegenüber der Gesuchsgegnerin gestützt auf Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm Ziff. 5 des Pachtvertrags betreffend die streitgegenständlichen Mängel der Fassade und Unterkonstruktion weder substantiiert noch glaubhaft gemacht haben.

4.6.2. Zum **Thema Seewasseranlage** führen die Gesuchstellerinnen aus, dass die Gesuchstellerin 1 resp. die Pächterin kurz nach der Übernahme des Hotels bemängelt habe, dass diverse *Klimaanlagen* in den Zimmern nicht funktionieren würden, da im Sommer/Herbst Gästerekclamationen eingegangen seien, wonach es in manchen Zimmern zu heiss, in anderen zu kalt sei, was im Protokoll vom 10. September 2020 (act. 3/25) festgehalten worden sei. Die Pächterin habe "sodann" festgestellt und gegenüber der Gesuchstellerin 2 bemängelt, dass die zuständige Unternehmerin in Abweichung vom vertraglich vorgesehenen Konzept lediglich ein *Zweileitersystem* installiert habe, weshalb das Hotel nur entweder beheizt oder gekühlt werden könne, nicht aber beides gleichzeitig (act. 1 Rz. 74 ff.). "Schliesslich" habe die Pächterin festgestellt, dass die Wärmepumpe über keine *frequenzgesteuerte Leistungsregulierung* und keine *Fernüberwachungsfunktion* verfüge und stattdessen eine zweistufige Wärmepumpe eingebaut worden sei anstelle des vertraglich vorgesehenen Modells mit stufenloser Leistungsregulierung (act. 1 Rz. 77). "Im weiteren Verlauf" seien auch "gewisse Umluftkühlgeräte plötzlich ausgestiegen". Diese Themen seien von den Gesuchstellerinnen wiederholt bemängelt worden (act. 1 Rz. 78). Im *Februar 2023* habe die Pächterin mitgeteilt, dass die *Filteranlage* mittlerweile wegen Wandermuschelbefalls fast alle zwei Wochen aufwändig gerei-

nigt werden müsse (act. 1 Rz. 79). Schliesslich hätten die Gesuchstellerinnen im Hinblick auf die bevorstehende Sanierung im Winter 2025 auch eine *Analyse zur Beurteilung der Seewasseranlage* in Auftrag gegeben, die "diverse Mängel" entlang der gesamten Seewasseranlage zutage gefördert habe (Rz. 80).

Dem hält die Gesuchsgegnerin entgegen, dass die Gesuchstellerinnen oder die Pächterin nie irgendwelche Mängel der Seewasseranlage bzw. der Wärmepumpe bei der Gesuchsgegnerin angezeigt hätten, noch werde dies im Gesuch behauptet oder belegt (act. 12 Rz. 20, 124). Einzig das Problem betreffend die Temperaturen im Hotel sei unmittelbar nach Pachtbeginn angesprochen und bereits im Oktober 2020 behoben worden (act. 12 Rz. 124; act. 3/29). Weder im Gesuch noch dessen Beilagen fänden sich Mängelrügen der Pächterin, noch sei dargetan worden, *ob* die behaupteten Mängel jemals rechtzeitig und korrekt gerügt worden seien. Doch selbst wenn dies behauptet worden wäre, würde es sich ohnehin nicht um *versteckte* Mängel handeln, da die Seewasseranlage im Rahmen der Due Dilligence unter Vorlage der Revisionsunterlagen geprüft und für sehr gut befunden worden sei (act. 12 Rz. 125 f.; act. 13/1 S. 2 ff.).

Dazu ist Folgendes festzuhalten: Die Gesuchstellerinnen streben zum Mängelthema "Seewasseranlage" eine Begutachtung folgender Tatsachen an (vgl. act. 1 vor Rz. 91 ff, "Tatsachen, die [...] bewiesen werden sollen", sowie Rz. 103 ff.): Dass anstelle der vertraglich vereinbarten *Wärmepumpe* ein qualitativ schlechteres Modell verbaut worden sei; dass eine Wärmepumpe mit Option zum *gleichzeitigen* Heizen und Kühlen hätte eingebaut werden sollen, dass eine *Fernüberwachung* und eine stufenlose *Frequenzsteuerung* fehle, sowie zu diversen Mängeln betreffend Einlaufstrecken, Zähler, Installationen sowie zu einem als übermässig gerügten *Reinigungsaufwand der Seewasseranlage* durch Tauchgänge und schliesslich zu Mängeln entlang der gesamten Seewasseranlage.

Mit Blick auf die angerufene materielle Anspruchsgrundlage schildern die Gesuchstellerinnen einzig eine Rüge der Pächterin betreffend die in diversen Zimmern nicht funktionierende Klimaanlage, zu deren Glaubhaftmachung sie das Sitzungsprotokoll vom 10. September 2020 offerieren (act. 3/25). Das Protokoll (act. 3/25) hält unter Punkt 02.01 ein Problem mit der Zuluft der Küche fest (vgl. act. 12 Rz.

126), unter Punkt 02.05, dass die Temperaturanforderungen für Attika Penthouse und UG aufzuzeigen seien, und unter Punkt 02.06, dass zu eruieren sei, weshalb sich die Kühl-/Heizgeräte in den Zimmern aufhängen würden. Keiner der drei genannten Problempunkte vermag eine Rüge der Pächterin bezüglich die im vorliegenden Verfahren zum Thema "Seewasseranlage" zu begutachtenden Sachverhalte zu belegen.

Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin, wonach die Seewasseranlage Gegenstand der ausführlichen *technischen Due Diligence* vor Vertragsschluss gewesen und der Standard bezüglich *Wärmeerzeugung* als "hoch", der Zustand als "sehr gut", der Standard bezüglich *Wärmeverteilung* als "mittel" und der Zustand als "sehr gut" beurteilt worden sei (act. 12 Rz. 125), werden durch den angerufenen Due Diligence-Bericht der R._____ AG vom 18. März 2020 gestützt (act. 13/1 S. 3, Zeilen "Wärmeerzeugung" und "Wärmeverteilung"), weshalb nicht glaubhaft gemacht (und im Übrigen auch nicht behauptet) ist, dass und inwiefern eine allfällige vom Werkvertrag abweichende tatsächliche Ausführung der Seewasseranlage einen *versteckten* Mangel im Sinne von Ziff. 5 des Pachtvertrags darstellt.

Zum weiteren Vorbringen betreffend die Feststellungen der Pächterin betreffend *Zweileitersystem* führen die Gesuchstellerinnen nicht aus, wann und welchen Inhalts eine diesbezügliche Meldung der Pächterin innert der Fristen gemäss Ziff. 5 des Pachtvertrags an die Verpächterin erfolgt sei (vgl. act. 12 Rz. 127), was im Hinblick auf die angerufene Anspruchsgrundlage substantiiert darzulegen und zu materialisieren gewesen wäre. Insbesondere genügt es nicht, im Anschluss an eine Behauptung eine Beilage (act. 3/26) als Beweisofferte anzuführen, weil daraus nicht hervorgeht, dass die in der Beilage enthaltenen Informationen zu einer Parteibehauptung erhoben werden sollen (Urteil des BGer 4A_455/2023 E. 4.3.2; Daniel Brugger, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 115 [2019], S. 533 ff., S. 537). Damit fehlt es an einer prozesskonformen Behauptung zu Zeitpunkt und Inhalt der Meldung der Pächterin im Sinne von Ziff. 5 des Pachtvertrags. Ohnehin vermöchte act. 3/26 eine Rüge der Pächterin betreffend Einbau eines *Zweileitersystems* nicht zu belegen, zumal die Pächterin darin die Temperaturregulation im Restaurant und einzelnen wenigen Zimmern an gewissen Tagen bemän-

gelt (act. 12 Rz. 127). Darüber hinaus wäre eine Beweisführung zur Frage, ob gleichzeitig geheizt und gekühlt werden kann, ohnehin hinfällig, da die Gesuchgegnerin mit Hinweis auf die *technischen Grundlagen der Ausschreibung Heizung/Kälte* (act. 3/27 S. 35 ff.) ausführt, dass "Dauerbetrieb, gleichzeitiges beheizen (Winter) und kühlen (Sommer) aller Räume [...]" ausgeschrieben *und ausgeführt* worden sei, somit alle Räume gleichzeitig gekühlt (Sommer) bzw. gleichzeitig beheizt (Winter), nicht aber gleichzeitig beheizt *und* gekühlt würden, was den Gesuchstellerinnen aufgrund der technischen Due Diligence (act. 13/1 S. 2) wiederum bekannt gewesen sei (act. 12 Rz. 129 S. 59).

Hinsichtlich der behaupteten Feststellung der Pächterin betreffend die *Wärmepumpe* (fehlende frequenzgesteuerte Leistungsregulierung und Fernüberwachungsfunktion, keine stufenlose Leistungsregulierung) führen die Gesuchstellerinnen weder aus, *wann* eine solche Feststellung gemacht und der Verpächterin gemeldet wurde, noch wäre das dazu offerierte Glaubhaftmachungsmittel (act. 3/27: Werkvertrag BKP 242 vom 31. Oktober 2017) zur Materialisierung einer Meldung der Pächterin im Sinne von Ziff. 5 des Pachtvertrags geeignet. Dasselbe gilt für das weitere Vorbringen, wonach "im weiteren Verlauf" auch "gewisse Umluftkühlgeräte plötzlich ausgestiegen" und diese Themen von den Gesuchstellerinnen wiederholt bemängelt worden seien (act. 1 Rz. 78). Das Anführen von Beweisofferten (act. 3/26, act. 3/29) vermag mangels eines klaren Verweises auf eine Beilage, die zur Parteibehauptung erhoben wird, eine Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen nicht zu ersetzen. Hinsichtlich des als übermässig gerügten *Reinigungsaufwands* der Seewasseranlage erfolgte die Mitteilung der Pächterin eigener Darstellung der Gesuchstellerinnen zufolge erst im Februar 2023 (vgl. act. 12 Rz. 133), ohne dass dargelegt worden wäre, ob die Mitteilung damit innerhalb einer noch laufenden längeren Garantiefrist iSv. Ziff. 5 des Pachtvertrags unverzüglich nach Entdecken erfolgt sei, was wiederum glaubhaft zu machen gewesen wäre.

Zu den diversen weiteren Mängeln entlang der gesamten Seewasseranlage, die erst eine von der Gesuchstellerin 2 im Hinblick auf die Hotelsanierung eingeholte *Analyse* der Seewasseranlage zutage gefördert habe (vgl. act. 1 Rz. 79 f.), fehlen jegliche Behauptungen zur Anspruchsvoraussetzung der Entdeckung und

Meldung eines versteckten Mangels des Pachtobjekts durch die Pächterin iSv. Ziff. 5 des Pachtvertrags.

Damit fehlt es an schlüssigen und belegten Vorbringen zur Anspruchsvoraussetzung eines (fristgerechten) Mängelrüge der Pächterin gegenüber der Verpächterin und wurde hinsichtlich der behaupteten Mängel der Seewasseranlage ein Hauptsacheanspruch iSv. Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm. Ziff. 5 des Pachtvertrags nicht glaubhaft gemacht.

4.6.3. Zum **Thema Küchenoberschränke** führen die Gesuchstellerinnen aus, dass anlässlich der Übernahme des Hotels festgestellt worden sei, dass in praktisch sämtlichen Zimmern die Sturzelemente (oberste Reihe der Hochschränke) auf ca. 4-7 mm *durchzuhängen* begonnen hätten. Die Gesuchsgegnerin habe sich zunächst verantwortlich gefühlt, den Mangel zu beheben, was aber wegen der engen Platzverhältnisse nicht so leicht zu bewerkstelligen gewesen sei. Die Platzverhältnisse seien derart eng, dass keine Wartung an den darüberliegenden Umluftkühlgeräten (ULK) vorgenommen werden könne (act. 1 Rz. 86; act. 3/34 Massaufnahmen, act. 3/35). Da später aus den ULK Kondenswasser ausgetreten sei, sei festgestellt worden, dass gewisse Bereiche oberhalb der Küchenoberschränke gar *nicht zugänglich* seien und nicht gewartet werden könnten (act. Rz. 87; act. 3/32 Bildmaterial). Zudem sei anlässlich einer periodischen Elektrokontrolle vom 21. Mai 2024 ein Mangel betreffend *Steuerplatinenabdeckung* zutage gefördert und Frist zur Behebung bis 29. August 2024 gesetzt worden (act. 1 Rz. 40, 88; act. 3/18 Bericht S. _____ vom 31. Mai 2024).

Die Gesuchsgegnerin trägt hierzu vor (act. 12 Rz. 141 ff.), dass die *Zugänglichkeit der ULK* seitens der Gesuchstellerin mit Mängelrüge vom 23. Oktober 2020 gerügt worden sei. Obwohl kein *versteckter* Mangel, sei dennoch in Absprache mit der Gesuchstellerin 2 eine Stellungnahme des Servicetechnikers eingeholt worden, ob Servicearbeiten und Auswechslungen von Komponenten an den ULK ohne Einschränkungen durchgeführt werden könnten. Dies sei seitens der T. _____ am 16. Dezember 2020 schriftlich so bestätigt (act. 13/16) und der zunächst vermutete Mangel anlässlich der Abnahme vom 12. Februar 2021 seitens der Gesuchstellerin 2 wie auch der Pächterin abgenommen worden (act. 13/4 S. 3 Pos. 130). Von

behaupteten Mängeln der *Steuerplatinen* habe die Gesuchsgegnerin keinerlei Kenntnis, noch sei ein solcher Mangel je geltend gemacht worden (act. 12 Rz. 146). Bezüglich des *Durchbiegens der Sturzelemente der Küchenschränke* sei mit Mängelrüge vom 23. Oktober 2020 bezüglich 29 Zimmern ein Durchhängen im Umfang von zwischen 4 – 7 mm geltend gemacht worden. Die Gesuchsgegnerin habe den Mangel behoben, indem die Sturzelemente zunächst ausgemessen (vgl. act. 3/34) und in der Folge vom Küchenbauer U._____ im Winter 2021 verschraubt und gerichtet worden seien, was der Gesuchstellerin 1 gleichentags mitgeteilt worden sei (act. 13/17-18). Dementsprechend sei der Mangel anlässlich der Mängelabnahme vom 13. Januar 2022 unterschriftlich als erledigt abgenommen worden (act. 12 Rz. 147; act. 13/5, Abnahme Mängelliste S. 2 Pos. 30/129). Weder sei ersichtlich, noch würden die Gesuchstellerinnen begründen, inwiefern vor diesem Hintergrund eine Gewährleistungspflicht der Gesuchsgegnerin aus Aktienkaufvertrag bestünde (act. 12 Rz. 147).

Hierzu ist folgendes festzuhalten: Die Gesuchstellerinnen behaupten eine Feststellung des Durchhängens der Sturzelemente *anlässlich der Übernahme* des Hotels, tragen aber nicht vor, dass es sich um einen Mangel gemäss *Mängelliste in Anlage 5* zum Pachtvertrag handelt, noch rufen sie diese oder eine spätere Meldung der Pächterin betreffend einen versteckten Mangel zum Nachweis an, was wiederum darzulegen und zu belegen wäre. Die Behauptungen der Gesuchsgegnerin, wonach der zunächst *vermutete* Mangel der fehlenden Wartungszugänglichkeit der ULK gemäss Schreiben des Servicetechnikers von T._____ vom 16. Dezember 2020 nicht bestanden habe (act. 13/16) und in der Folge von der Gesuchstellerin 2 und der Pächterin anlässlich der Abnahme vom 12. Februar 2021 (act. 13/4 S. 3 Pos. 130) abgenommen worden sei, sind durch entsprechende Urkunden belegt. Dasselbe gilt für die Behebung des Durchhängens der Sturzelemente der *Küchenschränke* durch die Küchenbauerin U._____ AG sowie die nachfolgende Abnahme des Mangels am 13. Januar 2022 (act. 13/5 S. 2, Abnahme Mängelliste, sowie act. 13/18, Korrespondenz Parteien mit U._____). Im Übrigen erweist sich der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerinnen, dem weder Vorbringen noch Belege zur (erstmaligen oder neuerlichen) Meldung der Pächterin betreffend Wartung ULK und Durchhängen der Küchenschränke zu entnehmen sind, als unvollständig und

lückenhaft, zumal die von der Gesuchsgegnerin glaubhaft gemachten Mängelbehebungen resp. die Abnahmen vom 12. Februar 2021 (act. 13/4 S. 3 Pos. 130) und vom 13. Januar 2022 (act. 13/5, Abnahme Mängelliste) unerwähnt bleiben. Dazu, ob im Nachgang zu den Mängelbehebungen neuerliche Mängel auftraten und inwiefern bezüglich solch neuerlicher Mängel die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm Ziff. 5 des Pachtvertrags (Meldung Pächterin betreffend versteckten Mangel) erfüllt wären, finden sich keine Ausführungen oder Belege. Der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerinnen bezüglich eines Hauptsacheanspruchs gestützt auf Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags iVm Ziff. 5 des Pachtvertrags in Zusammenhang mit der fehlenden Wartungsmöglichkeit der ULK und dem Durchbiegen von Küchenschränken erweist sich damit als lückenhaft und nicht schlüssig. Bezüglich eines im Mai 2024 entdeckten Mangels betreffend Steuerplatinen finden sich schliesslich keinerlei Vorbringen der Gesuchstellerinnen dazu, inwiefern ein solcher Mangel unter die Garantie gemäss Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags falle.

4.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Gesuchsgegnerin, dass es in Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Mängeln an schlüssigen und belegten Behauptungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen eines Hauptsacheanspruchs gegenüber der Gesuchsgegnerin gestützt auf Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags fehlt, zutreffend ist. Da die Gesuchsgegnerin unstreitig weder als Planerin noch als Unternehmerin am Bauprojekt beteiligt war, ist sie ausschliesslich *passivlegitimiert* bezüglich Mängeln, die entweder auf der zitierten Mängelliste im Anhang zum Pachtvertrag (act. 3/6, Anhang C, Anlage 5) aufgeführt sind oder bezüglich versteckter Mängel, die während der Übergangsfrist gemäss Ziff. 5 des Pachtvertrags durch die Pächterin vertragskonform angezeigt wurden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Gesuchsgegnerin nicht in ein aufwändiges vorsorgliches Beweisführungsverfahren betreffend Mängel involviert werden kann, bezüglich derer nicht glaubhaft gemacht ist, dass sie unter die Garantie der Aktienverkäuferin gemäss Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags in Verbindung mit Ziff. 5 des Pachtvertrags fallen. Insoweit ist der Einwand der Gesuchsgegnerin zutreffend, dass das Gesuch unzureichend begründet ist und es an der Abgrenzung von Planungs- oder Ausführungsmängeln als solchen und Mängeln, bezüglich derer die

Voraussetzungen der Garantie gemäss Ziff. VI.5 des Aktienkaufvertrags erfüllt sind, fehlt. Mangels genügender Substantiierung ist das Gesuch abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Gesuchstellerinnen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

5.2. In der Verfügung vom 5. Juli 2024 wurde der Streitwert auf CHF 1'000'000.00 geschätzt (act. 4), wogegen keine der Parteien opponiert hat (act. 12 Rz. 7, act. 15), weshalb unter Verweis auf die Erwägungen in der erwähnten Verfügung am Streitwert von CHF 1'000'000.00 festzuhalten ist. Unter der Annahme des genannten Streitwertes wurde in der Verfügung vom 5. Juli 2024 ausgeführt, dass mit einer Gerichtsgebühr von CHF 23'000.00 zu rechnen sei (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG). Da mangels Glaubhaftmachens eines Hauptsacheanspruchs aus dem Aktienkaufvertrag und aufgrund der berechtigten Einwände der Gesuchsgegnerin das Gesuch abzuweisen ist, reduziert sich auch der Aufwand des Gerichts, weshalb die Gerichtsgebühr auf CHF 14'000.00 festzusetzen ist (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

5.3. Schliesslich sind die Gesuchstellerinnen zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 20'000.00 zu bezahlen (§§ 4 und 9 AnwGebV). Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 14'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden den Gesuchstellerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

4. Die Gesuchstellerinnen werden verpflichtet, der Gesuchsgegnerin unter solidarischer Haftbarkeit eine Parteientschädigung von CHF 20'000.00 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 1'000'000.00.

Zürich, 25. November 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler