



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichter Roger Neiningen, Ivo Eltschinger und Samuel Kistler sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Bächler

## Urteil vom 24. November 2020

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,
2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**,
3. **C.** \_\_\_\_\_ **AG**,
4. **D.** \_\_\_\_\_  **Holding AG**,
5. **E.** \_\_\_\_\_,

Kläger

1, 2, 3, 4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_

1, 2, 3, 4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

1. **F.** \_\_\_\_\_,
2. **G.** \_\_\_\_\_,
3. **H.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte

2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

2, 3 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Prospekthaftung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 3)

- " 1. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, dem Kläger A. \_\_\_\_\_ EUR 250'000.00 plus Zins zu 5% seit 8. Februar 2016 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung von 8'929 Vorzugs-Namenaktien der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG I. \_\_\_\_\_ [Ortschaft].
2. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin B. \_\_\_\_\_ AG EUR 1'000'000.00 plus Zins zu 5% seit 8. Februar 2016 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung von 35'714 Vorzugs-Namenaktien der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG I. \_\_\_\_\_.
3. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin C. \_\_\_\_\_ AG EUR 450'000.00 plus Zins zu 5% seit 25. April 2016 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung von 16'100 Vorzugs-Namenaktien der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG I. \_\_\_\_\_.
4. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin D. \_\_\_\_\_ Holding AG CHF 55'969.20 plus Zins zu 5% seit 26. April 2016 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung von 1'800 Vorzugs-Namenaktien der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG I. \_\_\_\_\_.
5. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, dem Kläger E. \_\_\_\_\_ CHF 100'000.00 plus Zins zu 5% seit 10. Juni 2016 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung von 3'217 Vorzugs-Namenaktien der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG I. \_\_\_\_\_.
6. Den Beklagten sei bei Guttheissung der Klage der im Urteilszeitpunkt erhältlich gemachte Betrag aus dem Vergleich mit J. \_\_\_\_\_ auf die eingeklagten Beträge und die Zinsschuld anzurechnen.
7. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beklagten."

## Inhaltsverzeichnis

|  |          |
|--|----------|
| <b>Sachverhalt und Verfahren</b> .....                                 | <b>6</b> |
| A. Sachverhaltsübersicht.....  | 6        |
| a. Parteien und ihre Stellung.....                                     | 6        |
| b. Streitgegenstand.....   | 6        |
| B. Prozessverlauf.....   | 6        |
| C. Spruchreife.....  | 8        |
| D. Gerichtsbesetzung.....  | 8        |
| <b>Erwägungen</b> .....  | <b>9</b> |
| 1. Formelles.....  | 9        |
| 1.1. Zuständigkeit.....  | 9        |
| 1.1.1. Örtliche Zuständigkeit.....                                     | 9        |
| 1.1.2. Sachliche Zuständigkeit.....                                    | 9        |
| 1.2. Vollmachten.....  | 12       |
| 1.3. Eingaben in Ausübung des Replikrechts.....                        | 12       |
| 1.4. Eingaben in Ausübung des Novenrechts.....                         | 14       |
| 1.5. Streitgenossenschaft.....   | 16       |
| 1.5.1. Zulässigkeit.....   | 16       |
| 1.5.2. Wirkungen des prozessualen Handelns.....                        | 16       |
| 1.6. Allgemeines zur Beweisführung.....                                | 17       |
| 1.6.1. Behauptungs- und Substantiierungslast.....                      | 17       |
| 1.6.2. Bestreitungslast.....   | 19       |
| 1.6.3. Beweislast und Beweisführung.....                               | 20       |
| 1.7. Prozessuale Anträge des Beklagten 1.....                          | 21       |
| 2. Ausgangslage.....   | 23       |
| 2.1. Investorensuche.....  | 23       |
| 2.2. Die Investoren.....   | 23       |
| 2.3. Technologiediebstahl, Vorwürfe des Beklagten 1 an die Kläger..... | 25       |
| 2.4. Entwicklung der K._____ Diagnostics AG.....                       | 25       |
| 2.5. Anwendbares Recht.....  | 26       |
| 3. Prospekthaftung.....  | 29       |
| 3.1. Parteidarstellungen.....  | 29       |
| 3.1.1. Kläger.....   | 29       |
| 3.1.2. Beklagter 1.....  | 29       |
| 3.1.3. Beklagte 2 und 3.....   | 30       |
| 3.2. Rechtliches.....  | 30       |
| 3.3. Würdigung.....  | 32       |
| 3.3.1. Vorliegen eines Prospekts oder einer ähnlichen Mitteilung.....  | 33       |
| 3.3.1.1. Prospekt im engeren Sinne.....                                | 33       |
| 3.3.1.2. Ähnliche Mitteilungen.....                                    | 35       |
| 3.3.1.3. Öffentliche Ausgabe der Aktien.....                           | 35       |
| 3.3.1.4. Relevante Unterlagen.....                                     | 37       |
| 3.3.1.5. Zwischenfazit.....  | 46       |
| 3.3.2. Fehlerhafte Aussagen / Pflichtverletzung.....                   | 47       |
| 3.3.2.1. Zeitliche Aspekte.....  | 49       |

|   |            |
|---|------------|
| 3.3.2.2. Verwendung der Investitionen .....                   | 50         |
| 3.3.2.3. Funktionsumfang des O. _____s .....                  | 63         |
| 3.3.2.4. Bisheriger Einsatz des O. _____s .....               | 74         |
| 3.3.2.5. Gesichertes Vertragsvolumen .....                    | 76         |
| 3.3.2.6. Medizinische CE-Zertifizierung des O. _____s .....   | 83         |
| 3.3.2.7. Bestehende Kleinserienproduktion .....               | 85         |
| 3.3.2.8. Fertige Entwicklung des O. _____ Light .....         | 89         |
| 3.3.2.9. Förderungsvertrag mit der U. _____ .....             | 91         |
| 3.3.2.10. Marktreife des O. _____s .....                      | 96         |
| 3.3.2.11. Zusammenfassung .....                               | 104        |
| 3.3.3. Mitwirkung der Beklagten .....                         | 106        |
| 3.3.4. Verschulden .....                                      | 107        |
| 3.3.4.1. Parteidarstellungen .....                            | 107        |
| 3.3.4.2. Verschulden des jeweiligen Beklagten .....           | 109        |
| 3.3.5. Schaden und Kausalzusammenhang .....                   | 118        |
| 3.3.5.1. Parteidarstellungen .....                            | 118        |
| 3.3.5.2. Rückabwicklung .....                                 | 122        |
| 3.3.5.3. Keine Investition ohne irreführende Aussagen .....   | 124        |
| 3.3.5.4. Schadensberechnung nach der Differenztheorie .....   | 130        |
| 3.3.5.5. Selbstverschulden .....                              | 135        |
| 3.3.5.6. Fazit .....  | 136        |
| 3.4. Zusammenfassung .....                                    | 136        |
| 4. Ausservertragliche Haftung / Täuschung .....               | 137        |
| 4.1. Massgebender Sachverhalt .....                           | 137        |
| 4.2. Parteidarstellungen .....                                | 137        |
| 4.3. Rechtliches .....  | 139        |
| 4.4. Würdigung .....  | 139        |
| 4.4.1. Widerrechtlichkeit / Verletzung einer Schutznorm ..... | 139        |
| 4.4.1.1. Betrug gemäss Art. 146 StGB .....                    | 140        |
| 4.4.1.2. Absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR .....       | 141        |
| 4.4.2. Verschulden .....                                      | 142        |
| 4.4.3. Schaden und Kausalzusammenhang .....                   | 144        |
| 4.4.3.1. Rückabwicklung .....                                 | 144        |
| 4.4.3.2. Verzicht auf Investitionen .....                     | 145        |
| 4.4.3.3. Schadensberechnung nach der Differenztheorie .....   | 146        |
| 4.4.3.4. Zwischenfazit .....                                  | 147        |
| 4.5. Fazit .....  | 147        |
| 5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen .....            | 148        |
| 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....                     | 149        |
| 6.1. Kostentragung .....                                      | 149        |
| 6.2. Streitwert .....   | 149        |
| 6.3. Gerichtskosten .....                                     | 149        |
| 6.4. Parteientschädigungen .....                              | 150        |
| <b>Urteilsdispositiv .....</b>                                | <b>151</b> |

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Der vorliegende Rechtsstreit ist im Zusammenhang mit der Gründung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG in Zürich entstanden. Bei den Klägern handelt es sich um zwei natürliche Personen (Kläger 1 und 5) und drei Aktiengesellschaften (Kläger 2, 3 und 4), die als Investoren an der Gründung beteiligt waren bzw. im Rahmen von kurz darauf erfolgten Kapitalerhöhungen Aktien zeichneten. Der Beklagte 1 ist Gesellschafter der K.\_\_\_\_\_ GmbH in L.\_\_\_\_\_ [Stadt in Österreich] und war als Mehrheitsaktionär und Verwaltungsrat ebenfalls an der Gründung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG beteiligt. Die Beklagte 3 ist eine Aktiengesellschaft, die Beratungsdienstleistungen erbringt. Der Beklagte 2 ist Aktionär und Verwaltungsrat der Beklagten 3 und war ebenfalls Verwaltungsrat der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG. Die Beklagten 2 und 3 haben die Investorensuche für die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG organisiert.

#### b. Streitgegenstand

Die Kläger machen geltend, im Rahmen der Investorensuche seien ihnen Emissionsprospekte bzw. Emissionsunterlagen ausgehändigt worden, welche fehlerhafte Angaben enthalten hätten. Diese Unterlagen seien durch die Beklagten zu verantworten. Die Investitionen in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG seien aufgrund der geweckten falschen Erwartungen getätigt worden. Die Beklagten hätten für die erlittenen Verluste als Prospektersteller einzustehen. Sodann seien sie auch gestützt auf die Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR für den eingetretenen Schaden verantwortlich. Die Beklagten bestreiten eine Haftung.

### B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 19. April 2017 machten die Kläger die Klage mit obgenannten Rechtsbegehren hierorts anhängig (act. 1). Die mit Verfügung vom 21. April 2019 einverlangten Kostenvorschüsse von insgesamt CHF 54'500.– leisteten die Kläger fristgerecht (act. 4; act. 6). Mit Eingabe vom 28. Juni 2017 beantragten die

Beklagten 2 und 3 in Bezug auf die Klägerin 2 die Sicherstellung ihrer Parteientschädigung (act. 10). Die Kläger nahmen dazu am 18. Juli 2017 Stellung (act. 14). Am 20. Juli 2017 erging ein gleichlautendes Gesuch des Beklagten 1 (act. 15), bezüglich welchem die Kläger auf eine gesonderte Stellungnahme verzichteten (Prot. S. 7). Daraufhin wurde die Klägerin 2 zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigungen verpflichtet (act. 18). Nach Eingang der Sicherstellungsleistungen (act. 23) erstatteten die Beklagten innert angesetzter Frist am 29. September 2017 (Beklagter 1, act. 26) bzw. am 6. Oktober 2017 (Beklagte 2 und 3, act. 28) ihre Klageantworten. In der Folge wurde die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels angeordnet (act. 32). Auf Antrag der Beklagten 2 und 3 wurde sodann die Sicherheitsleistung der Klägerin 2 erhöht, welche diese innert Frist leistete (act. 34; act. 38; act. 39; act. 41). Sodann ergingen am 23. Januar 2018 die Replik der Kläger (act. 42) und am 11. April 2018 (Beklagter 1; act. 50) bzw. am 16. April 2018 (Beklagte 2 und 3; act. 52) die Dupliken der Beklagten. Aufgrund der bevorstehenden Vergleichsverhandlung wurde den Parteien mit Verfügung vom 20. April 2018 angezeigt, dass die prozessualen Rechte erst ab dem 6. Juni 2018 zu laufen beginnen (act. 56).

Nach erfolglos durchgeführter Vergleichsverhandlung (Prot. S. 22 ff.) wurde das Verfahren zwecks Führung aussergerichtlicher Vergleichsgespräche mit Verfügung vom 6. Juni 2018 bis zum 10. September 2018 sistiert (act. 59). Die Vergleichsvorschläge der Parteien wurden von der jeweiligen Gegenseite abgelehnt (act. 61, 62, 66, 67, 69, 71 und 72). Nach Ablauf der Sistierung und gescheiterten Vergleichsgesprächen erstatteten die Kläger am 13. September 2018 eine Stellungnahme und Noveneingabe (act. 73). Zu dieser Eingabe nahmen die Beklagten am 7. Dezember 2018 (Beklagter 1, act. 89) bzw. am 13. Dezember 2018 (Beklagte 2 und 3, act. 91) Stellung. In Ausübung des Replikrechts nahmen die Kläger (16. Januar 2019, act. 92) und der Beklagte 1 (27. Januar 2019, act. 94) erneut Stellung. Am 10. Februar 2020 erstattete der Beklagte 1 eine Noveneingabe, in welcher er zugleich den Ausstand von Oberrichter Dr. Stephan Mazan beantragte (act. 100). Die Kläger nahmen dazu am 26. Februar 2020 Stellung (act. 107). Eine weitere Noveneingabe des Beklagten 1 datiert vom 29. Februar 2020 (act. 108). Auch diese wurde den übrigen Parteien zugestellt, welche sich

dazu nicht äusserten. Mit Beschluss vom 26. März 2020 wurde das Ausstandsge- such des Beklagten 1 abgewiesen (act. 111). Sodann reichte der Beklagte 1 am 28. Juli 2020 (Datum Poststempel) eine weitere als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe ein (act. 115).

Mit Verfügung vom 5. Oktober 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie - unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens - auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 117). Die Kläger (act. 121) und die Beklagten 2 und 3 (act. 122) verzichteten ausdrück- lich auf eine mündliche Hauptverhandlung. Der Beklagte 1 nahm mit Eingabe vom 13. Oktober 2020 innert Frist Stellung und stellte mehrere Anträge, namentlich, dass keine erneute Hauptverhandlung durchzuführen sei (act. 119 Rechtsbegeh- ren Ziff. 4). Damit hat der Beklagte 1 ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet. Auf die weiteren prozessualen Anträge ist später einzugehen (vgl. E. 1.7).

#### C. Spruchreife

Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheid- findung als notwendig erweist.

#### D. Gerichtsbesetzung

An der Vergleichsverhandlung vom 5. Juni 2018 wirkten Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner und Handelsrichter Hans Moser mit (Prot. S. 22). Beide sind zwischenzeitlich altershalber aus dem jeweiligen Amt geschieden. Die Dele- gation der Prozessleitung an Oberrichter Dr. Stephan Mazan wurde den Parteien mit Verfügung vom 3. Juli 2019 angezeigt (act. 96). Ein vom Beklagten 1 gegen diesen eingereichtes Ausstandsbegehren wurde mit Beschluss vom 26. März 2020 rechtskräftig abgewiesen (act. 111). Aus jenem Beschluss ergeben sich auch die (neu) eingesetzten Handelsrichter für das vorliegende Verfahren. Dazu- haben sich die Parteien nicht vernehmen lassen.



## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

##### 1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ist nicht bestritten (act. 1 Rz. 16 ff.; act. 26 S. 24 f.; act. 28 Rz. 267) und gestützt auf Art. 40 ZPO (im Verhältnis Kläger 1, 3, 4 und 5 gegen die Beklagten) bzw. Art. 2 LugÜ i.V.m. Art. 151 und Art. 129 IPRG (im Verhältnis Klägerin 2 gegen die Beklagten) gegeben.

##### 1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Für die primär geltend gemachte Prospekthaftung nach Art. 752 OR ist die sachliche Zuständigkeit unbestrittenermassen gegeben. Es handelt sich um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO.

Bestritten wird die Zuständigkeit des Handelsgerichts durch den Beklagten 2 hinsichtlich der behaupteten Ansprüche aus unerlaubter Handlung. Eine objektive Klagehäufung setze neben der Konnexität der Ansprüche die gleiche sachliche Zuständigkeit voraus. Diese liesse sich nicht durch eine einfache passive Streitgenossenschaft begründen. Für eine Kompetenzattraktion beim Handelsgericht bestehe keine Grundlage (act. 52 Rz. 2; act. 91 Rz. 4 ff.). Die Kläger machen geltend, die sachliche Zuständigkeit ergebe sich aufgrund der geltend gemachten Prospekthaftung. Wenn mehrere Ansprüche aus dem gleichen Lebenssachverhalt abgeleitet würden, sei jedes Gericht, das über einen der Ansprüche entscheiden könne, für sämtliche Ansprüche zuständig (act. 73 Rz. 8 ff.).

Strittig und vorliegend entscheidend ist, ob es sich beim Anspruch der Kläger aus Art. 41 OR um eine andere rechtliche Beurteilung des gleichen Sachverhalts handelt, der auch für die Frage der Prospekthaftung relevant ist, oder ob für die Beurteilung der Haftung der Beklagten ein anderer Sachverhalt zu Grunde gelegt werden muss. Wie die Beklagten 2 und 3 zu Recht ausführen, ist eine Klage-

häufung nur zulässig, wenn für sämtliche gleichzeitig geltend gemachten Ansprüche dieselbe sachliche Zuständigkeit besteht (Art. 90 ZPO; vgl. ALEXANDER R. MARKUS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 8 zu Art. 90 ZPO; BALTHASAR BESSE-NICH/LUKAS BOPP, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 10 zu Art. 90 ZPO). Anders ist die Sache zu behandeln, wenn es sich um einen einzigen Anspruch aus einem einheitlichen Sachverhalt handelt, der der klagenden Partei gestützt auf verschiedene Anspruchsgrundlagen zustehen kann. Vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass jedes Gericht, welches für eine Anspruchsgrundlage zuständig ist, den Sachverhalt auch gestützt auf andere Rechtsgrundlagen prüfen kann und muss (BGE 95 II 242 E. 3). Eine Mehrheit in der Lehre wendet diesen Grundsatz auch nach Inkrafttreten der ZPO an. Daran ändert auch der von den Beklagten 2 und 3 vorgebrachte Entscheid des Bundesgerichts nichts, welcher sich mit der objektiven Klagehäufung befasste (Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2013 4A\_658/2012 E. 2.3; vgl. etwa MEINRAD VETTER in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 43 zu Art. 6 ZPO; MEINRAD VETTER/MATTHIAS BRUNNER, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte - eine Zwischenbilanz, in: ZZZ 32/2013 S. 254 ff., S. 266; BERNHARD BERGER, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO I, a.a.O., N 32 zu Art. 6 ZPO). Der Meinung der Mehrheit ist zu folgen. Die Situation hat sich mit dem Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO nicht wesentlich verändert. Nach wie vor geht es um die Beurteilung eines einheitlichen Rechtsbegehrens unter verschiedenen Aspekten. Das Bundesgericht leitete die Zuständigkeit für die Prüfung anderer als der angerufenen Anspruchsgrundlage aus Art. 63 altOG ab. Dieser regelte die Rechtsanwendung von Amtes wegen. Denselben Inhalt hat Art. 57 ZPO: Das Gericht trägt die alleinige Verantwortung für die Rechtsanwendung und ist nicht an die rechtliche Begründung der Parteien gebunden (CHRISTOPH HURNI, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO I, a.a.O., N 12 zu Art. 57 ZPO). Es muss also auch weiterhin den vorgetragenen bzw. ermittelten Sachverhalt gestützt auf sämtliche Anspruchsgrundlagen prüfen. Gründe, weshalb diese bundesgerichtliche Rechtsprechung überholt sein soll (so ROBERT HAU-

SER/ERHARD SCHWERI/VIKTOR LIEBER, GOG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N 97 zu § 44 GOG), sind nicht ersichtlich. Insbesondere handelt es sich bei einer alternativ vorgebrachten Anspruchsgrundlage gerade nicht um eine objektive Klagehäufung, sodass die diesbezügliche Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht anwendbar sind. Der Einwand der Beklagten 2 und 3, dies ermögliche einer klagenden Partei, sich eine (sachliche) Zuständigkeit zu erschleichen (act. 91 Rz. 5), ist nicht stichhaltig. Eine Grenze bildet einzig der Rechtsmissbrauch. Eine vorgeschobene Begründung, die von Anfang an nicht ernsthaft verfolgt wird, könnte keine sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts begründen, gestützt auf welche auch weitere Anspruchsgrundlagen geprüft werden können. Davon kann vorliegend aber nicht die Rede sein. Die Kläger begründen ihren Anspruch nach wie vor in erster Linie mit der Prospekthaftung. Auch wenn sie selbst in der Zwischenzeit einen Anspruch aus einer ausservertraglichen Schädigung gegebenenfalls als erfolgsversprechender einschätzen, kann dies nichts an der Ernsthaftigkeit der Hauptbegründung ändern.

Zusammengefasst gilt, dass eine Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche nach Art. 41 OR soweit besteht, als derselbe Sachverhalt wie für die Prospekthaftung relevant ist. In diesem Bereich handelt es sich bloss um die Anwendung einer anderen Anspruchsgrundlage, welche von der sachlichen Zuständigkeit gedeckt ist. Darüber hinaus gehende Sachverhaltselemente können jedoch bei der Beurteilung der Haftung nach Art. 41 OR nicht einbezogen werden. Soll das ganze Verhalten der Beklagten beurteilt werden, handelt es sich um einen (deutlich) erweiterten Sachverhalt. In Anwendung der Bestimmungen zur Klagehäufung ist diesfalls die Zuständigkeit des Handelsgerichts separat zu prüfen. Diese ist unbestrittenermassen für die Beklagten 1 und 2 mangels Eintrag im Handelsregister nicht gegeben. In prozessualer Hinsicht hat diesfalls aber kein Nichteintretensentscheid zu erfolgen. Vielmehr ist der materielle Anspruch gestützt (und beschränkt) auf den (auch für die Prospekthaftung) relevanten Sachverhalt vollumfänglich zu prüfen, wobei ein negativer Entscheid einer Neueinbringung mit ausgedehntem Sachverhalt nicht entgegen stehen würde. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist folglich gegeben.

## 1.2. Vollmachten

Der Beklagte 1 bestreitet das Vorliegen gültiger Vollmachten des Klägers 1 und des Klägers 5, da die Unterschriften auf den eingereichten Vollmachten nicht mit denjenigen in den Akten der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG übereinstimmen würden (act. 26 S. 24).

Die Einwände des Beklagten 1 sind unbegründet. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass es sich bei den Unterschriften der Kläger 1 und 5 auf den entsprechenden Vollmachten (act. 2A und act. 2E) um Fälschungen handelt. So weisen sie eine derartige Ähnlichkeit mit den Unterschriften auf den vom Beklagten 1 vorgebrachten Dokumenten (act. 3/42 und act. 3/55), dass keine Zweifel an der Authentizität bestehen können. Daran vermag auch der mutmasslich durch den Beklagten 1 selbst erstellte "Unterschriftenvergleich" (act. 51/171) nichts zu ändern. Die Bevollmächtigung der Rechtsvertreter wird zudem durch die persönliche Anwesenheit der Kläger 1 und 5 zusammen mit ihren Rechtsvertretern an der Vergleichsverhandlung vom 5. Juni 2018 (Prot. S. 22) offensichtlich.

Sämtliche Kläger waren folglich rechtmässig vertreten und die eingereichten Rechtsschriften sind zu beachten.

## 1.3. Eingaben in Ausübung des Replikrechts

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gewährt den Parteien gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29 BV ein unbedingtes Replikrecht (BGE 138 I 484 E. 2.1). Dieses umfasst das Recht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei unaufgefordert Stellung zu nehmen, unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Behauptungen enthält. Das Replikrecht kann unabhängig von einer Fristansetzung des Gerichts ausgeübt werden. Die Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels ist nicht erforderlich (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2015, 5A\_553/2015 E. 4.1.1).

Unter Berücksichtigung der Aussetzung der prozessualen Rechte und der Verfahrenssistierung zwecks Führung von Vergleichsgesprächen (act. 55; act. 59) erfolgte die Stellungnahme der Kläger vom 13. September 2018 (act. 73) rechtzei-

tig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Beklagten nahmen dazu innert angesetzter Frist Stellung (act. 77; act. 89; act. 91). Innert kurzer Frist ergingen weitere Eingaben der Kläger (act. 92) und des Beklagten 1 (act. 94).

Das Replikrecht ermöglicht den Parteien, zu jeder Eingabe der Gegenseite Stellung zu nehmen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass den Parteien im ordentlichen Verfahren lediglich zweimal das Recht zusteht, sich frei zum prozessgegenständlichen Sachverhalt zu äussern. Danach tritt der Aktenschluss ein, und neue Vorbringen und Beweismittel sind nur noch unter den Voraussetzungen des Novenrechts zulässig (dazu sogleich). Daran vermag das Replikrecht nichts zu ändern. Auch in Ausübung des Replikrechts haben die Parteien darzulegen, weshalb neue Behauptungen und Beweismittel zulässig sein sollen. Im Übrigen steht den Parteien das Replikrecht insbesondere zur Bestreitung gegnerischer Behauptungen und zur Klarstellung der Sachdarstellung mit Verweisen auf bereits Vorgebrachtes zur Verfügung. Ausführungen, die diese Schranken nicht einhalten sind nicht zu beachten.

Die Eingabe des Beklagten 1 vom 27. Januar 2019 (act. 94) - und in weiten Teilen bereits diejenige vom 7. Dezember 2018 (act. 89) - geht deutlich über den zulässigen Inhalt aus. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck einer Stellungnahme, im Rahmen des Replikrechts einen neuen bzw. ergänzenden Sachverhalt in den Prozess einzubringen oder neue Anträge zu stellen. Die umfangreiche Rechtsschrift enthält bis auf wenige pauschale Bestreitungen keine unter den vorgenannten Aspekten zulässigen Ausführungen, weshalb eine Zustellung der Rechtsschrift an die weiteren Verfahrensparteien bis anhin unterbleiben konnten. Hinsichtlich der mit der Stellungnahme vom 7. Dezember 2018 eingereichten Beilagen (act. 90/1-15) ist anzufügen, dass der Beklagte 1 mit keinem Wort ausführt, weshalb es sich dabei um zulässige Noven handeln soll. Insbesondere kann der pauschale Verweis auf das Replikrecht in der Eingabe vom 27. Januar 2019 (act. 94 S. 18) nicht genügen. Diese sind folglich nicht weiter zu beachten.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die vom Beklagten 1 gestellten Schadenersatzbegehren (act. 89 S. 59 f.; act. 94 S. 19 f.) nicht zu

beachten sind. Diese erfüllen die Anforderungen an eine Widerklage nicht, wobei eine solche ohnehin verspätet wäre.

#### 1.4. Eingaben in Ausübung des Novenrechts

Der Beklagte 1 hat unter Hinweis auf das Novenrecht am 10. Februar 2020 (act. 100) und am 29. Februar 2020 (act. 108) jeweils eine Noveneingabe eingereicht.

Nach dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels können neue Tatsachen nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO ins Verfahren eingebracht werden. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Noven ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Ausserdem dürfen die Tatsachen und Beweismittel erst nach dem letzten Schriftenwechsel entstanden oder gefunden worden sein (echte Noven, lit. a) oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht worden sein können (unechte Noven, lit. b). In der Noveneingabe ist auch zu begründen, weshalb das Novum erst zu diesem Zeitpunkt vorgetragen wird (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 10 zu Art. 229 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 33 zu Art. 229 ZPO).

In seiner Noveneingabe vom 10. Februar 2020 macht der Beklagte 1 pauschal geltend, dass er sich auf die Mitwirkungspflicht der Parteien berufe und er Daten, die in den Verfahren entstanden seien, nachreiche (act. 100 S. 4). Er bezieht sich dabei auf das laufende strafrechtliche Verfahren. In jenem habe Staatsanwalt Dr. ... einseitig ermittelt und lediglich Beweise gegen ihn gesammelt. Es bestehe der Verdacht, dass Beweismittel unterdrückt und gefälschte Beweismittel eingereicht worden seien. Sodann nennt der Beklagte 1 verschiedene zusätzliche Beweismittel und reicht diese teilweise ein (act. 100 S. 16 ff.). Es bleibt aber mehrheitlich unklar, was der Beklagte 1 mit diesen Beweismitteln belegen will. So zieht er keine Schlüsse daraus und offeriert sie nicht zu konkreten Sachverhaltselementen als Beweis. Der Beklagte 1 scheint zu verkennen, dass das vorliegende Verfahren der Verhandlungsmaxime und nicht etwa der Officialmaxime unter-

steht (Art. 55 ZPO). Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, die eingereichten Beweismittel nach wesentlichen Sachverhaltselementen zu durchforsten. Dieses hat sich alleine an die Behauptungen der Parteien zu halten und den Sachverhalt gestützt darauf zu ermitteln (SUTTER-SOMM/VON ARX, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 55 ZPO). Weiter kann der Beklagte 1 nicht belegen, dass es sich bei den von ihm nachgereichten Unterlagen um (echte oder unechte) Noven handelt. Ausser dem pauschalen Hinweis, es handle sich um beschlagnahmte Daten etc. und sie hätten aufgrund der Verweigerung der Herausgabe nicht früher ins Recht gelegt werden können (act. 100 S. 4), macht der Beklagte 1 hierzu keine Ausführungen. Wie ausgeführt - und dem Beklagten 1 im Schreiben vom 15. Januar 2020 mitgeteilt (act. 99) - wäre das Einhalten der Novenvorschriften zu begründen. Pauschale Behauptungen ohne jegliche Belege für die Begründung der verspäteten Einreichung können dafür nicht genügen. So führt der Beklagte 1 nicht einmal aus, seit wann er wieder über die Urkunden verfügen konnte, was eine Prüfung der Rechtzeitigkeit der Vorbringen verunmöglicht. Daraus ergibt sich, dass die Vorbringen des Beklagten 1 in der "Noveneingabe" vom 15. Februar 2020 im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen sind.

Die als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe vom 29. Februar 2020 enthält keine als Noven bezeichnete Tatsachen. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Aneinanderreihung von Vorwürfen, welche ein faires Verfahren verhindern sollen und eine Einstellung des vorliegenden Verfahrens nebst Schadenersatz des Beklagten 1 zur Folge haben sollen (act. 108 S. 4 ff.). Inwiefern die gemachten Vorwürfe für das Verfahren vor dem Handelsgericht relevant sein sollen, wird aus den Ausführungen nicht ersichtlich. Auch diese Eingabe ist im Verfahren somit nicht weiter zu berücksichtigen.

Die Noveneingabe des Beklagten 1 vom 28. Juli 2020 (Datum Poststempel) befasst sich mit einem Gläubigerzirkular aus dem Konkursverfahren betreffend die K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG vom 8. Juli 2020 (act. 115; act. 116/1). Ob die Einreichung noch als unverzüglich im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann, kann offen gelassen werden. Der Beklagte 1 äussert sich nicht dazu, inwiefern

dieses Gläubigerzirkular für das vorliegende Verfahren relevant sein könnte. Vielmehr macht er Vorwürfe gegenüber den weiteren Verfahrensparteien und beantragt pauschal Schadenersatz. Mangels Relevanz ist auch diese Eingabe im Verfahren nicht weiter zu berücksichtigen.

## 1.5. Streitgenossenschaft

### 1.5.1. Zulässigkeit

Sollen Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, so können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden (einfache Streitgenossenschaft) (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Vorausgesetzt ist, dass zwischen den Klagen ein sachlicher Zusammenhang besteht (Art. 71 Abs. 2 ZPO). Ebenfalls ist es erforderlich, dass für die einzelnen Klagen dieselbe Verfahrensart anwendbar ist (PETER RUGGLE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 15 f. zu Art. 71 ZPO).

Dies ist vorliegend ohne Weiteres erfüllt. Für die geltend gemachten Ansprüche der Kläger gegenüber den Beklagten werden im Wesentlichen dieselben Sachverhaltselemente und Haftungsgrundlagen angerufen. Die Bestreitungen des Beklagten 1 (act. 26 S. 25) gehen an der Sache vorbei und sind nicht zu beachten. Zu bemerken ist einzig, dass die Streitgenossenschaften - aktiv wie passiv - die Kläger nicht davon befreien, den Anspruch jedes einzelnen Klägers gegenüber jedem einzelnen Beklagten zu belegen (RUGGLE, a.a.O., N 41 zu Art. 71 ZPO).

### 1.5.2. Wirkungen des prozessualen Handelns

Nach Art. 71 Abs. 3 ZPO kann jeder Streitgenosse den Prozess unabhängig von den anderen Streitgenossen führen. Da die Klagen der einfachen Streitgenossen selbständig zu beurteilen sind, können sie zu unterschiedlichen Urteilen führen. Dies ist nicht zu verwechseln und durchaus vereinbar mit der durch die Klagehäufung angestrebten Vermeidung von Widersprüchen, geht es doch hierbei nicht in erster Linie um die Vermeidung unterschiedlicher Ergebnisse, sondern



darum, dass der den Klagen zugrundeliegende Sachverhalt einer einheitlichen tatsächlichen und rechtlichen Würdigung unterworfen wird, so dass die Verfahrensergebnisse inhaltlich miteinander vereinbar sind (BGE 125 II 95 E. 2.a.aa S. 98; siehe ferner BALZ GROSS/ROGER ZUBER, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO I, a.a.O., N 2 zu Art. 71 ZPO). Im Einzelnen wirkt sich dies wie folgt aus:

Das prozessuale Handeln, etwa Klagerückzug oder Abschluss eines Vergleichs, wirkt nur für den handelnden Streitgenossen. Auch trägt jeder Streitgenosse seine eigenen Tatsachenbehauptungen vor. Allerdings wirken sich faktisch Tatsachenbehauptungen eines Streitgenossen über Tatsachen, die alle Streitgenossen betreffen, auch auf die Stellung der übrigen Streitgenossen aus. Tatsachen, die für alle Streitgenossen erheblich sind, und die Beweismittel dafür, wirken für alle, auch für jene, die sie nicht vorgetragen haben. Widersprüche, die durch den Tatsachenvortrag hervorgetreten sind, sind im Rahmen der Beweiswürdigung aufzulösen (RUGGLE, a.a.O., N 32 f. zu Art. 71 ZPO).

## 1.6. Allgemeines zur Beweisführung

### 1.6.1. Behauptungs- und Substantiierungslast

Der Verhandlungsgrundsatz – welcher im vorliegenden Fall anwendbar ist – besagt, dass der Rechtssuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus deren Vorliegen er seinen Anspruch herleitet (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2011, 4A\_169/2011 E. 5.5). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine prozessuale Obliegenheit, deren Unterlassung zu einem prozessualen Nachteil führt, indem die betreffende Tatsache im Prozess unberücksichtigt bleibt.

Die Sachvorbringen müssen umfassend, detailliert, in Einzeltatsachen gegliedert und klar dargelegt werden, damit die Gegenpartei Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann. Pauschale Behauptungen genügen nicht (WILLISEGGER, a.a.O., N 27 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 43 zu Art. 221 ZPO; HANS PETER WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kom-

mentar, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, N 182 ff. zu Art. 8 ZGB). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit wie hier die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten (WILLISEGGER, a.a.O., N 27 zu Art. 221 ZPO; GEORG NAEGELI/ROMAN RICHERS, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 221 N. 27; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2011, 4A.169/2011 E. 6.3). Eine nicht oder nicht genügend substantiierte Behauptung darf nachträglich mittels eines Beweisverfahrens nicht mehr korrigiert werden, führte dies ansonsten doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungslast und damit zu einer Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes (vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3).

Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei seinerseits schlüssig und widerspruchsfrei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend darzulegen. Tatsachenbehauptungen sind dabei immer so konkret zu formulieren, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann. Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgelebt, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre. Das Gericht kann einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest andeutungsweise behauptet worden ist. Zudem entfällt die richterliche Fragepflicht zum Vornherein, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2011, 4A\_169/2011 E. 6.2 m.w.H.; BGE 127 III 365 E. 2b f.; BGE 108 II 337 E. 3; WILLISEGGER, a.a.O., N 29 f. zu Art. 221 ZPO; FLAVIO LARDELLI/MEINRAD VETTER, in: GEISER/FOUNTOULAKIS [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 33 ff. zu Art. 8 ZGB).

Hinsichtlich des Aufbaus der Rechtsschriften ist zu bemerken, dass sich bei sämtlichen Parteien zahlreiche Wiederholungen finden. Es wird in der Folge nicht jede Fundstelle zitiert. Ausserdem führen die Kläger aus, auch Sachverhalte zu schildern, welche die Kläger nicht direkt betreffen (act. 42 Rz. 24). Die Relevanz solcher Ausführungen ist nicht ersichtlich. Zu beurteilen ist einzig das Handeln der Beklagten gegenüber der Kläger und nicht deren allgemeines Verhalten im Geschäftsleben. Die entsprechenden Behauptungen sind folglich nicht weiter zu berücksichtigen.

#### 1.6.2. Bestreitungslast

Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die beweisfreie Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Pauschale Bestreitungen genügen dafür nicht; auch diesbezüglich sind substantiierte Ausführungen zu verlangen. Die Anforderungen dürfen jedoch nicht so hoch angesetzt werden, dass daraus eine Umkehr der Beweislast resultieren würde; die behauptungspflichtige Partei kann sich folglich nicht mit Verweis auf unsubstantiierte Bestreitungen von ihren Substantiierungslasten befreien. Es ist lediglich zu verlangen, dass die Bestreitungen einer bestimmten Tatsachenbehauptung zugeordnet werden können (WALTER, a.a.O., N 191 ff. zu Art. 8 ZGB).

Die wiederholte Aneinanderreihung der immer gleichen Tatsachenbehauptungen ohne ersichtlichen Zusammenhang zu den vermeintlich behandelten Sachverhaltsdarstellungen der Gegenseite kann nicht als genügende Bestreitung angesehen werden. Entsprechende Ausführungen sind nur so weit zu beachten, als dass die Relevanz für die Beurteilung des vorliegenden Verfahrens erkennbar ist. Allgemein ist zu den Ausführungen des Beklagten 1 zu bemerken, dass diese wenig stringent sind. Insbesondere werden dieselben Aussagen unzählige Male wiederholt, wobei teilweise unklar ist, welchen klägerischen Behauptungen die Bestreitungen des Beklagten 1 zuzuordnen sind. Dies ist gestützt auf das Gesagte ungenügend. In der Folge wird lediglich auf die zentral relevante Fundstelle verwiesen, Wiederholungen werden nicht zitiert. Irrelevante Darstellungen bleiben ohne Weiterungen unberücksichtigt.

### 1.6.3. Beweislast und Beweisführung

Um zum Beweis zugelassen zu werden, hat der Kläger die genannten von ihm zu beweisenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend zu behaupten, wobei die Anforderungen daran – wie dargelegt – insbesondere vom Verhalten der Beklagten (Bestreitungen) abhängen. Dabei hat der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften selber nachzukommen. Der blosser Verweis auf Beilagen erfüllt die Behauptungslast in aller Regel nicht. Denn es ist nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei, sich die Grundlagen des Anspruchs aus den Beilagen zusammenzusuchen (Urteile des Bundesgerichts vom 10. August 2015, 4A\_264/2015 E. 4.2 und vom 17. Oktober 2014, 4A\_317/2014 E. 2.2; LAURENT KILLIAS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 23 zu Art. 221 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., N 27 und N 31 zu Art. 221 ZPO).

Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO ist Beweis über rechtserhebliche, streitige Tatsachen zu führen. Rechtserheblich sind dabei Tatsachen, deren Vorliegen oder Fehlen den Ausgang des konkreten Verfahrens beeinflussen können (PETER GUYAN in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, BSK ZPO, a.a.O., N 3 zu Art. 150 ZPO; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO II, a.a.O., N 27 zu Art. 152 ZPO). Keine Beweise sind demgegenüber über Behauptungen abzunehmen, die für das Verfahren nicht relevant sind. Ebenso stehen Rechtsfragen nicht dem Beweis offen.

Das Recht, Beweis zu führen (Art. 152 Abs. 1 ZPO), befreit die Parteien nicht davon, ihre Sachdarstellungen substantiiert vorzubringen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (ANETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: DOLGE, Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich 2013, S. 17 ff., S. 22 f.). Über einen nicht substantiiert behaupteten Sachverhalt ist kein Beweis abzunehmen. Insbesondere sind vage, generelle und pauschale Behauptungen, die auf einen Ausforschungsbeweis abzielen, nicht beachtlich (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 33 f. zu Art. 152 ZPO).

In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2013, 4A\_56/2013 E.4.4). Insbesondere ist zu bezeichnen, welche Behauptung mit welchem Beweismittel bewiesen werden soll (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 22 zu Art. 152 ZPO).

An die Adresse des Beklagten 1 ist festzuhalten, dass sämtliche im vorliegenden Verfahren eingereichten Unterlagen für die Beurteilung des Sachverhalts berücksichtigt werden können. Der pauschale Einwand, ihm unbekanntes Unterlagen dürften nicht einbezogen werden (etwa act. 50 S. 112), kann nicht gehört werden. Sofern er gewisse Urkunden vor dem Prozess nicht gekannt haben soll, ist dies für das gerichtliche Verfahren nicht relevant. Die Urkunden sind Teil der Akten und wurden dem Beklagten 1 offen gelegt. Er konnte von seinem Einsichtsrecht Gebrauch machen und hatte die im Prozessrecht vorgesehenen Möglichkeiten, dazu Stellung zu nehmen.

#### 1.7. Prozessuale Anträge des Beklagten 1

In seiner "Einsprache und Stellungnahme zur Verfügung vom 5. Oktober 2020" stellte der Beklagte 1 verschiedene Anträge zur Durchführung eines fairen Verfahrens und bemängelt darin verschiedene Aspekte des vorliegenden Verfahrens (act. 119). Eigentliche Anträge, welche durch das Gericht zu behandeln wären bzw. über die ein formeller Entscheid zu fällen wäre, liegen keine vor. Zu Handen des Beklagten 1 ist zu den vorgebrachten Punkten Folgendes zu ergänzen:

Der Verfahrensablauf im vorliegenden Fall entspricht dem üblichen Vorgehen in Prozessen vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich. Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen, mit dem Ziel einer einvernehmlichen Erledigung des Prozesses. Praxisgemäss war an diese Verhandlung lediglich eine Delegation des Gerichts anwesend (Prot. S. 22 ff.). Dabei handelte es sich nicht um eine Hauptverhandlung im Sinne von Art. 228 ZPO, an welcher stets die vollständige Gerichtsbesetzung anwesend sein muss (WILLISEGGER, a.a.O., N 12 zu Art. 228

ZPO). Im Übrigen wurde das Verfahren schriftlich durchgeführt. Wann die Hauptverhandlung stattfinden muss, gibt das Gesetz nicht verbindlich vor. Am Handelsgericht findet diese praxisgemäss erst nach Aktenschluss und ausgeübtem Replikrecht statt (vgl. zum Verfahrensablauf GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, in: BRUNNER/NOBEL [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866 - 2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 141 ff.). Die Parteien haben einen Anspruch auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung. Nur bei übereinstimmender Erklärung aller Parteien kann auf deren Durchführung verzichtet werden (Art. 233 ZPO). Es kann also entgegen dem Beklagten 1 nicht von einem "Wunschkonzert" die Rede sein; vielmehr wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf eine ihnen zustehende Äusserungsmöglichkeit im Prozess verzichten. Das Einholen einer solchen Stellungnahme ist zulässig.

Die Besetzung des Gerichts für das vorliegende Verfahren erfolgte nach der gängigen Praxis des Handelsgerichts (vgl. dazu etwa THOMAS ALEXANDER STEININGER, Organisation des Zürcher Handelsgerichts, in: BRUNNER/NOBEL, a.a.O., S. 107 ff., S. 116 f.) und insbesondere unter Nachachtung der Ausstandsbestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 47 ff. ZPO). Sie ergibt sich auch aus dem Beschluss vom 26. März 2020 (act. 111), wobei die Parteien keine Einwände gegen die Besetzung vorgebracht haben. Einen Einfluss auf die Gerichtsbesetzung hatten die Parteien, namentlich die Kläger, nicht.

Die haltlosen Vorwürfe des Beklagten 1 betreffend Verletzung der ZPO entbehren jeder Grundlage. Seine Ausführungen stellen reine Mutmassungen dar. Dazu ist einzig zu entgegnen, dass die Bestimmungen der ZPO selbstredend vollumfänglich eingehalten werden, was insbesondere für die Führung der Verfahrensakten und die Leitung des Prozesses durch das Gericht gilt. Die Bedenken des Beklagten 1 sind unbegründet. Auf die prozessualen Anträge des Beklagten 1 gemäss Rechtsbegehren 1, 2, 3 und 5 der Eingabe vom 13. Oktober 2020 (act. 119 S. 4) ist daher nicht weiter einzugehen.

## 2. Ausgangslage

### 2.1. Investorensuche

Im Wesentlichen übereinstimmend schildern die Parteien den Vorgang der Investorensuche, wobei der Beklagte 1 seine Beteiligung abstreitet und verschiedene der eingereichten E-Mails als möglicherweise gefälscht bezeichnet. Diese sei in erster Linie durch den Beklagten 2, teilweise mit Beteiligung des Beklagten 1, geplant und durchgeführt worden. Der Beklagte 2 habe sich ab dem 15. August 2015 verschiedentlich mit N.\_\_\_\_\_ als Vertreter bzw. Berater der Kläger 1 und 2 getroffen. Bei gewissen Treffen seien weitere Personen anwesend gewesen. Auch habe er diesem verschiedene Unterlagen zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 54 ff.; act. 26 S. 32 ff.; act. 28 Rz. 87 ff., act. 42 Rz. 310 ff. und Rz. 883 ff.). Ab dem 9. Februar 2016 habe der Beklagte 2 auf Anraten von N.\_\_\_\_\_ Gespräche mit dem Kläger 5 geführt. Auch diesen habe er mehrfach getroffen und ihm dabei verschiedentlich Informationen über die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG bzw. das O.\_\_\_\_\_ abgegeben (act. 1 Rz. 88 ff.; act. 26 S. 39 ff.; act. 28 Rz. 106 ff.; act. 42 Rz. 324 ff.). Schliesslich begannen am 10. Februar 2016 die Gespräche mit P.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_, den Verwaltungsräten der Klägerinnen 3 (P.\_\_\_\_\_) und 4 (Q.\_\_\_\_\_); wiederum erfolgten mehrere Treffen und es wurden verschiedene Unterlagen zugestellt (act. 1 Rz. 101 ff.; act. 26 S. 42 ff.; act. 28 Rz. 114 ff.; act. 42 Rz. 330). Die Gespräche führten letztlich zu den nun relevanten Investitionen der Kläger (act. 1 Rz. 115).

### 2.2. Die Investoren

Die Beklagten 2 und 3 machen geltend, dass es sich bei den Klägern um überdurchschnittlich geschäftserfahrene und überdurchschnittlich wohlhabende Personen gehandelt habe, wobei auch davon ausgegangen werden könne, dass sie in Investmentgeschäften überdurchschnittlich erfahren seien. So sei bestätigt worden, dass die Klägerin 2 über Startup-Erfahrungen verfüge. Der Kläger 1 sei an drei weiteren Unternehmen beteiligt. Der Kläger 5 biete seine Fähigkeiten als bezahlter Coach an und auch die Kläger 3 und 4 würden verschiedene Beteiligungen, teilweise im Startup-Bereich, anerkennen (act. 28 Rz. 9 ff.; act. 52

Rz. 275 ff.). Der Beklagte 1 stellt sich ebenfalls auf den Standpunkt, der Kläger 1 sei sowohl im Bereich M&A und Investments als auch in der Medizinbranche erfahren, und auch die übrigen Kläger seien erfahrene Geschäftsleute (act. 26 S. 27 f.; act. 50 S. 4 ff.).

Die Kläger bestreiten eine einschlägige Geschäftserfahrung. Die Familie A.\_\_\_\_N.\_\_\_\_ (Kläger 1 und 2) seien industrielle Unternehmer, die verschiedene Industrieunternehmen hielten und führten. Sie hätten keine spezifischen Erfahrungen und seien keine Risikoinvestoren. Q.\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin 3 habe Geschäftserfahrung im Start-Up-Bereich, aber nicht in der Medizinbranche. Die Beteiligungen der Klägerin 4 würden sich ebenfalls auf andere Bereiche beziehen. Der Kläger 5 sei im Eventmanagement tätig. Die Erfahrung als Unternehmer werde hingegen nicht bestritten (act. 42 Rz. 216 ff. und Rz. 866 ff.).

Bei den Klägern handelt es sich allesamt um erfahrene Geschäftsleute bzw. von solchen vertretenen Investmentgesellschaften. Bestritten wird einzig eine spezifische Erfahrung hinsichtlich Venture Capital, Start-ups und Medizinbereich. Alle sind bereits an verschiedenen Gesellschaften beteiligt gewesen und kennen die Grundmechanismen einer Investition. Bei der Relevanz der Erfahrung ist zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden. Einerseits geht es um Fachkenntnisse, die nur erlangt werden können, wenn bereits früher einschlägige Investitionen getätigt worden sind. Dies betrifft in erster Linie spezifische Kenntnisse zu medizinisch-technischen Themen bzw. Geräten und den damit zusammenhängenden Markt. Diese kann den Klägern nicht ohne Weiteres zugeschrieben werden. Andererseits ist aber auch die allgemeine Geschäftserfahrung und insbesondere die Erfahrung mit Investitionen und dem Kauf und Verkauf von Unternehmen zu beachten, also allgemeine Kenntnisse im Zusammenhang mit Risiken, Due Diligence Anforderungen und Ähnlichem. Diese kommt sämtlichen Klägern (anerkanntermassen) bis zu einem gewissen Grad zu. Es handelt sich nicht um Kleinsparer, die mit der vorliegenden Investition um einen Grossteil ihres Vermögens gebracht worden wären. Vielmehr sind ihnen die Regeln des Finanzmarkts und der Geschäftswelt im Grundsatz bekannt, und sie haben schon verschiedentlich in Unternehmen investiert. Dies heisst nicht, dass die Kläger falsch informiert werden dürfen, doch



können gewisse Grundkenntnisse betreffend Investitionen vorausgesetzt werden, was bei der Beurteilung der Haftung zu berücksichtigen ist.

### 2.3. Technologiediebstahl, Vorwürfe des Beklagten 1 an die Kläger

Der Beklagte 1 hält wiederholt fest, die Kläger hätten in Zusammenarbeit mit dem Beklagten 2 und J.\_\_\_\_\_ versucht, seine Technologien zu stehlen. Er macht ausserdem verschiedene Gesetzesverstösse der übrigen Beteiligten geltend und stellt sich auf den Standpunkt, die Kapitalerhöhungen und verschiedene Verträge seien ungültig oder gefälscht. Auch die Echtheit einzelner vorgelegter Beweismittel stellt er in Frage. Sodann rügt er das Verhalten der übrigen Beteiligten nach der Gründung der Gesellschaft und behauptet etliche Unregelmässigkeiten (etwa act. 26 S. 31 ff.; act. 50 S. 118 ff. und S. 144 ff.).

Ein allfälliges strafbares Verhalten der Kläger ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hier geht es alleine um die zivilrechtliche Würdigung des Verhaltens der Beklagten. Die Verdächtigungen des Beklagten 1 finden deshalb nur dort Beachtung, wo dieser konkretere Hinweise für ein im vorliegenden Fall relevantes (Fehl-)Verhalten der übrigen Beteiligten behauptet. Pauschale Anschuldigungen können an der Beurteilung des Streitfalls nichts ändern und werden nicht näher geprüft.

### 2.4. Entwicklung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG

Soweit unbestritten ist, dass sich die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG - und auch die K.\_\_\_\_\_ GmbH - nach den Investitionen der Kläger nicht wie gewünscht entwickelt hat. Die Parteien stimmen darin überein, dass die Verlegung der Produktion nach Zürich mit Ausbau der Kapazitäten nicht erfolgt ist und dass das O.\_\_\_\_\_ praktisch gar nicht verkauft werden konnte. Über diese allgemeinen Tatsachen muss folglich kein Beweis abgenommen werden.

Mit Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2017 wurde die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG zufolge eines Organisationsmangels aufgelöst und die konkursamtliche Liquidation angeordnet (act. 43/2). Grund dafür war das Fehlen einer gesetzesmässigen Revisionsstelle bzw. eines

Verzichts auf die (eingeschränkte) Revision. Eine Konkureröffnung erfolgte - entgegen der Kläger, act. 42 Rz. 6 und Rz. 946 - nicht. Aus der Auflösung der Gesellschaft kann folglich nicht auf deren finanzielle Situation geschlossen werden. Ein Fristwiederherstellungsgesuch des Beklagten 1 für die Behebung des Organisationsmangels wurde - auch nach Intervention der Kläger - mit Verfügung vom 4. Dezember 2017 abgewiesen (act. 43/3). Die Auflösung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG ist mittlerweile rechtskräftig.

Die Kläger stellen die Entwicklungen der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG und das Handeln der Beklagten 1 und 2 als deren Verwaltungsräte teilweise ausführlich dar. Es wird weitgehend nicht ersichtlich, welchen Bezug diese Handlungen zur eingeklagten Prospekthaftung und zur Haftung zufolge Täuschung im Rahmen der Investitionsgespräche haben sollen. Das spätere Verhalten dürfte - wenn überhaupt - im Rahmen von Verantwortlichkeitsansprüchen relevant sein. Solche sind vorliegend nicht eingeklagt (explizit act. 42 Rz. 711). Es ist entsprechend auch nicht die Aufgabe des Gerichts, das Verhalten der Verwaltungsräte zu beurteilen. Auf diese Sachverhalte ist in der Folge nur punktuell einzugehen.

## 2.5. Anwendbares Recht

Die Klägerin 2 hat ihren Sitz im R.\_\_\_\_\_, während die übrigen Parteien ihren Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben. Im Verhältnis zwischen ihr und den Beklagten liegt entsprechend ein internationaler Sachverhalt vor. Das anwendbare Recht für dieses Verhältnis ist nach dem IPRG zu ermitteln.

Hinsichtlich des behaupteten Anspruchs aus Prospekthaftung ist - wie die Parteien zu Recht ausführen (act. 1 Rz. 28; act. 28 Rz. 268) - gestützt auf Art. 154 i.V.m. Art. 156 IPRG Schweizer Recht anwendbar (vgl. ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, N 9 f. und N 28 zu Art. 156 IPRG).

Für die Ansprüche aus unerlaubter Handlung machen die Kläger die Anwendbarkeit von Schweizer Recht geltend. Dies ergebe sich in erster Linie aus dem Akzessorietätsprinzip, wonach an vorbestehende Rechtsverhältnisse anzu-

knüpfen sei. Vor der eigentlichen Investition seien Gespräche zwischen dem Beklagten 2 und N.\_\_\_\_\_ geführt worden, welche alle in der Schweiz stattgefunden hätten. In analoger Anwendung der Regeln zur culpa in contrahendo ergebe sich das Schweizer Recht als hypothetisches Vertragsstatut. Aber auch wenn an Handlungs- und Erfolgsort angeknüpft werde, resultiere Schweizer Recht. Beide Orte würden in der Schweiz liegen, zumal für letzteren derjenige Ort ausschlaggebend sei, an dem der irreführte Geschädigte die ihn unmittelbar schädigende Vermögensverfügung vorgenommen worden sei. Dies sei in der Schweiz erfolgt. Die Klägerin 2 habe Zahlungen von ihren in der Schweiz gelegenen Konten ausgeführt. Die Beklagten hätten sodann auch mit einem Erfolgseintritt in der Schweiz rechnen müssen (act. 42 Rz. 735 ff.). Die Beklagten 2 und 3 halten dagegen ... Recht [aus dem Staat R.\_\_\_\_\_] für anwendbar (act. 28 Rz. 268).

In erster Linie ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ein vorbestehendes Rechtsverhältnis massgebend (Art. 133 Abs. 3 IPRG; ANTON HEINI/TARKAN GÖKSU, in: MÜLLER-CHEN/WIDMER LÜCHINGER [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, 3. Aufl., Zürich 2018, N 2 zu Art. 133 IPRG; ROBERT UMBRICH/RODRIGO RODRIGUEZ/MELANIE KRÜSI, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI, BSK IPRG, a.a.O., N 3 zu Art. 133 IPRG). Ein solches existiert im vorliegenden Fall nicht. Die Klägerin 2 und die Beklagten sind gar nie in einem (direkten) Rechtsverhältnis gestanden.

Auch können die Regeln der culpa in contrahendo nicht für die Begründung einer Anknüpfung dienen (so die Kläger act. 28 Rz. 737). Die culpa in contrahendo ist eine eigenständige, gesetzlich nicht geregelte Haftungsgrundlage, bei der aufgrund der Nähe zur vertraglichen Haftung regelmässig vertragliche Grundsätze angewendet werden (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, N 1530 ff.) - wobei umstritten ist, ob die culpa in contrahendo im Anwendungsbereich des IPRG unter die vertraglichen oder die ausservertraglichen Haftungen fällt (dazu PAUL VOLKEN/TARKAN GÖKSU, in: MÜLLER-CHEN/WIDMER LÜCHINGER, ZK IPRG II, a.a.O., N 37 vor Art. 129-142 IPRG). Dagegen ist Art. 41 OR dem ausservertraglichen Bereich zuzuordnen, für welchen Art. 133 IPRG klare Regeln aufstellt. Alleine weil vorliegend die behaupteten

schädigenden Verhaltensweisen im Rahmen eines künftigen Vertragsschlusses erfolgten, liegt damit keine besondere Nähe zur vertraglichen Haftung vor. Insbesondere ist zu bemerken, dass die Kläger nicht gegen ihre späteren Vertragspartner vorgehen und sie auch nie beabsichtigt haben, mit den Beklagten direkt Verträge abzuschliessen. Damit sind die Regeln der ausservertraglichen Haftung für die Bestimmung des anwendbaren Rechts massgebend.

Der Handlungsort liegt vorliegend in der Schweiz. Sämtliche Handlungen der Beklagten erfolgten in der Schweiz, und hier haben auch die Kontakte zu den Klägern stattgefunden. Somit ist zu prüfen, wo der Schaden der Klägerin 2 eingetreten ist. Bei reinen Vermögensschäden kann dies der Ort sein, an dem sich die geschädigten Vermögenswerte im Moment der unerlaubten Handlung befinden, sofern sich dies abgrenzen und hinreichend bestimmen lässt, oder der Sitz des Geschädigten als Ort des Hauptvermögens. In Betrugsfällen, kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf den Ort abgestellt werden, an dem der Geschädigte über den Vermögenswert verfügt hat (VOLKEN/GÖKSU, a.a.O., N 56 zu Art. 129 IPRG m.w.H.). Den Ausführungen der Kläger zum Erfolgsort kann gefolgt werden. Unabhängig ob als Grundlage für die ausservertragliche Haftung von einem Betrug oder von einer absichtlichen Täuschung ausgegangen wird (dazu hinten E. 4.4.1), geht es um vergleichbare Vorgänge. Die Täuschungshandlungen ziehen sich über einen gewissen Zeitraum dahin, während der behauptete Erfolg der Handlungen sich in der Vermögensdisposition durch den Geschädigten manifestiert. Diese Disposition hat die Klägerin nachweislich von ihren in der Schweiz gelegenen Bankkonten bei der Bank Julius Bär & Co. AG und der Zürcher Kantonalbank vorgenommen (act. 42 Rz. 744; act. 3/43+44). Der Erfolgsort in der Schweiz ist damit gegeben.

Da Handlungs- und Erfolgsort für die ausservertragliche Haftung im Verhältnis zwischen der Klägerin 2 und den Beklagten beide in der Schweiz liegen, kommt nach Art. 133 Abs. 2 IPRG auch für dieses Verhältnis Schweizer Recht zur Anwendung.

### 3. Prospekthaftung

#### 3.1. Parteidarstellungen

##### 3.1.1. Kläger

Die Kläger behaupten einen Schaden, welchen sie im Zusammenhang mit der Emission von Aktien der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG erlitten haben sollen. Die Beklagten hätten - in unterschiedlichen Rollen - den Klägern im Rahmen der Investorensuche verschiedene Dokumente übergeben, welche gesamthaft als Emissionsprospekt anzusehen seien. Jene Dokumente hätten verschiedene Tatsachenbehauptungen enthalten, welche für die Kläger nicht überprüfbar gewesen seien. Darunter hätten sich verschiedene tatsachenwidrige Aussagen befunden, welche aber ausschlaggebend für den Investitionsentscheid der Kläger gewesen seien. Die prognostizierten Aussichten der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG hätten nie erreicht werden können, weshalb bei den Klägern ein Totalverlust eingetreten sei. Dafür hätten die Beklagten einzustehen (act. 1 Rz. 30 ff.; act. 42 Rz. 504 ff.).

##### 3.1.2. Beklagter 1

Der Beklagte 1 macht zusammengefasst geltend, es liege kein Prospekt vor. Zudem seien die Angaben von den Beklagten 2 und 3 sowie J.\_\_\_\_\_ zu verantworten. Ihm seien die Dokumente vor dem hiesigen Prozess und dem laufenden Strafverfahren gar nicht bekannt gewesen. Diese hätte der Beklagte 2 erstellt, welcher auch die Verantwortung trage. Ohnehin sei nicht klar, auf welche Dokumente die Kläger sich stützten, verschiedene E-Mails schienen gefälscht zu sein. Weiter hält der Beklagte 1 daran fest, dass die gemachten Zusicherungen korrekt gewesen seien. Dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG nicht erfolgreich gewesen sei, habe an den Machenschaften der Kläger und der Beklagten 2 und 3 sowie weiterer Beteiligten gelegen, welche die von ihm entwickelten Technologien für sich hätten beanspruchen wollen (act. 26 S. 17 ff. und S. 27 ff.). Insgesamt bezeichnet der Beklagte 1 das vorliegende Verfahren als Teil einer Verschwörung, die darauf abziele, die von ihm entwickelten Technologien zu stehlen.

### 3.1.3. Beklagte 2 und 3

Die Beklagten 2 und 3 bestreiten ebenfalls, dass es sich bei den abgegebenen Unterlagen um einen Prospekt im Sinne des Gesetzes handle. Ohnehin seien die darin enthaltenen Angaben - zumindest nach dem damaligen Kenntnisstand der Beklagten 2 und 3 - zutreffend gewesen. Die Unterlagen hätten sie, ohne Möglichkeit einer eingehenden Kontrolle, gestützt auf die vom Beklagten 1 gemachten Aussagen erstellt. Die Verantwortung liege nicht bei ihnen. Weiter seien den Klägern ein Datenraum zur Verfügung gestellt worden, worin diese sämtliche erforderlichen Dokumente für eine eingehende Due Diligence hätten abrufen können. Wenn die Kläger dies nicht getan hätten, sei dies nicht von den Beklagten zu verantworten. Sodann halten sie fest, dass die Kläger verschiedentlich Entwicklungen und Erkenntnisse behaupteten, die erst nach dem jeweiligen Investitionsentscheid zu Tage getreten seien. Solche seien für die Haftung der Beklagten ohnehin nicht relevant (act. 28 Rz. 222 ff.; act. 52 Rz. 316 ff. und Rz. 352 ff.). Auch eine Täuschung werde bestritten. Dass die Ziele nicht hätten erreicht werden können, liege in Gründen, die bei der Gründung nicht absehbar gewesen seien. Letztlich hätte sich das Startup-Risiko verwirklicht. An einer eigentlichen Prüfung hätten die erfahrenen Investoren kein Interesse gezeigt. Ohnehin gebe es aber keine Schäden, die durch allfällige Falschangaben der Beklagten 2 und 3 verursacht worden wären. Ein Minderwert der Investition werde nicht quantifiziert, und die Liquidation sei einzig auf den Organisationsmangel zurückzuführen (act. 52 Rz. 17 ff.).

### 3.2. Rechtliches

Die Prospekthaftung ist in Art. 752 OR geregelt. Sie schützt die Anleger bei einem öffentlichen Angebot von Aktien in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben in einem Emissionsprospekt. Dabei sind nach dem Gesetzeswortlaut auch ähnliche Mitteilungen einem Prospekt gleichgestellt. Die Haftung gilt folglich bei sämtlichen Mitteilungen, die der Findung von Investoren dienen. Soweit der Emittent freiwillig ein prospektähnliches Dokument erstellt, kann die Prospekthaftung auch bei Privatplatzierungen zur Anwendung kommen (HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 4 ff.; ROLF WATTER, in:

HONSELL/VOGT/WATTER [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 3 ff. zu Art. 752 OR; ANDREAS BINDER/VITO ROBERTO, in: ROBERTO/TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, N 9 ff. zu Art. 752 OR). Der Kreis der Haftpflichtigen umfasst alle Personen, die absichtlich oder fahrlässig an der Erstellung oder Verbreitung des fehlerhaften oder irreführenden Prospekts mitgewirkt haben. Dabei handelt es sich um diejenigen Personen, die auf den Inhalt des Prospekts Einfluss genommen haben oder hätten nehmen können (VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 7; WATTER, a.a.O., N 10 zu Art. 752 OR). Einen Anspruch aus Prospekthaftung kann sämtlichen Erwerbern von Aktien oder Obligationen zustehen (VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 9; WATTER, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 752 OR).

Die Haftung setzt in erster Linie eine Pflichtverletzung voraus. Diese kann in der Erstellung oder der Verbreitung mangelhafter Informationen bestehen. Umfasst sind Aussagen in Prospekten oder ähnlichen Mitteilungen, nicht aber individuelle Aussagen gegenüber potentiellen Investoren. Unrichtige Angaben entsprechen objektiv nicht den Tatsachen, während bei irreführenden Informationen zwar keine eigentlichen Falschaussagen zwingend sind, aber wesentliche Teile oder Umstände verschwiegen oder unterdrückt werden. Falsche Prognosen werden dann als rechtswidrig angesehen, wenn sie nicht auf konkrete Tatsachen gestützt werden, kaufmännisch oder ökonomisch nicht gerechtfertigt sind oder ungenügend zwischen Tatsachen und Annahmen unterscheiden. Sodann trifft den Prospektherausgeber eine Aktualisierungspflicht, wenn neue Tatsachen zu Tage treten. Soweit es sich nicht um einen Prospekt im eigentlichen Sinne handelt, ist mitentscheidend, ob dem Mitteilungsempfänger die Überprüfung der Angaben möglich und zumutbar war (WATTER, a.a.O., N 13 ff. zu Art. 752 OR; VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 14 ff.).

Ein Anspruch aus Prospekthaftung setzt einen Schaden voraus. Dieser wird nach der Differenztheorie berechnet und besteht aus der Differenz zwischen dem bezahlten Preis und dem Preis, der bei richtiger Information bezahlt worden wäre. Nur in Ausnahmefällen kann der Anleger geltend machen, er hätte bei korrekter

Information gänzlich auf den Erwerb der Titel verzichtet (VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 11 ff.; WATTER, a.a.O., N 22 ff. zu Art. 752 OR; ROLF WATTER, Prospekt(haft)pflicht heute und morgen, in: AJP 1/92 S. 48 ff., S. 59 f.). Sodann muss zwischen den relevanten Angaben im Prospekt und dem Kaufentscheid bzw. dem Willensbildungsprozess bezüglich des Kaufpreises ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ausserdem muss auch die Pflichtverletzung adäquat kausal zum geltend gemachten Schaden sein. Der Zusammenhang zwischen Angaben und Kaufentscheid ist dabei nicht im Detail nachzuweisen (BGE 132 III 715 E. 3.2.2 f.; WATTER, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 752 OR; VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 19 ff.). Schliesslich erfordert eine Haftung ein Verschulden der beteiligten Personen, wobei jedes Verschulden, insbesondere auch Fahrlässigkeit, genügen kann. Aufgrund der ausservertraglichen Natur der Prospekthaftung wird das Verschulden nicht vermutet (VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 23 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 16 f.; a.M. WATTER, a.a.O., N 29 f. zu Art. 752 OR; MICHAEL G. NOTH/EVELYNE GROB, Rechtsnatur und Voraussetzungen der obligationenrechtlichen Prospekthaftung - ein Überblick, in: AJP 2002, S. 1435 ff., S. 1344 ff.; differenziert BINDER/ROBERTO, a.a.O., N 6 zu Art. 752 OR, welche keine eigentliche Vermutung annehmen, aber davon ausgehen, die Pflichtverletzung impliziere auch ein Verschulden, weshalb letzterem als Haftungsvoraussetzung keine Bedeutung zukomme). Auf Aussagen von Experten dürfen sich die Beteiligten grundsätzlich verlassen. Wie weit eine Haftungsbefreiung bei Vertrauen auf Aussagen anderer involvierter Personen gehen kann, ist vom Einzelfall abhängig (WATTER, a.a.O., N 31 zu Art. 752 OR).

Die Beweislast für das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen liegt bei den Klägern (WATTER, a.a.O., N 33 zu Art. 752 OR, wobei er das Verschulden als vermutet ansieht).

### 3.3. Würdigung

Vorab ist zu bemerken, dass sowohl seitens der Kläger als auch seitens der Beklagten eine einfache Streitgenossenschaft vorliegt, sodass die einzelnen Haftungsvoraussetzungen bzw. Anspruchsgrundlagen jeweils für jede einzelne Partei erfüllt sein müssen. Der Übersichtlichkeit halber wird nur dort zwischen den ver-



schiedenen Klägern bzw. Beklagten unterschieden, wo dies für den Sachverhalt oder die Rechtsfolgen auch relevant ist. Ansonsten wird in einem pauschalen Sinne von den Klägern bzw. Beklagten gesprochen, wobei damit keine Aussage dazu gemacht wird, wer etwa die Abgabe oder Erstellung eines spezifischen Dokuments an eine bestimmte Person zu verantworten hat.

### 3.3.1. Vorliegen eines Prospekts oder einer ähnlichen Mitteilung

Die Beklagten bestreiten das Vorliegen eines Prospekts oder einer ähnlichen Mitteilung. Der Beklagte 1 stützt sich auf die Bezeichnung der Dokumente, welche nicht mit "Emissionsunterlagen" betitelt seien. Zudem macht er geltend, an der Übergabe wie an der Erstellung der Unterlagen nicht beteiligt gewesen zu sein. Ihm sei teilweise gar die Einsicht in die entsprechenden Unterlagen vorenthalten worden (act. 26 S. 45 ff.). Die Beklagten 2 und 3 machen geltend, dass die Unterlagen individualisiert worden seien und nur ein kleiner Personenkreis angesprochen worden sei (act. 52 Rz. 299 ff.).

#### 3.3.1.1. Prospekt im engeren Sinne

Art. 752 OR unterscheidet zwischen Prospekten und ähnlichen Mitteilungen. Erstere Kategorie umfasst einzig die vom Gesetz oder anderen Regelwerken (Kotierungsreglement etc.) vorgesehenen Prospekte (WATTER, a.a.O., N 5 zu Art. 752 OR; PETER LEHMANN, in: HONSELL [Hrsg.], Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014, N 3 zu Art. 752 OR). Im Vordergrund steht der Emissionsprospekt gemäss Art. 652a OR. Die Prospektpflicht bezweckt, dass dem interessierten Publikum die rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Informationen zur Emission zur Verfügung stehen (CONRADIN CRAMER, in: HANDSCHIN [Hrsg.], Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 652a OR; ROLF H. WEBER, in: BÖSCH/RAYROUX/WINZELER/STUPP [Hrsg.], Basler Kommentar Kollektivanlagegesetz, 2. Aufl., Basel 2016, N 14 zu Art. 75 KAG). Im Vordergrund stehen dabei die Informations- und - im Zusammenhang mit der Prospekthaftung - die Garantiefunktion bezüglich der Angaben. Ein Prospekt hat zwar auch eine Werbefunktion, ist aber klar von einer Werbebroschüre abzugrenzen (WEBER, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 75 KAG). Diese Funktion wi-

derspiegelt sich auch im vorgeschriebenen Inhalt des Prospekts. Gemäss Art. 652a OR muss ein Prospekt neben dem Inhalt des Handelsregisterauszuges die wesentlichen finanziellen Kennzahlen und Kapitalbestimmungen der Gesellschaft enthalten (GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, in: HONSELL/VOGT/WATTER, BSK OR II, a.a.O., N 4 zu Art. 652a OR). Insgesamt soll der Prospekt sachlich und knapp über die wesentlichen Grundlagen der Investition informieren.

Die von den Beklagten abgegebenen - und von den Klägern als Prospekt im eigentlichen Sinne bezeichneten - Präsentationen (act. 3/11-14) können nicht als Prospekt im eigentlichen Sinne angesehen werden. So haben diese vor allem das Ziel, den Investoren das Produkt der K.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. der zu gründenden K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG vorzustellen und als Investitionsobjekt mit hervorragenden Wachstumsprognosen anzupreisen. Die Werbefunktion der Unterlagen stehen dabei klar im Vordergrund. Daneben weisen die Präsentationen auch den für einen Prospekt vorgeschriebenen Inhalt nicht auf. In keiner der abgegebenen Versionen (act. 3/11-14) sind entsprechende Angaben vorhanden. Lediglich einzelne Prognosen werden aufgestellt; die eigentlichen Grundlagen fehlen aber vollständig. Eine sachliche Information über die relevanten Kennzahlen findet sich darin nicht.

Unterlagen, welche die inhaltlichen Anforderungen an einen Prospekt nicht erfüllen, stellen keine Prospekte im eigentlichen Sinne dar. Vielmehr sind diese als prospektähnliche Mitteilungen zu qualifizieren, soweit sie die weiteren Voraussetzungen erfüllen (dazu sogleich). Dass die Beklagten trotz entsprechender Pflicht keinen Prospekt im Sinne von Art. 652a OR erstellt hätten, machen die Kläger nicht geltend. Da sie den diesbezüglichen Sachverhalt nicht darlegen, ist dieser in Anwendung der Dispositionsmaxime auch nicht zu beurteilen. Die Frage der Erfüllung der Prospektspflicht kann entsprechend offen gelassen werden. Ohnehin handelt es sich dabei nicht um einen Fall der Prospekthaftung. Vielmehr wäre eine Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 754 OR zu prüfen (VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 8; a.M. WATTER, a.a.O., N 11 zu Art. 752 OR).

Ein Prospekt im engeren Sinne liegt damit nicht vor, womit zu prüfen bleibt, ob die von den Beklagten abgegebenen Dokumente prospektähnliche Mitteilungen im Sinne von Art. 752 OR darstellen.

#### 3.3.1.2. Ähnliche Mitteilungen

Eine eigentliche Definition der ähnlichen Mitteilungen findet sich im Gesetz nicht. Dem Schutzgedanken von Art. 752 OR folgend sind davon sämtliche Mitteilungen an potentielle Käufer umfasst, die für den Investitionsentscheid relevante Informationen beinhalten. Zudem ist eine Aufklärungs- bzw. Werbefunktion der abgegebenen Informationen zu verlangen. Neben schriftlichen Aussagen in jeder denkbaren Form können auch mündliche Aussagen wie Werbespots oder Reden die Voraussetzungen erfüllen (WATTER, a.a.O., N 14 zu Art. 752 OR; NOTH/GROB, a.a.O., S. 1439 f.; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER [Hrsg.], OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 12 zu Art. 752 OR). Sodann ist zu verlangen, dass die Wertpapiere einem breiteren Kreis von Abnehmern angeboten werden - wobei in der Lehre umstritten ist, wo die Grenze zu ziehen ist - und dass die relevanten Informationen auch einer gewissen Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (WATTER, a.a.O., N 14 zu Art. 752 OR; BINDER/ROBERTO, a.a.O., N 12 zu Art. 752 OR; AMSTUTZ/GOHARI, a.a.O., N 6 zu Art. 752 OR).

#### 3.3.1.3. Öffentliche Ausgabe der Aktien

Die Beklagten bestreiten das Vorliegen einer öffentlichen Platzierung der Aktien. Diese seien lediglich einem kleinen Kreis sorgfältig ausgewählter Investoren angeboten worden. Die Suche sei auf grössere Investitionssummen ausgerichtet gewesen, sodass das Ziel mit vier weiteren Investoren habe erreicht werden können (act. 28 Rz. 227; act. 52 Rz. 310 ff. und Rz. 353). Dagegen halten die Kläger fest, es sei eine Vielzahl potentieller Investoren angesprochen worden, wovon sie zwanzig namentlich nennen. Auch das erklärte Investitionsziel der Beklagten bzw. der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG richte sich klar auf einen Investorenkreis, der über die Kläger hinaus gehe. Das gesamte Funding sei einheitlich organisiert gewesen. Die Beklagten hätten von Anfang an die Durchführung einer Investitionsrunde ge-

plant, weshalb auch die Kläger als einheitliche Gruppe anzusehen seien (act. 1 Rz. 116 ff.; act. 42 Rz. 306 ff., Rz. 334 ff. und 495 ff.).

Die Darstellung der Beklagten greift zu knapp. Sie haben nicht bestritten, dass bei der Suche nach Investoren neben den Klägern verschiedene andere natürliche und juristische Personen angegangen sind. In analoger Anwendung von Art. 652a OR gilt jedes Angebot als öffentlich, das sich an eine unbestimmte Anzahl von Investoren richtet. Entscheidend ist, dass sich das Angebot qualitativ an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet (CRAMER, a.a.O., N 6 zu Art. 652a OR). Alleine weil sich die Finanzierungsrunde im Resultat lediglich aus den fünf Klägern zusammensetzt, kann daraus nicht auf einen engen Kreis an Investoren geschlossen werden, denen die Aktien zum Kauf angeboten worden seien. Ebenso wenig kann aus dem Ziel der Akquise weniger Grossinvestoren auf eine rein private Platzierung geschlossen werden. So wollten die Beklagten eine Investitionssumme von mindestens EUR 5 Mio. (act. 3/11 S. 15; act. 3/13 S. 10 und act. 3/14 S. 10 nennen sogar EUR 7 Mio. als Ziel) erreichen. Dafür wären weitere Investoren erforderlich gewesen, zumal die Kläger lediglich knapp EUR 1.9 Mio. investiert haben, also weniger als die Hälfte des Investitionsziels. Die gezeichneten Tranchen lagen zwischen CHF 55'000.– und EUR 1 Mio. (act. 1 Rz. 83 f., Rz. 99 und Rz. 111 ff.), woraus geschlossen werden kann, dass die Beklagten auch geringere Investitionen zugelassen haben. Aus den nicht substantiiert bestrittenen, teilweise gar bestätigten, Ausführungen der Kläger ergibt sich, dass die Beklagten bei der Investorensuche zahlreiche weitere natürliche und juristische Personen angesprochen haben. Die Kontakte wurden dabei teilweise durch die Kläger, also andere Investoren, vermittelt (act. 1 Rz. 118; act. 52 Rz. 311). Dies ist aber nicht entscheidend. Vielmehr ist relevant, dass die Beklagten an einen breiteren Kreis von potentiellen Investoren getreten sind und diese mit Unterlagen versorgt haben (act. 52 Rz. 312). Sie bestätigen sodann explizit, dass das Angehen von weiteren Interessenten durch die Kläger nur nach Rücksprache und Einverständnis der Beklagten erfolgt ist (act. 52 Rz. 313). Sie haben die Ausweitung des Angebots über die Kläger hinaus damit selbst zu verantworten. Es kann folglich nicht davon die Rede sein, dass die Beklagten ihre Suche von Anfang auf eine bestimmte Gruppe beschränkt hätten. Vielmehr waren sie aktiv auf der Suche

nach weiteren Investoren, die sie sich ohne erkennbare Einschränkung vermitteln liessen. Das Kriterium der öffentlichen Ausgabe der Aktien ist damit erfüllt.

#### 3.3.1.4. Relevante Unterlagen

Wie ausgeführt gilt es zu prüfen, ob die abgegebenen Dokumente prospektähnlichen Charakter aufweisen. Dazu ist vorab festzuhalten, dass unter diesem Titel lediglich abgehandelt wird, ob die abgegebenen Unterlagen generell der Prospekthaftung unterstehen können. Inwiefern einzelne Behauptungen unrichtig oder irreführend sein sollen, ist anhand der konkreten Aussagen zu eruieren (dazu hinten E. 3.3.2). Nach dem zuvor Gesagten müssen die Unterlagen einerseits für die Beurteilung der Investition relevante Informationen enthalten, und andererseits an einen grösseren Kreis abgegeben worden sein. Die Öffentlichkeit, der die Unterlagen zugänglich gemacht werden müssen, ist dabei gleich zu definieren wie bei der Frage des Angebots selbst. Soweit eine (anfänglich) unbestimmte Anzahl von Investoren angegangen wird und diese mit weitgehend denselben Unterlagen bedient werden, ist das Öffentlichkeitserfordernis erfüllt. Das bedeutet aber nicht, dass erst dann eine prospektähnliche Mitteilung angenommen werden kann, wenn sämtlichen Interessenten die identischen Unterlagen abgegeben werden. Das qualitative Element der Öffentlichkeit ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen.

Individuelle Aussagen gegenüber einzelnen Investoren, insbesondere aufgrund von Anfragen derselben, haben keinen Prospektcharakter und können damit auch nicht als ähnliche Mitteilungen im Sinne von Art. 752 OR gelten (WATTER, a.a.O., N 14 zu Art. 752 OR). Daraus ergibt sich, dass nicht die Informationsabgabe als Ganze, sondern vielmehr für die einzelnen abgegebenen Unterlagen zu beurteilen ist, ob für diese die Prospekthaftung zur Anwendung kommen kann. Sodann ist zu prüfen, welche der Kläger die jeweilige prospektähnliche Mitteilung erhalten haben und sich für die Prospekthaftung auf diese berufen können.

Als eigentlichen Prospekt bezeichnen die Kläger das Dokument "*Investment CASE K.\_\_\_\_\_ Bloodless Blood Tests*" bzw. "*Investment Case K.\_\_\_\_\_ DIAGNOSTICS*", welches den einzelnen Klägern in vier verschiedenen Versionen abgegeben worden sei (act. 1 Rz. 127 ff.; act. 3/11-14; act. 42 Rz. 298 ff.). Nachdem

es sich dabei entgegen der Kläger nicht um einen Prospekt im Sinne von Art. 652a OR handelt (vorne E. 3.3.1.1), ist zu prüfen, ob eine prospektähnliche Mitteilung vorliegt. Als weitere Unterlagen, welche prospektähnlichen Charakter haben sollen, nennen die Kläger folgende Dokumente (act. 1 Rz. 131 ff.; act. 42 Rz. 497 ff.):

- E-Mail des Beklagten 2 an N.\_\_\_\_\_ vom 12. Oktober 2015 bzw. Dokument "*Confidentiality Agreement*" (act. 1 Rz. 131 ff.; act. 3/59, 60, 71 und 72)
- E-Mail von S.\_\_\_\_\_ an N.\_\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2015 bzw. Dokumente "*Proof of Concept*", "*Business Plan*" und "*Use of Funds: Addition to Production Capacity*" (act. 1 Rz. 134 ff.; act. 3/22-25)
- Dokument "*Term Sheet*" in verschiedenen Versionen (act. 1 Rz. 138 ff.; act. 3/28, 32, 48 und 61)
- Dokument "Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_\_ Plattform" (act. 1 Rz. 143 ff.; act. 3/33)
- Dokument "K.\_\_\_\_\_ Bewertung, Stand Oktober 2015" (act. 1 Rz. 151 ff.; act. 3/30)
- E-Mail des Beklagten 2 an Q.\_\_\_\_\_ vom 11. Februar 2016 (act. 1 Rz. 155 f.; act. 3/59)

Die Beklagten bestreiten den prospektähnlichen Charakter der abgegebenen Unterlagen. Dabei präzisieren die Beklagten 2 und 3, dass die Kläger individualisiert über das Investment informiert worden seien. Insbesondere hätten die Kläger nicht alle dieselben und teilweise aktualisierte Unterlagen erhalten. Zudem sei jeder Investor auch in persönlichen Besprechungen, Telefonaten und E-Mails informiert worden (act. 52 Rz. 299 ff.).

#### 3.3.1.4.1. Präsentation "*Investment Case*"

Als zentrales Dokument nennen die Kläger die Präsentation "*Investment Case K.\_\_\_\_\_ DIAGNOSTICS*", welche sämtlichen Klägern mit leichten Abweichungen zur Verfügung gestellt worden sei (act. 1 Rz. 127 ff.; act. 42 Rz. 298 ff.). Die Beklagten bestreiten die Prospekt Eigenschaften. Es handle sich um Präsentationen, welche für jeden Investor individuell zusammengestellt worden seien. Dies zeige sich nur schon an der Bezeichnung und am Umfang der verschiedenen Dokumente (act. 28 Rz. 156 und Rz. 228 ff.). Der Beklagte 1 fügt zudem an, es kön-

ne sich bereits aufgrund der Bezeichnung der Dokumente nicht um Emissionsunterlagen handeln (act. 1 S. 45 ff.).

Bei den Präsentationen handelt es sich um vier verschiedene Dokumente, welche an N.\_\_\_\_\_ (act. 3/11), den Kläger 1 und N.\_\_\_\_\_ (act. 3/12), den Kläger 5 (act. 3/13) und Q.\_\_\_\_\_ (act. 3/14) abgegeben worden sind. Von den Beklagten wird auch nicht bestritten, dass die Präsentation der Information der Investoren gedient haben, sie mitunter Angaben enthielten, die für den Investitionsentscheid wesentlich waren. Eine Durchsicht der im Wesentlichen gleich aufgebauten Dokumente zeigt, dass es darin mehrheitlich um eine Vorstellung des O.\_\_\_\_\_s und damit des zentralen Produkts der zu gründenden K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG und dessen Marktpotential geht. Inhaltlich handelt es sich damit um prospektähnliche Mitteilungen, wobei die einzelnen Aussagen separat zu prüfen sind.

Die Beklagten betonen die Individualität der einzelnen Präsentationen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Individualisiert wurden in erster Linie die Deckblätter, die den Informationsempfänger und das Datum der Präsentation enthalten. Im Übrigen stimmen die Präsentationen weitgehend überein. Vereinzelt wurden Seiten entfernt und durch neue ersetzt. Dies erweckt aber weniger den Eindruck einer individuellen Ausrichtung der einzelnen Präsentationen - wie die Beklagten glauben machen wollen - als die einer steten Weiterentwicklung und Korrektur der Verkaufsunterlagen. So wurden neue Erkenntnisse eingebaut und gewisse Schwerpunkte leicht anders gesetzt. Insgesamt sind die Präsentationen aber als einheitliche Mitteilung zu qualifizieren.

Weiter ist die Abgabe der Präsentation und damit der darin enthaltenen Informationen als öffentlich im Sinne von Art. 752 OR zu qualifizieren. Eine eigentliche öffentliche Auflage der Unterlagen fand nicht statt. Die Kontrolle, wer über die Informationen verfügen kann, verblieb damit bei den Beklagten. Dennoch diente die Präsentation "*Investment Case K.\_\_\_\_\_ DIAGNOSTICS*" mit geringfügigen Anpassungen in sämtlichen Fällen als Grundlage für die Investitionsgespräche. Zudem belegen die Kläger, dass auch weitere Investoren Präsentationen erhalten haben, welche nur geringfügig von den hier relevanten abweichen (act. 42

Rz. 341 ff.; act. 3/70; act. 43/78+79; act. 43/86). Wie ausgeführt ist die Investorensuche an sich als öffentlich im Sinne von Art 752 OR anzusehen, auch wenn letztlich nur wenige Personen das Angebot wahrgenommen haben. Dieselbe Öffentlichkeit wurde aber auch mit den weitgehend gleichen Informationen bedient. So ist aufgrund des unbestrittenen Sachverhalts anzunehmen, dass die Beklagten für jeden potentiellen Investor eine - im zuvor beschriebenen Sinne - individualisierte Präsentation erstellt haben. Den Klägern wurde diese jeweils bereits beim ersten Treffen vorgelegt, so dass auch allgemein davon ausgegangen werden darf und muss, dass die Vorlage nicht an weitere Voraussetzungen als das generelle Interesse an einer Investition geknüpft war. Etwas anderes führen die Beklagten nicht aus. Das Kriterium der Öffentlichkeit ist folglich für die Präsentationen erfüllt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die den Klägern abgegebene Dokumentation "*Investment Case K.\_\_\_\_\_ DIAGNOSTICS*" im Grundsatz eine prospektähnliche Mitteilung darstellt. Entsprechend haften die Verantwortlichen für darin enthaltene fehlerhafte Aussagen nach Art. 752 OR. Inwiefern sich die Prospekthaftung auf die einzelnen darin enthaltenen Aussagen erstreckt und für welche Kläger die einzelnen Aussagen überhaupt relevant sind, ist in jenem Zusammenhang zu prüfen (hinten E. 3.3.2).

#### *3.3.1.4.2. Confidentiality Agreement*

Die von den Klägern genannten Vertraulichkeitserklärungen, welche N.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_ erhalten haben (act. 1 Rz. 131 ff.; act. 3/60; act. 3/72), stellen keine prospektähnlichen Dokumente dar. Darin wird einzig die Vertraulichkeit der im Rahmen der Investorengespräche abgegebenen Informationen geregelt. Sie enthalten aber keine Informationen oder Angaben, welche für einen Investitionsentscheid relevant sein könnten. Die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG wird einzig als Investitionsobjekt genannt. Die Kläger machen auch keine weiteren Angaben, inwiefern die Vereinbarung Prospektcharakter aufweisen soll.



#### 3.3.1.4.3. *Proof of Concept* und *Use of Funds*

Die Dokumente "*Proof of Concept*" und "*Use of Funds: Addition to Production Capacity*" erfüllen das Erfordernis der Öffentlichkeit nicht. Diese sind einzig N.\_\_\_\_\_, als Vertreter der Kläger 1 und 2 zur Verfügung gestellt worden (act. 1 Rz. 135 und Rz. 137). Eine weitergehende Verbreitung wird von den Klägern, welche den prospektähnlichen Charakter zu belegen hätten, nicht geltend gemacht. Bei Unterlagen, welche nur einzelnen Personen zugänglich gemacht werden, handelt es sich aber gerade nicht um prospektähnliche Mitteilungen. Die Prospekthaftung kann sich folglich nicht auf Angaben stützen, welche sich in diesen Unterlagen finden.

#### 3.3.1.4.4. *Term Sheet*

Sodann bezeichnen die Kläger die erhaltenen "*Term Sheets*" als prospektähnliche Mitteilungen. Diese wurden sämtlichen Klägern in verschiedenen Varianten zugestellt (act. 1 Rz. 128 ff.; act. 3/28; act. 3/32; act. 3/48; act. 3/61). Die Beklagten stellen sich wiederum auf den Standpunkt, es handle sich um individualisierte Mitteilungen (act. 28 Rz. 84 und Rz. 228).

Bei den "*Term Sheets*" handelt es sich ohne Weiteres um prospektähnliche Mitteilungen. Den potentiellen Investoren werden die Rahmenbedingungen der Aktienausgabe genannt, welche für den Investitionsentscheid massgebend sind (act. 3/28; act. 3/31; act. 3/48; act. 3/61).

Die von den Beklagten vorgebrachte Individualisierung der Dokumente beschränkt sich auf ein Minimum. So wurden etwa Termine, Investoren und Investitionssummen angepasst. Die eigentlichen Ausgabebedingungen sind aber für alle Investoren gleich geblieben (act. 3/28; act. 3/31; act. 3/48; act. 3/61). Solche minimalen Anpassungen können nicht genügen, damit von einer singulären Information auszugehen wäre.

Ausserdem sind die "*Term Sheets*" als öffentliche Mitteilungen zu qualifizieren. Zwar ist auch diesbezüglich nachvollziehbar, dass eine "*Term Sheet*" nur denjenigen Investoren zugestellt worden ist, bei denen ein grundsätzliches Inte-

resse bestanden hat. Trotzdem ist von einer Öffentlichkeit im Sinne der relevanten Bestimmungen auszugehen. Wie bereits die Präsentation "*Investment Case K.\_\_\_\_\_ DIAGNOSTICS*" stellten die "*Term Sheets*" zentrale Dokumente im Rahmen der Investorensuche dar. Dass diese lediglich an vier Interessenten ausgegeben wurde, ist weniger dem Umstand geschuldet, dass die Informationen nur punktuell herausgegeben werden sollten als demjenigen, dass nur wenige Investoren den Akquisitionsprozess bis zu diesem Punkt mitgemacht haben. Es wird auch nicht geltend gemacht, dass eine nächste Tranche von Investoren andere Bedingungen für die Zeichnung der Aktien erhalten hätte. Ein Vergleich zwischen den gezeichneten Aktien und dem Investitionsziel der Beklagten zeigt aber, dass sie weitere Investoren erwartet und gesucht hat; das Term Sheet wäre unter diesen Umständen auch weiter verbreitet worden.

Zusammengefasst stellen auch die in verschiedenen Versionen abgegebenen "*Term Sheets*" prospektähnliche Mitteilungen im Sinne von Art. 752 OR dar.

#### 3.3.1.4.5. Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_\_ -Plattform

Das Dokument "Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_\_ -Plattform" sei laut den Klägern sowohl an T.\_\_\_\_\_ für die Kläger 1 und 2 als auch an Q.\_\_\_\_\_ für die Kläger 3 und 4 zugestellt worden. Zudem habe der Beklagte 5 anlässlich eines Treffens mit dem Beklagten 2 und N.\_\_\_\_\_ in das Dokument Einblick genommen (act. 1 Rz. 143; act. 42 Rz. 301 ff.). Der Beklagte 1 bestreitet sinngemäss die Prospektqualität des Dokuments. Zudem würden die Kläger auch sämtliche Prüfungsstellen beschuldigen, ohne einen Beweis vorzulegen (act. 26 S. 49 ff.). Die Beklagten bestreiten neben der Prospektqualität auch, dass die Kläger 1 und 2 das Dokument erhalten und zur Kenntnis genommen haben (act. 52 Rz. 282 ff.; act. 89 Rz. 12).

Auch das Dokument "Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_\_ -Plattform" enthält Informationen über das O.\_\_\_\_\_ und damit das zentrale Produkt der zu gründenden K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG (act. 3/33). Diese Informationen sind geeignet, einen Investitionsentscheid zu beeinflussen. Die inhaltlichen Anforderungen an eine prospektähnliche Mitteilung sind damit erfüllt.

Weiter wird von den Beklagten nicht bestritten, dass den Interessenten hier dieselben Informationen abgegeben worden sind. Sie machen lediglich geltend, dass nicht alle Kläger über die Informationen verfügt hätten. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine öffentliche Information nicht nur dann vorliegt, wenn sämtliche Interessierten darüber verfügten. Es genügt, dass die Unterlagen - gegebenenfalls auf Nachfrage - einem unbestimmten Kreis zur Verfügung gestellt werden. Genau dies ist vorliegend der Fall. Die interessierten Investoren haben das Dokument erhalten, während der Kläger 5 keine weiteren Unterlagen gewünscht habe (act. 28 Rz. 111). Die Beklagten bestreiten aber auch nicht, dass sie die Zusammenstellung über die Anwendungsbreite ohne weitere Voraussetzungen zugestellt haben. Auch ergeben sich aus den gesamten Umständen keine Anhaltspunkte, dass die Beklagten einzelnen Interessenten das Dokument verweigert hätten.

Damit erfüllt auch dieses Dokument die Voraussetzungen einer prospektähnlichen Mitteilung.

#### 3.3.1.4.6. K.\_\_\_\_\_ Bewertung Stand Oktober 2015

Gemäss den Klägern sei das Dokument "K.\_\_\_\_\_ Bewertung Stand Oktober 2015" N.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten 2 übergeben worden. Darin sei eine Wertberechnung für die zu gründende K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG enthalten (act. 1 Rz. 151 ff.). Dieser habe das Dokument auch an den Beklagten 5 weitergegeben (act. 1 Rz. 93). Die Beklagten bringen dagegen vor, es handle sich um ein internes, nicht zur Abgabe bestimmtes Dokument, welches N.\_\_\_\_\_ nur auf expliziten Wunsch und aufgrund der bestehenden Freundschaft überlassen worden sei (act. 28 Rz. 98, Rz. 278 und Rz. 314).

Inhaltlich handelt es sich bei der Bewertung (act. 3/30) ohne Weiteres um eine prospektähnliche Mitteilung. Eine betriebswirtschaftliche Bewertung einer Gesellschaft stellt immer eine Information dar, die geeignet ist, einen Investitionsentscheid zu beeinflussen. Dies gilt auch, wenn es sich - wie hier - um ein internes Dokument handelt. Daraus können die Beklagten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wenn ein Dokument herausgegeben wird, kann die Prospekthaftung zur

Anwendung kommen, unabhängig davon, ob es allein zu diesem Zweck erstellt worden ist oder nicht.

Dagegen fehlt es am Qualifikationsmerkmal der Öffentlichkeit. Wie die Beklagten zu Recht vorbringen, wurde die Bewertung einzig N.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellt. Eine weitere Verbreitung wird von den Klägern nicht geltend gemacht. In nachvollziehbarer Weise ergänzen die Beklagten, dass N.\_\_\_\_\_ das an sich interne Dokument einzig aufgrund seiner persönlichen Beziehung zum Beklagten 2 erhalten hat. Dagegen bringen die beweisbelasteten Kläger nichts Substantiiertes vor. Auch eine eigenmächtige Weitergabe an weitere Interessierte durch den Empfänger der Unterlagen kann daran nichts ändern. Eine schriftliche Mitteilung, die nur an eine oder einzelne Personen gerichtet wird, stellt keine prospektähnliche Mitteilung im Sinne von Art. 752 OR dar. Die Bestimmung soll gerade die Empfänger von Masseninformatoren schützen, weil ihnen die besondere Nähe zum Investitionsobjekt fehlt und ihnen daher selten möglich ist, die erhaltenen Informationen näher zu prüfen. Werden einem potentiellen Investor auf Nachfrage weitere Unterlagen zugestellt, stellt dies gerade keinen Fall der Prospekthaftung dar.

Aus dem Gesagten erhellt, dass sich die Kläger für den Inhalt der "K.\_\_\_\_\_ Bewertung Stand Oktober 2015" nicht auf die Prospekthaftung berufen können, zumal es sich nicht um eine prospektähnliche Mitteilung im Sinne der relevanten Bestimmung handelt.

#### 3.3.1.4.7. E-Mails und weitere Aussagen

Keine prospektähnlichen Mitteilungen stellen die von den Klägern genannten E-Mails dar. Diese waren jeweils an eine einzelne Person gerichtet (N.\_\_\_\_\_ act. 1 Rz. 134, act. 3/22; Q.\_\_\_\_\_ act. 1 Rz. 155 f., act. 3/59). Daran vermag auch der Inhalt, insbesondere der E-Mail an Q.\_\_\_\_\_, nichts zu ändern. Es wird von den Klägern nicht dargelegt, dass die entsprechenden Inhalte in gleicher oder zumindest ähnlicher Form an einen Grossteil der Interessenten verbreitet worden seien. Individuelle Aussagen gegenüber einzelnen Investoren können nach dem zuvor Gesagten aber keine Grundlage für eine Prospekthaftung darstellen. Das-

selbe gilt für die zahlreichen mündlichen Ergänzungen, welche die Kläger vorbringen (etwa act. 1 Rz. 186). Diese können aufgrund ihres individuellen Charakters per se keine prospektähnlichen Mitteilungen darstellen. Es kann entsprechend auch darauf zu verzichten, die jeweils zum Beweis offerierten Gesprächsbeteiligten zum Inhalt einzelner Gespräche zu befragen.

Daneben bringen die Kläger zahlreiche weitere Aussagen vor, die die Beklagten ihnen oder weiteren Personen gegenüber getätigt haben sollen. Teilweise ist dabei nicht ersichtlich, welchen Zusammenhang die Aussagen oder abgegebenen Unterlagen mit dem hier relevanten Sachverhalt haben sollen. Dies gilt etwa für Aussagen gegenüber Dritten ohne einen Bezug zu den Klägern oder für Aussagen, die erst nach den klägerischen Investitionen gemacht worden sind. Es handelt sich vorliegend nicht um ein Strafverfahren, in welchem sämtliche Handlungen der Beklagten zu beurteilen wären. Vielmehr geht es alleine um die im Rahmen der Investitionsgespräche mit den Klägern erfolgten Aussagen. Nur diese sind zu beurteilen. Weiterführende Unterlagen können ohne Weiterungen unbeachtet bleiben.

#### 3.3.1.4.8. Professionelles Auftreten

Sodann machen die Kläger geltend, dass die Unterlagen und die Website der K.\_\_\_\_\_ GmbH einen professionellen Eindruck machten, weshalb die Kläger nicht veranlasst gewesen seien, die Angaben zu hinterfragen (act. 1 Rz. 157 ff.). Aus dem Auftreten der Beklagten bzw. der K.\_\_\_\_\_ GmbH können aber die Prospektigenschaften der einzelnen Unterlagen nicht abgeleitet werden. Dies ist höchstens bei der Frage des Vertrauens in die einzelnen Aussagen in die Bewertung miteinzubeziehen. Auf die Website der K.\_\_\_\_\_ GmbH können sich die Kläger ebenfalls nicht stützen. Der eingereichte Ausdruck (act. 3/73) zeigt, dass diese auf ein anderes Zielpublikum ausgerichtet ist. Es geht darauf darum, das Produkt der K.\_\_\_\_\_ GmbH, das O.\_\_\_\_\_, zu verkaufen. Ein Hinweis auf die Investorensuche und die Gründung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG findet sich dagegen nicht. Kennzahlen oder Ähnliches sind ebenfalls nicht enthalten. Dass ein professionelles Auftreten - woran auch immer das gemessen werden soll - für den Vertrieb teurer medizinischer Geräte zwingende Voraussetzung ist, müsste auch den

Klägern bekannt gewesen sein. Alleine weil sich die Beklagten bzw. die K. \_\_\_\_\_ GmbH darum bemühten, ihre Ziele zu erreichen, kann daraus aber keine erweiterte Haftung abgeleitet werden. Die Kläger führen denn auch nicht aus, welche Aussagen auf der Website ein erhöhtes Vertrauen rechtfertigen würden. Wenn überhaupt, dann spricht die Website insgesamt eher für die Beklagten: Die Beklagten waren durchaus bemüht, die angestrebten Ziele zu erreichen, und haben sämtliche dafür möglichen Mittel eingesetzt.

#### 3.3.1.5. Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass die Beklagten keinen Prospekt im Sinne von Art. 652a OR herausgegeben haben. Die von ihnen - bzw. insbesondere über den Beklagten 2 - den Klägern zugestellten Unterlagen haben gleichwohl teilweise prospektähnlichen Charakter, was für die Anwendung der Prospekthaftung nach Art. 752 OR ausreicht. Relevant können dabei diejenigen Aussagen sein, welche in den Dokumenten "*Investment Case K. \_\_\_\_\_ DIAGNOSTICS*", "*Term Sheet*" und "Anwendungsbreite der K. \_\_\_\_\_-Plattform" gemacht werden. Die weiteren abgegebenen Unterlagen stellen keine prospektähnliche Mitteilungen im Sinne von Art. 752 OR dar, sodass die dafür verantwortlichen Personen nicht der Prospekthaftung unterstehen.

Nicht ausgeschlossen ist aber, dass einzelne Angaben in den weiteren Dokumenten für die Beurteilung des Sachverhalts relevant werden. So enthalten die Urkunden zumindest teilweise dieselben Aussagen wie bereits die prospektähnlichen Unterlagen. Bei der Frage, inwiefern die Kläger weitere Akten hätten beziehen müssen, um die Inhalte der eigentlichen Mitteilungen zu überprüfen, können auch solche Bestätigungen berücksichtigt werden. Inwiefern dies bei den einzelnen Aussagen der Fall ist, ist in jenem Zusammenhang zu prüfen.

Hinsichtlich der an N. \_\_\_\_\_ und die von ihm beratenen Kläger abgegebenen Dokumente ist zudem zu berücksichtigen, dass er teilweise zwei Varianten erhalten hat. Wie die Kläger selbst geltend machen, besteht eine gewisse Aktualisierungspflicht. Bei unterschiedlichen Darstellungen in den zwei Varianten ist nur schon aus diesem Grund die später abgegebene relevant.

### 3.3.2. Fehlerhafte Aussagen / Pflichtverletzung

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, inwiefern die von den Klägern bemängelten Aussagen tatsächlich relevante falsche Angaben im Sinne von Art. 752 OR darstellen. Wie ausgeführt können dabei nur Informationen in den vorgenannten drei prospektähnlichen Mitteilungen relevant sein. Aussagen die darüber hinaus getätigt wurden, sind hingegen für die Prospekthaftung nicht zu berücksichtigen.

Allgemein ist festzuhalten, dass für die Prüfung des fehlerhaften oder irreführenden Inhalts der Unterlagen der Zeitpunkt der Information massgebend ist. Stellt sich eine gewisse Wertung nachträglich als falsch heraus, ist dies für sich kein Anwendungsfall der Prospekthaftung. Gerade wenn es sich bei den beklagti-schen Angaben um Erwartungen an die zukünftige Entwicklung handelt, so ist einzig zu prüfen, ob sie sich in vertretbarer Weise auf tatsächliche Grundlagen stützen können. Zudem muss für den Leser erkennbar sein, dass es sich lediglich um Prognosen und nicht um feststehende Tatsachen handelt (WATTER, a.a.O., N 19 zu Art. 752 OR). Damit eine irreführende Angabe ausgeschlossen werden kann, ist eine genügend substantiierte Risikoaufklärung von zentraler Bedeutung. Dafür ist auch der Gesamteindruck der wiedergegebenen Informationen zu berücksichtigen (WATTER, a.a.O., N 17 zu Art. 752 OR).

Zusammengefasst machen die Kläger geltend, die Beklagten hätten in den Emissionsunterlagen und im Rahmen persönlicher Gespräche verschiedentlich Aussagen und Zusicherungen gemacht, welche sich nachträglich als falsch herausgestellt hätten. Die Kläger bemängeln folgende Aussagen, die in verschiedenen Teilen der Emissionsunterlagen gemacht worden seien (act. 1 Rz. 388):

- Verwendung der Investitionen (act. 1 Rz. 176 ff.)
- Funktionsumfang des O.\_\_\_\_\_s (act. 1 Rz. 240 ff.)
- Gesichertes Vertragsvolumen von EUR 100 Mio. in drei Jahren (act. 1 Rz. 268 ff.)

Die einzelnen Aussagen seien aber auch irreführend gewesen. Aufgrund der Zusicherungen der Beklagten seien die Kläger irrtümlich davon ausgegangen das O.\_\_\_\_\_ sei für die genannten Diagnoseindikationen marktreif. Dies betreffe insbesondere die folgenden Themenbereiche (act. 1 Rz. 389 ff.):

- Medizinische CE-Zertifizierung des O.\_\_\_\_\_s (act. 1 Rz. 283 ff.)
- Bestehende Kleinserienproduktion des O.\_\_\_\_\_s (act. 1 Rz. 290 ff.)
- Fertige Entwicklung von O.\_\_\_\_\_ light und Home (act. 1 Rz. 309 f.)
- Marktreife des O.\_\_\_\_\_s (act. 42 Rz. 27 ff.)

Im Übrigen lasse sich die Irreführung aus der unübersichtlichen Gestaltung der Emissionsunterlagen ableiten. Alleine die Vielzahl der abgegebenen Unterlagen und gemachten Ausführungen anlässlich persönlicher Treffen sei irreführend. Zudem seien die den einzelnen Klägern abgegebenen Unterlagen zwar weitgehend identisch, aber in diversen Einzelpunkten und Details abweichend gewesen. Insgesamt hätten die Beklagten eine weitgehend undurchsichtiges, unverständliches und damit irreführendes Konstrukt an Emissionsunterlagen erstellt. Zudem fehle es an einer klaren Risikoauflärung. Auf Risiken sei hinzuweisen und besondere Risiken seien auch besonders hervorzuheben. Dies fehle in den Unterlagen vollumfänglich. Gerade hinsichtlich der Einsatzzwecke und des Entwicklungspotentials hätten die Beklagten Risiken nennen müssen, wobei sie sich darauf beschränkt hätten, das Potential des O.\_\_\_\_\_ hervorzuheben und mit Zusicherungen betreffend Umsatzprognosen anzupreisen. Auch auf den Fördervertrag mit der U.\_\_\_\_\_ m.b.H. (fortan U.\_\_\_\_\_) und das potentiell strafrechtlich relevante Optionskonstrukt zur Umgehung allfälliger Rückzahlungsverpflichtungen sei nicht hingewiesen worden. Weiter seien die Angaben in den Emissionsunterlagen einseitig, indem viel Wachstumspotential versprochen worden sei, ohne auf Risiken oder Hürden hinzuweisen (act. 1 Rz. 389 ff.). Schliesslich seien die Informationen auch nicht vollständig, insbesondere würden Angaben zum Entwicklungsstand und den Einsatzmöglichkeiten fehlen (act. 1 Rz. 401 f.).



Die Beklagten bestreiten, dass die Angaben in den abgegebenen Unterlagen fehlerhaft oder irreführend gewesen sein sollen. Vielmehr hätten sich nach der Gründung die typischen Risiken eines Startup-Unternehmens verwirklicht. Dafür hätten sie nicht nach den Regeln der Prospekthaftung einzustehen (act. 28 Rz. 231 ff.; act. 26 S. 133 ff.).

### 3.3.2.1. Zeitliche Aspekte

Zentral für die Beurteilung der in den prospektähnlichen Mitteilungen gemachten Aussagen ist auch der zeitliche Ablauf der Investitionsgespräche. Die verbreiteten Informationen sind immer am aktuellen Kenntnisstand zu messen. Über neue Erkenntnisse müssen die Emittenten gegebenenfalls aufklären. Soweit zu diesem Zeitpunkt die Investition bereits erfolgt ist, ist eine allfällige Neuerung für die Prospekthaftung nicht mehr relevant. Diesfalls können die Kläger lediglich ihre Rechte als Aktionäre wahrnehmen.

Die Investorensuche durch die Beklagten begann im August 2015. In der Folge wurden am 5. Oktober 2015 und am 11. November 2015 die Präsentationen "*Investment Case*" für N.\_\_\_\_\_ und den Kläger 1 erstellt (act. 3/11; act. 3/12). Den Klägern 3-5 wurde das entsprechende Dokument am 9. bzw. 11. Februar 2016 zur Verfügung gestellt (act. 3/13; act. 3/14). Nach der Gründung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG vom tt. Januar 2016 zeichneten die Kläger ihre Aktien am 23. Februar 2016 (Kläger 1 und 2; act. 3/41+42; wobei sie die Zahlungen bereits Anfang Februar leisteten, act. 3/43-45), im April 2016 (Kläger 3 und 4; act. 3/64+65) und am 12. Mai 2016 (Kläger 5; act. 3/55). Spätestens in diesem Moment wurde folglich der jeweilige Investitionsentscheid getroffen, weshalb weitere Entwicklungen bzw. spätere Aussagen für die Frage der Prospekthaftung nicht mehr relevant sein können. Insbesondere sind (auch) nach der Darstellung der Kläger gewisse Entwicklungen, die eine Neubeurteilung erforderlich gemacht haben sollen, im gleichen Zeitraum wie die Investorengespräche eingetreten. Die nachstehenden Erwägungen erfolgen unter diesem Vorbehalt.

### 3.3.2.2. Verwendung der Investitionen

a) Die Kläger machen geltend, in den Emissionsunterlagen sei verschiedentlich auf den dringenden Finanzierungsbedarf für den Ausbau der Produktion hingewiesen worden. So sei explizit auf eine Steigerung der Produktionskapazität von 500 auf 5'000 Einheiten jährlich hingewiesen worden. Dazu sei die Anmietung einer geeigneten Produktionsstätte und die Anschaffung einer vollautomatischen Produktionslinie angekündigt worden. Diese Angaben seien der Präsentation "*Investment Case*", dem "*Term Sheet*" und dem "*Confidentiality Agreement*" zu entnehmen. Auch in weiteren abgegebenen Unterlagen werde auf dieselben Absichten hingewiesen (act. 1 Rz. 176 ff.). Als weiterer Verwendungszweck sei die Durchführung umfassender klinischer Studien genannt worden. Bisher würden keine klinischen Studien existieren, die sich mit dem O.\_\_\_\_\_ befassen; lediglich zum TEWL (Transepidermaler Wasserverlust) seien Abhandlungen vorhanden. Dass das vorgeschlagene Vorgehen bei der Erstellung von Studien gegen geltende Gesetze verstossen würde, bestreiten die Kläger (act. 1 Rz. 187 ff.; act. 42 Rz. 452 ff. und Rz. 934 ff.). Entgegen der Angaben seien die investierten Gelder anderweitig verwendet worden. Diese seien an die K.\_\_\_\_\_ GmbH, die Beklagte 3 und an externe Berater geflossen. So hätten die Beklagten einen ursprünglich auf die K.\_\_\_\_\_ GmbH lautenden Beratungsvertrag im Dezember 2015 neu auf die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG abgeschlossen und auf den 30. Juli 2015 datiert. Neben der Täuschung der Kläger über die Verbindlichkeiten der Gesellschaft liege darin auch eine Urkundenfälschung. Davon hätten die Kläger erst im August 2016 erfahren. Im Confidentiality Agreement sei lediglich die Beratungstätigkeit der Beklagten 3 offen gelegt worden, allerdings sei die "K.\_\_\_\_\_" als österreichische Gesellschaft bezeichnet worden; was nur auf die K.\_\_\_\_\_ GmbH zutreffe (act. 1 Rz. 198 ff.; act. 42 Rz. 379 ff. und 943 ff.; act. 73 Rz. 13 f.). Die Ausführungen des Beklagten 1 zur Übertragung der Patente seien unzutreffend und nicht substantiiert. Der Vertrag sei gültig unterzeichnet worden. Welche Prämie für den Schutz im Markt vereinbart worden sein soll, sei nicht ersichtlich. Im Übrigen stelle sich der Beklagte 1 in Widerspruch zu seinen Aussagen gegenüber der Kantonspolizei Zürich (act. 42 Rz. 962 ff.).

Der Beklagte 1 verweist auf den Vertrag "Angebot Beschleunigte Skalierung K. \_\_\_\_\_ GmbH" vom 14. August 2015 zwischen der Beklagten 3 und der K. \_\_\_\_\_ GmbH. Darin sei sein Auftrag festgehalten worden (act. 26 S. 59 ff.). Klinische Studien in weiteren Anwendungsbereichen seien nicht im Zentrum gestanden, seien aber von den Investoren gefordert worden. Der Cash-Flow sei zu gering gewesen, um die Bestellung der Produktionsanlage zu veranlassen. Der Beklagte führt weiter aus, dass für den Erhalt des Zertifikats des TÜV Süd der Nachweis durch klinische Studien erbracht worden sei. Es hätten im Jahr 2011 rund 1'800 klinische Studien zum TEWL vorgelegen. Mit der Recherche und Überprüfung sei Dr. U. \_\_\_\_\_ betraut worden. Die daraus ermittelten Indikationen hätte die benannte Stelle abgenommen. Die wichtigsten Studien seien gekauft und in Buchform gebunden werden. Die Studien würden zu den Indikationen Norm- und Sollwerte beschreiben. V. \_\_\_\_\_ sei aufgrund seiner Ausbildung gar nicht in der Lage, die Studien zu beurteilen. Eine weitere Studie sei von Dr. W. \_\_\_\_\_ vom M. \_\_\_\_\_ [Institut] (fortan M. \_\_\_\_\_) mitverfasst worden. Diese habe gegenüber V. \_\_\_\_\_ bestätigt, dass der TEWL-Wert für die Studie mit dem O. \_\_\_\_\_ professional 100 gemessen worden sei. Dass das O. \_\_\_\_\_ am M. \_\_\_\_\_ im Einsatz gestanden habe, ergebe sich auch aus den bestellten Hygienekappen. Der Vorschlag, Medizinprodukte gegen Entgelt an Ärzte abzugeben, verstosse gegen geltende Gesetze (act. 26 S. 62 ff.; act. 50 S. 49 ff. und S. 65 ff.). Die konkrete Verwendung der Gelder habe der Beklagte 1 aufgrund der verweigerten Einsicht in die Konten der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG nicht prüfen können. Ein regulärer Geschäftsbetrieb sei dadurch verhindert worden, dass der Beklagte 1 im Verwaltungsrat stets überstimmt worden sei. Er sei aber immer bemüht gewesen, die Gesellschaft weiterzuführen. Der Beratungsvertrag sei ihm untergeschoben worden. Der Beklagte 2 und J. \_\_\_\_\_ hätten erreicht, dass ihre Leistungen mehrfach abgegolten würden. Die Zahlung an die K. \_\_\_\_\_ GmbH über EUR 80'000.– sei eine Anzahlung für die Bestellung von 30 O. \_\_\_\_\_, diejenigen an die Beklagten 2 und 3 und J. \_\_\_\_\_ seien in sich Geschäfte und daher rückzahlungspflichtig. Die Booklets seien für den Vertrieb erforderlich gewesen und der Staatsanwaltschaft übergeben worden. Bei der Zahlung an den Beklagten 1 handle es sich um Lohnnachzahlungen und um Auslagen für die Rechtsvertretung (act. 26 S. 71 ff.). Die Gültigkeit des Kauf-

vertrages über die Patente, Marken und Geschmacksmuster bestreitet der Beklagte 1. An jenem Tag sei er an der ... [Messe] 2016 in ... [Stadt in den Vereinigten Arabischen Emiraten] gewesen. Zudem sei der Vertrag nicht notariell beglaubigt und überbeglaubigt, der Wert der Patente sei wesentlich höher, die K.\_\_\_\_\_ GmbH sei ohne die Patente nicht überlebensfähig und der Förderungsvertrag mit der U.\_\_\_\_\_ stünde dem entgegen. Er habe für den Schutz im Markt eine Prämie erhalten, mit welcher er die Darlehen zurückbezahlt habe (act. 26 S. 82 ff.; act. 50 S. 128 ff.). Schliesslich hätten er und die K.\_\_\_\_\_ GmbH sämtliche Leistungen zu Gunsten der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG kostenlos erbringen sollen, während letzterer keine Betriebsmittel zugestanden worden seien (act. 50 S. 207 f.).

Die Beklagten 2 und 3 werfen den Klägern eine unzulässige ex post Betrachtung vor. Sie halten fest, dass das O.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Investorensuche für die Messung des TEWL-Wertes marktreif gewesen sei. Es sei der Aufbau einer professionellen Struktur und insbesondere einer Serienproduktion für die Befriedigung der Nachfrage nötig gewesen. Ausserdem sei als längerfristiges Ziel die Ausweitung des Anwendungsbereichs beabsichtigt gewesen, wofür zusätzliche klinische Studien erforderlich gewesen seien. Die Informationen, dass die Finanzierungsrunde der Investition in klinische Studien, dem Aufbau des Managements und der Produktion diene, sei deshalb korrekt gewesen. Vor dem in Auftrag Geben klinischer Studien sei eine Fokussierung auf bestimmte Anwendungsbereiche erforderlich gewesen. Zu diesem Zweck seien die Sitzung des Advisory Board und der Indikationsworkshop durchgeführt worden. Insbesondere der Vertriebsleiter V.\_\_\_\_\_ habe sich in der Folge intensiv um Studien bemüht und habe auch Zusagen erhalten. Die Durchführung sei an der Weigerung des Beklagten 1, insbesondere weil dieser die für die Studien benötigten Geräte nicht habe herausgeben wollen, gescheitert. Der Finanzierungszweck sei also verfolgt worden, dass es nicht zu Studien gekommen sei, sei am Verhalten des Beklagten 1 und der Abwahl des Beklagten 2 aus dem Verwaltungsrat gelegen. Bereits vor Beizug der Beklagten 3 sei eine Kleinserienproduktion bei der AA.\_\_\_\_\_ GmbH aufgebaut worden. Die Maschinen hätten im Eigentum der K.\_\_\_\_\_ GmbH gestanden. Eine Ausweitung der Produktion vor Ort hätte weitere Investitionen erfordert, weshalb die Gründer der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG auf den Aufbau einer Produkti-

onsstätte in Zürich fokussiert hätten. Auch zu diesem Zweck hätten sie mit N.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ N.\_\_\_\_\_ AG verhandelt. Auch dabei sei es aufgrund der schwierigen Zusammenarbeit mit dem Beklagten 1 zu Verzögerungen gekommen und dieser habe die Lieferung der Maschinen, Geräte und Materialien nach Zürich verhindert. Eine diesbezügliche Informationspflicht habe aber nicht bestanden (act. 28 Rz. 120 ff.; act. 52 Rz. 205 ff.). Hinsichtlich der Verwendung der Investitionen sei zu beachten, dass der Kapitalbedarf auf EUR 5-7 Mio. veranschlagt worden sei. Es sei von Anfang an klar gewesen und habe auch den geschäftserfahrenen Investoren bekannt sein müssen, dass ein Teil dieser Gelder zur Deckung von Aufbau- und Verwaltungskosten benötigt würde. Dass der Aufbau der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG mit hohen Ausgaben verbunden sein werde, sei ebenfalls bekannt gewesen und widerspiegle sich in den hohen Erwartungen auf der Einnahmenseite. Die Mittel seien nicht zweckfremd verwendet worden. Vielmehr hätten sämtliche Ausgaben der Vorbereitung des eigentlichen Zwecks gedient. Dass dieser nicht habe erreicht werden können, habe vor allem im Verhalten des Beklagten 1 gelegen (act. 28 Rz. 148 ff.). Dass bei der Einbringung der Patente die Formvorschriften der Sacheinlage und Sachübernahme nicht eingehalten worden seien, werde nicht bestritten. Das Vorgehen sei den Beklagten von AB.\_\_\_\_\_ von der AC.\_\_\_\_\_ AG vorgeschlagen worden. Dadurch, dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG noch nicht bestanden habe, sei entschieden worden, den Kauf der Patente nach der Gründung zu vollziehen. Der Kaufpreis sei moderat angesetzt worden und für die Bilanzsumme mache es keinen Unterschied, ob die Patente als Sacheinlage oder später käuflich erworben würden (act. 28 Rz. 66 ff.; act. 52 Rz. 261 ff.). Die Umschreibung des Beratungsvertrages bezeichnen die Beklagten 2 und 3 als Formalität. Die Rolle der Beklagten 3 sei klar kommuniziert worden. Der Beratungsvertrag sei ursprünglich von der K.\_\_\_\_\_ GmbH unterzeichnet worden, es sei aber von Anfang an klar gewesen, dass die Leistungen für den Aufbau der neuen Gesellschaft auch von dieser übernommen werden müssten. Dies habe sich auch aus dem "*Confidentiality Agreement*" ergeben, eine Investition in die österreichische K.\_\_\_\_\_ GmbH habe nie im Raum gestanden. Die Rückdatierung sei lediglich erfolgt, um zu signalisieren, dass die Verpflichtung auch rückwirkend gelte. Zwar sei das Vorgehen nicht optimal, es sei

aber nichts verheimlicht oder verschwiegen worden. Die Kläger hätten von der Beteiligung der Beklagten 3 an der Investorensuche gewusst, und aufgrund ihrer Geschäftserfahrung hätten sie auch wissen müssen, dass solche Leistungen in der Regel durch die neue Gesellschaft zu vergüten wären. Auf eine Nachfrage hätten sie verzichtet (act. 28 Rz. 75; act. 52 Rz. 240 ff.; act. 89 Rz. 10).

b) Die Kläger schliessen aus der definitiven Verwendung der Gelder auf eine fehlerhafte Information durch die Beklagten. Dem kann in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt ist für die Beurteilung der Prognosen und Absichten der Zeitpunkt der Erstellung der prospektähnlichen Mitteilung bzw. der Investition massgebend (vorne E. 3.3.2.1). Entscheidend ist daher nicht zwingend die tatsächliche Verwendung der Mittel, sondern vielmehr, welche Verwendung im damaligen Zeitpunkt beabsichtigt gewesen ist. Muss aufgrund unerwarteter Vorkommnisse das Geld oder ein Teil davon anderweitig verwendet werden, kann daraus noch kein Fall der Prospekthaftung abgeleitet werden.

In den relevanten Emissionsunterlagen wurde die Verwendung der Gelder wie folgt beschrieben:

*"With an investment of € 5 mn, K.\_\_\_\_\_ will have the possibility to take a leading position in the medical devices market. Conducting clinical studies, extending management team and scaling production of core technology in preferred medical disciplines"* (act. 3/12 S. 15; act. 3/13 S. 10; act. 3/14 S. 10, wobei letztere beiden Präsentationen von Investitionen von EUR 7 Mio. sprachen).

*"Use of funds I: Initiation of Clinical Trials: Distribution of Glucometer and Cholestometer can be initiated immediately after one year of clinical trials"* (act. 3/12 S. 16).

*"Use of funds II: Fully Automated Production Line after Scaling-up"* (act. 3/12 S. 17); bzw. zuvor noch: *"Scaling-up of Device Production: Appropriate production location in Switzerland / Zurich to be hired has been identified to transfer and expand Austrian assembly lines and HQ into one facility."* (act. 3/11 S. 16)

"Growth financing for initiating comprehensive clinical trials for different indications and for scaling production requested" (act. 3/12 S. 3; act. 3/13 S. 2; act. 3/14 S. 2)

"Die Finanzierungsrunde dient dem Ausbau der Produktion, des Managementteams und der Initiierung weiterer klinischer Studien." (act. 3/28, act. 3/32, act. 3/48 und act. 3/62 jeweils Ziff. 1).

Auch in den weiteren Unterlagen wurden die Erstellung von Studien und die Investition in den Ausbau der Produktion in den Vordergrund gestellt. Es wurde aber auch klar festgehalten, dass das Management-Team erweitert werden sollte. Die beabsichtigte Verwendung der Gelder ergibt sich damit aus den Präsentationen "*Investment Case*" (act. 3/11-14). Es wird von den Beklagten auch nicht bestritten, dass die neuen finanziellen Mitteln für den Ausbau und die Erweiterung der Produktion sowie für die Durchführung klinischer Studien gedacht waren. Dies schliesst aber nicht aus, dass damit auch andere Kosten beglichen werden. Insbesondere ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beklagten von Anfang an einen Finanzierungsbedarf von EUR 5-7 Mio. genannt haben (etwa act. 3/11 S. 15; act. 3/13 S. 10). Allgemein ist nicht ersichtlich, wie ohne Abstriche die gleichen Ziele alleine mit den Investitionen der Kläger von lediglich knapp EUR 2 Mio. hätten erreicht werden sollen. So haben die Beklagten im Dokument "*Use of Funds*", welches N.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestanden hat, explizit auf Gesamtkosten für die Produktionserweiterung von EUR 4.5 Mio. hingewiesen (act. 3/25 S. 3). Insbesondere ist auch klar, dass gewisse fixe Ausgabepositionen entsprechend einen höheren Anteil an den Gesamtausgaben ausmachen. Die Beklagten bringen zu Recht vor, dass mit einem Teil der Gelder auch die Gründungs- und Anfangsphase finanziert werden musste. Es musste den Klägern klar gewesen sein, dass der Aufbau einer neuen Gesellschaft mit Kosten verbunden ist.

c) Die Mutmassungen der Kläger, es sei von Anfang an beabsichtigt gewesen, die Gelder für die Beklagten selbst zu verwenden, sind nicht substantiiert und finden keine Stütze in den Akten. Daraus ergibt sich vielmehr, dass die Beklagten 1 und 2 auch nach der Gründung auf den Erfolg der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG hingearbeitet haben. Für den Umzug der Produktion nach Zürich wurden von der

A.\_\_\_\_N.\_\_\_\_ AG Räumlichkeiten angemietet (act. 42 Rz 933; act. 27/17) und die Maschinen wurden aus den Produktionsstätten der AA.\_\_\_\_ GmbH an den Standort der K.\_\_\_\_ GmbH in L.\_\_\_\_ verbracht (act. 28 Rz. 142 ff.; 29/66 S. 3; act. 104). Die Einrichtung der neuen Produktion hat sich dabei verzögert, doch kann daraus keine andere Ausrichtung abgeleitet werden. Auch dass bei der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG für die bestehenden Produktionsmaschinen und Materialen Kosten angefallen sind, kann den Beklagten nicht als täuschende Handlung angelastet werden.

Ziel war es, mit der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG in Zürich für die Produktion und den Vertrieb eine neue Gesellschaft zu gründen, welche die Umsätze und Gewinne erzielen sollte. Die Zahlung der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG an die AA.\_\_\_\_ GmbH von EUR 140'000.– für hergestellte, aber noch nicht kalibrierten O.\_\_\_\_ sowie vorgekaufte Materialien erfolgte nach den Angaben der Beklagten aufgrund offener Schulden der K.\_\_\_\_ GmbH (act. 28 Rz. 143; act. 3/104). Nun besteht zwar keine Verpflichtung der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG, für Schulden der K.\_\_\_\_ GmbH einzustehen, doch kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass die K.\_\_\_\_ Diagnostics AG für ihre Zahlungen eine Gegenleistung erhalten hat. Sie hat die fertig gestellten Geräte sowie Rohmaterial für weitere rund 200 O.\_\_\_\_ erworben, die sie nach der Kalibrierung bzw. Herstellung gewinnbringend hätte verkaufen können. Diese Kosten hätte die K.\_\_\_\_ Diagnostics auf jeden Fall tragen müssen, wenn sie die entsprechenden Geräte verkaufen wollte. Dass die bestehende K.\_\_\_\_ GmbH in L.\_\_\_\_ aus verschiedenen Gründen ihr Eigentum der neuen Gesellschaft ohne eine rechtliche Integration (Fusion etc.) in die K.\_\_\_\_ Diagnostics AG nicht kostenlos überlassen kann und will, erscheint naheliegend, zumal diese weiterhin parallel bestehen sollte. Dies musste auch den Klägern klar sein. Dasselbe gilt für Leistungen, die durch die K.\_\_\_\_ GmbH erbracht worden sind. Die Kläger können nicht davon ausgegangen sein, dass die Ausgaben bei der K.\_\_\_\_ GmbH, die Einnahmen aber bei der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG anfallen würden. Die Zahlungen für die Materialien und Produkte sind diesen Umständen geschuldet und im Zusammenhang mit der Mittelverwendung nicht zu bemängeln. Soweit gewisse Leistungen nicht oder nicht vollständig erbracht worden sind (act. 1 Rz. 225), betrifft dies das Verhältnis zwischen K.\_\_\_\_



Diagnostics AG und K.\_\_\_\_\_ GmbH, stellt aber keine Problematik der Prospekthaftung dar.

d) Auch hinsichtlich der Durchführung klinischer Studien ergibt sich aus der Darstellung der Beklagten 2 und 3 und der angerufenen Beweismittel, dass dies nach der Gründung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG in Angriff genommen wurde. Nebst der Sitzung des *Advisory Boards* vom 23. Februar 2016, an der verschiedene Ärzte teilnahmen und auch ihr Interesse an der Durchführung von Studien andeuteten (vgl. act. 29/53 S. 25), erfolgten weitere Anfragen. Nicht zuletzt für die Organisation und Koordination wurde V.\_\_\_\_\_ angestellt (act. 28 Rz. 205; act. 42 Rz. 63). Dieser hatte mit verschiedenen Ärztinnen und Ärzten Kontakt, welche konkretes Interesse an der Durchführung von Studien oder der Erstellung von Erfahrungsberichten zeigten. Namentlich waren dies Dr. AD.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 195; act. 52 Rz. 222; act. 29/83; act. 29/125+126), Dr. W.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 195; act. 52 Rz. 144), Dr. AE.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 195; act. 52 Rz. 222; act. 29/83; act. 29/127-130), Prof. Dr. AF.\_\_\_\_\_ (act. 29/83) und Prim. Univ.-Prof. Dr. AG.\_\_\_\_\_ (act. 52 Rz. 222; act. 43/42). Die Organisation war bei den verschiedenen Interessenten unterschiedlich weit fortgeschritten. Allerdings scheiterte die Durchführung der klinischen Studien in der Folge daran, dass der Beklagte 1 nicht bereit war, den durchführenden Institutionen die für die Studien benötigten Geräte kostenlos zur Verfügung zu stellen, obwohl dies anlässlich des Indikationsworkshops vom 8. März 2016 so entschieden wurde (act. 1 Rz. 194; act. 3/78 S. 9; 3/79 S. 2; act. 28 Rz. 132; act. 29/55 S. 2; act. 42 Rz. 137). Auch wenn dieses Verhalten des Beklagten 1 durchaus fragwürdig ist, kann daraus nicht auf eine anfängliche Absicht geschlossen werden, keine Tests durchzuführen. Daraus lässt sich folglich ebenfalls keine fehlerhafte Information ableiten. Diesbezüglich kann auch die offerierte Befragung des Rechtsvertreters der Kläger und V.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 192 ff.) nichts zu Gunsten der Kläger beitragen. Wie an der entsprechenden Stelle ausgeführt, könnten diese höchstens bestätigen, dass keine Studien vorgelegt wurden und die Leihgeräte verweigert wurden, was aber nicht umstritten ist.

Aus den Behauptungen der Kläger dazu, wie die Investitionen tatsächlich verwendet worden seien, kann ebenfalls keine pflichtwidrige und haftungsbegrün-

dende Fehlerhaftigkeit der prospektähnlichen Mitteilungen abgeleitet werden. In erster Linie zählt es zu den Pflichten des Verwaltungsrates sicherzustellen, dass die Mittel entsprechend den kommunizierten Plänen verwendet werden (VON DER CRONE, a.a.O., § 4 N 148 f.; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: HONSELL/VOGT/WATTER, BSK OR II, a.a.O., N 17 f. zu Art. 716a OR). Bei pflichtwidrigen Ausgaben steht entsprechend die Verantwortlichkeit im Vordergrund, welche hier gerade nicht geltend gemacht wird. Für die Prospekthaftung ist einzig relevant, ob bereits beabsichtigte Ausgaben verschwiegen worden sind.

e) Zu den Patenten wurde den Klägern zugesagt, dass diese im Besitz der Gesellschaft sein würden (act. 3/28; act. 3/32; act. 3/48; act. 3/61 jeweils Ziff. 13). Ob dies im Rahmen einer Sacheinlage geschehen soll oder erst nach der Gründung durch einen Kauf, wurde nicht ausgeführt und ist nicht relevant. Zwar mag zutreffen, dass es sich beim Kauf der Patente um eine (verdeckte) Sachübernahme-gründung gehandelt hat, bei welcher gewisse Formalitäten einzuhalten gewesen wären, doch ist dies für die Angaben in den Emissionsunterlagen nicht relevant - zumindest wenn die Gesellschaft nicht aufgrund der fehlerhaften Gründung wieder untergeht. Nach einer ordentlichen Gründung wurden die Patente vom Beklagten 1 für CHF 110'000.- übernommen. Zuvor wurde die Gesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 100'000.- (Anteil des Beklagten 1 CHF 93'750) gegründet (act. 3/17 S. 6). Im Resultat hat der Beklagte 1 damit für die Zeichnung seiner Aktien die Patente des O.\_\_\_\_s in die K.\_\_\_\_ Diagnostics AG eingebracht. Den Klägern ist aber nichts anderes in Aussicht gestellt worden. Eine zusätzliche Kapitalisierung der neuen Gesellschaft wurde ihnen jedenfalls nicht versprochen. Die Behauptung der Kläger, sie seien davon ausgegangen, die Patente würden der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG unentgeltlich zur Verfügung gestellt (act. 1 Rz. 78 und Rz. 231 f.), entbehrt jeder Grundlage.

Dieses Vorgehen erscheint nicht aussergewöhnlich: Der Beklagte 1 soll das Know-How und die Immaterialgüterrechte liefern, die Kläger im Gegenzug die finanziellen Ressourcen zur Verfügung stellen. Weshalb der Beklagte 1 seine Arbeitsleistung bzw. die jahrelangen Entwicklungsleistungen der K.\_\_\_\_ Diagnostics AG und damit den Klägern kostenlos zur Verfügung stellen sollte - zumal er

selbst ohne die Patente nicht in der Lage gewesen wäre, sich an der neuen Gesellschaft zu beteiligen - ist nicht ersichtlich. Die Kläger führen dazu auch nichts weiter aus. Irrelevant ist sodann (für die Kläger und die Kapitalisierung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG), ob der Beklagte 1 die Aktien zum Nennwert übernommen und die Patente zu diesem Preis verkauft hat oder ob diese als Sacheinlage mit dem Bewertungswert und einem entsprechenden Agio eingebracht werden. Das Resultat (Anteile des Beklagten 1 und Überschreibung der Patente) ist bei beiden Varianten dasselbe. Eine Ungenauigkeit in den Emissionsunterlagen bestand einzig hinsichtlich des Zeitpunkts der Übertragung und der Verwendung von Investitionsmitteln für den Erwerb der Rechte (vgl. act. 42 Rz. 398). Beide Aussagen können jedoch vernachlässigt werden. So hat sich der Beklagte 1 im Zeitpunkt der ersten Investition bereits zur Übertragung verpflichtet (act. 3/93), so dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG zumindest einen durchsetzbaren Anspruch auf die versprochenen Rechte hatte. Ausserdem ist die Zahlung von CHF 10'000.- unter Berücksichtigung der Gesamtinvestitionen von knapp EUR 2 Mio. und der Überlegungen zur Beteiligung des Beklagten 1 im Zusammenhang mit der Prospekthaftung nicht als wesentlich zu betrachten. Gestützt auf die Behauptungen der Kläger lässt sich kein relevanter Kausalzusammenhang dartun. Die offerierten Zeugeneinvernahmen (act. 1 Rz. 78, Rz. 231 und Rz. 236) vermöchten auch nichts zu Gunsten der Kläger beizutragen, zumal die Zeugen lediglich die genannte Behauptung wiederholen könnten und eine Ergänzung des unvollständigen Sachverhalts im Sinne der Nennung der Gründe für die behauptete Annahme aufgrund der Zeugenaussagen nicht zulässig wäre (vgl. vorne E. 1.6).

f) Die Begleichung der Beratungshonorare der Beklagten 2 und 3 sowie von J.\_\_\_\_\_ stellt in erster Linie eine Frage der Verantwortlichkeit dar. Es stellt sich durchaus die Frage, ob der Beklagte 2 - als Verwaltungsrat der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG - in der damaligen Situation die namhaften Zahlungen an die ihm nahestehende Beklagte 3 (noch) hat vornehmen dürfen. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass von Anfang an geplant gewesen wäre, die ersten erhaltenen Gelder für Beratungshonorare in diesem Ausmass zu verwenden. Es ergibt sich nämlich aus dem zeitlichen Ablauf und insbesondere den Darstellungen der Beklagten 2 und 3, dass die Honorare teilweise erst ausbezahlt wurden, als klar

wurde, dass der Beklagte 1 den Beklagten 2 aus dem Verwaltungsrat abwählen würde. Letzterer macht auch geltend, dass die Honorare grundsätzlich weiter gestundet worden wären, wenn die Zusammenarbeit weitergeführt worden wäre (act. 28 Rz. 150; act. 52 Rz. 254 ff.; vgl. auch act. 3/88 S. 6), was von den Klägern nicht substantiiert bestritten wird (act. 42 Rz. 379 ff.). Dass die Beklagten die Investitionen vorab zur Befriedigung eigener Forderungen hätten verwenden wollen und damit von den Ausführungen in den Emissionsunterlagen abgewichen wären, können die Kläger somit nicht belegen.

Eine anderes Thema ist, ob die Beklagten den Klägern hätten offen legen müssen, dass aus ihrer Sicht die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG Schuldnerin der in Frage stehenden Beratungshonorare sein wird. Die Kläger bestreiten, von diesem Beratungsvertrag gewusst zu haben (act. 1 Rz. 206 ff. und Rz. 235). Wie ausgeführt kann es nicht entscheidend sein, dass neben den eigentlichen Investitionen auch die Gründungskosten der neuen Gesellschaft durch diese beglichen werden. Alle Kläger haben bereits Erfahrungen mit Firmengründungen und entsprechenden Investitionen gemacht. Es musste ihnen deshalb auch bekannt sein, dass eine Neugründung nicht kostenlos erfolgen kann. Ebenfalls offen gelegt wurde, dass für die Investorengespräche eine Beratungsgesellschaft beigezogen würde. Dies ergibt sich aus verschiedenen Teilen der Emissionsunterlagen, welche die Beklagte 3 als verantwortlich für die Platzierung nennen (etwa act. 3/12 S. 31; act. 3/13 S. 20; act. 3/14 S. 20). Auch musste den soweit erfahrenen Investoren bekannt sein, dass solche Dienstleistungen nicht kostenfrei angeboten werden. Ebenso kann daraus geschlossen werden, dass die Gründungskosten nicht nur aus den anfallenden Gebühren etc. bestehen würden. Es wäre aber trotzdem an den Beklagten gewesen, in den Emissionsunterlagen auf die nicht unwesentliche Höhe der offenen Beratungskosten, die Schuldnerin derselben und die beabsichtigte Tilgung (Konditionen, Zeitpunkt etc.) offen zu legen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Vertrag ursprünglich auf die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG ausgestellt oder erst im Dezember 2015 - immer noch vor den Investitionsentscheiden der Kläger 3-5 und den eigentlichen Investitionen der Kläger 1 und 2 - umgeschrieben und rückdatiert wurde. Entscheidend ist für die Prospekthaftung einzig - was die Kläger vermuten (act. 1 Rz. 206) und die Beklagten 2 und 3 bestätigen (act. 28

Rz. 75 und Rz. 271) - dass die Beratungsleistungen der neuen Gesellschaft verrechnet werden sollten. Es kann folglich offen gelassen werden, ob die Umschreibung und Rückdatierung des Vertrages und die Verrechnung der zuvor angefallenen Kosten an die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG zulässig gewesen ist. So oder anders haben die Beklagten keine Angabe zur Höhe der anfallenden und durch die Investitionen mindestens teilweise zu tilgenden Beratungskosten gemacht, was eine Fehlerhaftigkeit bzw. Unvollständigkeit der Emissionsunterlagen bedeutet.

g) Sodann verweisen die Kläger in ihrer Replik auf eine E-Mail des Beklagten 2 an den Beklagten 1, welche zeigen soll, dass die Beklagten mit den Investitionen die aufgelaufenen Schulden der K.\_\_\_\_\_ GmbH haben tilgen bzw. die Investitionen des Vaters des Beklagten 1 zurück erhalten wollen (act. 42 Rz. 18 ff. und Rz. 291). Die zitierte E-Mail zeigt aber gerade das Gegenteil. Es wird zwar angedeutet, dass der Beklagte 1 und vor allem dessen Vater erhofft haben, durch die Investoren ihre eigenen Investitionen zurück zu erhalten; ein durchaus verständliches Anliegen. Der Beklagte 2 hat entsprechende Anfragen jedoch abgeblockt. Er hat klargestellt, dass die neuen Gelder nicht dafür da sein sollen, um frühere Investitionen zu kompensieren, und hat dem Beklagten 1 Vorschläge gemacht, wie er sich allenfalls über den Wert seiner Beteiligung früher bezahlt machen könne bzw. ansonsten über Gewinnausschüttungen in späteren Jahren (act. 43/5). Gerade vor dem Hintergrund, dass der Beklagte 1 der technische Kopf hinter der Idee war und selbst die Kläger ihm wenig geschäftliches Gespür unterstellen, und der Beklagte 2 - der letztlich auch die prospektähnlichen Dokumente erstellt hat - für die wirtschaftlichen Aspekte zuständig war, kann dem Anliegen des Beklagten 1 nicht der Stellenwert eines "Plans" für die Mittelverwendung zugesprochen werden. Die Kläger können daraus folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten.

h) Schliesslich werfen die Kläger den Beklagten vor, sie zu einer Investition in eine nicht überlebensfähige, weil überschuldete Gesellschaft verleitet zu haben (act. 42 Rz. 407 f.). Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Beklagten bereits bei den Investitionsgesprächen in irgend einer Form beabsichtigt hätten, die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG gleich wieder zu Grunde gehen zu lassen und die Investitionen für sich zu beanspruchen. Auch wenn die Ziele hoch gesteckt waren und gewisse

Erwartungen etwas gar positiv dargestellt wurden (dazu sogleich), bedeutet das nicht, dass sie nicht der Meinung waren, diese Ziele erreichen zu können. Auch die Bemühungen der Beklagten bzw. deren Mitarbeiter und Auftragserteilungen nach Erhalt der Investitionen zielten auf das Erreichen der Ziele ab.

Entgegen der Kläger (act. 42 Rz. 6 und Rz. 946) ist die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG auch nicht in Konkurs gefallen - es kann also nicht ohne Weiteres davon die Rede sein, dass das Handeln der Beklagten nicht angemessen gewesen sein soll. Die Umstände der Auflösung und Liquidation der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG zeigen auf, worin die Hauptprobleme der neuen Gesellschaft gelegen haben. Die Auflösung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG erfolgte mit Urteil des Handelsgerichts vom 20. April 2017 (act. 43/2). Diesem Entscheid ging ein Verfahren betreffend Organisationsmangel voraus (vgl. auch vorne E. 2.4). Diese Versäumnisse können den Beklagten aber nicht im Rahmen der Prospekthaftung vorgeworfen werden. Insbesondere sagt dies nichts über die finanzielle Lage der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG aus. Die Liquidation einer wegen Organisationsmängeln aufgelösten Gesellschaft erfolgt zwar nach den Regeln des Konkurses, bedingt aber keine Überschuldung oder finanzielle Schieflage. Vielmehr kann es auch wirtschaftlich gesunde Gesellschaften treffen, die aufgrund fehlender Kenntnisse oder anderer Versäumnisse in diese Situation geraten sind. Zum Organisationsmangel ist es gekommen, nachdem der Beklagte 1 (als Hauptaktionär) den Beklagten 2 sowie J.\_\_\_\_\_ aus dem Verwaltungsrat abgewählt hat. Dies war - so die Parteien weitgehend übereinstimmend - der Höhepunkt der Erschwerung der Zusammenarbeit zwischen den Parteien. Das gegenseitige Misstrauen, die unterschiedlichen Vorstellungen zur Zielerreichung und die fehlende Zusammenarbeit führten damit letztlich auch zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Den Beklagten kann nicht vorgeworfen werden, dass sie dies von Anfang an so beabsichtigt hätten. Vielmehr haben sich diese Probleme erst im Laufe der Zusammenarbeit - wobei seitens der Kläger insbesondere N.\_\_\_\_\_ und RA Dr. X1.\_\_\_\_\_ verschiedentlich involviert waren - herauskristallisiert. Daraus kann aber kein Prospekthaftungstatbestand abgeleitet werden. Die Beklagten können nicht verpflichtet werden, Reibungspunkte bereits frühzeitig zu erkennen und entsprechende Warnungen abzugeben. Ob gegebenenfalls ein Verantwortlichkeitstatbestand nach Art. 754 OR vorliegt, ist

mangels entsprechender Vorbringen im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu prüfen.

i) Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Beklagten durchaus beabsichtigt haben, die akquirierten Gelder entsprechend den Informationen in den prospektähnlichen Mitteilungen zu verwenden. Auch wenn es letztlich aufgrund verschiedener Umstände zu einer anderen Verteilung gekommen ist, kann daraus keine Falschinformation abgeleitet werden. Den Klägern gelingt es nämlich nicht, zu beweisen, dass das letztlich gewählte Vorgehen von Anfang an geplant gewesen wäre. Einzig hinsichtlich der Beratungskosten sind die prospektähnlichen Unterlagen ungenau. Diesbezüglich wäre es an den Beklagten gelegen, einen Hinweis auf die Kostentragung durch die neu zu gründende Gesellschaft und die ungefähre Höhe der Kosten zu machen.

#### 3.3.2.3. Funktionsumfang des O.\_\_\_\_s

a) Die Kläger leiten aus den Angaben in den Emissionsunterlagen verschiedene Zusicherungen im Zusammenhang mit dem Funktionsumfang des O.\_\_\_\_s ab. So sei die Aussage gemacht worden, dass das O.\_\_\_\_ bereits erfolgreich in verschiedenen Spitälern und dort an über 6'000 Patienten eingesetzt worden sei, was durch das Dokument "*Proof of Concept*" bekräftigt worden sei. Dieselben Aussagen fänden sich auch im Dokument "Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_-Plattform". Darin sei auf Praxistests mit 5'000 Patienten verwiesen worden sowie darauf, dass die Universitätsklinik AL.\_\_\_\_ die höchste Genauigkeit des O.\_\_\_\_s bei TEWL-Messungen bestätige. Diese Aussagen seien auch anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 28. Februar 2016, dem Besuch von RA Dr. X1.\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_ bei der K.\_\_\_\_ GmbH im August 2016, und gegenüber von Dr. AH.\_\_\_\_ anlässlich der Medica Düsseldorf vom 14. bis 17. November 2016 bestätigt worden (act. 1 Rz. 240 ff.; act. 42 Rz. 410 ff. und 969 ff.). Sodann sei festgehalten worden, dass bereits damals mit dem O.\_\_\_\_ HIV-Infektionen gemessen werden könnten. Dies sei in einer E-Mail an N.\_\_\_\_ ebenfalls so erklärt worden. Damit sei suggeriert worden, dass die Funktionen bereits fertig entwickelt und an zahlreichen Patienten getestet worden seien. Dies habe sich später als unzutreffend herausgestellt, was auch das *Advisory Board*

anlässlich des Expertenmeetings vom 23. Februar 2016 festgehalten habe. Als er damit konfrontiert worden sei, habe der Beklagte 1 abgestritten, von der Bewerbung gewusst zu haben, was unglaublich sei (act. 1 Rz. 248 ff.; act. 42 Rz. 413 ff. und Rz. 974 ff.). Weiter sei im Dokument "Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_-Plattform" behauptet worden, dass bereits eine auf Glukose ausgerichtete Sensorik vorliege und die Technologie einen wesentlichen Beitrag bei der Früherkennung von Darmkrebs leisten könne. Auch damit sei der Eindruck eines weiteren Funktionsumfangs als tatsächlich vorhanden und marktreif erweckt worden (act. 1 Rz. 256 ff.; act. 42 Rz. 430 ff., 438 ff. und Rz. 981 ff.). Bis heute hätten die Beklagten die Aussagen zum Funktionsumfang nicht belegen können, und es existierten keine klinischen Studien. Das O.\_\_\_\_ sei einzig in der Lage, den TEWL-Wert rasch und zuverlässig zu messen. Es sei jedoch unbelegt und unklar, wie dieser Wert zu interpretieren sei. Es handle sich folglich um ein reines Mess- und Anzeigegerät und nicht um ein vollwertiges medizinisches Diagnosegerät, was den Aussagen der Beklagten in den Emissionsunterlagen widerspreche (act. 1 Rz. 263; act. 42 Rz. 987 ff.). Die Unterscheidung zwischen einem "Derma Case" und den weiteren Funktionen wird von den Klägern bestritten. Aus den Emissionsunterlagen ergebe sich, dass das O.\_\_\_\_ reif für den Einsatz im medizinischen Bereich sei, und es seien vielfältige bestehende Anwendungsmöglichkeiten angepriesen worden, was nicht zutreffe. Im Widerspruch dazu würden auch die diversen Distributionsverträge stehen, wonach ein Verkauf an Ärzte, Spitäler und Polikliniken geplant gewesen sei. Auch die Distributoren seien über die Funktionen getäuscht worden. Die Beklagten hätten aber auch nicht versucht, die Absatzverpflichtungen abzurufen oder die bereits produzierten Geräte zu verkaufen. Es werde bestritten, dass am Markt ein Interesse an einem reinen TEWL-Messgerät bestehe (act. 42 Rz. 73 ff.). Sodann würden sich die Beklagten 2 und 3 widersprechen, wenn sie gleichzeitig die Marktreife des TEWL-Messgeräts und die Erforderlichkeit klinischer Studien für einzelne Indikationen behaupteten. Die mittlerweile vorliegenden E-Mails und andere interne Dokumente würden zeigen, dass die Beklagten von den erforderlichen Weiterentwicklungen gewusst hätten. Eine Vermarktung mit den angestrebten Indikationen sei jedenfalls nicht möglich gewesen (act. 42 Rz. 79 ff.).



Der Beklagte 1 weist die Anschuldigungen zurück. Die Aufgabe von V. \_\_\_\_\_ sei das Einholen von Berichten von Ärzten, die das O. \_\_\_\_\_ im Einsatz hätten, gewesen. Dies habe er aber nicht durchgeführt. Dr. AH. \_\_\_\_\_ habe den Beklagten 1 auf der Messe angesprochen und sich als Vertreterin eines Scheichs in Qatar ausgegeben. Aufgrund ihrer Aussagen sei aber klar, dass sie von jemandem instruiert worden sei. Aus der Klage ergebe sich, dass Dr. AH. \_\_\_\_\_ im Auftrag der A. \_\_\_\_\_ N. \_\_\_\_\_s gehandelt habe (act. 26 S. 86 ff.). Das HIV-Risikomanagement sei vom TÜV Süd überprüft und zugelassen worden. Das Interesse seitens der K. \_\_\_\_\_-Händler in Saudi Arabien sei da gewesen; auf Drängen des Beklagten 2 seien diesbezüglich keine Investitionen getätigt worden (act. 26 S. 91 ff.). Eine klinische Studie mit dem O. \_\_\_\_\_ sei durch das M. \_\_\_\_\_ durchgeführt worden. Die Ergebnisse des Beklagten 1 seien von verschiedenen Stellen überprüft und bestätigt worden. Neben der Gebrauchsanweisung müsse gemäss Heilmittelgesetz bzw. Medizinproduktegesetz auch eine Beschreibung der Anwendung bei einer bestimmten Indikation mitgeliefert werden. Es würden über 2'500 Studien über den TEWL-Wert bzw. dessen Interpretation existieren. RA Dr. X1. \_\_\_\_\_ und V. \_\_\_\_\_ seien gar nicht berechtigt, medizinische Geräte und Systeme zu bewerten oder Studien zu interpretieren. Das *Advisory Board* habe in erster Linie dazu gedient, ein Marketingkonzept auszuarbeiten. Ausserdem sei das Potential der einzelnen Indikationen und die Erforderlichkeit von Studien Thema gewesen (act. 26 S. 94 ff.; act. 50 S. 51 ff.).

Die Beklagten 2 und 3 stellen sich auf den Standpunkt, das Investment habe sich auf den "*Derma-Case*" beschränkt. Gemeint sei damit die Grundtechnologie und die Messung des TEWL-Werts gewesen. Die CE-Zulassung habe vorgelegen und der Praxiseinsatz habe die Messzuverlässigkeit bestätigt. Im Dokument "Anwendungsbreite der K. \_\_\_\_\_-Plattform" sei das Potential des O. \_\_\_\_\_s aufgezeigt worden. Es sei aber klar gewesen, dass für den Einsatz als HIVMeter klinische Studien nötig seien. Eine Marktreife sei diesbezüglich nicht vorgespiegelt worden. Auch hinsichtlich der Glukosemessungen seien eine zusätzlich Kalibrierung und Studien erforderlich gewesen, was aber etwa im "*Proof of Concept*" aufgeführt gewesen sei. Die weiteren Anwendungen seien als mittelfristiges Potential bezeichnet worden, woraus sich das Entwicklungsstadium ebenfalls ergebe. Ge-

nau in dieses Potential sei investiert worden. Diese Aussagen seien korrekt, zumal der Multifunktionssensor entsprechend hätte adaptiert werden können (act. 28 Rz. 152 ff.; act. 52 Rz. 143 ff. und Rz. 165 ff.; act. 89 Rz 7 ff.). Selbst wenn aber die Angaben über mögliche Anwendungsbereiche missverständlich gewesen seien, habe dies nicht zu einem Schaden geführt, da in die Grundlage für die Preise der Aktien lediglich die prognostizierten Umsätze mit dem O.\_\_\_\_\_ eingeflossen seien. Die potentiellen weiteren Anwendungen seien unberücksichtigt geblieben. Die Kapitalgeber hätten entsprechend keine Erwartungen bezüglich der weiteren Anwendungen haben können. Es sei zudem zu beachten, dass in ein Startup investiert worden sei, womit naturgemäss das Risiko einhergehe, dass eine Entwicklung unerwünschte Wendungen nehme (act. 28 Rz. 167 ff.; act. 52 Rz. 160 f.). Der Vorwurf, die Erkenntnisse seien ungenügend berücksichtigt worden, gehe fehl. Dem *Advisory Board* hätten die Emissionsunterlagen nicht vorgelegen, es habe sie folglich nicht beurteilen können. Soweit die Resultate des *Advisory Boards* und des Indikationsworkshops überhaupt eine Anpassung nötig gemacht hätten, sei dies aber auch aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen, zumal die Unterlagen bereits übergeben worden seien und verschiedene Investoren ihren Entscheid bereits mitgeteilt hätten (act. 52 Rz. 197 ff.).

b) In den Präsentationen "*Investment Case*" ist der Funktionsumfang des O.\_\_\_\_\_s unterschiedlich beschrieben. So wird auf einer ersten relevanten Folie aufgeführt, dass einzigartige nanotechnologische Gassensoren spezifische Moleküle messen, die über die Hautoberfläche ausgeschieden werden. Welcher Wert damit gemessen wird, wird an dieser Stelle aber nicht genannt. Auf derselben Seite halten die Beklagten fest, dass dasselbe grundlegende Chip-Design modifiziert werden könne, um verschiedene Stoffe zu erkennen. Dabei werden unter anderem die von den Klägern genannten Anwendungen zur Messung von Glukose oder Cholesterin sowie zur Diagnose von Darmkrebs und HIV genannt (act. 3/11 S. 4; act. 3/12 S. 5; beschränkt auch act. 3/13 und act. 3/14 jeweils S. 3). Aus dieser Darstellung kann aber nicht abgeleitet werden, dass die entsprechenden Funktionen bereits verfügbar sein sollen. Es wird gar explizit auf die erforderliche Modifikation des Basischips hingewiesen. Wie daraus die Marktreife der entspre-

chenden Geräte (glucoMeter, cholestoMeter, colonMeter, HIVMeter) abgeleitet werden soll, ist nicht ersichtlich.

In derselben Präsentation wird auch auf den "*Base Case Derma*" hingewiesen, der für das "*Proof of Concept*" ausgewählt worden sei (act. 3/11 S. 9; act. 3/12 S. 12; act. 3/13 S. 7 und act. 3/14 S. 7). Aus diesen Ausführungen kann aber nicht abgeleitet werden, ob über die Basisfunktionen hinaus bereits Geräte entwickelt worden sind. Vielmehr grenzt in den späteren Präsentationen die Folgeseite das O.\_\_\_\_\_ von den weiteren Anwendungsmöglichkeiten ab (act. 3/12 S. 13; act. 3/13 S. 8 und act. 3/14 S. 8). Diese Terminologie, mit dem O.\_\_\_\_\_ als Grundlage und der Entwicklung weiterer Geräte, die auf der gleichen Technologie basieren, wird durchgehend beibehalten. Wie daraus abgeleitet werden soll, dass weitere auf der Plattform basierende Geräte bereits existieren sollen, ist nicht nachvollziehbar.

c) Dieselbe Terminologie wird auch in der K.\_\_\_\_\_ Bewertung Stand Oktober 2015 verwendet, welche N.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellt worden ist. Die darin enthaltene Aufstellung "*Derma Case in figures*" wurde sämtlichen Klägern als Anhang zu den Präsentationen "*Investment Case*" abgegeben (act. 3/30 S. 7; act. 3/12-14). Die Bewertung basiert ausdrücklich und klar ersichtlich auf dem "*Derma Case*" (act. 3/30). Insbesondere bezieht sich die Prognose der zu verkaufenden Einheiten ausschliesslich auf O.\_\_\_\_\_ Geräte (act. 3/30 S. 7). Es musste für die Kläger bzw. N.\_\_\_\_\_ unter diesen Umständen erkennbar sein, dass die von den Beklagten prognostizierten Zahlen sich auf das bereits entwickelte Messgerät zu Messung des TEWL beschränken. Die vollständige Bewertung nimmt sodann eine Berechnung für das Potential des glucoMeters vor (act. 3/30 S. 5). Damit wird die Unterscheidung zwischen dem O.\_\_\_\_\_ und den weiteren Funktionen verdeutlicht. Es wird also auch in diesem Dokument klar zwischen den gegenwärtigen und den zukünftigen Funktionen unterschieden.

d) Die erste an N.\_\_\_\_\_ abgegebene Präsentation gab ausserdem Aufschluss über die "Angriffspläne" der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG. Dabei wird klar zwischen den drei Bereichen "Derma", "Cholesterol" und "Glucose" unterschieden (act. 3/11 S. 14). Dem glucoMeter und dem cholestoMeter wird ein deutlich grösseres

Marktpotential zugeschrieben mit einer Marktgrösse von über USD 19 Mia. bzw. USD 29 Mia. pro Jahr. Wie die Kläger bei gleichzeitiger Ertragsprognose für die nächsten drei Jahren von rund EUR 8.5 Mio. (2016) bis EUR 75 Mio. (2018; vgl. act. 3/11 S. 9) und einem kumulierten Marktpotential von rund USD 50 Mia. jährlich darauf schliessen, dass bereits alle Funktionen fertig entwickelt worden sind und der Markteintritt bevorsteht, ist nicht ersichtlich.

In einem Widerspruch zum Gesagten steht in den Präsentationen zu Händen von N.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ einzig die Aussage zur Verwendung der Gelder. Dort führen die Beklagten aus, der Vertrieb von glucoMeter und cholestoMeter könne nach einem Jahr klinischer Tests umgehend beginnen (act. 3/11 S. 17; act. 3/12 S. 16). Diese Prognose war in den Präsentationen für die Kläger 3-5 nicht mehr enthalten (act. 3/13+14). Damit wird durchaus suggeriert, dass die Geräte bereits weitgehend fertig entwickelt worden sind und nur noch getestet werden müssen. Dies steht auch in einem klaren Missverhältnis zur Aussage des Beklagten 1, welcher für die Modifikation der Sensoren Entwicklungskosten von CHF 100 Mio. prognostiziert (act. 43/14 Frage 23). Eine eigentliche Zusicherung der fertigen Entwicklung kann darin aber - gerade auch vor dem Hintergrund, dass ansonsten klar zwischen O.\_\_\_\_\_ und weiteren Geräten unterschieden wird - nicht gesehen werden. Es liegt aber zumindest eine Unklarheit vor. Bei Unklarheiten gilt es, die Angaben der Beklagten gesamthaft zu interpretieren. Die Kläger können nicht eine spezifische heikle Aussage auswählen und ohne Rücksicht auf die weiteren Angaben alleine auf diese vertrauen. Die Unklarheit spricht folglich nur beschränkt für die Kläger 1 und 2. Die Kläger 3-5 haben die Präsentation mit den zusätzlichen Aussagen gar nicht erhalten.

Das colonMeter ist in der vorstehenden Kategorie aber nicht enthalten. Dieses wird unter dem Titel "weitere mögliche Durchbrüche" erneut genannt (act. 3/11. S. 18). Zum HIVMeter finden sich in den Präsentationen gar keine Prognosen zur Entwicklung und Marktreife. Diesbezüglich können aus der Präsentation Investment Case folglich keine irreführenden und übertriebenen Prognosen bzw. Versprechen abgeleitet werden.

e) Das Dokument zur Anwendungsbreite befasst sich nur am Rande mit dem verfügbaren Funktionsumfang des O.\_\_\_\_s. Es handelt sich um eine Zusammenstellung verschiedener Studien, die mit einem Kommentar bezogen auf die Messgeräte der K.\_\_\_\_ GmbH versehen sind. Konkret mit dem O.\_\_\_\_ der K.\_\_\_\_ GmbH befasst sich darunter einzig der Doppelblindversuch der Universitätsklinik AL.\_\_\_\_, welcher die Genauigkeit des O.\_\_\_\_s bei der Messung des TEWL-Werts bestätigt (act. 3/33 S. 45 ff.). Dass das O.\_\_\_\_ diesen Wert soweit zuverlässig messen kann, ist aber auch nicht umstritten (act. 1 Rz. 264; act. 42 Rz. 139 und Rz. 202). Aus den Kommentaren zu den weiteren Studien ergibt sich, dass keine der weiteren Studien mit dem O.\_\_\_\_ bzw. der Technologie der K.\_\_\_\_ GmbH begleitet worden ist. Es handelt sich vielmehr um Prognosen der Beklagten, welche Messwerte auch und allenfalls einfacher mit den K.\_\_\_\_ Geräten ermittelt werden könnten, woraus das Potential der Technologie abgeleitet wird. Soweit sich die Beklagten auf Studien beziehen, welche alleine eine Messung des TEWL beinhalten (act. 3/33 S. 4 ff.), ist dies nicht zu bemängeln. Dies zeigt lediglich die Einsatzmöglichkeiten auf. Allerdings wird auch auf weitere Anwendungsfelder verwiesen. Als Kommentar zu einer Studie, die sich mit dem Zusammenhang zwischen TEWL-Wert und HIV-Infektionen befasst, wird auf die Zulassung für die Inverkehrbringung eines HIVMeters hingewiesen (act. 3/33 S. 10 ff.). Dies, obwohl die Experten des *Advisory Boards* - nach der Erstellung des Dokuments zur Anwendungsbreite - von einer Bewerbung dieser Funktion eindringlich abgeraten haben (act. 29/53 S. 21 f.). Auch hinsichtlich der Glukosemessungen werden gewisse Fortschritte (Engineeringtests, act. 3/33 S. 22) suggeriert. Soweit ersichtlich haben auch entsprechende erste Tests stattgefunden. Dazu in einem gewissen Widerspruch steht die Aussage, die entsprechenden Sensoren würden vorliegen und eine Zulassung sei bereits erlangt worden, was aber wiederum durch den Titel des Abschnitts, welcher auf die Entwicklungsoptionen hinweist, relativiert wird (act. 3/33 S. 29). Eine letzte Studie befasst sich mit der Wechselwirkung zwischen Wasserstoffsulfid, einem spezifischen Enzym und der Tumorentwicklung im Enddarm. Dazu wird festgehalten, die K.\_\_\_\_-Technologieplattform - nicht etwa das O.\_\_\_\_ - sei in der Lage, Wasserstoffsulfid

im Enddarm zu messen, was einen Einsatz zur Früherkennung von Darmkrebs möglich mache (act. 3/33 S. 38).

Insgesamt hat das Dokument "Anwendungsbreite der K.\_\_\_\_-Plattform" irreführende Tendenzen. Im Fokus steht an sich das Potential des Produkts. Es wird klar ersichtlich, dass die Studien gerade nicht auf der K.\_\_\_\_-Plattform basieren, aber auch damit hätten ausgeführt werden können. Die Kommentare zu den verschiedenen Studien suggerieren tatsächlich die Einsatzbereitschaft der verschiedenen Zusatzgeräte für die Messung unterschiedlicher Stoffe. Gleichzeitig ist eine zentrale Wortwahl hervorzuheben: Das Dokument spricht fast ausschliesslich von der K.\_\_\_\_-Plattform und gerade nicht vom einzelnen Produkt. Dass die Plattform aber - nach Investitionen in die Forschung und Entwicklung - potentiell in der Lage ist, die entsprechenden Messungen vorzunehmen, wird nicht substantiiert bestritten. Dies steht aber auch im Widerspruch zu den Präsentationen "*Investment Case*", welche klar zwischen dem Grundgerät zur TEWL-Messungen und den möglichen Weiterentwicklungen unterscheidet. Will sich der Investor auf den Prospekt verlassen können, hat er nachzuweisen, auf welche Aussagen darin er sich beruft. Sind die vorhandenen Aussagen aber offensichtlich widersprüchlich, kann er sich auch nicht unbesehen darauf verlassen - er hätte den Widerspruch erkennen müssen. Vielmehr hätte er die Aussage im Lichte der gesamten zur Verfügung gestellten Unterlagen zu würdigen und bei offenen Punkten die Beklagten auf die Widersprüche ansprechen müssen, was die Kläger nicht konkret gemacht haben. Die Beklagten haben immer auf die Entwicklungsmöglichkeiten für zusätzliche Funktionen hingewiesen, also wiederum auf das Potential der Technologie. Bestehende Zusatzfunktionen können daraus aber nicht abgeleitet werden.

f) Die Kläger stellen sodann den Nutzen einer TEWL-Messung mit Verweis auf die Resultate des *Advisory Boards* grundsätzlich in Frage (act. 42 Rz. 52 ff.). Aus dem Transkript der Sitzung ergibt sich aber auch, dass bis zu jenem Zeitpunkt mehr als 2'500 Studien zum Thema TEWL-Wert publiziert worden sind (act. 29/53 S. 3). Die von den Klägern genannten kritischen Aussagen im Rahmen einer längeren Diskussion sind im Gesamtzusammenhang zu sehen. Die Experten haben

die Bewerbung einzelner Funktionen, insbesondere der HIV-Diagnose, kritisiert. Selbst in diesem Bereich wurde allerdings die Aussage gemacht, dass eine Studie einen Zusammenhang zwischen TEWL und HIV-Infektion nachgewiesen habe (act. 29/53 S. 22). Die Experten sind aber nicht zum Resultat gekommen, dass TEWL-Messungen allgemein nicht weiter zu verfolgen wären. Sie haben lediglich die Erforderlichkeit klinischer Studien für konkrete Anwendungen ins Zentrum gestellt. Dies kann aber nichts daran ändern, dass das O.\_\_\_\_\_ grundsätzlich geeignet gewesen wäre, den TEWL-Wert zu messen.

Dasselbe gilt für die Ergebnisse des Indikationsworkshops mit Vertretern der Derma Case-Group (act. 42 Rz. 64 ff.; act. 29/55). Es ist nicht zu bemängeln, wenn die Beklagten den aktuellen Stand der Forschung und der Möglichkeiten des O.\_\_\_\_\_s regelmässig eruieren. Alleine weil danach einzelne Funktionen nicht oder nicht prioritär weiterverfolgt werden sollten, kann daraus nicht ein erforderlicher Entwicklungsstopp für das Produkt an sich abgeleitet werden. Es ergibt sich auch daraus nicht, dass das O.\_\_\_\_\_ in seiner Grundfunktion völlig unbrauchbar wäre. Vielmehr sollten nach den Resultaten weitere Tests forciert werden (act. 29/55 S. 3), was wiederum die anderweitige Mittelverwendung relativiert.

g) Zusammengefasst bestehen aufgrund der prospektähnlichen Mitteilungen verschiedene Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Funktionsumfang des O.\_\_\_\_\_s. Die als prospektähnlich einzustufenden Unterlagen sind widersprüchlich, indem sie teilweise die Zusatzfunktionen in Bezug auf weitere Messwerte (Glukose, Cholesterin etc.) als neu zu entwickelnde Sensoren und Funktionsweisen anpreisen und andererseits suggerieren, dass diese Funktionen praktisch schon existieren und lediglich noch getestet werden müssen. Selbst nach der Darstellung der Beklagten war aber im Zeitpunkt der Investorensuche lediglich die TEWL-Messung zuverlässig möglich. Die weiteren Funktionen sollten erst zu einem späteren Zeitpunkt entwickelt werden. Unklarheiten und Widersprüche können aber nicht mit irreführenden Informationen gleichgestellt werden. Ein Investor kann bei widersprüchlichen Aussagen nicht auswählen, welche er nun als massgebend erachtet. Vielmehr hätte er auch die weiteren ihm zur Verfügung stehenden Informationen zu analysieren und gegebenenfalls bei den Herausgebern des

Prospekts nachzufragen und den Widerspruch klarstellen zu lassen. Hinweise, dass die Kläger dies gemacht hätten, bestehen keine. Sie legen auch keine klaren Aussagen der Beklagten dar, welche das klägerische Verständnis der Emissionsunterlagen stützen würden. Es bleibt damit zu prüfen, ob die Kläger aufgrund der weiteren abgegebenen Unterlagen darauf schliessen durften, dass die weiteren Funktionen des O.\_\_\_\_s bereits entwickelt sind und nur noch einzelne Tests erforderlich sind, bevor der Markteintritt gewagt werden kann.

h) Das an N.\_\_\_\_ abgegebene Dokument "*Proof of Concept*" (act. 1 Rz. 57; act. 3/23) beschreibt die entwickelte Technologie. Als Grundlage für die Technologie dient der TEWL-Wert, der einerseits als solcher gemessen werden könne ("*Derma Case*") und andererseits für die Kalibrierung des Gehalts des Zielmoleküls erforderlich sei. Die Produktionsausrüstung im Reinraum ermögliche es der "K.\_\_\_\_", Nano-Beschichtungen der Sensoren zur Messung bestimmter Moleküle anzubringen (act. 3/23 S. 3 ff.). Diese Passage deutet an, dass die K.\_\_\_\_ GmbH bereits in jenem Zeitpunkt in der Lage war, die entsprechenden Beschichtungen anzubringen. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf die technische Machbarkeit. Hinsichtlich der Entwicklung der fraglichen Beschichtungen wird einzig die Glukose als Beispiel genannt. Alleine aus den Angaben zur Technologie kann entsprechend keine vollständige Entwicklung abgeleitet werden. Der beschriebene Einsatz der Technologie beschränkt sich auf den "*Derma Case*" also den Einsatz des O.\_\_\_\_s zur Messung des TEWL-Werts (act. 3/23 S. 11). Auch im "*Proof of Concept*" wird die vorgenannte Ausführung zur Glukosemessung relativiert. Es wird die Vorgehensweise der "K.\_\_\_\_" mit weiteren im Markt verfügbaren Methoden verglichen. Über die theoretischen Grundlagen der Funktionen hinaus werden aber keine Versprechen gemacht. Vielmehr wird den Interessenten vorgeschlagen, aufgrund der Vertraulichkeit des Ansatzes für weitere Informationen mit dem Beklagten 1 zu sprechen (act. 3/23 S. 12 f.). Auch diese Wendung deutet eher darauf hin, dass die Technologie noch nicht fertig entwickelt war und entsprechend vertraulich behandelt werden musste. Gerade auch im Zusammenhang mit dem Titel des Dokuments an sich, "*Proof of Concept*", kann daraus keine fertige Entwicklung der notwendigen Sensoren abgeleitet werden.



Aufschlussreicher ist der "*Business Plan*", der ebenfalls nur N.\_\_\_\_\_ vollständig zur Verfügung gestellt worden ist. Im Zusammenhang mit der Vorstellung der Gesellschaft wird etwa festgehalten dass das Basisprodukt (O.\_\_\_\_\_) aufgrund der nutzbaren Synergien kosteneffizient in Folgeprodukte weiterentwickelt werden könne. Zudem soll der Markteintritt im "*Stealth Mode*" erfolgen, indem das existierende O.\_\_\_\_\_ im unauffälligeren Markt für dermatologische Anwendungen für den konkurrenzlosen Aufbau eingeführt werde. Erst später sollen weitere Anwendungen dazu kommen. Bei beiden Punkten werden die Zusatzfunktionen lediglich beispielhaft genannt (act. 3/24 S. 5), was nicht auf eine fertige Entwicklung hinweist. Im Übrigen befasst sich der Business Plan einzig mit dem "*Derma Case*" bzw. dem bereits entwickelten O.\_\_\_\_\_. Sowohl bei der Anwendungsbreite als auch beim Marktpotential wird einzig das O.\_\_\_\_\_ analysiert (act. 3/24 S. 6 ff.). Eine eindeutige Aussage wird aber auch im Rahmen der Finanzplanung gemacht. Diese beachtet ausdrücklich nur den "*Derma Case*", was an mehreren Stellen betont wird. Insbesondere wird bei der Prognose der verkauften Einheiten lediglich das O.\_\_\_\_\_ aufgeführt (act. 3/24 S. 22 f.).

Hinsichtlich des Funktionsumfangs machen die Kläger weitere Aussagen in diversen Dokumenten und Zusammenhängen geltend. So stützen sie sich etwa auf ein Protokoll einer Verwaltungsratssitzung vom 28. Februar 2016 (act. 1 Rz. 244), wobei sie nicht einmal geltend machen, dass ihnen dieses Protokoll im Investitionszeitpunkt vorgelegen haben soll. Es ist daher nicht ersichtlich, was sie aus einer ähnlichen Aussage darin ableiten wollen. Das Protokoll zeigt einzig, dass die Beklagten nicht nur nach aussen entsprechend kommuniziert haben, sondern dass dies auch die interne Meinung der Beteiligten war.

Auch aus den weiteren abgegebenen Unterlagen lässt sich folglich nichts zu Gunsten der Kläger ableiten.

i) Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Angaben in den prospektähnlichen Mitteilungen teilweise ungenau und sich widersprechend sind. Unter diesen Umständen können die Kläger nicht nach eigenem Ermessen auf einzelne Aussagen abstellen. Vielmehr hätten sie die gesamten ihnen zur Verfügung stehenden Informationen zu konsultieren und gegebenenfalls bei offen blei-

benden Punkten bei den Beklagten nachzufragen gehabt. Aus den weiteren Unterlagen, insbesondere dem "*Business Plan*", ergibt sich aber klar, dass im Zeitpunkt der Investitionen lediglich das O.\_\_\_\_\_ fertiggestellt war und die weiteren Funktionen noch nicht fertig entwickelt waren, für einen Markteintritt also weitere Investitionen nötig wären. Gerade für die durch N.\_\_\_\_\_ beratenen Kläger (Kläger 1 und 2) war dies ohne Weiteres erkennbar, zumal ihnen die K.\_\_\_\_\_ Bewertung vorlag, die diese Unterscheidung klar vornimmt und keine Zweifel offen lässt, dass die Prognosen nur das O.\_\_\_\_\_ betreffen. Diese Funktionalität wird aber durch die Untersuchung der Universitätsklinik AL.\_\_\_\_\_ bestätigt (act. 3/33 S. 46 ff.). Dass die Beklagten keine weiteren Messberichte oder Praxisberichte vorlegen konnten, ist damit nicht relevant. Die diesbezüglich offerierten Zeugenbefragungen (act. 1 Rz. 245 und Rz. 251 ff.) können entsprechend unterbleiben.

#### 3.3.2.4. Bisheriger Einsatz des O.\_\_\_\_\_s

a) Auch der wissenschaftliche Einsatz des O.\_\_\_\_\_s könne gemäss den Klägern nicht wie beworben belegt werden. Zwar sei in zwei Studien der TEWL-Wert mit dem O.\_\_\_\_\_ gemessen worden. Diese hätten sich aber nicht mit dem Einsatz des Geräts auseinandergesetzt und weit weniger Patienten vermessen als angepriesen. Eine Studie des M.\_\_\_\_\_ sei keine vorhanden, auch Praxistests seien nicht möglich gewesen, zumal das Gerät im April 2016 defekt gewesen sei. Die Durchführung einer klinischen Studie sei bestenfalls diskutiert worden. Der Beklagte 1 habe sich auch stets geweigert, angeblich vorhandene Studien herauszugeben, woraus ebenfalls geschlossen werde, dass solche nicht existieren würden. Es werde nicht bestritten, dass der O.\_\_\_\_\_ den TEWL-Wert für wissenschaftliche Zwecke genügend zuverlässig messen könne. Für den wissenschaftlichen Einsatz sei aber keine Ausweitung der Produktion nötig gewesen, die bereits vorhandenen Geräte hätten ausgereicht. Erst nach durchgeführten Studien hätte der Markt für die konkreten Anwendungen bearbeitet werden können. Erst dann wären zuverlässige Prognosen möglich gewesen (act. 42 Rz. 112 ff.; act. 73 Rz. 10 ff.).

Dem widerspricht der Beklagte 1. Entgegen der Aussage der Kläger sei das O.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten 1 an verschiedenen Spitälern vorgestellt worden

und es hätten auch verschiedene Mediziner bereits damit gearbeitet. Dr. AD.\_\_\_\_\_ hätte das O.\_\_\_\_\_ gar für das beste TEWL-Messgerät gehalten. Den Einsatz bei der AUVA hätten die Rechtsvertreter der Kläger verhindert (act. 50 S. 90 ff.).

Auch die Beklagten 2 und 3 sind der Meinung, der Einsatz am M.\_\_\_\_\_, der AJ.\_\_\_\_\_ [Universitätsklinik] (fortan AJ.\_\_\_\_\_ University) und am Landesklinikum AK.\_\_\_\_\_ sei belegt und würde durch die Aussagen von Experten und in Studien belegt (act. 52 Rz. 143 ff.).

b) Zum Praxiseinsatz findet sich einzig im Anhang II zu den Präsentationen "*Investment Case*" die Aussage, dass das O.\_\_\_\_\_ an der Universitätsklinik AL.\_\_\_\_\_, dem Landesklinikum AK.\_\_\_\_\_, der AJ.\_\_\_\_\_ University und dem M.\_\_\_\_\_ an jeweils mindestens 6'000 Patienten eingesetzt worden sei (act. 3/11-13). Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Einsatz an sich und dem Umfang des Einsatzes. Der Einsatz des Geräts an sich kann ohne Weiteres nachgewiesen werden. Anlässlich des *Advisory Board Workshops* hielt AM.\_\_\_\_\_ von der *Derma Case-Group* fest, dass er Dr. AN.\_\_\_\_\_ am Landesklinikum AK.\_\_\_\_\_ besucht habe und dieser das Gerät für die Therapiebegleitung einsetze (act. 3/53 S. 19). Der Gebrauch am M.\_\_\_\_\_ wird durch Dr. W.\_\_\_\_\_ (act. 27/20) bzw. V.\_\_\_\_\_ (act. 43/36) bestätigt. Dass das Gerät im Zeitpunkt der Bestätigung defekt war (act. 43/36), kann daran nichts ändern. V.\_\_\_\_\_ führte aus, bei einer bestimmten Studie sei aufgrund des Defekts das Konkurrenzprodukt eingesetzt worden. Er hält aber auch fest, der TEWL-Wert würde entweder mit dem K.\_\_\_\_\_ -Gerät oder dem ...[Messgerät] gemessen, was klar auf einen Einsatz hindeutet. Insbesondere gibt es keine Anzeichen dafür, dass es nicht funktionsfähig ausgeliefert worden wäre. Sodann haben die Universitätsklinik AL.\_\_\_\_\_ (act. 3/33 S. 46 ff.) und die AJ.\_\_\_\_\_ University (in Zusammenarbeit mit dem M.\_\_\_\_\_; act. 29/91) mit dem O.\_\_\_\_\_ Studien durchgeführt. Zu welchem Zweck die Geräte im Einsatz sein sollen, wird in den prospektähnlichen Unterlagen nicht näher definiert. Die Unterschiede zwischen einem wissenschaftlichen und einem alltäglichen Einsatz brauchen entsprechend nicht eruiert zu werden. Was sich aufgrund der Angaben nicht belegen lässt, ist der Umfang des Einsatzes. Wäh-

rend die Studie der AJ.\_\_\_\_\_ University eine weit geringere Zahl an Messungen nennt (act. 29/91 S. 1) wird aus den übrigen Belegen für einen Einsatz nicht klar, welche Anzahl Messungen erreicht worden ist. Dass das O.\_\_\_\_\_ an den vier Kliniken mindestens an jeweils 6'000 Patienten eingesetzt worden wäre, ist entsprechend als falsche bzw. übertriebene Aussage zu werten.

c) In Bezug auf den Praxiseinsatz des O.\_\_\_\_\_s kann den Beklagten in geringem Umfang eine Falschaussage vorgeworfen werden. Zwar war das Gerät an sämtlichen genannten Kliniken und Instituten in Verwendung, dass dort jedoch jeweils mehr als 6'000 Patienten vermessen worden wären, ist eine reine Schätzung und lässt sich durch die vorgelegten Urkunden nicht beweisen.

#### 3.3.2.5. Gesichertes Vertragsvolumen

a) Zu den Ertragsprognosen führen die Kläger aus, in den Emissionsunterlagen sei mehrfach die Aussage gemacht worden, in den nächsten drei Jahren sei aufgrund der bestehenden Vertriebsverträge ein Vertragsvolumen von mehr als EUR 100 Mio. gesichert. N.\_\_\_\_\_ habe AO.\_\_\_\_\_ (Leiter Finanzen A.\_\_\_\_\_N.\_\_\_\_\_ AG) angewiesen, sich über den Bestand und Inhalt der Verträge zu vergewissern. Dieser habe kurz Einsicht in die Verträge nehmen können, ohne die Möglichkeit zu erhalten, die Absatzmengen fundiert zu prüfen. Die Aussagen in den Emissionsunterlagen hätten sich als falsch herausgestellt. Anlässlich des Besuchs in L.\_\_\_\_\_ Ende August 2016 habe RA Dr. X1.\_\_\_\_\_ Einblick in die Verträge erhalten, aus welchen sich ein theoretisches Vertragsvolumen von EUR 56.7 Mio. bis zum Jahr 2022 ergebe. Der Beklagte 1 habe RA Dr. X1.\_\_\_\_\_ schliesslich die Verträge zugestellt. Auf Nachfrage habe der Beklagte 1 festgehalten, es seien überhaupt erst vier O.\_\_\_\_\_ verkauft worden, was jedoch auch nicht den Tatsachen entspreche. Dass die Distributionspartner noch keine Geräte abgenommen hätten, belege, dass das O.\_\_\_\_\_ für den vorgesehenen Zweck noch nicht einsatzfähig sei. Die Kläger behaupten nicht, die Vertriebsverträge seien fiktiv. Vielmehr liege die Irreführung darin, dass aufgrund des Entwicklungsstands des O.\_\_\_\_\_s ein Absatz in den vereinbarten Mengen bzw. eine entsprechende Endnachfrage durch die Anwendung nicht realistisch erscheine. So sei suggeriert worden, anhand Messungen an verschiedenen Körperstellen seien Diagnosen

möglich, was ohne klinische Studien nicht der Fall sei. Laut dem Beklagten 1 hätten sodann die Anwender ihre eigene Auswertungssoftware zu schreiben, was ebenfalls hätte offengelegt werden müssen. Der Vertrieb der vorhandenen Geräte sei durch den Beklagten 1 und seinen Vater AP.\_\_\_\_\_ mit verschiedenen Ausflüchten verhindert worden (act. 1 Rz. 268 ff.; act. 42 Rz. 993 ff.). Bereits ab März 2016 habe aufgrund der Produktionsverzögerungen sodann festgestanden, dass die Umsatzzahlen für das Jahr 2016 nicht mehr erreicht werden könnten (act. 42 Rz. 450). In ihrer Replik ergänzen sie, dass der Beklagte 2 den industriellen Hintergrund der Familie A.\_\_\_\_\_ N.\_\_\_\_\_ gekannt und gewusst habe, wie er deren Interessen wecken könnte. Die Aussagen zu den Umsatzerwartungen, welche die Produktionserweiterung erforderlich gemacht hätten, seien fiktiv gewesen. Es könne belegt werden, dass die Nachfrage nie existiert habe und die Beklagten dies wussten. Die K.\_\_\_\_\_ GmbH habe sich in einer schlechten finanziellen Lage befunden. Aus den Aufstellungen des Beklagten 1 ergebe sich, dass keine Geräte bereits bestellt gewesen seien, die Prognosen hätten sich einzig auf potentielle Absätze über die AQ.\_\_\_\_\_ GmbH (fortan AQ.\_\_\_\_\_) und einige Geräte für Saudi Arabien abgestützt. Mit der AQ.\_\_\_\_\_ habe aber kein Vertrag bestanden. Für die später gemeldeten Absatzzahlen habe es teilweise ebenfalls keine Verträge gegeben. Ohnehin seien die Distributorenverträge irrelevant, zumal die Geräte nur in der klinischen Forschung einsetzbar gewesen seien. Trotzdem habe der Beklagte 2 die Angaben des Beklagten 1 unkritisch übernommen. Die erwarteten Umsätze seien kühne Erwartungen und Hoffnungen gewesen, aber keine gesicherten Tatsachen (act. 42 Rz. 171 ff. und Rz. 446 ff.). Insbesondere handle es sich beim Vertrag mit der AQ.\_\_\_\_\_ lediglich um eine Nutzungsvereinbarung, nicht aber um eine Abnahmeverpflichtung (act. 73 Rz. 26 ff.).

Der Beklagte 1 stellt sich auf den Standpunkt, die Umsatzplanung sei aufgrund der abgeschlossenen Verträge gerechtfertigt gewesen. Den Klägern hätten die Dokumente für eine Due Diligence zur Verfügung gestanden. Die Marketingaufgaben hätten der Beklagte 2, J.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ wahrgenommen. Dass bisher keine Geräte verkauft worden seien, sei falsch. Die Aussage habe alleine die bestellten 30 Stück betroffen, welche nicht hätten ausgeliefert werden können, weil die Kunden nicht bekannt gegeben worden seien. Dass er die Verkäufe ver-

hindert hätte bestreitet er. Es sei aber den Klägern mehrfach mitgeteilt worden, dass für die Auslieferung der Geräte die Lieferadresse und der Einsatzfall bekannt sein müsse. Dies für die Beilegung des Stromsteckers, für die STK Prüfung, das Booklet und die Sprache (act. 26 S. 100; act. 50 S. 98 ff. und S. 166 f.).

Die Beklagten 2 und 3 bestreiten eine irreführende Angabe zum Umsatzvolumen. Diese seien für die verschiedenen Investoren nicht dieselben gewesen. Der prognostizierte Umsatz sei aus einer Multiplikation der voraussichtlichen Absatzzahlen mit dem erwarteten Umsatz aus dem Verkauf eines einzelnen O.\_\_\_\_s berechnet worden. Zentral bei der Prognose sei der Umstand, dass sich der erzielte Umsatz nicht im Verkaufspreis erschöpfe, sondern Zusatzeinnahmen generiert würden. Auf dieser Grundlage habe die Beklagte 3 ein *Revenue Model* erstellt. Die Zusatzeinnahmen während der Periode 2016-2018 seien rechnerisch dem Verkaufspreis zugeschlagen worden. Die Absatzzahlen hätten sich aus den Distributionsverträgen sowie der Direktnachfrage von verschiedenen Spitälern ergeben. Im Sommer 2015 hätten sieben unterzeichnete Verträge vorgelegen und im Dezember 2015 ein weiterer. Daneben seien zwei weitere Verträge für verschiedene Absatzmärkte unterschriftsreif gewesen. Im Datenraum hätten die Kläger Einsicht in die Verträge nehmen können. Die Nachfrage der Spitäler basiere auf den Angaben des Beklagten 1. Diesbezüglich habe sie insofern verifizieren können, dass zu allen genannten Spitälern ein Kontakt bestanden habe. Ein weiterer Vertrag sei mit der österreichischen AQ.\_\_\_\_ abgeschlossen worden. Dieser habe laut Beklagtem 1 aufgrund von Geheimhaltungspflichten nicht offen gelegt werden können, das O.\_\_\_\_ sei aber auf der Direktvergabeplattform der AQ.\_\_\_\_ aufgeschaltet. Die prognostizierten Umsatzzahlen von EUR 100 Mio. seien realistisch, umso mehr als diese gar mit der Kleinserienproduktion hätten erreicht werden können. Dass es sich lediglich um eine Prognose gehandelt habe, liege in der Natur der Sache und sei auch transparent kommuniziert worden. Gegenüber der Kläger 3-5 sei dies auch mit dem Zusatz "*approx.*" zum Ausdruck gebracht worden. Dass keine Verkäufe erfolgt seien, sei einzig am Verhalten des Beklagten 1 und der Abwahl des Beklagten 2 aus dem Verwaltungsrat gelegen (act. 28 Rz. 172 ff.; act. 52 Rz. 117 ff.). Umsätze seien vorerst nur aus dem "*Derma Case*" zu erwarten gewesen. Dies ergebe sich auch aus einem den Prä-

sentationen beigefügten Dokument. Dieselben Umsatzprognosen seien auch die Grundlage für die Unternehmensbewertung gewesen. Dass auf der Umsatzseite einzig der "*Derma Case*" relevant sei, sei darin aufgeführt. Der "*Gluko Case*" hätte in der Folge darauf aufgebaut (act. 52 Rz. 107 ff.).

b) Umsatzprognosen machten die Beklagten an verschiedenen Stellen in den Emissionsunterlagen. Im Zentrum steht auch diesbezüglich die Präsentation "*Investment Case*". In den N.\_\_\_\_ und dem Kläger 1 ausgehändigten Präsentationen ist von "*Contract volumes (including consumables, accessories and services) of more than € 100 mn for next 3 years secured*" die Rede (act. 3/11 S. 3; act. 3/12 S. 3). Gegenüber dem Kläger 5 und Q.\_\_\_\_ wurde von "*Contract volumes (including consumables, accessories and services) of approx. € 100 mn over several years committed by distributors in various markets*" gesprochen (act. 3/13 S. 2; act. 3/14 S. 2). In sämtlichen Präsentationen wird zudem auf die "*Amazing order pipeline*", einen Umsatz von € 75 Mio. im Jahr 2018 und die erwarteten Verkäufe und Umsätze in den Jahren 2016-2018 hingewiesen (act. 3/11 S. 9; act. 3/12 S. 12; act. 3/13 S. 7 und act. 3/14 S. 7). Letztere Zahlen basieren auf der den Präsentationen beigefügten Aufstellung "*Derma Case in Figures*" aus der K.\_\_\_\_-Bewertung (act. 3/12-14; act. 3/30 S. 7). Diese Aufstellungen bezeichnen die verkauften Geräte mit "*Unit Forecast*", woraus klar wird, dass es sich um eine Prognose handeln muss, auch wenn zuvor teilweise missverständlich von Vertragsvolumen gesprochen wird.

Die Beklagten bringen zu Recht vor, dass es sich bei den angegebenen Umsatzzahlen um Prognosen für die Zukunft handelt. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass solche Aussagen keine Garantie darstellen können. Entsprechend liegt auch nicht bereits dann ein Fall einer Prospekthaftung vor, wenn sich die gemachten Prognosen nicht in dieser Form verwirklicht haben. Die Pflichten der Ersteller beschränken sich darauf, dass die Prognosen sich auf konkrete Tatsachen und Wahrscheinlichkeiten abstützen, dass sie kaufmännisch bzw. ökonomisch gerechtfertigt sind und dass genügend zwischen Tatsachen und Annahmen unterschieden wird. Es dürften nicht leichtfertig übertriebene Erwartungen ge-

weckt werden, optimistische Prognosen sind aber zulässig (WATTER, a.a.O., N 19 zu Art. 752 OR).

c) Unbestritten ist, dass die von den Beklagten vorgelegten bzw. angepriesenen Vertriebsverträge für diverse Länder in Europa und im arabischen Raum abgeschlossen worden sind. Vertragspartner der K.\_\_\_\_\_ GmbH war für Grossbritannien und Irland die ... LTD (act. 3/102), sowie für Kuwait, Algerien, Bahrain, Katar, Saudiarabien, Sudan und Jemen die ... Company Limited (act. 3/101; act. 29-47-52). Zudem machen die Beklagten 2 und 3 geltend, dass für Frankreich, Spanien, Portugal, Angola und Mozambique ein unterschriftsreifer Vertrag mit der ... Lda vorgelegen habe (act. 43/79). Schliesslich konnte die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG - im Juni 2016, also nach den Investitionen der Kläger - eine Nutzungsvereinbarung bezüglich der Direktvergabeplattform für innovative Gesundheitsprodukte mit der AQ.\_\_\_\_\_ in Österreich abschliessen (act. 51/137).

In den vorgelegten Vertriebsverträgen ist jeweils eine Abnahmeverpflichtung enthalten. Diese diene als Grundlage für die von den Beklagten angenommene Umsatzprognose. Hinzu rechneten sie weitere Geräte, welche im Direktvertrieb in Österreich, Deutschland und der Schweiz abgesetzt werden sollten (act. 29/78). Dies belegt, dass die beklagtischen Angaben auf einer konkreten Grundlage beruhten. Dass die Beklagten optimistisch gerechnet haben, kann ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden. Gerade weil es sich bei den Vertriebsverträgen um zweiseitige Vereinbarungen handelt, durften sie davon ausgehen, dass es sich nicht um reine Fantazahlen handelt. Bei den doch beträchtlichen Preisen der einzelnen Geräte und den entsprechenden Verpflichtungen, die die Vertriebspartner eingegangen sind, mussten auch die Vertragspartner ein gewisses Risiko eingehen. Daraus lässt sich schliessen, dass auch sie vom Erfolg des Produkts überzeugt waren und mit den entsprechenden Absatzzahlen gerechnet haben. Gerade eine Gesellschaft, die neu in einen Markt eintritt, kann ihre Bedingungen nicht diktieren. Dies gilt unabhängig davon, ob den Klägern die Distributionsverträge vorgelegt worden sind oder nicht. Eine Pflicht, diese in die Emissionsunterlagen zu integrieren ist jedenfalls nicht ersichtlich, zumal es sich potentiell um Geschäftsgeheimnisse handelt, die der Öffentlichkeit nicht ohne Weiteres zugänglich



gemacht werden müssen. Ebenfalls nicht unzulässig ist es, neben den vertraglichen Abnahmeverpflichtungen weitere Geräte in die Umsatzprognose einzurechnen. Diese betrafen mit Österreich, Deutschland und der Schweiz den Heimmarkt der K.\_\_\_\_\_ GmbH, welchen diese selbst bearbeitete. Auch wenn kein Distributionsvertrag bestanden, durften die Beklagten davon ausgehen, dass sie hier weitere Geräte verkaufen können. Insbesondere waren einzelne Geräte bereits in Deutschland und Österreich im Einsatz, so dass von einer höheren Grundbekanntheit ausgegangen werden kann.

d) Aus den Emissionsunterlagen ergibt sich, worauf sich die Prognosen der Beklagten stützen. Zwar wird vorab pauschal auf das Vertragsvolumen verwiesen (act. 3/11 S. 3), doch findet sich auch eine Berechnung, woraus sich diese Angabe ergeben (act. 3/11 S. 9 f.). Dieselben Angaben finden sich im "*Business Plan*" (act. 3/24 S. 3 und S. 22 f.). N.\_\_\_\_\_ sind gar weitere Unterlagen zur Verfügung gestanden: Auch die K.\_\_\_\_\_ Bewertung führt im Einzelnen auf, gestützt auf welche konkreten Verkäufe diese vorgenommen wird (act. 3/30). In diesem Zusammenhang haben die Kläger ausgeführt, dass N.\_\_\_\_\_ gegenüber von 991 sicher verkauften Geräten für das Jahr 2017 gesprochen worden sei (act. 1 Rz. 154). Dies entspricht denjenigen Geräten, für die gemäss den abgeschlossenen und abschlussreifen Distributionsverträgen eine Abnahmeverpflichtung bestand (act. 29/78). Auch dies kann folglich nicht bemängelt werden. Vielmehr hätte die Aussage zumindest die Kläger 1 und 2 auch veranlassen sollen, die Absätze im Jahr 2016 zu hinterfragen, zumal die Prognose auf mehr als das doppelte Volumen kommt (act. 3/30 S.7).

Die knappen Angaben der Beklagten in der Präsentation "*Investment Case*" genügen auch bezüglich der Unterscheidung zwischen Tatsachen und Annahmen. Die pauschale Prognose (act. 3/11 S. 3; act. 3/12 S. 3; act. 3/13 S. 2; act. 3/14 S. 2) deutet eher auf feststehende Absätze hin. Immerhin wird dort ausgeführt, das Vertragsvolumen sei "gesichert". Zwar handelt es sich um eine mehr oder weniger absolute Aussage, doch durften sich die Kläger dennoch nicht unbesehen darauf verlassen. Allein der Begriff ist für sich schon auslegungsbedürftig und kann sowohl im Sinne bereits verkaufter Geräte als auch im Sinne einer

Prognose, welche Umsätze gestützt auf die abgeschlossenen Verträge möglich sind, verstanden werden. Hinzu kommt, dass die Präsentation an anderer Stelle weiter präzisiert, woraus der Umsatz abgeleitet wird. Dabei wird auch der "gesicherte" Umsatz gewissermassen relativiert. Anstelle eines sicheren Umsatzes wird von einer "*order pipeline*" und erreichbaren Einnahmen von EUR 75 Mio. im Jahr 2018 gesprochen (act. 3/11 S. 9; act. 3/12 S. 12; act. 3/13 S. 7 und act. 3/14 S. 7). Sodann liessen sich die Kläger bzw. zumindest einzelne von ihnen von den pauschalen Angaben nicht überzeugen und verlangten Einsicht in die Vertriebsverträge, was ihnen nach eigenen Angaben - wenn auch ohne die Möglichkeit, Kopien anzufertigen - auch gewährt worden ist (act. 1 Rz. 270). Mit den vorhandenen Unterlagen war es den Klägern ohne Weiteres möglich zu erkennen, dass es sich bei der Umsatzprognose von EUR 100 Mio. in drei Jahren genau um eine solche handelt, nämlich eine Prognose, die anders als bereits feststehender Umsatz, nicht garantiert vorausgesagt werden kann.

e) Auch aus der E-Mail des Beklagten 2 an den Beklagten 1 vom 10. März 2016 kann nichts zu Gunsten der Kläger abgeleitet werden. Entgegen der Kläger (act. 42 Rz. 22) ergibt sich daraus nicht, in welchem Umfang die K.\_\_\_\_\_ GmbH produzieren könnte. Der Beklagte 2 weist lediglich allgemein auf nicht erreichbare Kapazitäten hin. Es gibt aber keine Hinweise darauf, wie viele Geräte geliefert werden könnten und weshalb die beabsichtigten Aufträge grenzwertig sein sollen (act. 43/5). Wenn überhaupt zeigt die zitierte E-Mail, dass der Beklagte 2 durchaus bemüht war, korrekte Informationen weiterzugeben und den Beklagten 1 zu bremsen.

f) Soweit die Kläger geltend machen, die Umsätze seien nicht erreicht worden, weil das O.\_\_\_\_\_ nicht marktreif gewesen seien (in diesem Sinne act. 1 Rz. 278 ff.), ist dies keine Frage der irreführenden Umsatzprognose, sondern vielmehr einer Täuschung über die Marktreife an sich und entsprechend unter jenem Titel zu prüfen (hinten E. 3.3.2.10). Auch hinsichtlich allfälliger Korrekturen der Prognosen aufgrund späterer Erkenntnisse ist auf jene Ausführungen zu verweisen.

g) Ohnehin ist auf die gesamten Umstände zu verweisen. Die Kläger haben in eine Gesellschaft investiert, die erst noch zu gründen war. Die Umsätze sollten über den Verkauf eines medizinischen Messgeräts, das - und so viel ergibt sich ohne Weiteres aus den Emissionsunterlagen - im Markt noch nicht verankert war, erzielt werden. Es finden sich in den vorgelegten und als Beweismittel angerufenen Unterlagen keine Hinweise darauf, dass vor den Investitionen und dem Abschluss der Vertriebsverträge überhaupt schon Geräte verkauft worden wären. Diese gesamten Umstände mussten den Klägern bekannt sein. Sie wollten in eine Gesellschaft investieren, die in den abgegebenen Unterlagen keinen nennenswerten Umsatz ausweist und trotzdem eine Prognose von EUR 100 Mio. für die nächsten drei Jahre (EUR 400 Mio. für sieben Jahre) aufstellt. Sie wussten, dass eine solche Chance immer auch ein nicht unerhebliches Risiko mit sich bringt. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass für die Kläger klar erkennbar war, dass es sich beim prognostizierten Umsatz um eine reine Prognose und gerade nicht um eine feststehende Tatsache handelte. Da diese Prognose, wie gezeigt, auf nachvollziehbaren Grundlagen beruhte, liegen keine irreführenden Angaben vor, welche eine Prospekthaftung mit sich bringen würden. Das spätere Verhalten der Beklagten bzw. weiterer Beteiligter ist nicht relevant.

#### 3.3.2.6. Medizinische CE-Zertifizierung des O.\_\_\_\_\_s

a) Die Kläger bemängeln, dass an verschiedenen Stellen die Aussage gemacht werde, das O.\_\_\_\_\_ verfüge über eine spezifische medizinische CE-Zulassung. Damit hätten die Beklagten den Eindruck erweckt, es handle sich bei den Zertifizierungen um eine Form der Überprüfung der medizinischen Funktionsweise bzw. Tauglichkeit zur Diagnose in einem behördlichen Zulassungsverfahren. Bei Produkten der fraglichen Klasse werde jedoch nur die Übereinstimmung mit den technischen Vorgaben gemäss EG-Richtlinien geprüft. Die Kläger, als Laien im Fachgebiet, hätten die Angabe aber als spezifische medizinische Zulassung verstanden, welcher Eindruck durch die Wiederholung des Hinweises verstärkt worden sei. Den eigentlichen Inhalt zu erkennen benötige eine vertiefte Auseinandersetzung mit den komplexen EG-Richtlinien, was den Klägern nicht zumutbar sei. Das Zertifikat bescheinige lediglich, dass der Hersteller, also die K.\_\_\_\_\_ GmbH,

ein Qualitätssicherungssystem habe, zertifiziere somit den Hersteller und nicht das Produkt. Ohnehin sei die CE-Kennzeichnung kein Qualitätssiegel (act. 1 Rz. 283 ff.; act. 42 Rz. 459 ff. und Rz. 1004 ff.).

Die Beklagten widersprechen den Klägern. Es sei den Investoren korrekt mitgeteilt worden, über welche Zertifizierung das O.\_\_\_\_\_ verfüge. Die Grundlagen für die CE-Kennzeichnung von Medizinprodukten seien ohne grossen Vorkenntnisse im Internet auffindbar. Der Beklagte 1 habe das O.\_\_\_\_\_ gesetzeskonform zertifizieren lassen, worüber die Kläger sachlich korrekt aufgeklärt worden seien. Zu Recht würden diese nicht behaupten, der Zertifizierung sei eine über das Tatsächliche hinausgehende Bedeutung zugeschrieben worden. Wenn dies zu falschen Vorstellungen geführt habe, hätten die Kläger sich dies selbst zuzuschreiben, da sie bei Unklarheiten Fragen hätten stellen müssen oder im Bewusstsein um ihre Fachfremde fachkundige Dritte hätten beiziehen müssen. Der Beklagte 1 führt zudem an, dass eine solche Zertifizierung für den Verkauf an Krankenhäuser etc. erforderlich sei. Es existiere kein anderes TEWL-Messgerät, das nach den EG Normen zertifiziert sei. Bei der Zertifizierung werde auch der Einsatzzweck der Geräte geprüft. Dr. U.\_\_\_\_\_ sei mit der Recherche und Überprüfung der Voraussetzungen betraut worden. Für die prinzipielle Zulassung seien 40 und als Referenzen für die Fachgebiete weitere 54 klinische Studien verwendet worden. Die ermittelten Indikationen seien von der benannten Stelle abgenommen worden (act. 28 Rz. 186 ff.; act. 26 S. 104 ff.; act. 50 S. 84 f.; act. 52 Rz. 142).

b) Die Beklagten führen in den Emissionsunterlagen verschiedentlich auf, dass das O.\_\_\_\_\_ über eine CE-Zertifizierung als Medizinprodukt der Klasse IIa verfüge (act. 3/11 S. 3; act. 3/12 S. 3; act. 3/13 S. 2; act. 3/14 S. 2). Das Vorliegen der CE-Zertifizierung ist belegt und wird von den Klägern auch nicht bestritten (act. 3/23 S. 9; act. 29/45; act. 1 Rz. 287; act. 27/36-38); diese machen lediglich ein anderes Verständnis geltend. Die Beklagten beschränkten sich hinsichtlich der Zertifizierung auf die objektive und klare Aussage, über welche Zertifizierung das O.\_\_\_\_\_ verfüge. Auch wenn die Kläger die Angabe als "Banalität" bezeichnen (act. 1 Rz. 288), kann die reine Erwähnung und Wiederholung der Tatsache keine

erhöhten Erwartungen rechtfertigen. Immerhin ist eine CE-Zertifizierung ein Qualitätsmerkmal, welches den Vertrieb der Geräte erst ermöglicht oder zumindest erleichtert. Misst der Investor einer bestimmten Tatsache einen höheren Stellenwert zu als dieser eigentlich zukommt, liegt dies nicht in der Verantwortung der Herausgeber der Emissionsunterlagen. Bei der CE-Zertifizierung handelt es sich um einen Vorgang, welcher in den Verordnungen der EG klar geregelt ist. Gesetzeskenntnis wird vorausgesetzt, auch wenn es sich dabei um komplexere Regeln handelt. Es wäre entsprechend an den Klägern gewesen, sich die fehlenden Informationen zu beschaffen.

Anders sähe es einzig aus, wenn die Beklagten nicht nur die Zertifizierung erwähnt, sondern darüber hinaus irreführende Angaben zum Inhalt der Qualitätskontrolle gemacht hätten. Entsprechende Ausführungen finden sich aber in den Emissionsunterlagen nicht. Vielmehr ergibt sich aus der von den Klägern zitierten Aussage, die Plattform verfüge über den CE-Mark als Hautmessgerät, "unabhängig welche Substanzen gemessen werden sollen" (act. 3/33 S. 29; act. 1 Rz. 285), gerade das Gegenteil. Wie gezeigt war aufgrund der Unterlagen klar, dass noch nicht für sämtliche Anwendungsbereiche fertig entwickelte Sensoren vorlagen. Gilt aber die Zertifizierung auch für Anwendungen mit noch zu entwickelnden Sensoren, wird klar, dass sich diese nicht auf die Funktionalität beziehen kann.

c) Zusammenfassend sind hinsichtlich der CE-Zertifizierung des O.\_\_\_\_\_ keine falschen oder irreführenden Informationen ersichtlich, welche im Anwendungsbereich von Art. 752 OR relevant wären.

#### 3.3.2.7. Bestehende Kleinserienproduktion

a) Weiter sehen die Kläger eine fehlerhafte Information im Zusammenhang mit den Angaben der Beklagten zur "laufenden Kleinserienproduktion". Auf eine solche sei in den Emissionsunterlagen verschiedentlich hingewiesen worden. Zudem sei behauptet worden, diese könne durch zusätzliche Investitionen ausgebaut werden. Die gegenwärtige Kapazität sei mit 500 Geräten im Jahr festgehalten worden. Diese Angaben hätten ein falsches Bild vermittelt. Die K.\_\_\_\_\_ GmbH sei

in einer Geschäftsbeziehung zur AA.\_\_\_\_\_ GmbH gestanden. Diese habe die O.\_\_\_\_\_ gestützt auf einen Kauf- oder Werkvertrag hergestellt. Es seien aber lediglich 30 Prototypen durch die AA.\_\_\_\_\_ GmbH produziert und nach der Kapitalerhöhung an die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG verkauft worden. Auch diese erforderliche Zahlung sei den Klägern verschwiegen worden. Von der propagierten Jahresproduktion könne keine Rede sein. Auch der Beklagte 1 habe bestätigt, dass diese je nach Umfang der parallelen Forschung und Entwicklung auf der Produktionsanlage maximal 300 Stück betragen könne (act. 1 Rz. 290 ff.; act. 442 Rz. 363 ff. und Rz. 1010 ff.). Eine laufende Kleinserienproduktion habe sodann einen laufenden Absatz der produzierten Geräte impliziert. Aufgrund der Angaben des Beklagten 1 habe sich später aber herausgestellt, dass vor den Investitionen kein Verkauf der Produkte stattgefunden habe. Bei ihrem Besuch in L.\_\_\_\_\_ hätten RA Dr. X1.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ im August 2016 festgestellt, dass trotz angepriesener Kleinserienproduktion bis anhin erst 30 O.\_\_\_\_\_ produziert worden seien und die angebliche und die geplante Produktion reine Fantasiazahlen gewesen seien. Auch die Produktionsanlagen für diese Mengen seien noch nicht bestellt gewesen. Trotzdem habe der Beklagte 1 noch am 16. November 2016 gegenüber Frau Dr. AH.\_\_\_\_\_ ausgesagt, innert drei Monaten eine grössere Stückzahl O.\_\_\_\_\_ liefern zu können (act. 1 Rz. 301 ff.). Die Aussage, es bestehe eine Kleinserienproduktion, sei demnach ebenso falsch wie die Aussage, die Produktion müsse von 500 auf 5'000 Stück pro Jahr erweitert werden. Daraus könne wiederum auf die Fehlerhaftigkeit des Firmenwerts geschlossen werden, welcher massgeblich auf der bestehenden Produktion und dem Absatz von 550 O.\_\_\_\_\_n basiert habe (act. 1 Rz. 307 f.).

Die Beklagten bleiben dabei, dass der Beklagte 1 in Österreich eine Kleinserienproduktion aufgebaut habe. Die AA.\_\_\_\_\_ GmbH habe die Geräte mit Maschinen der K.\_\_\_\_\_ GmbH assembliert und kalibriert, während die Sensoren aus L.\_\_\_\_\_ geliefert worden seien. Die Kapazität sei auf 500 Geräte im Jahr beschränkt gewesen, eine Ausweitung wäre mit weiteren Investitionen verbunden gewesen (act. 28 Rz. 136 ff.; act. 26 S. 106 ff.; act. 52 Rz. 226 ff.). Die Anlage der K.\_\_\_\_\_ GmbH hätte ersetzt werden sollen, da sie veraltet, aber für die Forschung noch geeignet gewesen sei. Dem Verkauf der Bauteile habe die K.\_\_\_\_\_

GmbH zugestimmt, weil in der Kürze die Beschaffung von Material für 500 Stück nicht möglich gewesen wäre (act. 26 S. 106 ff.). Sodann fügt der Beklagte 1 an, der Abschluss des Mietvertrags, die Ausstattung der Büros und die Beschaffung der neuen Anlage sei durch den Beklagten 2 und J.\_\_\_\_\_ verhindert worden. Es sei zudem zu beachten, dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG und die K.\_\_\_\_\_ GmbH unterschiedliche Gesellschaften seien (act. 26 S. 110 ff.).

b) Die Beklagten machen zur Produktionskapazität nur sehr knappe Aussagen. In welchen Mengen vor den Investitionen überhaupt produziert worden ist, wird aus den Ausführungen der Parteien und den Beweismitteln nicht restlos klar. Fakt ist, dass die Produktionskapazitäten nicht ausgeschöpft worden sind. Es handelt sich folglich bei der in den Emissionsunterlagen genannten Kapazität von 500 Geräten pro Jahr um eine theoretische Grösse, welche bei voller Auslastung der vorhandenen Maschinen der K.\_\_\_\_\_ GmbH - die damals bei der AA.\_\_\_\_\_ GmbH installiert waren - möglich gewesen wäre. Diese theoretische Möglichkeit wird von den Klägern nicht substantiiert bestritten. Somit gilt zu prüfen, ob die Aussagen der Beklagten in den relevanten Emissionsunterlagen über diese zutreffende Tatsache hinaus gingen.

c) In der Präsentation "Investment Case" wird im Rahmen der Zusammenfassung pauschal - und ohne Hinweis auf eine Produktionsmenge - ausgeführt: "*Small-lot production established*" (act. 3/11 S. 3 ; act. 3/12 S. 3, act. 3/13 S. 2, act. 3/14 S. 2). Der englische Begriff "*established*" hat verschiedene Bedeutungen. So kann die Aussage dahingehend verstanden werden, dass eine serielle Produktion von bis zu 500 Geräten pro Jahr bereits erfolgte. Sie kann aber auch so ausgelegt werden, dass die Kleinserienproduktion aufgebaut ist und in Betrieb genommen werden könnte, die K.\_\_\_\_\_ GmbH also grundsätzlich in der Lage wäre, die entsprechenden Mengen zu produzieren. Die auslegungsbedürftige Zusammenfassung kann folglich für sich alleine keine Haftung begründen.

Auch die Präzisierung der Aussage kann nur beschränkt Klarheit verschaffen. Dort wird festgehalten, dass die "*Amazing order pipeline requires rapid expansion of core technology production capacity*" (act. 3/11 S. 9; act. 12 S. 12; act. 3/13 S. 7 und act. 3/14 S. 7). Die einzige Aussage, die die Beklagten damit

aber machen, ist, dass die Produktionskapazitäten ausgebaut werden müssen. Gerade dieser Kapazitätsausbau war auch der Hauptgrund für die Kapitalerhöhungen (vgl. vorne E. 3.3.2.2). Zur eigentlichen Produktion führen die Beklagten in den Emissionsunterlagen hingegen nichts aus. Zwar ist den Klägern insofern zuzustimmen, dass sie grundsätzlich davon ausgehen durften, dass das O.\_\_\_\_\_ bereits produziert wird. Auf eine Kleinserienproduktion, die an die Kapazitätsgrenzen geht, konnten sie aber nicht schliessen. Die Emissionsunterlagen sind allesamt zukunftsgerichtet. Aussagen zu den damaligen Aktivitäten der K.\_\_\_\_\_ GmbH finden sich keine. Insbesondere wurden keine Angaben zu bisherigen Verkäufen gemacht (vgl. schon vorne E. 3.3.2.5). Auch ist von der "order pipeline" die Rede, also Bestellungen, die anstehen, und nicht laufende oder bereits abgerufene Bestellungen. Dies ist auch für die Serienproduktion relevant. Offenbar hat die K.\_\_\_\_\_ GmbH vor dem Einstieg der Kläger als Investoren nicht in grösserem Umfang Produkte verkauft. Die Kläger haben keine Erkundigungen zum damaligen Verkauf eingeholt. Sie haben sich auf die pauschalen Aussagen der Beklagten in den Emissionsunterlagen verlassen, welche gerade keine Informationen zur Gegenwart und Vergangenheit enthalten haben. Aus den Zukunftsprognosen durften sie aber nicht auf die aktuellen Verkäufe schliessen; vielmehr hätte hier Klärungsbedarf bestanden, welcher eine Nachfrage bei den Beklagten nötig gemacht hätte (E. 3.3.2.5). Wenn die K.\_\_\_\_\_ GmbH aber gar keine wesentlichen Vertriebsaktivitäten hatte, musste sie auch die Produktionskapazitäten nicht ausnutzen. Ebenso wenig durften die Kläger aufgrund der vorhandenen Informationen darauf schliessen. Es würde sich gar die Frage stellen, weshalb die K.\_\_\_\_\_ GmbH die Geräte für die Lagerhaltung produzieren sollte, wenn sie mit den damaligen Produktionskapazitäten die Jahresnachfrage im ersten Jahr befriedigen könnte. Die finanziellen Mittel waren ja gerade knapp, was den Klägern ebenfalls bekannt war.

d) Für die Prospekthaftung irrelevant ist dagegen die Frage, ob - auch nach der Investition - im besagten Umfang produziert worden ist. Die diesbezüglichen Behauptungen der Kläger sind folglich nicht zielführend und Beweise sind nicht abzunehmen. Auch die Ausführungen zum Verhalten und zu den Aussagen insbesondere des Beklagten 1, nachdem die Investitionen vorgenommen wurden, kön-



nen daran nichts ändern. Selbst wenn er damals immer noch auf dieselben Produktionskapazitäten hingewiesen hätte wie zuvor, obwohl die Werte für das Jahr 2016 nicht mehr hätten erreicht werden können, kann dies für die Frage der theoretischen Jahreskapazität, welche angepriesen worden ist, nicht relevant sein. Schliesslich ist auch nicht relevant, dass aufgrund von Verzögerungen die Jahreskapazitäten ab einem gewissen Punkt nicht mehr erreicht worden wären (act. 42 Rz. 367 ff.). Dass zum Erreichen einer maximalen Produktion während dem ganzen Jahr produziert werden müsste und bei unvorhergesehenen Verzögerungen die Zahlen nicht mehr erreicht werden könnten, ist immanent. Solche Ereignisse liegen aber im Risiko einer Investition und können den Beklagten nicht vorgeworfen werden. Selbst die Kläger machen nämlich nicht substantiiert geltend, die Beklagten hätten von Anfang an beabsichtigt, die Produktion faktisch einzustellen und keine Produkte zu verkaufen.

e) Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die in den Emissionsunterlagen genannte Kapazität von jährlich 500 Stück eine theoretisch Maximalproduktion darstellt. Aus dieser Angabe durften die Kläger nicht ableiten, dass auch bereits eine Fertigung im ähnlichen Rahmen läuft. Dass aber die vorhandenen Maschinen - die im Eigentum der K.\_\_\_\_\_ GmbH standen - in der Lage gewesen wären, die entsprechenden Mengen zu produzieren, wird von den Klägern nicht substantiiert bestritten. Es muss folglich davon ausgegangen werden, dass die Produktionskapazität vorhanden und die Information in den Emissionsunterlagen korrekt war. Damit stellen auch die Angaben zur (theoretischen) Produktionskapazität keine fehlerhaften Informationen im Sinne von Art. 752 OR dar.

#### 3.3.2.8. Fertige Entwicklung des O.\_\_\_\_\_ Light

a) Als Falschaussage bezeichnen die Kläger weiter, dass eine Light oder Home Version des O.\_\_\_\_\_ entwickelt worden sei und ab 2017 online verkauft würde. Diese Aussage im "*Business Plan*" sei falsch. Interessenten für den Vertrieb seien keine belegt und würden bestritten (act. 1 Rz. 309 f.; act. 42 Rz. 469).

Die Beklagten halten fest, der Vertrieb eines O.\_\_\_\_\_ Light sei mittelfristig vorgesehen gewesen. Die Produktion hätte ohne grossen Mehraufwand erfolgen

können. Dies sei vorerst nicht weiterverfolgt worden, um sich auf die Grundanwendung zu fokussieren. Der "*Business Plan*" sei lediglich N.\_\_\_\_\_ zugestellt worden. In den anderen Dokumenten sei die Light-Variante nicht thematisiert worden, weil sie nicht Teil des Investment Cases gewesen sei und entsprechend keine Gewinnerwartung habe erwecken können (act. 28 Rz. 190).

c) Die Kläger berufen sich bei der Behauptung, ihnen sei die fertige Entwicklung eines O.\_\_\_\_\_ Light versprochen worden, auf den "*Business Plan*". Wie ausgeführt hat der "*Business Plan*" keinen prospektähnlichen Charakter und unterliegt folglich nicht der Prospekthaftung. Einzig die darin enthaltene Finanzplanung (act. 3/24 S. 23) wurde den Parteien im Anhang zu den Präsentationen "*Investment Case*" zur Verfügung gestellt (act. 3/12-14). Aus dieser Aufstellung geht aber hervor, dass im Jahr 2016 kein Einkommen mit dem "*Derma Case light bzw. Home*" prognostiziert wird. Daraus kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass das Gerät bereits fertig entwickelt sein soll. Ansonsten findet das O.\_\_\_\_\_ Light in den später abgegebenen Präsentationen keine Erwähnung. Einzig in der ersten, N.\_\_\_\_\_ ausgehändigten Fassung, ist ein "*low-cost private device*" unter dem Titel "*further groundbreaking innovations are possible*" aufgeführt (act. 3/11 S. 18). Weshalb die Kläger unter diesen Umständen von einem fertig entwickelten Gerät ausgegangen sein wollen, ist nicht ersichtlich und wird von ihnen nicht in genügender Weise dargelegt.

Selbst wenn der an N.\_\_\_\_\_ abgegebene "*Business Plan*" mitberücksichtigt würde, kann daraus nichts für die Kläger abgeleitet werden. Dieser macht keine klare Aussage zur Entwicklung des O.\_\_\_\_\_ Light. So wird einerseits festgehalten, dass es sich um ein *follow up*-Produkt handle, und andererseits von der Entwicklung des Geräts und dem zukünftigen Verkauf gesprochen. Abgebildet war in diesem Zusammenhang ein Prototyp, definitionsgemäss kein fertiges Produkt (act. 3/24 S. 4, S. 10 und S. 22). Aufgrund der Widersprüche, gerade auch im Vergleich zu den prospektähnlichen Präsentationen, durften sich die Kläger nicht auf eine einzelne Aussage verlassen. Eine klärende Nachfrage bei den Beklagten haben sie aber nicht behauptet. Die Kläger durften folglich nicht darauf schließen, dass das O.\_\_\_\_\_ Light bereits fertig entwickelt war.

c) Zusammenfassend kann den Beklagten im Zusammenhang mit dem O.\_\_\_\_\_ Home keine fehlerhafte Information vorgeworfen werden.

### 3.3.2.9. Förderungsvertrag mit der U.\_\_\_\_\_

a) Eine weitere Problematik dreht sich um den "Förderungsvertrag Seedfinancing", den die K.\_\_\_\_\_ GmbH mit der U.\_\_\_\_\_ abgeschlossen hat.

Die Kläger machen geltend, der Vertrag und dessen Inhalt sei ihnen im Vorfeld der Investition nicht offen gelegt worden. AO.\_\_\_\_\_ gegenüber sei lediglich erwähnt worden, dass ein Förderungsvertrag bestehe (act. 1 Rz. 325. ff.). Die Förderung sei in Form eines Zuschusses mit Rückzahlungsverpflichtung von max. EUR 750'000.– erfolgt. Im Förderungszeitraum vom 27. Mai 2011 bis zum 31. März 2018 habe eine Verpflichtung bestanden, die U.\_\_\_\_\_ bis zur Höhe des erhaltenen Zuschusses mit 40% am jährlichen Gewinn zu beteiligen. Die verborgene Auswirkung auf die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG bestehe darin, dass bei besonderen Erfolgen 50 bis 100% der Fördergelder zurückzuzahlen gewesen wären. Bei einer gänzlichen oder teilweisen Unternehmensveräußerung ohne Zustimmung der U.\_\_\_\_\_ sehe der Vertrag eine vollständige Rückzahlungspflicht vor. Der Optionsvertrag mit der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG laufe auf eine solche Unternehmensveräußerung hinaus. Dieser sei zur Umgehung der Rückzahlungspflicht auf den 1. April 2018 verschoben worden. Der Zusammenhang sei den Klägern nicht offengelegt worden. Auch seien sie nicht darüber informiert worden, dass sich die K.\_\_\_\_\_ GmbH verpflichtet habe, sämtliche Rechte zu besitzen. Die erforderlichen Zustimmungen der U.\_\_\_\_\_ seien nicht eingeholt worden. Der Beklagte 1 und die K.\_\_\_\_\_ GmbH hätten so ohne Kenntnis der Kläger gegen verschiedene Vertragsbestimmungen verstossen (act. 1 Rz. 330 ff.). Unter Federführung des Beklagten 2 seien die Beklagten gar weiter gegangen. Um die Rückerstattungspflicht zu umgehen und die U.\_\_\_\_\_ zu täuschen, hätten sie eine unwiderrufliche Kaufoption vereinbart, welche der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG das Recht gegeben habe, ab dem 1. April 2018 die Anteile des Beklagten 1 an der K.\_\_\_\_\_ GmbH für EUR 35'000.– zu erwerben. Dieser Optionsvertrag sei nach österreichischem Recht formungültig. Gleichzeitig habe die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG in Gründung der Klägerin 2 das Recht gewährt, die Ausübung der Kaufoption ver-

bindlich zu verlangen. In diesem Zusammenhang sei auch eine Nutzungsvereinbarung zwischen der K.\_\_\_\_\_ GmbH und der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG abgeschlossen worden, die Letzterer das Nutzungsrecht an materiellen und immateriellen Werte eingeräumt habe. Es sei beabsichtigt gewesen, die Umsätze über die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG abzuwickeln, worauf der Beklagte 1 explizit hingewiesen worden sei. Als Konsequenz wären bei der K.\_\_\_\_\_ GmbH keine Gewinne auszuweisen und damit keine Rückzahlungen zu leisten gewesen. Auch die Übertragung der Patente durch den Beklagten 1 an die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG sei nicht zulässig gewesen. Die Kläger seien unwissentlich in dieses rechtswidrige, möglicherweise betrügerische Konstrukt eingebunden worden. Dieses sei von den Beklagten gemeinsam mit der AC.\_\_\_\_\_ AG bereits 2015 geplant worden. Die von den Klägern investierten Gelder seien einem erheblichen Risiko und die Kläger selbst einem erheblichen Reputationsrisiko ausgesetzt worden. Wären sie über die Situation, insbesondere die potentielle Rückzahlungsverpflichtung, aufgeklärt worden, hätten sie von der Investition Abstand genommen (act. 1 Rz. 341 ff.). N.\_\_\_\_\_ habe die Übernahme der K.\_\_\_\_\_ GmbH als Voraussetzung für die Investition verlangt. Die Umgehungs konstruktion sei aber nicht die Idee der A.\_\_\_\_\_ N.\_\_\_\_\_s gewesen. Er sei von AO.\_\_\_\_\_ über die Lösung mit der Option informiert worden. Diese sei ihnen nicht weiter auffällig vorgekommen; die Fördergelder seien eine Angelegenheit der K.\_\_\_\_\_ GmbH gewesen. Erst die Abklärungen des Rechtsvertreters im August 2016 hätten ergeben, dass die Konstruktion auf eine Prellung der U.\_\_\_\_\_ abziele und möglicherweise das Risiko einer strafrechtlichen Handlung bestehe. Die Kläger 3-5 seien nicht über den Förderungsvertrag, das Optionskonstrukt und die Konsequenzen dieser Lösung aufgeklärt worden. Wäre ihnen bekannt gewesen, dass gegebenenfalls investierte Gelder für die Rückzahlung der Fördergelder und ein allenfalls strafrechtlich relevantes Verhalten vorliege, hätten sie auf die Investition verzichtet (act. 1 Rz. 365 ff.; act. 42 Rz. 480 ff. ).

Der Beklagte 1 bestreitet den Sachverhalt. Der Fördervertrag habe im Datenraum zur Verfügung gestanden. Die K.\_\_\_\_\_ GmbH sei eine eigenständige Gesellschaft und werde von der Förderstelle laufend geprüft. Die Einbringung der Marken in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG werde bestritten, der Vertrag sei ungültig.

Die "Austrocknung" der U.\_\_\_\_\_ hätten der Beklagte 2, J.\_\_\_\_\_, der Kläger 1 sowie N.\_\_\_\_\_ gefordert. Allerdings sei auch die Kaufoption nicht notariell beglaubigt und daher ungültig (act. 26 S. 116 ff.).

Die Beklagten 2 und 3 halten dagegen, dass die Übernahme der K.\_\_\_\_\_ GmbH durch die zu gründende K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG eine Bedingung der A.\_\_\_\_\_N.\_\_\_\_\_s für eine Investition gewesen sei. Um die juristischen Aspekte abzuklären, hätten sie die Verträge durch die internationale Wirtschaftsprüfungsgesellschaft AC.\_\_\_\_\_ AG prüfen lassen. Bei den juristischen Fragen hätten sie sich auf ihren juristischen Berater AB.\_\_\_\_\_ verlassen. Weil sie vom Förderungsvertrag gewusst hätten, hätten sie diesen vom Beklagten 1 verlangt. Die Berater seien zum Schluss gekommen, dass eine Übertragung vor dem 1. April 2018 eine Zahlungspflicht des Beklagten 1 auslöse. Sie hätten die Lösung mit der Option vorgeschlagen. Dies sei AO.\_\_\_\_\_ mit der Information, dass dadurch die Rückforderung umgangen werden könne, mitgeteilt worden. Es habe für die Beklagten 2 und 3 keinen Anlass gegeben, an der Rechtmässigkeit der Lösung zu zweifeln. Sodann ergebe sich aus den "*Term Sheets*", dass die Kläger über das Vorhandensein des Förderungsvertrages informiert gewesen seien. Es werde daher bestritten, dass die Option einen Verstoss gegen den Förderungsvertrag darstelle, dass dies von den Beklagten 2 und 3 zu verantworten sei; die Kläger hätten den Verstoss in Kauf genommen, zumal sie trotz Kenntnis keine Einsicht verlangt hätten (act. 28 Rz. 51 ff.; act. 52 Rz. 328 ff.).

b) Zutreffend ist, dass in den Emissionsunterlagen wenige Informationen zum Förderungsvertrag zu finden sind. Einzig im "*Term Sheet*" findet sich ein Hinweis, indem eine Gewährleistung hinsichtlich der sonstigen Vertragsverhältnisse abgegeben wurde, wobei der Förderungsvertrag explizit erwähnt wurde (act. 3/28, act. 3/32, act. 3/48 und act. 3/61 jeweils Ziff. 13). Der genaue Inhalt des Vertrages, insbesondere die Rückzahlungsverpflichtung, ist aber auch dort nicht aufgeführt.

Allerdings ist ohnehin nicht ersichtlich, woraus die Kläger einen detaillierten Informationsanspruch über das spezifische Vertragsverhältnis ableiten. Auch im Anwendungsbereich der Prospekthaftung besteht keine unbeschränkte Aus-

kunftspflicht zu sämtlichen vertraglichen Beziehungen der emittierenden Gesellschaft. Gerade weil der Prospekt öffentlich sein muss, um unter die Bestimmung zu fallen, kann von der Gesellschaft nicht verlangt werden, sämtliche Details zu ihrer Geschäftstätigkeit offen zu legen. Es kann den Beklagten folglich nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie den Klägern keine Kopien des Förderungsvertrages zur Verfügung gestellt haben. Eine Information wäre höchstens bezüglich umfangreicher Verpflichtungen erforderlich gewesen. Diesbezüglich widersprechen sich die Kläger teilweise. Wie sie selbst korrekt ausführen, haben sich einzig die K.\_\_\_\_\_ GmbH und der Beklagte 1 gegenüber der U.\_\_\_\_\_ zur Rückzahlung der erhaltenen Fördergelder verpflichtet (act. 3/109 S. 19). Bei der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG handelt es sich um eine eigene juristische Person, die zudem formell unabhängig ist von der K.\_\_\_\_\_ GmbH. Wie unter diesen Umständen die U.\_\_\_\_\_ auf die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG hätte zugreifen können, ist nicht ersichtlich und wird von den Klägern auch nicht näher ausgeführt. Es wäre aber an ihnen, die Pflichtverletzung und in diesem Zusammenhang entsprechend die potentiell anderweitige Verwendung der Gelder zu belegen.

c) Weiter führen die Kläger die fehlenden Angaben zum Optionskonstrukt als relevant an. Unbestritten ist, dass mit der Option der Erwerb der K.\_\_\_\_\_ GmbH durch die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG sichergestellt, aber aufgeschoben worden ist. Dies war eine Bedingung der Klägerin 2 für die Zeichnung von Aktien (act. 1 Rz. 70; act. 3/34). Ebenso stellen die Parteien übereinstimmend dar, dass dies so vorgesehen wurde, um eine Rückzahlung der erhaltenen Fördergelder der U.\_\_\_\_\_ zu verhindern. Bei Umgehungsgeschäften schwingt immer ein gewisses Risiko mit, dass dieses aufgedeckt und die umgangenen Verpflichtungen dadurch trotzdem ausgelöst werden. Es kann aber nur wiederholt werden: inwiefern die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG für die Rückzahlung der von der K.\_\_\_\_\_ GmbH bezogenen Fördergelder einzustehen hätte, ist nicht ersichtlich und wird von den Klägern auch nicht näher ausgeführt. Alleine weil die K.\_\_\_\_\_ GmbH und der Beklagte 1 dazu finanziell nicht in der Lage sein sollen, kann kein Durchgriff auf die zukünftige Eigentümerin abgeleitet werden. An einen solchen sind strenge Voraussetzungen geknüpft, wobei es Sache der beweisbelasteten Kläger wäre, diese darzulegen. Hinsichtlich der ebenfalls befürchteten Strafbarkeit des Vorgehens gilt

weitgehend dasselbe. Ein zivilrechtliches Umgehungsgeschäft ist nicht per se strafrechtlich relevant. Es kann also nicht genügen, wenn die Kläger pauschal auf ihre Befürchtungen und das laufende Strafverfahren hinweisen. Auch wenn die Strafverfolgungsbehörden - insbesondere nach erhobener Strafanzeige - von Amtes wegen ermitteln, gilt dies im Zivilverfahren nicht. Es wäre an den Klägern, die wesentlichen Grundlagen für eine Strafbarkeit darzulegen - ähnlich der Anklage im Strafverfahren -, das Zivilgericht hätte lediglich die rechtliche Würdigung vorzunehmen. Hinzu kommt, dass von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in erster Linie die handelnden Personen, also vorliegend die Beklagten 1 und 2 umfasst wären. Inwiefern dies auch die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG oder allenfalls gar die Kläger selbst betreffen würden, wird auch nicht substantiiert dargestellt.

d) Für die Kläger 1 und 2 wurde sodann nachgewiesen bzw. gar von den Klägern selbst vorgebracht, dass AO.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ darüber informiert waren, dass mit dem Optionskonstrukt eine Rückzahlungsverpflichtung von EUR 750'000.- umgangen werden sollte (act. 1 Rz. 367; act. 3/116). Auch wenn sie nicht im Detail über den Inhalt des Vertrages informiert waren, können aus der von AO.\_\_\_\_\_ verfassten E-Mail sämtliche wesentlichen Punkte abgeleitet werden. Es ergibt sich daraus, dass ein Förderungsvertrag bestanden hat und dass der Kauf grundsätzlich zur Rückzahlung der Fördergelder führen würde, was umgangen werden soll. Aus dem generellen Risiko bei Umgehungsgeschäften kann sodann - zumindest wenn dem Verständnis der Kläger gefolgt wird - abgeleitet werden, dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG gegebenenfalls eine Zahlung zu leisten hätte. Daraus lässt sich schliessen, dass die Kläger 1 und 2 zwar auch nicht im Detail informiert waren. Die aus ihrer Sicht problematischen Risiken konnten sie aber erkennen, sodass diesbezüglich keine Prospekthaftung in Frage kommt. Die pauschale und unbelegte Behauptung des Beklagten 1, er habe die Beendigung der Förderung vorgeschlagen, was durch den Kläger 1 abgelehnt worden sei (act. 50 S. 129), ist dagegen nicht weiter zu beachten.

e) Soweit die Kläger die fehlende Angabe einer allfälligen Gewinnabschöpfung durch die U.\_\_\_\_\_ im Sinne von § 7 des Förderungsvertrages (act. 3/109) vorbringen, ist festzuhalten, dass es sich dabei um eine wesentliche Information im

Sinne von Art. 752 OR handelt. Wird davon ausgegangen, dass die Verpflichtung auch die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG betreffen würde, wären die Investoren darüber zu informieren gewesen. Eine knappe Angabe über die Beteiligung Dritter an all-fälligen Gewinnen mit den Konditionen (40% bis maximal EUR 750'000.–) hätte diesbezüglich ausgereicht. Eine eigentliche Offenlegung des Förderungsvertrages wäre auch dafür nicht erforderlich geworden.

f) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Kläger darüber informiert waren, dass ein Förderungsvertrag bestand. Den genauen Inhalt hatten die Beklagten nicht offenzulegen. Einzig ein Hinweis auf die potentielle Gewinnabschöpfung wäre gegebenenfalls erforderlich gewesen, zumindest wenn von einer Verpflichtung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG ausgegangen wird. Dies können allerdings lediglich die Kläger 3-5 geltend machen. Den Klägern 1 und 2 wurde die Rückzahlungsverpflichtung und die Umgehung derselben offen gelegt.

#### 3.3.2.10. Marktreife des O.\_\_\_\_\_s

a) In ihrer Replik verschieben die Kläger den Fokus. Die Beklagten hätten in den Emissionsunterlagen, den Rechtsschriften und den Beweismitteln vielfältige explizite und implizite Aussagen zur bestehenden Marktreife des O.\_\_\_\_\_s gemacht. Aus diversen Unterlagen ergebe sich, dass sie das O.\_\_\_\_\_ als marktreifes Produkt hätten vertreiben wollen. Ein Messgerät für den TEWL-Wert sei auf dem Markt aber zu weit günstigerem Preis verfügbar gewesen. Für den Vertrieb zu Diagnosezwecken habe aber die zentrale Voraussetzung, nämlich klinische Studien, gefehlt. Es habe sich lediglich um Produktideen, nicht um ein fertiges Produkt gehandelt. Verschiedene Distributoren bzw. Kunden und Investoren hätten gegenüber den Beklagten ausgeführt, dass die Marktreife noch nicht vorliege. Diesen hätte der Umstand folglich bekannt sein müssen. So hätten sie auch nie versucht, gestützt auf die Abnahmeverpflichtungen in den Distributionsverträgen Geräte zu verkaufen. Auch die Experten des *Advisory Board* hätten die Nutzbarkeit des TEWL-Werts bzw. entsprechender Messungen für die Diagnostik in Frage gestellt. Dies sei den Beklagten bereits am 23. Februar 2016 bekannt gewesen. Gleichentags sei die erste Kapitalerhöhung erfolgt, welche die Beklagten mit diesen Kenntnissen zumindest einstweilen hätten stoppen müssen. Die Beklagten



hätten weder N.\_\_\_\_\_ noch die Kläger darüber informiert. Den Beklagten sei bereits zuvor bewusst gewesen, dass es sich beim O.\_\_\_\_\_ nicht um ein marktreifes Produkt handle. Diese Erkenntnisse hätten auch dazu geführt, dass die Erstellung klinischer Studien ins Zentrum gestellt worden sei, weil nur so ein Vertrieb möglich sei (act. 42 Rz. 27 ff.). Einen "*Derma Case*", wie die Beklagten 2 und 3 dies in ihrer Klageantwort beschreiben würden, habe es nicht gegeben. In den Emissionsunterlagen sei das O.\_\_\_\_\_ als einsatzreif im medizinischen Bereich angepriesen worden. Es seien vielfältige bestehende Anwendungsmöglichkeiten vorgeschützt worden, was nicht zutreffend gewesen sei. Der Beklagte 2 habe gegenüber dem Kläger 5 zudem explizit das Erkennen von Hautkrebs angepriesen. Dies widerspreche der prozessualen Aussage, dass sich die Marktreife nur auf den "*Derma Case*" bezogen habe. Auch die Distributionsverträge sähen das O.\_\_\_\_\_ als Medizinalgerät für den klinischen Einsatz vor. Ein Interesse an einem Gerät, welches ausschliesslich den TEWL-Wert messen könne, ohne eine medizinische Indikation zu liefern, werde bestritten. Gegenüber dem Kläger 1 sei vom Verkauf des O.\_\_\_\_\_s in seiner Grundfunktion bis kurz vor dem Investment nie die Rede gewesen. Vielmehr sei er darüber informiert worden, dass nach der Kapitalerhöhung die klinischen Studien für die Kernindikationen in Auftrag gegeben und erste Kalibrierungsmaschinen bestellt werden würden. Der Kläger 1 sei deshalb davon ausgegangen, dass eine zuverlässige Messung der Kernindikationen bereits möglich sei und die Studien nur zur Bestätigung benötigt würden (act. 42 Rz. 72 ff.).

Die Beklagten machen im Wesentlichen geltend, die Kläger würden verschiedene Aspekte durchmischen. So fehle es an einer Differenzierung der zeitlichen Abläufe. Das O.\_\_\_\_\_ sei unbestrittenermassen in der Lage gewesen, den TEWL-Wert zu messen. Zu diesem Zweck hätte es auch vertrieben werden können. Bei der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG habe es sich um ein Start-up Unternehmen gehandelt. Die Kläger hätten gewusst, welches Risiko sie mit einer Investition eingehen würden und hätten diese auch bewusst eingehen wollen.

Der Beklagte 1 hält dazu fest, seine Aussagen anlässlich der Generalversammlung vom 23. August 2016 würden bewusst falsch wiedergegeben. Ein

O.\_\_\_\_\_ sei bei der AUVA im Einsatz. Es seien auch erste Geräte verkauft worden (act. 26 S. 114 f.). Weiter hält er daran fest, dass das O.\_\_\_\_\_ marktreif sei. Die K.\_\_\_\_\_ GmbH unterstehe dem Medizinproduktegesetz. Für den Vertrieb von Medizinprodukten sei daher eine CE-Zertifizierung erforderlich. 2012 sei die K.\_\_\_\_\_ GmbH für Design, Entwicklung, Produktion und Vertrieb von Messgeräten für die medizinische Hautanalyse und das O.\_\_\_\_\_ professional 100 als Medizinprodukt der Klasse IIa zertifiziert worden. Dies belege die Marktfähigkeit. Der Antrag für das Ruling betreffe einzig den Vertrieb des O.\_\_\_\_\_ für die freigegebenen 23 Anwendungsfelder. Die Messung von Darmkrebs und Glukose seien keine Anwendungsfelder des O.\_\_\_\_\_ und würde andere Geräte benötigen. Die K.\_\_\_\_\_ GmbH sei 2012 zertifiziert worden. Die Händlerverträge seien im Datenraum bereitgestellt worden. Mit der AQ.\_\_\_\_\_ sei im Juni 2016 ein Vertrag abgeschlossen worden auf dessen Basis öffentliche Auftraggeber Bestellungen abgegeben werden könnten. Die erste derartige Bestellung sei über die BGG Plattform am 5. Dezember 2016 erfolgt (act. 50 S. 35 ff.).

Die Beklagten 2 und 3 führen aus, die Funktionalität des O.\_\_\_\_\_ als TEWL-Messgerät sei unbestritten. Ebenso, dass der Zusammenhang dieses Werts mit krankheitsbedingten Hautveränderungen wissenschaftlich nachgewiesen sei. Bestehende Konkurrenzprodukte würden den Markt belegen, wobei das O.\_\_\_\_\_ einen klaren Mehrwert aufweise. Die Nachfrage ergebe sich aus den Distributionsverträgen. Zudem sei ins Potential des O.\_\_\_\_\_s investiert worden, welches durch die Förderungen aber auch von Experten anerkannt worden sei. Klinische Studien seien für den Markteintritt nicht erforderlich gewesen (act. 52 Rz. 15 und Rz. 216 ff.). Das Ziel der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG sei gewesen, das O.\_\_\_\_\_ auf den Markt zu bringen. Dieses sei durch den Beklagten 1 unter Einsatz verschiedener Fördermittel bis zur Marktreife entwickelt worden. Relevante Umsätze habe es aber keine gegeben. Dies sei den Klägern auch nicht so präsentiert worden. Die Investition in eine neu gegründete Gesellschaft ohne unternehmerischen Leistungsausweis sei zwangsläufig mit einem hohen Risiko verbunden. Dieses sei offensichtlich und den Klägern bewusst gewesen. Als Kernstück für die Einführung habe der "Derma Case" gedient, also das O.\_\_\_\_\_ und die Messung des TEWL-Werts. Sodann würden vergleichbare Produkte im Markt zu ähnlichen Preisen

verkauft. Es sei auch belegt, dass das Produkt samt Software seit 2015 existiere und funktioniere. Die Verknüpfung der Messwerte mit medizinischen Daten über die Grundfunktion hinaus hätte mittels klinischer Studien, die mit den Geldern der Finanzierungsrunde finanziert werden sollten, erfolgen sollen (act. 52 Rz. 38 ff.). Mit den behaupteten Zusammenhängen zwischen Marktreife und Nachfrage würden die Kläger einen unzulässigen Zirkelschluss aufstellen. Das O.\_\_\_\_\_ sei fertig entwickelt und funktionstüchtig und die Nachfrage durch die Distributionsverträge nachgewiesen. Dass die Geräte in der Folge nicht abgerufen worden sind, stelle eine unzulässige ex-post Betrachtung dar. Für den Einsatz als Messgerät seien sodann keine klinischen Studien erforderlich (act. 52 Rz. 76 ff.).

b) In Bezug auf die angeblich angepriesene Marktreife des O.\_\_\_\_\_s unterscheiden die Kläger nicht zwischen den prospektähnlichen Dokumenten und den weiteren Aussagen und dem Verhalten der Beklagten. Für die Beurteilung der Prospekthaftung können allerdings nur diejenigen Aussagen berücksichtigt werden, welche in den entsprechenden Dokumenten gemacht worden sind (dazu vorne E. 3.3.1.4). Weitere Äusserungen gegenüber den Klägern können einzig für die Frage der Überprüfbarkeit der Tatsachen beigezogen werden. Auch wird nur beschränkt zwischen den Zeitpunkten der Aussagen und der Erkenntnisse differenziert. So kann allgemein darauf hingewiesen werden, dass Erwartungen der Beklagten, welche erst aufgrund neuer Erkenntnisse nach den Investitionen durch die Kläger erschüttert worden sind, nicht per se eine Grundlage darstellen, welche den Beklagten gegenüber den Klägern weitere Aufklärungspflichten auferlegt hätten.

Die Einschätzung anderer Investoren (act. 42 Rz. 40 und Rz. 334 ff.) kann keinen Beweis dafür darstellen, dass die Beklagten die Situation falsch eingeschätzt hätten. Es ging - wie gesagt - um Prognosen über die Zukunft, konkret um die Frage, ob das Gerät in der vorliegenden Entwicklungsstufe bereits über einen Markt verfügt. Dabei gibt es ein Ermessen, welches nicht von jedem Marktteilnehmer gleich wahrgenommen wird. So hat jeder Investor eigene Ziele und Richtlinien für die Finanzierung von Projekten. Bei der von den Klägern als Garantin für die fehlende Marktfähigkeit zitierten Investorin (act. 42 Rz. 40; act. 43/16) handelt

es sich um die AR.\_\_\_\_\_ Stiftung für Krebsforschung, die in einem spezifischen Bereich tätig ist, der durch das Grundgerät der "K.\_\_\_\_\_" noch nicht abgedeckt wurde.

Auch aus den Erkenntnissen des *Advisory Boards* und dem Workshop mit der Derma Case-Group kann nicht generell auf eine fehlende Marktreife geschlossen werden. Die Experten haben zwar den Nutzen einer TEWL-Messung für gewisse Bereiche generell in Frage gestellt. Sie haben aber auch bestätigt, dass mehr als 2'500 Studien zu diesem Wert durchgeführt worden seien (act. 29/53 S. 4; act. 29/55). Dies allein zeigt, dass ein (wissenschaftliches) Interesse an solchen Messungen besteht. Es kann also entgegen der Kläger (act. 42 Rz. 56) nicht gesagt werden, dass ein Markt für TEWL-Messgeräte gar nicht besteht. Insbesondere weisen die Kläger selbst auf andere Geräte hin, welche im Markt erhältlich sein sollen (act. act. 42 Rz. 35). Gegebenenfalls wären die Erwartungen hinsichtlich Absatzmöglichkeiten anzupassen gewesen. Allerdings handelt es sich dabei - wie erwähnt - um Zukunftsprognosen, welche vom Prospektersteller auch in einer optimistischen Form aufgenommen werden dürfen (vgl. vorne E. 3.3.2.5).

c) Wie gezeigt gelingt es den Klägern in Bezug auf die einzelnen Aussagen nur punktuell, eine irreführende oder fehlerhafte Angabe in den prospektähnlichen Mitteilungen zu belegen. Allerdings kann sich die Pflichtverletzung bei der Prospekthaftung auch aus den gesamten Umständen bzw. dem umfassenden Inhalt der Mitteilungen ergeben. Insbesondere lassen gewisse Informationen, wenn sie in einen Zusammenhang mit anderen Aussagen gestellt werden, eine abweichende Interpretation zu. Dies machen die Kläger insofern auch geltend, wenn sie ausführen, die Beklagten hätte ihnen eine Marktreife des O.\_\_\_\_s vorgespiegelt, welche so nicht bestanden habe.

Auch in dieser Hinsicht ist vorab zu bemerken, dass lediglich die Darstellung in den prospektähnlichen Mitteilungen für die Beurteilung der Prospekthaftung relevant sein kann. Wenn die Beklagten gegenüber einzelnen Klägern weitere Ausführungen gemacht haben, die nicht in den Prospekten enthalten waren, kann dies nicht berücksichtigt werden. Einzig hinsichtlich Klarstellungen aufgrund der

ungenauen Angaben in den Emissionsunterlagen ist diesbezüglich eine Ausnahme zu machen. Soweit die Kläger aufgrund der Unklarheiten bei den Beklagten nachgefragt haben, können sich letztere nicht darauf berufen, dass einzelne Aussagen nicht direkt in den prospektähnlichen Mitteilungen enthalten waren. Die Prospektherausgeber können sich nicht darauf berufen, dass ihre Unterlagen widersprüchlich waren und die Falschangaben darum gerade nicht darin enthalten waren, soweit sie diese später (in einem relevanten Zeitpunkt) gegenüber den Empfängern des Prospekts bestätigt haben. Ein solches Verhalten wäre widersprüchlich und ist rechtlich nicht zu schützen.

In den prospektähnlichen Dokumenten, die die Kläger von den Beklagten erhalten haben, findet sich keine konkrete Aussage darüber, ob und zu welchem Zweck das O.\_\_\_\_\_ bereits marktreif ist. Letztlich geht es deshalb bei der Frage nach der vorgespiegelten Marktreife des O.\_\_\_\_\_s darum, ob die Beklagten mit der Gesamtheit der gemachten Aussagen ein im Zusammenhang irreführendes Bild aufgezeigt haben. Dabei ist vorab festzuhalten, dass auch in dieser Hinsicht die Erkenntnisse Dritter nicht oder nur am Rande eine Rolle spielen. Massgebend ist alleine, was die Beklagten den Klägern mitgeteilt haben und ob sie dies aufgrund ihrer eigenen Erkenntnisse durften. Wenn die Kläger entsprechend E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Vertriebsleiter und Vertriebsgesellschaften zitieren, welche teilweise nach den Investitionen geführt wurden (etwa act. 42 Rz. 44 ff.), kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die enthaltenen Aussagen bei den Beklagten als bekannt vorausgesetzt werden können. Eine Befragung der an den Konversationen beteiligten Dritten erübrigt sich entsprechend.

d) Die einzelnen Aussagen der Beklagten in den Emissionsunterlagen ergeben ein Gesamtbild, das die Bedeutung der (an sich zutreffenden) Einzelaussagen auf eine andere Ebene hebt. Als zentrale Behauptung sind die Angaben zu den Umsatzaussichten anzusehen. Die Beklagten stellten den Klägern in verschiedener Formulierung wesentliche Umsätze von rund CHF 100 Mio. in drei Jahren in Aussicht. Wie gezeigt konnten sich die Beklagten für diese Aussage auf die Distributionsverträge stützen. Darin sind Abnahmeverpflichtungen vorgesehen, welche entsprechende Umsätze als zulässige Prognose erscheinen lassen

(act. 3/101+102; act. 29/47-52, vorne E. 3.3.2.5). Auch ist den Prospekterstellern grundsätzlich erlaubt, die Erwartungen positiv zu formulieren, sofern sie gleichzeitig auf die Risiken hinweisen. Dieser Aspekt geht in den Emissionsunterlagen der Beklagten unter. So kann aus den hohen Umsatzerwartungen und den bestehenden Abnahmeverpflichtungen auf Tatsachen geschlossen werden, die so nicht zutreffen. Die von den Beklagten erstellten Emissionsunterlagen haben diese Zusammenhänge nicht aufgegriffen. Auch wenn bezüglich der einzelnen Tatsachen keine fehlerhaften Angaben nachgewiesen werden können, ergibt sich im Gesamtzusammenhang dadurch ein anderes Bild.

Die Kläger bringen zu Recht vor, dass mit einem Dreijahresumsatz von CHF 100 Mio. Verschiedenes suggeriert wird. So bedingt der prognostizierte Umsatz für das Jahr 2016 den Verkauf von knapp 500 O.\_\_\_\_\_ (act. 3/11 S. 9; act. 3/12 S. 12; act. 3/13 S. 7 und act. 3/14 S. 7). Dabei handelt es sich um die (laut Beklagten) maximale Kapazität, welche mit den damals vorhandenen Maschinen bei der AA.\_\_\_\_\_ GmbH möglich war. Auch wenn keine Angaben zur damaligen Produktion vorhanden waren und die Kläger nicht darauf schliessen durften, dass die Kapazitäten bereits bis anhin beinahe ausgereizt wurden (vorne E. 3.3.2.7), wird mit dem Verkaufsziel doch eine erhebliche laufende Produktion angedeutet. Es scheint auch illusorisch, eine Produktion, die gegen null tendiert, innert kürzester Zeit auf einen an die Kapazitätsgrenzen grenzenden Dreischichtbetrieb auszubauen. Nur schon der Personalbedarf ist für den Schichtbetrieb deutlich höher einzustufen, was nicht innert weniger Tage angepasst werden kann. Dass eine solche Steigerung erforderlich gewesen wäre, wurde in den Emissionsunterlagen jedoch nicht erwähnt.

Ein weiterer Aspekt ist der anvisierte Verkaufspreis von EUR 10'000.– pro Gerät. Auch wenn es sich um ein medizinisches Messgerät handelt, scheint der Preis für ein reines TEWL-Messgerät sehr hoch. Die Kläger machen denn auch geltend, dass zu diesem Zweck Messgeräte für einen deutlich geringeren Preis auf dem Markt gewesen seien. Dies wird von den Beklagten nicht substantiiert bestritten, wobei diese hervorheben, dass es sich nicht um Geräte mit ähnlicher Messqualität handle (act. 52 Rz. 429). Der Preis liesse sich folglich nur rechtferti-

gen, wenn das O.\_\_\_\_\_ einen Mehrwert leisten könnte, was mit der Diagnosefähigkeit erreicht werden sollte. Genau dafür wären aber weitere klinische Studien erforderlich gewesen. Die Experten waren sich auch nicht einig, welche Einsatzbereiche dabei kommerziell vielversprechend wären (act. 29/53). Auch wenn dieses Panel erst nach der Erstellung der Emissionsunterlagen stattgefunden hat, zeigt sich darin ein Risiko, welches den Beklagten bereits früher bewusst sein musste und worauf sie hätten hinweisen müssen: Solange die erforderlichen Studien nicht vorliegen, kann auch deren Resultat nicht vorweg genommen werden. Beim prognostizierten Umsatz wird aber weder das Risiko erwähnt, noch wird in Betracht gezogen, dass bei einer Verzögerung der Studien erst später mit dem eigentlichen Vertrieb begonnen werden könnte. Schliesslich können auch die Abnahmeverpflichtungen kaum abgerufen werden, solange die Messgeräte nicht über die erforderlichen Funktionen verfügen. Aufgrund der verschiedenen weiteren Vorkommnisse und Rückmeldungen (act. 42 Rz. 88 ff.) hätte den Beklagten ebenfalls bewusst sein müssen, dass sie zumindest die bestehenden Risiken in den Emissionsunterlagen aufführen müssten.

Der genannte Eindruck wird auch durch die inkonsistenten Aussagen zu den benötigten Mitteln gestützt. In den Emissionsunterlagen werden die Entwicklungskosten für das glucoMeter oder das colonMeter zwar nicht explizit erwähnt; verschiedene Aussagen lassen aber darauf schliessen, dass diese bei Erreichen des Investitionsziels von CHF 5-7 Mio. gedeckt wären. In einzelnen Präsentationen wird etwa angedeutet, dass dem Vertrieb des glucoMeter einzig die fehlenden Studien entgegen stünden (act. 3/11 S. 17; act. 3/12 S. 16). Das Potential der Technologie wird ohne Vorbehalte angepriesen. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Weiterentwicklungen erst angedacht worden sind, kann aufgrund des Gesamtbilds doch erwartet werden, dass diese zumindest zu einem relevanten Teil mit den angepeilten Investitionen entwickelt werden können. Aber selbst im vorliegenden Prozess bleibt unklar, was die Beklagten mit den angestrebten CHF 5-7 Mio. hätten finanzieren wollen. Während sie einerseits darauf beharren, diese Mittel hätten alleine für den "*Derma Case*", also den Markteintritt mit dem O.\_\_\_\_\_ mittels Studien und Ausbau der Produktion gedient, erwecken sie gleichzeitig den Eindruck, diese Ziele hätten bereits mit den von den Klägern in-

vestierten knapp CHF 2 Mio. erreicht werden können. Dies lässt aber wiederum darauf schliessen, dass die Gelder eben auch für die Weiterentwicklung bestimmt waren und mangels Risikohinweisen auch, dass sie dafür zumindest nach dem damaligen Stand ausreichend sein sollten.

e) Die klägerische Argumentation ist allerdings auch nicht frei von Widersprüchen. So machen die Kläger geltend, die Gelder seien nicht wie versprochen in die Erstellung klinischer Studien investiert worden, welche für die Marktreife erforderlich gewesen wären, wollen aber gleichzeitig darüber getäuscht worden sein, dass die Geräte bereits marktreif sein sollen. Diese vermeintlichen Widersprüche resultieren daraus, dass die Kläger die einzelnen Behauptungen isoliert betrachten und nur beschränkt in einen Gesamtzusammenhang stellen. Es ergibt sich daraus, dass eine intensivere Befassung mit den Emissionsunterlagen gegebenenfalls bereits ausgereicht hätte um die fehlerhaften Vorstellungen auf Seiten der Kläger zu eliminieren. Dies befreit die Beklagten allerdings nicht davon, auf die ihnen bekannten Risiken hinzuweisen.

Dieses Fehlen jeglicher Risikohinweise stellt eine Unvollständigkeit der prospektähnlichen Mitteilungen dar.

#### 3.3.2.11. Zusammenfassung

Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Beklagten in den relevanten Emissionsunterlagen ein Produkt angepriesen haben, das sofort in einer grossen Zahl verkauft werden könnte, und mit dem umgehend wesentliche Umsätze erzielt werden könnten. Die zu gründende K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG wurde als Vertriebsgesellschaft angekündigt, die die Leistungen der K.\_\_\_\_\_ GmbH übernehmen sollte. Auch wurden weitere medizinische Messgerät so angepriesen, dass zumindest nicht damit gerechnet werden musste, dass dafür weitere (weit grössere) Investitionen erforderlich sein könnten. Ein nachhaltiger Erfolg der neuen Gesellschaft war damit von verschiedensten Faktoren abhängig. Dies ergibt sich aus den Emissionsunterlagen aber nur beschränkt. Die Beklagten haben nicht auf Risiken und Unsicherheiten hingewiesen. Sie haben zwar wenige eigentliche Falschaussagen gemacht, haben aber die problematischen Punkte umgan-



gen, indem sie zu den fraglichen Themen gar keine Informationen abgegeben haben, insbesondere etwa zum Umfang der laufenden Produktion oder zum aktuellen wissenschaftlichen Stand bezüglich des Verwendungszwecks eines TEWL-Messgeräts. Irreführende Informationen im Sinne von Art. 752 OR können auch vorliegen, wenn die angegebenen Tatsachen eigentlich korrekt bzw. die Prognosen zulässig sind, aber nicht auf die Risiken hingewiesen wird, welche sich verwirklichen könnten. Genau dies ist vorliegend der Fall. Die Beklagten haben die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG als faktisch stabiles Unternehmen dargestellt, das ohne wesentliche Risiken den Betrieb aufnehmen und sofort profitabel wirtschaften könnte. Welche Hürden bis zu diesem Zeitpunkt (Studien, Entwicklung, Einstieg Vertrieb etc.) noch überwunden werden müssen, haben sie nicht klar mitgeteilt. Auch liessen die Emissionsunterlagen verschiedentlich einen weiten Interpretationsspielraum, was zwar hinsichtlich der Einzeltatsachen nicht relevant sein kann (dazu vorne), aber im Gesamtzusammenhang zum irreführenden Bild beiträgt. Auch wenn (so die Beklagten, dazu hinten E.3.3.5) der Totalverlust letztlich auf das Handeln des Beklagten 1 und die schwierige Zusammenarbeit zwischen den Parteien zurückzuführen sein soll, ändert dies nichts daran, dass die Informationen in den Emissionsunterlagen irreführend waren. Die Angaben in den Emissionsunterlagen stellen folglich eine relevante Grundlage für die Prospekthaftung im Sinne von Art. 752 OR dar.

Konkret kann den Beklagten vorgeworfen werden, dass sie nicht über die Höhe der anfallenden Beratungskosten informiert haben. Weiter sind ihre Angaben zur Anwendungsbreite leicht widersprüchlich, und sie haben hinsichtlich der Anwendungsfelder, dem Potential und dem bisherigen Einsatz des Geräts optimistische bzw. teilweise nicht belegbare Angaben gemacht. Auch wenn dies nicht per se als unzulässig anzusehen ist, fehlt es doch an der in diesem Zusammenhang erforderlichen Risikoaufklärung. Dasselbe gilt hinsichtlich der Umsatzprognosen. Schliesslich wäre es an den Beklagten gewesen, gegenüber den Klägern 3-5 die Möglichkeit offen zu legen, dass die U.\_\_\_\_\_ unter gewissen Umständen einen Teil des Gewinns der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG abschöpfen könnte. Insgesamt liegen damit prospektähnliche Mitteilungen vor, die teilweise falsche

und unvollständige Angaben enthalten, womit die erste Voraussetzung der Prospekthaftung erfüllt ist.

### 3.3.3. Mitwirkung der Beklagten

Der Prospekthaftung unterstehen sämtliche Personen, die in irgend einer Rolle bei der Erstellung oder Verbreitung des Prospekts oder der prospektähnlichen Mitteilungen mitgewirkt haben. Dazu zählen neben den handelnden Organen insbesondere auch Berater, welche einen wesentlichen Beitrag geleistet haben (WATTER, a.a.O., N 10 zu Art. 752 OR).

Die Mitwirkung der Beklagten an den Emissionsunterlagen ist soweit unbestritten. Der Beklagte 1 ist und war Inhaber der K.\_\_\_\_\_ GmbH in L.\_\_\_\_\_ und hat die fraglichen Sensoren entwickelt. Die in den Emissionsunterlagen enthaltenen Informationen stammen mehrheitlich von ihm. Die Beklagte 3 wurde vom Beklagten 1 als Beratungsunternehmen beigezogen. Sie zeichnet sich auf den abgegebenen Unterlagen als verantwortlich (etwa act. 3/11-14, jeweils letzte Seite). Der Beklagte 2 ist und war einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beklagten 3 und hat die Kontakte zu den Klägern gepflegt und ihnen die Unterlagen jeweils abgegeben. Die Zusammenarbeit der Beklagten im Rahmen der Erstellung der Unterlagen wurde im August 2016 für einzelne Dokumente durch den damaligen Rechtsvertreter des Beklagten 2 bestätigt (act. 3/74).

Sämtliche Beklagten waren folglich an der Erstellung und Verbreitung der Emissionsunterlagen in einer bestimmten Rolle beteiligt. Ob ihr jeweiliges Verhalten haftungsbegründend war, ist eine Frage des Verschuldens und unter jenem Titel zu prüfen. So macht etwa der Beklagte 1 geltend, die Emissionsunterlagen vor dem vorliegenden Prozess nie gesehen zu haben, und die Beklagten 2 und 3 stützen sich darauf, die wesentlichen Angaben unbesehen vom Beklagten 1 übernommen zu haben.

### 3.3.4. Verschulden

#### 3.3.4.1. Parteidarstellungen

a) Die Kläger führen aus, die Beklagten hätten sich auf die Investorensuche intensiv vorbereitet und umfassende Emissionsunterlagen erstellt. Es hätte ihnen klar sein müssen, dass die Angaben zum O.\_\_\_\_\_ weit überzogen und irreführend gewesen seien. Die Beklagten hätten die falschen Aussagen gegenüber den Klägern wider besseres Wissen gemacht und damit zumindest eventualvorsätzlich gehandelt (act. 1 Rz. 161 ff. und Rz. 424 ff.; act. 42 Rz. 266). Den Beklagten 2 treffe das Hauptverschulden. Einerseits sei er als Verwaltungsrat der Beklagten 3 federführend bei der Erstellung der Emissionsunterlagen gewesen. Andererseits sei ihm als designierter Verwaltungsratspräsident der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG die Führungsrolle im Hinblick auf die Durchführung der Investorensuche zugestanden. Diese habe der Beklagte 2 wahrgenommen. Er habe die irreführenden und falschen Aussagen in den Emissionsunterlagen gekannt. Zu seinen Aufgaben hätte das kritische Hinterfragen der vorhandenen Informationen gehört, was er unterlassen habe. Trotz konkreten Verdachtsmomenten hätten die Beklagten 2 und 3 die Angaben des Beklagten 1 unkritisch übernommen. Spätestens nach der Sitzung des *Advisory Boards* hätten die Angaben im Prospekt überprüft werden müssen. Sodann sei er beim Optionskonstrukt zur Austrocknung der U.\_\_\_\_\_ federführend gewesen. Wer intern die Verantwortung für die von der AC.\_\_\_\_\_ AG ausgearbeitete Lösung trage, sei irrelevant. Eine klare Abgrenzung zwischen den Handlungen des Beklagten 2 als natürliche Person und als Vertreter der Beklagten 3 oder später der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG sei nicht ersichtlich (act. 1 Rz. 165 ff. und Rz. 427 ff.; act. 42 Rz. 264 und Rz. 535 f.). Der Beklagten 3 sei das Verschulden des Beklagten 2 als einziger Verwaltungsrat vollumfänglich anzurechnen. Eine klare Trennung oder Abgrenzung der Rollen sei aus den Unterlagen nicht ersichtlich und werde nicht substantiiert behauptet oder belegt (act. 1 Rz. 432; act. 42 Rz. 537). Der Beklagte 1 habe als einziger die erforderlichen Fachkenntnisse bezüglich Funktionsweise, Entwicklungspotential und Einsatzmöglichkeiten gekannt. Von ihm habe erwartet werden dürfen, dass er dafür besorgt sei, dass das O.\_\_\_\_\_ nur für diejenigen Einsatzzwecke beworben wer-

de, für welche es technisch bereits geeignet sei. Er hätte auch eine nachvollziehbare Chancen- und Risikobewertung verständlicher und wahrheitsgetreuer Form in die Emissionsunterlagen integrieren müssen. Der Beklagte 1 müsse sich verschiedene falsche bzw. irreführenden Aussagen vorwerfen lassen (act. 1 Rz. 167 und Rz. 433 ff.; act. 42 Rz. 266 ff.). Zudem sei den Beklagten gemeinsam vorzuwerfen, die Kläger über die tatsächliche Verwendung der Gelder getäuscht zu haben (act. 1 Rz. 437). Seine Beteiligung an der Erstellung der Emissionsunterlagen habe der Beklagte 1 nicht substantiiert bestritten bzw. für das Dokument "Anwendungsbreite der K. \_\_\_\_\_ Plattform" gar bestätigt (act. 42 Rz. 817 ff.).

b) Der Beklagte 1 bestreitet seine Beteiligung an der Erstellung der Unterlagen. Es sei daraus klar ersichtlich, dass die Beklagte 3, vertreten durch den Beklagten 2 und J. \_\_\_\_\_, die Dokumente verantwortete. Er sei an den verschiedenen Vorgängen der Herausgabe von Dokumenten nicht beteiligt gewesen und stehe auch nicht im E-Mail-Verteiler. Der Beklagte 1 habe dem Beklagten 2 und J. \_\_\_\_\_ technische Unterlagen, Händlerverträge und weitere Unterlagen der K. \_\_\_\_\_ GmbH zur Verfügung gestellt. Diese seien im Datenraum zur Due Diligence abgelegt worden, welcher von den Klägern aber nicht konsultiert worden sei. Die darin verfügbaren Dokumente seien nach gesetzlichen und staatlichen Vorgaben kontrolliert worden. Ihn treffe keine Pflicht, weltweit nach möglichen Falschaussagen zu suchen und diese zu korrigieren. Richtig sei, dass der Beklagte 1 den Beklagten 2 und J. \_\_\_\_\_ aus dem Verwaltungsrat abgewählt habe, um deren Treiben ein Ende zu setzen, und er die Investoren über Fehlentwicklungen informiert habe (act. 26 S. S. 56 ff., S. 103 ff. und 144 ff.; act. 50 S. 32 ff. und S. 113 ff.).

Die Beklagten 2 und 3 halten dagegen, dass keine Prüfungspflicht für Aussagen von Experten bestehe. Bei der K. \_\_\_\_\_-Technologie handle es sich um eine komplexe Materie, weshalb sich die Beklagte 3 in technischen Belangen auf die Aussagen des Beklagten 1 und der beigezogenen Experten habe verlassen dürfen. Das Potential sei aufgrund der technischen Komplexität nur beschränkt überprüfbar gewesen; dies sei für eine Startup-Situation aber gerade typisch. Was überprüfbar gewesen sei, habe sie verifiziert: die Patente, die CE-Zertifizierung, die Distributionsverträge, das diagnostische Potential und das Vorhandensein der

Produktionsanlage. Sie hätten anhand der vorhandenen Unterlagen eine ausführliche Due Dilligence und Plausibilitätsprüfung durchgeführt, alle Aussagen betreffend Anwendung in Abstimmung mit dem Beklagten 1, verfasst und seien den Empfehlungen des *Advisory Boards* gefolgt. Auch hätten sie zahlreiche Studien durchgesehen und die Produktion besichtigt. Den beigezogenen Experten hätten sie vertrauen dürfen. In rechtlichen Belangen hätten sie sich ebenfalls auf die Beratung durch die beigezogenen Experten verlassen dürfen und müssen, was insbesondere den Vorschlag mit der Call-Option für die Übernahme der K.\_\_\_\_\_ GmbH betreffe. Zwischen dem Beklagten 2 und 3 sei zu unterscheiden, sie seien in anderer Weise beteiligt gewesen und könnten nicht gleichgesetzt werden. Es habe keine Personalunion bestanden und der Beklagte 2 sei am Funding nicht beteiligt gewesen (act. 28 Rz. 246 ff.; act. 52 Rz. 201 und Rz. 375 ff.).

#### 3.3.4.2. Verschulden des jeweiligen Beklagten

Vorab ist zu wiederholen, dass das Verschulden für jeden Beklagten einzeln zu beurteilen ist. Jeder Beklagte hat nur für sein eigenes Verhalten bzw. seine eigenen Pflichtverletzungen einzustehen, wobei ein fahrlässiges Verhalten genügt (WATTER, a.a.O., N 29 zu Art. 752 OR; BÖCKLI, a.a.O., §18 N 37a). Das Verhalten der übrigen Beteiligten an der Erstellung des Prospekts hat er grundsätzlich nicht zu verantworten, wobei sich daraus im Einzelfall weitere Pflichten ergeben können. So kann entgegen der Kläger die Verantwortlichkeit nicht daraus abgeleitet werden, dass die Beklagten 1 und 2 etwa in den Präsentationen "*Investment Case*" als Mitglieder des Verwaltungsrates bezeichnet werden (so act. 1 Rz. 165 ff.). Vielmehr ist zu eruieren, in welcher Form sie tatsächlich beteiligt gewesen sind. Soweit unbestritten sind die grundlegenden Rollen der Beklagten im Rahmen der Emission. Der Beklagte 1 lieferte die Informationen und technischen Unterlagen zu den entwickelten Geräten und die weiteren bestehenden Verträge. Diese wurden von den Beklagten 2 und 3 in die Emissionsunterlagen integriert und den Investoren vorgestellt. Dabei zeichnete die Beklagte 3 für die Emissionsunterlagen an sich verantwortlich (vgl. act. 3/11-14 letzte Seite) und der Beklagte 2 führte die Investitionsgespräche und übermittelte die Unterlagen an die Kläger.

#### 3.3.4.2.1. Beklagter 1

a) Die irreführenden Informationen (vorne E. 3.3.2) stammen ursprünglich vom Beklagten 1. Er stellte diese den übrigen Beklagten zu, welche sie an die Investoren weiterleiteten. Dabei macht er geltend, dass er die eigentlichen Emissionsunterlagen vor dem vorliegenden Prozess nie gesehen habe. Soweit diese Aussage zutrifft, fehlte es dem Beklagten 1 wohl an einer Kontrollmöglichkeit, welche Informationen tatsächlich veröffentlicht werden. Dies lässt seine Verantwortlichkeit jedoch nicht entfallen. Die Prospekthaftung ist so konzipiert, dass sämtliche an der Erstellung des Prospekts beteiligten, die ihre Pflichten verletzen, haftpflichtig werden. Auch der Beklagte 1 war verpflichtet, die wesentlichen Informationen korrekt und vollständig wiederzugeben. Selbst wenn er am Zusammenstellen der prospektähnlichen Unterlagen letztlich nicht beteiligt war (was offen gelassen werden kann), entbindet ihn dies nicht von der Pflicht, die eigentlichen Ersteller auf ihm bekannte Risiken hinzuweisen bzw. bei Bekanntwerden eine Änderung der Emissionsunterlagen anzuregen. Es wäre ihm auch möglich gewesen, auf die Integration entsprechender Hinweise hinzuwirken. Er war der Entwickler des O.\_\_\_\_s und kannte daher den aktuellen Stand am besten. Er selbst bringt vor, dass für den Vertrieb weitere klinische Studien und die Produktion von Booklets erforderlich gewesen wären. Er hätte gegenüber den Beklagten 2 und 3 die ihm bekannten Risiken hervorheben müssen. Er macht aber nicht geltend, die nun als irreführend identifizierten Aussagen so nicht gemacht zu haben bzw. die Beklagten 2 und 3 darauf hingewiesen zu haben, dass die Risikohinweise gemacht werden müssen.

Der Beklagte 1 hält weiter fest, dass ihn keine Pflicht treffe, weltweit nach Informationen zu suchen (etwa act. 50 S. 32), die über sein Produkt veröffentlicht werden und diese zu korrigieren. Auch wenn dies zutreffen mag, kann der Beklagte 1 daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es geht nicht um unkontrolliert und durch dem Beklagten 1 nicht bekannte Personen verbreitete Unterlagen bzw. Informationen. Die Investorensuche und die Erstellung der Emissionsunterlagen erfolgte durch die von ihm beauftragten Beklagten 2 und 3. Diese konnten mangels eigener Kenntnisse nur gestützt auf seine Aussagen Materialien erstellen. Dies-

bezüglich könnte dem Beklagten 1 zugemutet werden, auf den Inhalt der Emissionsunterlagen Einfluss zu nehmen.

Die Ausführungen des Beklagten 1 zur Absetzung der Verwaltungsräte und den späteren Entwicklungen (etwa act. 50 S. 114) sind nicht relevant. Auch wenn eine sofortige Information gegebenenfalls als Indiz für die Absichten des Beklagten 1 dienen kann, ändert dies nichts daran, dass es sich um Vorgänge nach den Investitionen der Kläger handelt und diese für die Beurteilung der vorliegenden Klage nicht entscheidend sind.

b) Die Beteiligung des Beklagten 1 an der Erstellung der Emissionsunterlagen in der Form des zur Verfügung Stellens der erforderlichen Unterlagen ist unbestritten und belegt. Weiter haben die Kläger auch substantiiert belegt, dass dem Beklagten 1 die Risiken, insbesondere hinsichtlich der noch fehlenden klinischen Studien, hätten bekannt sein müssen. Dass er bei der Übergabe der Unterlagen an die Beklagten 2 und 3 nicht explizit auf die ihm bekannten Risiken hingewiesen und die Integration dieser Aussagen in die Emissionsunterlagen angeregt hat, also nicht im Rahmen seiner Möglichkeiten auf die Vollständigkeit der Emissionsunterlagen hingewirkt hat, stellt eine Pflichtverletzung dar. Damit trifft den Beklagten 1 ein Verschulden.

Kein Verschulden liegt jedoch hinsichtlich der Option zur Umgehung der Rückzahlungsverpflichtung vor. Der Beklagte 1 hat hier auf die Ausführungen der beigezogenen Experten der AC.\_\_\_\_\_ AG vertraut. Dies ist zulässig und kann ihm nun nicht vorgeworfen werden (vgl. dazu die Ausführungen zur Beklagten 3).

#### 3.3.4.2.2. Beklagter 2

a) Unbestritten ist, dass der Beklagte 2 die Investitionsgespräche mit den Klägern bzw. deren Vertretern geführt und ihnen auch die Unterlagen (direkt oder über S.\_\_\_\_\_) zukommen lassen hat. Strittig - und für seine Verantwortung entscheidend - ist, in welcher Rolle er dies gemacht hat. Die Beklagten 2 und 3 machen geltend, dass er dabei als Vertreter der Beklagten 3 gehandelt habe, während die Kläger das Handeln als natürliche Person in den Vordergrund stellen.

b) Die Beklagten 2 und 3 halten zu Recht fest, dass aus dem Umstand, dass der Beklagte 2 einziger Aktionär und Verwaltungsrat der Beklagten 3 ist, keine Personalunion abgeleitet werden kann. Das Gesellschaftsrecht basiert auf der vollständigen Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern. Ein Durchgriff auf den Alleinaktionär ist nur möglich, wenn dieser die eigene Persönlichkeit der juristischen Person missachtet oder diese anderweitig in missbräuchlicher Weise für eigene Zwecke einsetzt. Im Vordergrund steht das Unterlassen einer klaren Trennung zwischen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre (vgl. dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 2 N 54 ff.). Demgegenüber haben sich juristische Personen das Handeln ihrer Organe anzurechnen, soweit dieses dem Zweck der Gesellschaft dient (Art. 55 Abs. 2 ZGB).

Vorliegend wurde das Mandat zur Investorensuche der Beklagten 3 erteilt (act. 3/87+88). Der Beklagte 2 hat in seiner Rolle als Mitarbeiter und Verwaltungsrat der Beklagten 3 mit den Klägern Kontakt aufgenommen und die Investitionsgespräche geführt. Auch sind die Unterlagen mit einem Disclaimer der Beklagten 3 versehen und die E-Mail-Kontakte wurden jeweils über die Geschäftsadresse "... [E-Mail Adresse]" (vgl. etwa act. 3/26; act. 3/27 oder act. 3/31) bzw. über S.\_\_\_\_\_, Angestellte der Beklagten 3, geführt. Schliesslich wurden die erbrachten Leistungen auch so in Rechnung gestellt: als Leistungen durch den Beklagten 2 und J.\_\_\_\_\_ als Angestellte der Beklagten 3 (act. 3/111). Damit hat der Beklagte 2 grundsätzlich als Vertreter der Beklagten 3 gehandelt, und diese hat sich seine Handlungen anzurechnen. Ein Sachverhalt, aus welchem ein Durchgriff hergeleitet werden könnte, ist nicht ersichtlich. Das Handeln des Beklagten 2 konnte stets der Beklagten 3 zugerechnet werden. Somit bleibt zu prüfen, ob sich der Beklagte 2 zusätzlich persönlich verantwortlich gemacht hat.

c) Der Beklagte 2 war bereits früh im Emissionsprozess als Präsident des Verwaltungsrats der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG vorgesehen. Daran ändert auch nichts, dass das Mandat im Rahmen des Beratungsvertrages zwischen der Beklagten 3 und der K.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG angenommen worden ist (act. 3/87+88 jeweils Ziff. 2.4). Mit einem Verwaltungsratsmandat sind diverse



Rechte und Pflichten verbunden, welche dem Verwaltungsrat von Gesetzes wegen zukommen, unabhängig davon, aus welchen Gründen er die Position annimmt. Zumindest im Aussenverhältnis kann er sich auf diese Rechte berufen, hat sich aber auch auf die Pflichten behaften zu lassen (MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, in: HONSELL/VOGT/WATTER, BSK OR II, a.a.O., N 32 zu Art. 707 OR m.w.H.). Von Anfang an wurde der Beklagte 2 den Klägern als zukünftiger Verwaltungsratspräsident vorgestellt (act. 3/11 S. 13; act. 3/12 S. 20; act. 3/13 S. 12; act. 3/14 S. 12). Er hat damit den Eindruck erweckt, dass er die Gespräche auch in dieser Rolle geführt hat, lag es doch auch in seinem Interesse, dass weitere Gelder akquiriert werden sollen. Gerade zukünftige Verwaltungsräte einer neu zu gründenden Gesellschaft sind typische Passivlegitimierte der Prospekthaftung (WATTER, a.a.O., N 10 zu Art. 752 OR; VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 7). Es wäre daher am Beklagten 2 gewesen, im Kontakt mit den Klägern klarzustellen, in welcher Rolle er an sie heran tritt: Als Vertreter der Beklagten 3 oder als designierter Verwaltungsratspräsident der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG. Ohne dieses aktive Vorgehen des Beklagten 2 war es den Klägern nicht möglich, das Handeln zuzuordnen. Rückwirkend ein reines Vertretungsverhältnis zu konstruieren, um die persönliche Haftung zu beschränken, ist nicht zulässig. Der Beklagte 2 hat sich auf sein früheres Verhalten zu behaften und hat für seine Pflichtverletzungen, in der Rolle als zukünftiger Verwaltungsrat, einzustehen.

d) Unbestritten ist, dass der Beklagte 2 letztlich den Klägern die streitgegenständlichen Unterlagen übergeben hat. Er hat damit die relevanten Dokumente verbreitet, was eine Passivlegitimation begründen kann (WATTER, a.a.O., N 10 zu Art. 752 OR). Seine Mitwirkung an der Verbreitung war auch eine wesentliche, zumal die Unterlagen einzig durch ihn oder auf seine Anweisung hin weitergegeben wurden. Seine Pflichten ergeben sich aus der Stellung als zukünftiger Verwaltungsrat. Der Beklagte 2 war an der K.\_\_\_\_\_ GmbH nie beteiligt. Er wurde von dieser und vom Beklagten 1 über die Beklagte 3 als Berater beigezogen. Im Zeitpunkt der Prospekterstellung und der Investitionsgespräche oblag die Leitung der K.\_\_\_\_\_ GmbH alleine dem Beklagten 1. Der Beklagte 2 kam als Aussenstehender dazu und konnte sich entsprechend nicht auf seine persönliche Erfahrung stützen. Vielmehr musste er die erforderlichen Informationen vom Beklagten 1 er-

hältlich machen. Da seine Pflichten im Rahmen der Emission damit denjenigen der Beklagten 3 als Organisatorin der Emission entsprechen, ist das Verschulden der Beklagten 2 und 3 gemeinsam zu beurteilen. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen zur (federführenden) Beklagten 3 verwiesen.

#### 3.3.4.2.3. Beklagte 3

a) Die Beklagte 3 handelte im Rahmen der Investorensuche als Beraterin der K.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG (act. 3/87+88, welcher Vertrag gültig ist, ist für das Verschulden irrelevant) und des Beklagten 1. Dabei hat sie - in der Person des Beklagten 2 und teilweise weiterer Mitarbeiter - die streitgegenständlichen Emissionsunterlagen erstellt, und der Beklagte 2 hat diese - nach eigener Darstellung als Vertreter der Beklagten 3 - den interessierten Personen, insbesondere den Klägern, zukommen lassen. Als Erstellerin haftet die Beklagte 3 folglich bei eigenem Verschulden für die Fehler in den prospektähnlichen Unterlagen. Dabei ist die Beklagte 3 als aussenstehende Person anzusehen, die für ihre Beurteilung bzw. Kenntnis vom Betrieb und den Produkten der K.\_\_\_\_\_ GmbH auf die Angaben des Beklagten 1 angewiesen war. Gleichzeitig musste sich die Beklagte 3 bewusst sein, dass gerade diese Eigenschaft die Aussagen in den prospektähnlichen Mitteilung glaubwürdiger erscheinen lassen. Nicht die Emittentin selbst oder ihr nahestehende Personen haben den eigentlichen Prospekt erstellt, sondern vielmehr eine unabhängige Drittperson. In dieser Situation darf ein Investor davon ausgehen, dass die Informationen eine erste Kontrolle durchlaufen haben und dürfte einen Prospekt regelmässig weniger hinterfragen.

b) Die Beklagten 2 und 3 stellen sich in erster Linie auf den Standpunkt, dass sie die inhaltlichen Angaben vom Beklagten 1 erhalten und soweit zumutbar überprüft haben. Dazu ist vorab festzuhalten, dass der Beklagte 1 nicht als Experte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt. Vielmehr ist er selbst der Emittentin zuzuordnen. Bei deren Aussagen ist zu unterscheiden, ob es sich um ungeprüfte oder durch einen unabhängigen Dritten geprüfte Angaben handelt (WATTER, a.a.O., N 31 zu Art. 752 OR; LARISSA MAROLDA/HANS CASPAR VON DER CRONE, Prospekthaftung bei Anleiheobligationen und die Stellung der federführenden Bank, in: SZW 3/2004, S. 158 ff., S. 163 f.). Das Emissionshaus kann sich

im Resultat nur auf die Aussagen von unabhängigen Dritten unbesehen verlassen. Soweit die Informationen vom Emittenten selbst stammen, besteht eine Überprüfungspflicht. Dies gilt hier insbesondere für die Aussagen des Beklagten 1. Die eigentlichen Verfasser der prospektähnlichen Mitteilungen, hier die Beklagten 2 und 3, sind als "Vermittler" zwischen den Emittenten und den Investoren anzusehen. Sie haben auf der einen Seite den direkten Kontakt zu den Verantwortlichen der Gesellschaft, die das Geschäft am besten erklären können. Gleichzeitig tragen sie gegenüber den Investoren die Verantwortung, dass sie die erhaltenen Informationen auf eine Weise darstellen, die eine Beurteilung zulässt. Sie wären deshalb verpflichtet, die Angaben kritisch zu hinterfragen.

Die Beklagten 2 und 3 bringen vor, zur Kontrolle zahlreiche wissenschaftliche Studien durchgesehen zu haben (act. 52 Rz. 201). Gleichzeitig machen sie aber geltend, aufgrund der Komplexität sei ihnen eine Kontrolle gar nicht möglich gewesen, weshalb sie sich weitgehend auf die Angaben des Beklagten 1 hätten verlassen müssen (act. 52 Rz. 377). Darin besteht ein gewisser Widerspruch. Wenn nach eigener Aussage keine umfassende Kontrolle möglich gewesen ist, kann es sich nur um eine Plausibilisierung der Informationen handeln. Bei nicht geprüften Aussagen - und darum handelt es sich, wenn auf die Aussagen des Beklagten 1 abgestellt wird - genügt eine Plausibilitätskontrolle durch den Prospektersteller aber gerade nicht. Welche Kontrollhandlungen sie konkret vorgenommen haben wollen, führen die Beklagten 2 und 3 nicht aus. Vielmehr verweisen sie dafür auf J.\_\_\_\_\_, der mehrheitlich gehandelt haben soll (act. 52 Rz. 201). Die entsprechende Zeugenbefragung ist jedoch nicht in genügender Weise offeriert worden. Die Befragung eines Zeugen kann nicht dazu dienen, das Behauptungsfundament zu erweitern. Die Beklagten hätten entsprechend substantiiert darzulegen, wie die Kontrolle ausgestaltet gewesen sein soll.

Dasselbe gilt soweit die Beklagten 2 und 3 ausführen, mangels vorhandener Unterlagen sei eine Kontrolle nur beschränkt möglich gewesen (act. 52 Rz. 377). Auch diesbezüglich ist die Stellung des Beklagten 1 zu beachten. Seine Angaben müssen überprüft werden. Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen eine Überprüfung aus verschiedenen Gründen nicht erfolgen kann. Dem wäre im

Rahmen der Beurteilung des Verschuldens Rechnung zu tragen. Dies hat aber nicht zur Folge, dass ungeprüfte Aussagen unbesehen in den Prospekt übernommen werden dürfen. Vielmehr wären die Ersteller in dieser Situation verpflichtet, auf die speziellen Umstände hinzuweisen und im Prospekt gegebenenfalls zu vermerken, dass und aus welchen Gründen eine Überprüfung nicht erfolgen konnte. Mit der vorbehaltlosen Übernahme wird aber die vorgenommene Kontrolle und die Korrektheit der Angaben impliziert. Enthaltene Risiken - welche insbesondere aufgrund der fehlenden Überprüfbarkeit bestehen - sind in den prospektähnlichen Unterlagen nicht erwähnt. Dies trägt zum irreführenden Gesamtbild eines Prospekts bei.

Weiter führen die Beklagten 2 und 3 aus, für die Überprüfung Experten beigezogen zu haben (act. 52 Rz. 378 f.). Inwiefern Prof. Dr. AS.\_\_\_\_\_, das *Advisory Board* oder Dr. Al.\_\_\_\_\_ die Angaben überprüft hätten, wird aus den Ausführungen der Beklagten aber nicht ersichtlich, es bleibt bei einer pauschalen Behauptung. Alleine aus der Tatsache, dass sie Berater engagiert haben, kann nicht abgeleitet werden, dass sämtliche Aussagen, die der Beklagte 1 getätigt hat, durch unabhängige Dritte überprüft worden sind. Die Beklagten 2 und 3 machen weder geltend, bei den strittigen Aussagen handle es sich um diejenige der Experten, noch welche Aussagen des Beklagten 1 diese konkret verifiziert hätten. Daraus kann folglich nichts zu ihren Gunsten abgeleitet werden. Es ergibt sich daraus einzig, dass sie davon ausgehen durften, dass das O.\_\_\_\_\_ ein gewisses Potential aufweist und entsprechend eine Investition nicht völlig abwegig ist. Zum *Advisory Board* sind die Aussagen der Beklagten zudem teilweise widersprüchlich: Wenn es darum geht, ob die Erkenntnisse in die Emissionsunterlagen eingefügt werden müssten, soll es erst nach dem Investitionsentscheid getagt haben (act. 52 Rz. 471); gleichzeitig machen sie geltend, sich bei der Erstellung der Unterlagen auf dessen Aussagen verlassen zu haben (act. 52 Rz. 378). Auch dies lässt an der behaupteten Prüfung zweifeln. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch der Beizug der genannten Experten im vorliegenden Fall die Prüfung der konkreten Aussagen nicht zu ersetzen vermag.

Hinsichtlich der gemäss Beklagten 2 und 3 geprüften Dokumente bzw. der Fertigungsstrasse (act. 52 Rz. 377) ist einzig festzuhalten, dass den Beklagten dahingehend ohnehin keine Falschaussagen vorgeworfen werden können (vorne E. 3.3.2.7). Es kann daher offen gelassen werden, ob den Beklagten der Beweis dafür, dass sie das Vorhandensein geprüft hätten, gelingt. Aufgrund der tatsächlichen Vorbringen ist dies aber zu vermuten.

c) Selbst wenn aufgrund des Bezugs von Experten die Aussagen des Beklagten 1 als (weitgehend) geprüft angesehen werden könnten, würde das Verschulden der Beklagten 2 und 3 nicht entfallen. Der problematische Inhalt der Emissionsunterlagen besteht nicht in den eigentlichen Aussagen. Vielmehr wurde aufgrund der Kombination der einzelnen Aussagen und dem Weglassen negativer Aspekte und Risiken ein irreführender Gesamteindruck erweckt (vorne E. 3.3.2.10). Die bestehenden Risiken hätten von den Beklagten 2 und 3 erkannt und benannt werden müssen. Insbesondere musste ihnen - wenn sie ihre Überprüfungspflichten seriös wahrgenommen haben - bewusst sein, dass der Vertrieb noch nicht angelaufen ist. Wie sie unter diesen Umständen die zukünftigen Verkäufe ohne Vorbehalte anpreisen wollen, ohne eine ihre Pflichten zu verletzen, ist nicht ersichtlich. Die Beklagten 2 und 3 basieren ihre Argumentation im vorliegenden Prozess darauf, dass es sich um eine riskante Investition gehandelt habe und die Kläger nun die negativen Entwicklungen auf die Beklagten abschieben wollten (act. 28 Rz. 4; act. 52 Rz. 9). Dabei verkennen sie, dass in den Emissionsunterlagen gerade diese Risiken vernachlässigt wurden. Den Klägern wurde aufgrund der Kombination der Aussagen vorgespiegelt, dass der Erfolg des O.\_\_\_\_s sichergestellt und ohne wesentlichen Verzögerungen realisierbar ist. Wenn sie sich nun auf das hohe Risiko berufen, hätten sie aber bereits im Investitionszeitpunkt auf dieses Risiko hinweisen müssen. Die Gestaltung der Emissionsunterlagen, welche einen wesentlichen Einfluss auf die irreführende Gesamtwirkung hatte, haben die Beklagten 2 und 3 sodann alleine zu verantworten. Sie bestreiten auch nicht, die Emissionsunterlagen erstellt und verbreitet zu haben.

d) Anders ist die Zusammenarbeit mit der AC.\_\_\_\_ AG zu beurteilen. Die Beklagten haben diese beigezogen, um zu prüfen, ob eine Struktur gewählt werden

könne, die eine Rückzahlung der von der U.\_\_\_\_\_ erhaltenen Fördergelder von EUR 750'000.– verhindere (act. 28 Rz. 51 ff.). Auch wenn ihnen unterstellt werden muss, vom Umgehungscharakter des Optionskonstrukts gewusst zu haben, mussten sie den Vorschlag nicht weiter hinterfragen. Die Beklagten hatten die AC.\_\_\_\_\_ AG gerade deshalb beigezogen, weil sie sich bezüglich der Rechtmässigkeit des Vorgehens unsicher waren bzw. um eine rechtmässige Abwicklung vorzunehmen. Sie selber sind in diesem Bereich nicht tätig und es fehlten ihnen entsprechend auch die notwendigen Fachkenntnisse. Die Experten haben dieses Vorgehen vorgeschlagen und als zulässig bezeichnet. Da sie gerade für die kritischen Fragen beigezogen wurden und sich diese nicht erst aufgrund der Arbeit der Berater gestellt haben, war es nicht erforderlich, diese erneut zu hinterfragen. Eine Pflicht, bei heiklen Sachverhalten eine Zweitmeinung einzuholen, besteht nicht. Damit durften die Beklagten 2 und 3 auf das Urteil der AC.\_\_\_\_\_ AG bezüglich des Optionskonstrukts vertrauen und sie mussten keine entsprechenden Vorbehalte bzw. Warnungen in den Emissionsunterlagen anbringen.

e) Insgesamt ergibt sich, dass die Beklagten 2 und 3 bei der Erstellung der Emissionsunterlagen ihre Überprüfungspflichten hinsichtlich der Angaben des Beklagten 1 vernachlässigt und durch die konkrete Ausgestaltung der Mitteilungen deren irreführenden Charakter bewirkt oder zumindest gefördert haben. Damit haben sie ihre Pflichten im Rahmen der Prospekterstellung, die eine umfassende und korrekte Information ermöglichen soll, verletzt. Ein Verschulden der Beklagten 2 und 3 ist folglich gegeben.

### 3.3.5. Schaden und Kausalzusammenhang

#### 3.3.5.1. Parteidarstellungen

a) Die Kläger nennen als Schaden die volle Höhe des im Rahmen der Kapitalerhöhungen bezahlten Kaufpreises, wobei der aus dem Vergleich mit J.\_\_\_\_\_ erhältliche Betrag wie auch ein allfälliger Liquidationsgewinn und ein Schadenersatz aus dem Strafverfahren anzurechnen seien. Sie würden eine Rückabwicklung bzw. Übertragung der Aktien an die Beklagten gegen Erstattung des Erwerbspreises vorziehen. In Kenntnis der vollständigen und wahrheitsgetreuen Tatsachen

hätten sie die Investitionen gar nicht getätigt und keine Aktien gezeichnet (act. 1 Rz. 403 ff.). In ihrer Replik ergänzen sie, die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG habe im Gründungszeitpunkt einen theoretischen Wert von CHF 100'000.– gehabt, wobei mit den Kapitalerhöhungen der Wert der Einlagen hinzugekommen sei. Aufgrund der verdeckten Sacheinlage und der Schuldübernahme von der K.\_\_\_\_\_ GmbH handle es sich dabei aber lediglich um einen theoretischen Wert. Der innere Wert habe null entsprochen (act. 42 Rz. 514 ff.).

Zur Kausalität bringen sie an, sie hätten den erhaltenen Informationen Glauben geschenkt. Als Laien seien sie nicht in der Lage gewesen, Funktionsweise oder Funktionsumfang des O.\_\_\_\_\_s zu überprüfen. Auch die Produktions- und Absatzmöglichkeiten sowie die beabsichtigte Verwendung der Gelder seien einer Überprüfung entzogen gewesen (act. 1 Rz. 407 ff.). Die Kläger 1 und 2 hätten sich anhand der Emissionsunterlagen über einen längeren Zeitraum über das Investment informiert. Als Mittelsmann habe N.\_\_\_\_\_ fungiert. Dieser habe auch die Informationen erhalten und weitergeleitet. Gestützt auf die zur Verfügung gestellten Informationen hätten sie im Februar 2016 den Investitionsentscheid getroffen (act. 1 Rz. 410 ff.). Der Kläger 5 habe sich ab dem 9. Februar 2016 mit dem Investment befasst, der Entscheid habe massgeblich auf den Dokumenten "*Investment Case*" und "*Term Sheet*" basiert, sowie auf seiner anschliessenden E-Mail-Korrespondenz mit dem Beklagten 2. Der Zeichnungsschein sei am 12. Mai 2016 unterzeichnet worden (act. 1 Rz. 413 f.). Die Unterlagen für die Kläger 3 und 4 seien am 10. Februar 2016 vorbereitet worden. Sie hätten allerdings wesentlich mehr Unterlagen als der Kläger 5 erhalten. Der Kläger 3 habe auch den Beklagten 1 persönlich kennengelernt und die Funktionsweise demonstriert erhalten. Nach intensivem Auseinandersetzen mit den Emissionsunterlagen hätten sie sich für das Investment entschieden (act. 1 Rz. 415 ff.).

Aus dem geschilderten Sachverhalt werde deutlich, dass die Emissionsunterlagen unvollständig, irreführend und unwahr gewesen seien. Diese Aussagen und Zusicherungen der Beklagten seien die zentrale Grundlage für die Investitionsentscheide gewesen. Zudem seien sie von einer transparenten und vollständigen Aufklärung zumindest über die Hauptrisiken des Investments ausgegangen.

Insbesondere hätten sie nichts von der Austrocknung der U.\_\_\_\_\_ und der damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen ihres Investments gewusst. Hätten sie über die vollständigen Informationen verfügt, hätten sie - wie jeder vernünftig denkende Durchschnittsinvestor - nicht in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG investiert (act. 1 Rz. 418 ff.). Weiter sind die Kläger der Meinung, dass die nachträglichen Entwicklungen für die Frage der Kausalität gar nicht relevant seien. Nach Elimination der Falschangaben in den Emissionsunterlagen verbleibe eine Gesellschaft mit einer Produktidee eines TEWL-Messgeräts, welches ein ungewisses Potential aufweise. Dies stehe im Widerspruch zu den Aussagen in den Emissionsunterlagen, welche eine Nachfrage nahelegen würden, die eine Produktionserweiterung erforderlich gemacht habe. Sie seien damit davon ausgegangen, in eine Produktions- und Vertriebsgesellschaft mit bestehender Nachfrage, gesichertem Umsatz und Gewinnaussichten ab dem ersten Betriebsjahr zu investieren, was nicht der Fall gewesen sei. Eine solche Investition hätten die Kläger in Kenntnis der tatsächlichen Faktenlage nicht getätigt. Ein Selbstverschulden könne den Klägern nicht vorgeworfen werden, da eine Überprüfung mangels Datenraum gar nicht möglich gewesen sei. Die Existenz eines solchen werde bestritten. Zudem sei nicht belegt, welchen Inhalt der angebliche Datenraum gehabt haben soll. So hätten nicht einmal die Beklagten 2 und 3 über die erforderlichen Unterlagen verfügt. Das Scheitern sei nicht auf die Meinungsdivergenzen im Verwaltungsrat zurückzuführen. Das Potential habe nicht ausgeschöpft werden können, weil die Beklagten einen "*Derma Case*" vorgespiegelt hätten, der gar nie bestanden habe. Die erforderlichen Praxistests und klinischen Studien hätten gefehlt und die Marktreife noch nicht vorgelegen. Dafür seien die Kläger auch nicht verantwortlich. Sämtliche Kläger hätten die Dokumente "*Investment Case*" und "*Term Sheet*" erhalten und könnten sich auf die darin enthaltenen Aussagen berufen. Zusätzlich sei den Klägern 1, 2, 3 und 4 das Dokument "Anwendungsbreite" überlassen worden, worin die HIV-Messungen, die Feststellung von Darmkrebs und die Glukosemessungen angepriesen worden seien. Die Kläger 1 und 2 seien zudem im "*Business Plan*" auf das O.\_\_\_\_\_ light bzw. Home hingewiesen worden. Sie seien von gesicherten Umsätzen aufgrund der Distributionsverträge ausgegangen. Auch nachdem das *Advisory Board* in der Sitzung vom 23. Februar 2016 bekannt gegeben



habe, dass klinische Studien erforderlich seien, hätten die Beklagten die Aktionäre und Investoren nicht darüber aufgeklärt. Weiter bestreiten die Kläger, dass es sich um eine hochspekulative Anlage gehandelt haben soll. Inwiefern vertragliche Zusicherungen unter diesen Umständen sinnvoll gewesen wären, sei nicht ersichtlich. Es habe sich bei der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG gerade nicht um ein Start-Up Unternehmen gehandelt (act. 42 Rz. 210 ff., 521 ff. und Rz. 843 ff.; act. 73 Rz. 19 ff.)

b) Die Beklagten bestreiten, dass den Klägern ein Schaden entstanden sei. Ein allfälliger Minderwert der Aktien wegen der unrichtigen Angaben sei nicht substantiiert behauptet worden. Die beantragte Rückabwicklung sei dem System der Deliktshaftung sachfremd. Der Schaden sei deshalb nach der Differenztheorie zu bemessen. Der Wert der Aktien habe sich aus dem "*Derma Case*" und dem übrigen Potential der Technologie, einschliesslich Patente, ergeben, dies sei nach wie vor vorhanden. Anerkannt werde auch, dass das O.\_\_\_\_\_ existiere und funktioniere. Die Kläger würden keine Ansatzpunkte dafür liefern, wie sich die monierten Angaben konkret wertvermindernd hätten auswirken sollen. Sie kämen damit ihrer Substantiierungspflicht nicht nach. Die Liquidation der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG sei nicht auf deren wirtschaftliches Scheitern zurückzuführen. Vielmehr resultiere sie aus dem Unvermögen des Beklagten 1, die Organe ordnungsgemäss zu besetzen. Es werde daran festgehalten, dass die Kläger auch investiert hätten, wenn sie sich angemessen mit ihrer Investition auseinandergesetzt hätten. Selbst wenn sie von der Investition abgesehen hätten, hätten sie darzulegen, welche Alternativinvestition getroffen worden wäre (act. 28 Rz. 238 ff.; act. 52 Rz. 360 ff.).

Auch der Kausalzusammenhang wird von den Beklagten bestritten. Die Beweislast für die Kausalität liege bei den Klägern. Erforderlich sei entgegen den Klägern das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, Glaubhaftmachen genüge nicht. Zu würdigen sei zudem das eigene Verhalten der Investoren. Zwischen den Rückschlägen der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG und den monierten fehlerhaften Angaben bestehe kein Zusammenhang. Letztlich habe sich das Startup-Risiko verwirklicht. Trotz eines Produkts mit grossem Potential seien die Ziele nicht erreicht worden, was auf die Wirtschaftsfremdheit und Eigensinnigkeit des

Beklagten 1 zurückzuführen sei. Was geschehen wäre, wenn der Beklagte 2 und J. \_\_\_\_\_ nicht aus dem Verwaltungsrat abgewählt worden wären, lasse sich nur spekulieren. Die vorliegende Klage sei ein Versuch, das eingegangene Risiko abzuwälzen, was nicht zu schützen sei. Weiter könnten sich die Kläger nicht einheitlich auf die Aussagen berufen, welche nicht gegenüber sämtlichen Klägern getätigt worden seien. Die beanstandeten Aussagen seien für den Investment Case aber ohnehin irrelevant gewesen. Zudem sei ein allfälliger Kausalzusammenhang durch das Risikoverhalten der Kläger durchbrochen worden. Die Kläger hätten eine überaus grosse Risikobereitschaft gezeigt, indem sie auf eine eigene Prüfung des Investitionsobjekts verzichtet und sich keine vertraglichen Zusicherungen hätten geben lassen. Eine Hinderung an einer Due Diligence durch die Beklagten habe es nicht gegeben. Vielmehr hätten sie die Investoren explizit aufgefordert, eine eigene Due Diligence vorzunehmen. Zu diesem Zweck sei ein Datenraum eingerichtet worden, auf welchen aber keiner der Kläger zugreifen wollen. Welchen Inhalt dieser genau gehabt habe, sei nicht relevant. Der Inhalt der Unterlagen habe die Kläger nicht im Detail interessiert. Das Verhalten der weiteren potentiellen Investoren zeige, dass eine Due Diligence möglich gewesen wäre. Sodann hätten die Kläger es unterlassen, ihre Risiken vertraglich zu verringern, etwa mit Milestone-Klauseln oder einem Aktionärsbindungsvertrag. Ein solcher hätte die Kräfteverhältnisse innerhalb der Gesellschaft verlagern können, womit diese hätte gerettet werden können. Schliesslich hätten die Kläger den Schaden zumindest mitverschuldet, indem sie die Abwahl von J. \_\_\_\_\_ und dem Beklagten 2 zugelassen hätten. Ohnehin hätten die Kläger ihren Investitionsentscheid zu einem frühen Zeitpunkt gefällt, so dass sie gar keine Möglichkeit gehabt hätten, diesen auf die Angaben in den abgegebenen Unterlagen abzustützen. (act. 28 Rz. 194 ff. und Rz. 243 ff.; act. 52 Rz. 275 ff., Rz. 316 ff. und Rz. 367 ff.).

#### 3.3.5.2. Rückabwicklung

In erster Linie beantragen die Kläger eine Rückabwicklung der Aktienkäufe bzw. Übertragung der Aktien an die Beklagten gegen volle Erstattung des Kaufpreises. Sie machen geltend, es handle sich um die naheliegendste und eleganteste Lösung, die auch in der Lehre vertreten werde (act. 42 Rz. 512). Die klägeri-

sche Sicht wird in der Lehre punktuell vertreten, jedoch ohne eigentliche Begründung, woraus dieser Anspruch abgeleitet werden soll (CHRISTIAN A. CAMENZIND, Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes, Diss. Zürich 1989, S. 104; CLAUDIA SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2010, S. 293 f.; BINDER/ROBERTO, a.a.O., N 21 zu Art. 752 OR). Diese Lehrmeinung findet im Gesetz und in der Rechtsprechung keine Stütze. Ein Grossteil der Lehre spricht sich gegen einen allgemeinen Rückabwicklungsanspruch aus (etwa WATTER, a.a.O., N 23 zu Art. 752 OR, grosszügiger noch in der Vorausgabe mit Verweis auf die deutsche Regelung; ROLF H. WEBER, Der Kapitalanlageschaden, in: BUCHER/CANARIS/HONSELL/KOLLER [Hrsg.], Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 965 ff., S. 970 f.) oder äussert sich dazu nicht konkret (VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 13; NOTH/GROB, a.a.O., S. 1458 f.; BERNARD CORBOZ/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: TERCIER/AMSTUTZ/TRIGO TRINDADE [Hrsg.], Commentaire Romand Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, N 35 zu Art. 752 OR). Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass ein Ersatz des gesamten aufgrund der Investition eingetretenen Schadens nicht mit einer Rückabwicklung gleichzusetzen ist.

Bei der Prospekthaftung handelt es sich um eine Deliktshaftung (BGE 129 III 71, E. 2.5; vgl. VON DER CRONE, a.a.O., § 12 N 26; WATTER, a.a.O., N 2 zu Art. 752 OR; MAROLDA/VON DER CRONE, a.a.O., S. 160 m.w.H.). Eine Verletzung der Norm resultiert in einem Schadenersatzanspruch für den verursachten Schaden, berührt aber das eigentliche Vertragsverhältnis nicht. Ein Rückabwicklungsanspruch kann folglich alleine aus Art. 752 OR nicht abgeleitet werden. Vielmehr wäre gegen das Vertragsverhältnis an sich vorzugehen (vgl. auch WATTER, a.a.O., N 23 zu Art. 752 OR oder WEBER, Kapitalanlageschaden, a.a.O., S. 970 f. mit Verweis auf die Irrtumsanfechtung und die kaufrechtliche Wandelung). Dies deckt sich mit der Literatur zur Rückabwicklung im Allgemeinen. Eine solche wird einzig bei nichtigen oder anderweitig entfallenen Vertragsverhältnissen propagiert (etwa BARBARA MEISE/CLAIRE HUGUENIN, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 68a zu Art. 19/20 OR und N 17 f. zu Art. 21 OR; WOLFGANG WIEGAND, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER, BSK OR I, a.a.O.,

N 7 zu Art. 109 OR; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, N 684 und N 976). Solche Rechtsbehelfe könnten allerdings nur gegenüber dem Verkäufer der Aktien geltend gemacht werden. Gegen Dritte ist die Durchsetzung einer Rückabwicklung ausgeschlossen.

Soweit - wie vorliegend - Dritte gestützt auf die Prospekthaftung verantwortlich gemacht werden sollen, haben die Kläger keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses. Die gezeichneten Aktien haben die Kläger von der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG übernommen. Eine eigentliche Rückabwicklung könnte nur ihr gegenüber geltend gemacht werden. In Bezug auf das Vertragsverhältnis bzw. die Zeichnung der Aktien handelt es sich bei den Beklagten um unbeteiligte Dritte. Die von den Klägern beantragte Übertragung der Aktien gegen Erstattung der Aktien stellt damit ein eigenes Rechtsverhältnis dar. Dies wäre vergleichsweise möglich, ist als gerichtliche Anordnung, ohne entsprechende gesetzliche Grundlage, aber nicht denkbar.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Kläger, selbst wenn von der Möglichkeit der Rückabwicklung ausgegangen würde, nicht besser gestellt werden dürften, als wenn sie eine Schadenersatzzahlung erhielten. Das bedeutet aber auch, dass nicht unbesehen auf den Kaufpreis abgestellt werden dürfte. Vielmehr hätten die Kläger auch in diesem Fall unabhängig von den irreführenden Informationen eingetretene Schadenspositionen, wie etwa die allgemeine Marktentwicklung oder anderweitige Wertverminderungen bei der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG, selbst zu tragen und entsprechend einen Schaden beweisen.

Zusammenfassend sind die Anträge der Kläger auf Erstattung des jeweiligen Kaufpreises gegen Übertragung der Aktien der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG abzuweisen. Zu prüfen bleibt, ob die Kläger Anspruch auf eine Schadenersatzzahlung haben.

#### 3.3.5.3. Keine Investition ohne irreführende Aussagen

a) Die Kläger machen geltend, in Kenntnis der gesamten Umstände der Emission hätten sie nicht in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG investiert. Entsprechend be-

laufe sich der Schaden auf den gesamten investierten Betrag. Der Umstand alleine, dass sie heute kein Interesse an der Beteiligung an der - aufgelösten - K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG haben (act. 1 Rz. 404), begründet keinen Anspruch auf eine Rückabwicklung oder vollen Ersatz. Damit ein Schadenersatz in der Höhe der gesamten investierten Summe geschuldet ist, wird vorausgesetzt, dass der Geschädigte beweisen kann, dass er die Investition bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage gar nicht getätigt hätte und gleichzeitig ein Totalverlust vorliegt.

b) Dieser Beweis gelingt den Klägern vorliegend nicht. Auch wenn - wie gezeigt - die Beklagten gewisse Risiken verschwiegen haben, konnten die Kläger nicht davon ausgehen, dass es sich um eine völlig risikolose Investition handelt. Eine solche existiert in der Wirtschaftswelt nicht. Gerade wenn mit verhältnismässig geringen Investitionen ein Vielfaches davon als Umsatz generiert und innert weniger Jahre ein IPO als "*Global Blockbuster Technology*" angestrebt werden soll (vgl. act. 3/11 S. 3; act. 3/12 S. 3; act. 3/13 S. 2; act. 3/14 S. 2), muss jedem vernünftig handelnden Investor bewusst sein, dass dabei auch ein Risiko besteht, dass seine Investition nicht den gewünschten Erfolg mit sich bringen könnte oder allenfalls gar mit einem Totalverlust gerechnet werden muss. Dies gilt auch, wenn er aufgrund der Angaben in den Emissionsunterlagen das Risiko nicht genau identifizieren kann. Das bedeutet aber nicht, dass kein vernünftiger Investor eine solche Investition tätigen würde. Es ist unbestritten, dass die K.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. die zu gründende K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG über ein medizinisches Messgerät verfügte. Auch bestreiten die Kläger nicht, dass das O.\_\_\_\_\_ - soweit sich die vom Beklagten 1 angedachten Entwicklungen verwirklichen liessen - über ein gewisses Potential verfügen würde, auch wenn sie dieses als "ungewiss" bezeichnen (act. 42 Rz. 522). Investiert wurde gerade auch in dieses Potential, das im Zeitpunkt der Investitionen (selbst bei Kenntnis der vollständigen Sachlage) noch nicht definitiv eingeschätzt werden können. Es hat sich in der Folge gezeigt, dass die Entwicklung nicht derart schnell vonstatten gehen konnte, wie dies allseits gewünscht gewesen wäre. Würde aber - der Logik der Kläger folgend - solchen Produkten stets jegliches Interesse von Investoren abgesprochen, bestünde gar kein Raum, um innovative Neuentwicklungen auf den Markt zu bringen. Die Realität zeigt, dass dies nicht der Fall ist.

Gerade aus dem erhöhten Risiko bei gewissen Geschäften ergibt sich auch die Chance, überproportionale Gewinne einzufahren. Für neu zu gründende Gesellschaften, wie dies die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG war, gilt dies umso mehr. Es bestehen keine Erfahrungswerte, gestützt auf welche ein Preis vereinbart werden könnte. Vielmehr muss anhand von Prognosen eingeschätzt werden, welcher Wert der Gesellschaft zugerechnet werden kann. Auch wenn es sich vorliegend sicher nicht um eine typische Start-up Situation gehandelt hat, zumal bereits Produktionsmaschinen vorhanden waren, einzelne Geräte produziert und gewisse Abnehmer akquiriert wurden, lag trotzdem eine Neugründung mit den entsprechenden Risiken vor. Auch solche Gesellschaften werden regelmässig von (vernünftig handelnden) Investoren unterstützt. Die dabei bestehenden höheren Risiken werden in der Regel im Rahmen der Ausgabebedingungen ausgeglichen. Möglichkeiten bestehen dafür verschiedene.

c) Zwar besteht hinsichtlich des Kausalzusammenhangs dahingehend eine Beweiserleichterung, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bei der Frage, ob die Wertpapiere zum entsprechenden Preis gekauft worden wären, genügt (WATTER, a.a.O., N 26a zu Art. 752 OR). Dies kann aber nicht auf die sich vorliegend stellende Frage, ob überhaupt in die Gesellschaft investiert worden wäre, übertragen werden. Insbesondere handelt es sich dabei nicht um eine Umkehr der Beweislast (BGE 132 III 715 E. 3.2.2). Die Beweiserleichterungen sind darauf zurückzuführen, dass vermutet werden kann, ein Investor sei bereit, den Marktpreis zu bezahlen, und der Markt bewerte die Titel unter Berücksichtigung aller vorhandenen Informationen (BGE 132 III 715 E. 3.2.1). Für den Investitionsentscheid an sich sind neben einem allfälligen Marktpreis zahlreiche weitere Elemente massgebend. So entscheidet sich jeder Investor anhand der sich präsentierenden Risiken anders. Während gewisse Investoren bereit sind, für eine höhere Rendite auch grössere Risiken einzugehen, sind andere eher auf Vermögenserhaltung bedacht.

Die weitgehend pauschale Aussage, man hätte in Kenntnis der vollen Sachlage nicht investiert (act. 1 Rz. 418 ff.), kann folglich nicht genügen. Vielmehr hätte jeder Kläger einzeln substantiiert darlegen müssen, weshalb ihm persönlich ei-

ne Investition in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG nicht zugemutet werden könnte bzw. weshalb er diese konkret nicht vorgenommen hätte. Immerhin handelt es sich bei sämtlichen Klägern um Marktteilnehmer, die nicht zum ersten Mal mit Investitionen konfrontiert waren und denen bewusst sein musste, dass die hohen Gewinnaussichten auch mit einem Risiko verbunden sind. Da nicht jeder Investor auf eine Investition in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG verzichtet hätte, hätten die Kläger auch darzulegen, weshalb dies gerade bei ihnen der Fall gewesen wäre. Zu berücksichtigen wäre auch, dass die Gespräche mit den einzelnen Klägern nicht zum gleichen Zeitpunkt stattgefunden haben und diesen nicht dieselben Unterlagen und Informationen vorgelegt wurden. Jeder Investor kann seinen Entscheid aber nur aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen treffen. Entsprechend ist auch die Diskrepanz zwischen vorgelegenen und nicht vorgelegenen Tatsachen für jeden Investor anders. Ein Verweis auf die bemängelten - und nicht vollständig als fehlerhaft anzusehenden - Aussagen kann dafür nicht genügen. Diese Faktoren wären von den Klägern einzeln zu beweisen.

Die Kläger nennen verschiedene Gespräche und Treffen, anlässlich welcher die Aussagen aus den abgegebenen Dokumenten bestätigt worden seien. Diese können per se keinen prospektähnlichen Charakter haben (vgl. vorne E. 3.3.1.2) und entsprechend im Zusammenhang mit der Prospekthaftung nicht kausal sein. Umso mehr gilt dies für diejenigen Sitzungen etc., die erst nach den Investitionen der Kläger stattgefunden haben. Nachträgliche Aussagen der Beklagten konnten die Kläger nicht in ihrem Kaufentschluss beeinflussen. Hervorzuheben ist dabei der wiederholt zitierte Besuch des Rechtsvertreters der Kläger in L.\_\_\_\_\_ bei der K.\_\_\_\_\_ GmbH Ende August 2016 (etwa act. 1 Rz. 245 ff.). Welche Relevanz dieser für die Haftung der Beklagten für die eigentliche Investition haben soll, ist nicht ersichtlich. Entsprechend ist darüber auch nicht Beweis abzunehmen. Der Besuchsbericht zeigt aber die Einschätzung des Rechtsvertreters im August 2016: Selbst nach Kenntnis der Verzögerungen ging RA Dr. X1.\_\_\_\_\_ nicht davon aus, dass es sich um ein nicht investitionswürdiges Projekt handelte. Vielmehr machte er für das zu erwartende Scheitern die Persönlichkeit des Beklagten 1 und dessen Vater verantwortlich (act. 3/78 Rz. 37). Diese Thematik ist von der Prospekthaftung aber nicht abgedeckt.

Die offerierten Parteibefragungen der Kläger können an dieser Beurteilung nichts ändern. Es darf ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die jeweiligen Exponenten bestätigen werden, dass bei voller Kenntnis aller Umstände nicht in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG investiert worden wäre. Dies stellt indessen eine reine Behauptung dar, welche keinen höheren Beweiswert aufweisen kann als die bereits in den Rechtsschriften enthaltenen Behauptungen. Mit einer - für den Beweis erforderlichen - eigentlichen Begründung, warum gerade der jeweilige Kläger in Kenntnis der Umstände auf die Investition verzichtet hätte, wären die zu befragenden Personen aber nicht mehr zuzulassen. Beweismittel wie die Parteibefragung dienen nicht dazu, das Behauptungsfundament zu erweitern (vgl. vorne E. 1.6). Dieses hätte bereits in den Rechtsschriften gebildet werden müssen. Entsprechend könnten die Kläger bzw. ihre Vertreter in ihrer Befragung auch nicht detaillierter erläutern, weshalb sie eine solche Investition nicht getätigt hätten (etwa welchen Strategien sie üblicherweise folgen etc.). Die Behauptungen, die in einer Parteibefragung bestätigt werden könnten, hätten folglich keine Relevanz für den Ausgang des Verfahrens. Auf die Befragung der Parteien bzw. ihrer Vertreter ist damit zu verzichten.

d) In Bezug auf das Optionskonstrukt zur Umgehung der Rückzahlungsverpflichtungen der K.\_\_\_\_\_ GmbH gegenüber der U.\_\_\_\_\_ gelingt den Klägern der Beweis ebenfalls nicht. Wie ausgeführt haben sie nicht substantiiert dargelegt, dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG selbst überhaupt ein Risiko trifft (vorne E. 3.3.2.9). Aber auch wenn von einem entsprechenden Risiko (Zahlungen, Reputation) ausgegangen würde, genügt die pauschale Behauptung eines Verzichts bei voller Kenntnis nicht und die offerierte Befragung der Beteiligten (act. 1 Rz. 373) erübrigt sich. Den Beweis, dass gewisse Personen auch in Kenntnis möglicher Umgehungsgeschäfte bzw. Umgehungsversuche eine Investitionen tätigen würden - gegebenenfalls mit zusätzlichen Absicherungen - erbringen die Kläger selbst. So waren nach ihren eigenen Darstellungen AO.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ darüber informiert, dass die Call-Option eine Rückzahlung von Fördergeldern aus Gewinnen verhindern sollte (act. 1 Rz. 367; act. 3/116). Auch wenn sie nicht umfassend informiert waren, wussten sie um das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts und damit auch der potentiellen Risiken. Trotzdem haben sie den



Klägern 1 und 2 nicht von einer Investition abgeraten. Wiederum wäre es an den Klägern gewesen, konkrete Behauptungen aufzustellen, weshalb gerade sie auf die Investition verzichtet hätte.

Soweit eine Abschöpfung der Gewinne durch die U.\_\_\_\_\_ befürchtet würde (Durchgriff, vgl. vorne E. 3.3.2.9), kann ohnehin nicht von einem Verzicht auf die Investition ausgegangen werden. Die diesbezügliche Regelung im Förderungsvertrag wäre (unter der Annahme, dass sie auch auf die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG anwendbar ist) erst bei erzielten Gewinnen zur Anwendung gekommen. Die Gefahr, dass die investierten Mittel an die U.\_\_\_\_\_ abfliessen, bestand folglich nicht. Auch dann wären die Gewinne nur bis zu maximal 40% und insgesamt maximal EUR 750'000.– an die U.\_\_\_\_\_ abzuführen gewesen. Angesichts der prognostizierten Umsätze und Gewinne (act. 3/12-14, Anhang, rund EUR 12 Mio. in 3 Jahren) handelt es sich um einen relativ geringen Anteil, weshalb nicht pauschal davon ausgegangen werden kann, dass ein vernünftig handelnder Investor deshalb gänzlich auf eine Investition verzichtet hätten.

e) Sodann kann auch der Beratungsvertrag nicht als Grund für einen Verzicht auf eine Investition vorgebracht werden. Wie ausgeführt, musste den Klägern als erfahrene Geschäftsleute - unabhängig von ihren genauen Tätigkeitsbereichen - klar sein, dass Beratungsleistungen in den wenigsten Fällen kostenlos erbracht werden. Solche Kosten sind somit regelmässig mit Investitionen bzw. Kapitalbeschaffungen verbunden. Ohne konkretere Begründung kann folglich nicht davon ausgegangen, dass die Kläger unter diesen Umständen vollständig auf eine Investition verzichtet hätten. Vielmehr wären die Konditionen gegebenenfalls anzupassen gewesen.

f) Auch aus den Ausführungen zu den weiteren potentiellen Investoren (act. 42 Rz. 334 ff.) können die Kläger nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zutreffend ist, dass diese auf eine Investition verzichtet haben. Zu den Gründen können die Kläger aber nichts Näheres aussagen. Daraus lässt sich folglich nicht ableiten, dass sich per se kein Investor beteiligt hätte. Ohnehin sprechen diese Vorkommnisse eher gegen die Darstellung der Kläger. Soweit nämlich die anderen Investoren im gleichen Umfang informiert waren wie die Kläger, ergibt sich bereits daraus, dass

deren negativer Entscheid gerade nicht auf die von den Klägern vorgebrachten Irreführungen zurückzuführen war und es mit anderen Worten vielfältige Gründe für einen Verzicht auf die Investition gab (etwa act. 42 Rz. 39, wonach die AR. \_\_\_\_\_ Stiftung für Krebsforschung nicht investiert hat, weil noch keine klinischen Studien vorgelegen hätten, act. 43/16 oder act. 52 Rz. 119 bezüglich der Absage der ... Pharmaceuticals [Firma], weil die Tätigkeiten zu weit von ihren eigenen entfernt seien, act. 53/119). Zumindest ergibt sich daraus, dass die weiteren potentiellen Investoren unterschiedliche Gründe hatten, um auf eine Investition zu verzichten. Sofern jene Investoren aufgrund der Angaben in den prospektähnlichen Unterlagen weitere Informationen verlangt bzw. Überprüfungen vorgenommen haben (so die ... Management AG, act. 42 Rz. 149 ff.), stellt sich die Frage, weshalb dies den Klägern nicht auch hätte möglich sein sollen. Insbesondere kann mittels der E-Mails des Beklagten 2 an N. \_\_\_\_\_ belegt werden, dass grundsätzlich ein Datenraum existiert hat (act. 3/27, dazu auch sogleich). Es kann daraus auch abgeleitet werden, dass offenbar andere Investoren in der Lage waren, zu erkennen, dass die Investition mit Risiken verbunden war, denn auf eine vollkommen risikolose Investition würden die wenigsten verzichten. Diese Punkte können zwar nicht als eigentlicher Beweis angesehen werden, doch fügen sie sich nahtlos in das vorerwähnte Gesamtbild ein.

g) Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass es den Klägern nicht gelingt zu beweisen, dass sie bei vollständiger und korrekter Information auf eine Investition gänzlich verzichtet hätten.

#### 3.3.5.4. Schadensberechnung nach der Differenztheorie

a) Da den Klägern der Beweis dafür, dass sie in Kenntnis sämtlicher Umstände auf eine Investition verzichtet hätten, nicht gelingt, ist der Schaden nach dem allgemeinen Schadensbegriff zu ermitteln. Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Ausgabepreis und dem Preis der bezahlt worden wäre, wenn die verschwiegenen Tatsachen bekannt gewesen wären (WATTER, a.a.O., N 22 zu Art. 752 OR; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N 35 zu Art. 752 OR). Hinsichtlich des Kausalzusammenhangs sind zwei Aspekte zu beachten. Einerseits muss der Prospektfehler überhaupt kausal für den Erwerb des Wertpapiers zum bezahlten

Preis sein, und andererseits muss die Pflichtverletzung den geltend gemachten Schaden adäquat verursacht haben (WATTER, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 752 OR). Ein strikter Beweis, dass sich der Käufer auf die mangelhaften Angaben im Prospekt verlassen hat, wird nicht verlangt (WATTER, a.a.O., N 26a zu Art. 752 OR). Ein Kausalzusammenhang muss insbesondere auch zwischen den fehlerhaften Informationen und dem zu ersetzenden Schaden bestehen. Die Verantwortlichen haben nur denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher auf die falschen Angaben zurückzuführen ist. Anderweitig eingetretene Rückschläge, die den Wert der Gesellschaft beeinflussen, liegen im Risiko des Investors. Die Prospekthaftung kann nicht dazu führen, dass die Herausgeber für jegliche Marktentwicklungen des Gesellschaftswerts einzustehen haben, auch solche, die nicht auf das Bekanntwerden der Prospektfehler zurückzuführen sind (vgl. auch WATTER, a.a.O., N 27a zu Art. 752 OR).

b) Zur Schadensberechnung halten die Kläger fest, die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG habe im Gründungszeitpunkt einen theoretischen Wert von CHF 100'000.– gehabt, wobei mit den Kapitalerhöhungen der Wert der Einlagen hinzugekommen sei. Aufgrund der verdeckten Sacheinlage und der Schuldübernahme von der K.\_\_\_\_\_ GmbH handle es sich dabei aber lediglich um einen theoretischen Wert. Der innere Wert habe null entsprochen (act. 42 Rz. 514 ff.). Diese pauschale Darstellung kann den Substantiierungspflichten der Kläger nicht genügen. Selbst im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR obliegt es den Klägern, die Grundlagen für die Schadensberechnung substantiiert darzulegen. So anerkennen selbst die Kläger, dass die Patente Teil des Gesellschaftsvermögens gewesen sind, wenn auch erst kurz nach der ersten Kapitalerhöhung (act. 42 Rz. 390 ff.). Dies gilt unabhängig davon, ob sie als offene oder verdeckte Sacheinlage eingebracht worden sind, der Wert der Patente bleibt derselbe (vgl. dazu vorne 3.3.2.2). Auch wenn über deren Wert gestritten werden kann, können sie nicht ohne Weiteres als wertlos angesehen werden. Vielmehr ist - wie ausgeführt - davon auszugehen, dass bei entsprechenden Rahmenbedingungen dem O.\_\_\_\_\_ durchaus ein gewisses Potential zugeschrieben werden müsste. Selbst wenn mit den Klägern davon ausgegangen wird, dass die Marktreife im Erweiszeitpunkt noch nicht erreicht war, kann daraus nicht auf die Wertlosigkeit der Patente geschlossen wer-

den. Auch der spätere Verkauf und die Weiterentwicklung der verschiedenen Funktionen basieren auf ebendiesen Patenten. Den Klägern kann in diesem Punkt somit nicht gefolgt werden.

Das O.\_\_\_\_\_ war nach den vorliegenden Angaben durchaus verkaufsfähig, wenn auch nur zu eingeschränkten Zwecken. Eine Doppelblindstudie der Universitätsklinik AL.\_\_\_\_\_ hat diese Funktionalität (TEWL-Messung) bestätigt (act. 3/33 S. 45 ff.). Wenn die Kläger entsprechend von einem nicht marktfähigen Produkt sprechen und daraus den Kausalzusammenhang mit dem Scheitern der Gesellschaft ableiten, kann dem nicht gefolgt werden. Insbesondere ist darauf zu verweisen, dass die Beklagten in den relevanten Emissionsunterlagen nie versprochen haben, dass die weiteren Funktionen bereits fertig entwickelt vorliegen. Nach Treu und Glauben mussten diese so verstanden werden, dass die Fertigstellung zumindest noch entsprechende Studien benötigt (vgl. vorne E. 3.3.2.2 und E. 3.3.2.3). Dies zeigt aber, dass die Kläger gerade nicht in eine reine Produktions- und Vertriebsgesellschaft investiert haben, die alleine mit einem bereits vollendeten Produkt Erfolg haben sollte. Wie sich die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG weiter entwickelt hätte, wenn nach dem ursprünglichen Plan die erforderlichen Studien durchgeführt und die Produktion nach Zürich verlagert und ausgebaut worden wäre, kann nur spekuliert werden. Die finanziellen Mittel für den Aufbau einer Vertriebsorganisation - wie mit V.\_\_\_\_\_ auch die personellen Voraussetzungen - wären grundsätzlich vorhanden gewesen. Die Verträge mit den Vertriebspartnern und damit auch gewisse Abnahmeverpflichtungen waren unterzeichnet. Auch die Wissenschaft zeigte ein Interesse am O.\_\_\_\_\_ (vgl. vorne E. 3.3.2.3 und act. 29/53). Wie die Kläger unter diesen Umständen ein zum Scheitern verurteiltes Projekt annehmen können, ist nicht nachvollziehbar.

Auch die klägerischen Ausführungen zum Kausalzusammenhang können dabei nicht weiterhelfen, zumal sie sich lediglich mit ihrem eigenen Verständnis der korrekten Informationen auseinandersetzen, welches sich aber nicht vollumfänglich beweisen lässt. Sobald Studien erforderlich sind, besteht auch immer das Risiko, dass diese nicht die gewünschten Resultate liefern, und die Entwicklung eingestellt werden muss. Es kann also nicht davon die Rede sein, dass die Kläger

in ein oder mehrere fertige Produkte investiert hätten, deren Erfolg garantiert war. Der von ihnen zu beweisende Kausalzusammenhang hätte sich folglich mit den verschwiegenen Risiken zu befassen. Indem sie mehr oder weniger pauschal auf die fehlende Marktfähigkeit verweisen und dementsprechend der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG bzw. dem O.\_\_\_\_\_ - in teilweisem Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen (act. 42 Rz. 522) - jegliches Potential absprechen, kommen sie ihren Substantiierungspflichten nicht nach. Es bleibt dabei: Die Verzögerungen und Schwierigkeiten - und damit letztlich auch die ausbleibenden Verkäufe - waren zumindest teilweise auf die schwierige Zusammenarbeit zwischen den Parteien zurückzuführen. Der im Vergleich zu den Aussagen in den Emissionsunterlagen geringere Entwicklungsstand war entsprechend nur ein Aspekt einer allenfalls tieferen Bewertung der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG. Daraus aber einen Totalverlust abzuleiten, ginge zu weit.

c) Auch die von den Klägern aufgeführten Bezüge können nicht dazu führen, dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG von Anfang an als wertlos angesehen werden muss. So ist den Klägern der Beweis, dass diese Bezüge schon vor den Investitionen geplant gewesen sind, nicht gelungen (vorne E. 3.3.2.2), womit dieser Negativposten in die Wertberechnung, die auf den Zeitpunkt der Investitionen vorgenommen werden muss, nicht einfließen kann. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Honorar- und Erfolgsbeteiligungen der Beklagten 2 und 3 insgesamt "nur" rund einen Drittel der klägerischen Investitionen ausmachten (act. 1 Rz. 217). Die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG war zwar nicht in dem Masse kapitalisiert, wie es von den Beteiligten gewünscht war; eine Überschuldung ist aber nicht ohne Weiteres ersichtlich. Es wäre demnach an den Klägern, diese näher darzulegen, und ist nicht die Aufgabe des Gerichts, die erforderlichen Kennzahlen in den Akten zusammensuchen. Entsprechende Ausführungen fehlen in den klägerischen Rechtsschriften gänzlich.

d) Sodann stellt die Liquidation der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG keinen Beweis für einen Totalverlust - unter Anrechnung der anderweitig erhältlich gemachten Beträge - dar. Die Liquidation erfolgte, weil nach dem Rücktritt der Revisionsstelle ein Organisationsmangel bestanden hat und dieser Organisationsmangel auch

nach Aufforderungen des Handelsregisteramts des Kantons Zürich und des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich nicht behoben worden ist (act. 43/2+3). Es handelte sich also nicht etwa um eine Liquidation aufgrund des wirtschaftlichen Scheiterns der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG. Diese ist folglich kein Beweis dafür, dass es sich nicht um eine überlebensfähige Gesellschaft gehandelt hätte. Vielmehr zeigen die Umstände der Liquidation, worauf die Probleme der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG zurückzuführen waren. Auf der einen Seite stand mit dem Beklagten 1 der Hauptaktionär, der durch seine Aktienmehrheit die Geschicke der Gesellschaft alleine leiten konnte. Gleichzeitig war dieser Inhaber der K.\_\_\_\_\_ GmbH, die insbesondere im Eigentum der Produktionsmaschinen war. Auf der anderen Seite standen der Beklagte 2 sowie J.\_\_\_\_\_, die als Verwaltungsräte die Vertriebsgesellschaft leiten sollten. Unterstützung haben sie sich in der Person von V.\_\_\_\_\_ für den Vertrieb geholt. Ausserdem haben die Kläger - insbesondere durch ihren Rechtsvertreter - im Rahmen ihrer Möglichkeiten versucht, Einfluss zu nehmen und Informationen zu erhalten. Die Situation war geprägt vom Misstrauen des Beklagten 1 gegenüber den übrigen Beteiligten. Dieser wollte - so scheint es zumindest - die Gesellschaft so weiterführen wie bisher, was ihm im Rahmen der neuen Struktur nicht mehr möglich war. Diese Spannung gipfelte in der Abwahl des Beklagten 2 und J.\_\_\_\_\_ aus dem Verwaltungsrat was letztlich auch zum Organisationsmangel führte. Dieser Schwerpunkt zeigt aber auch, dass diese Entwicklung nicht zwingend war. Bei gelungener Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten wäre durchaus auch eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG denkbar gewesen.

e) Bei der Argumentation der Kläger fällt auf, dass diese zwei Aspekte vermischen. Auf der einen Seite stehen die irreführenden Prognosen der Beklagten in den Emissionsunterlagen, und auf der anderen Seite die tatsächlichen Vorkommnisse nach den Investitionen. Entgegen der Kläger (etwa act. 42 Rz. 534) sind letztere bei der Frage des Kausalzusammenhangs durchaus relevant. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass selbst wenn sich die Risiken später verwirklicht haben, nicht von einem durch die Prospektaussagen verursachten Schaden ausgegangen werden kann. Dies, weil die Kläger nicht in genügender Weise darlegen, dass sie bei korrekter Information keine Investitionen getätigt hätten. Das Verhalten der

Beklagten nach den Investitionen ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen. Sofern sie sich in jenem Zeitraum haftungsrelevant verhalten haben, ist dies auf dem Weg der Verantwortlichkeitsklage geltend zu machen. In die Beurteilung der Kausalität im Rahmen der Prospekthaftung können das Verhalten und die später abgegebenen Informationen nicht einfließen.

#### 3.3.5.5. Selbstverschulden

Die Kläger bestätigen, dass in den Emissionsunterlagen und E-Mails des Beklagten 2 ein Datenraum erwähnt worden sei, sie aber nie Zugriff darauf erhalten hätten (act. 42 Rz. 227). Weshalb dies nicht erfolgt ist, kann offen gelassen werden. Fakt ist, den Klägern bzw. zumindest N.\_\_\_\_\_ wurde die Einsicht in weitere Unterlagen bzw. einen Datenraum angeboten (act. 3/27). Für wen dieser ursprünglich eingerichtet wurde, ist irrelevant, sodass die Aussage von S.\_\_\_\_\_ bei der Staatsanwaltschaft (act. 43/65 S. 5) nichts zu Gunsten der Kläger belegen kann. Daraus ergibt sich einzig, dass ein Datenraum eingerichtet war und dieser ursprünglich für einen anderen Interessenten erstellt wurde. Es sind keine Gründe ersichtlich und werden auch keine geltend gemacht, weshalb derselbe Datenraum nicht auch von den Klägern hätte konsultiert werden können, gerade auch mit Blick auf die E-Mail des Beklagten 2 (act. 3/27). Sie machen nämlich nicht geltend, dass ihnen die Einsicht später verweigert worden wäre. Ebenso wenig können sie etwas aus der Tatsache ableiten, dass der Beklagte 1 den Datenraum nicht gekannt haben will (act. 26 Rz. 2). Wie erwähnt war die Beklagte 3, vertreten durch den Beklagten 2, für die Investorensuche verantwortlich, und der Beklagte 1 hatte in diesem Zusammenhang nur wenige Aufgaben. Die Kläger haben ihren Investitionsentscheid getroffen, ohne die Einsichtsmöglichkeit wahrzunehmen. Auch wenn dies die Beklagten nicht davon befreit, wahrheitsgetreu zu informieren, stellt sich doch die Frage, ob die geschäftserfahrenen Kläger ein gewisses Selbstverschulden trifft. Gerade weil die Aussagen in den Emissionsunterlagen teilweise widersprüchlich und unklar waren, wäre es gegebenenfalls an den Klägern gewesen, entsprechend nachzufragen. Da den Klägern der Beweis des Kausalzusammenhangs ohnehin nicht gelingt, kann auch ein kausalitätsunterbrechendes Selbstverschulden offen bleiben, und es ist nicht näher darauf einzuge-

hen, weshalb der Zugriff nicht erfolgt ist und welche Unterlagen die Kläger dort vorgefunden hätten.

#### 3.3.5.6. Fazit

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es den Klägern nicht gelingt, einen kausal aufgrund der Falschangaben in den prospektähnlichen Unterlagen entstandenen Schaden zu beweisen. So ist der Beweis, dass sie bei Kenntnis der korrekten Tatsachen auf eine Investition verzichtet hätten, nicht erbracht worden und mit dem Minderwert, den die erworbenen Aktien im Erwerbszeitpunkt aufgewiesen haben sollen, haben sie sich nicht in genügender Weise auseinandergesetzt. Die Klage ist folglich in diesem Punkt abzuweisen.

#### 3.4. Zusammenfassung

Im Zusammenhang mit der Gründung bzw. den Kapitalerhöhungen bei der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG haben die Beklagten den Klägern Emissionsunterlagen zukommen lassen, bei welchen es sich teilweise um prospektähnliche Mitteilungen im Sinne von Art. 752 OR handelt. Zwar basieren die darin dargelegten Tatsachen auf der damals aktuellen Situation, doch ergibt sich aus der Kombination der Gesamtheit der Aussagen in Verbindung mit dem Vernachlässigen von Risikohinweisen ein insgesamt irreführendes Bild. Den Klägern gelingt es auch zu beweisen, dass sämtliche Beklagten hinsichtlich dieser Angaben ein Verschulden trifft. Dagegen gelingt den Klägern der Beweis des erlittenen Schadens und des Kausalzusammenhangs nicht. So konnten sie nicht belegen, dass sie bei Kenntnis der vollen Sachlage auf eine Investition verzichtet hätten, und ihre Ausführungen zu einem Schaden nach der Differenztheorie sind nicht in genügender Weise substantiiert. Die beantragte Rückabwicklung des Kaufvertrags kommt zudem auch aus rechtlichen Überlegungen nicht in Frage. Damit ist die Klage in Bezug auf die Prospekthaftung abzuweisen.



#### 4. Ausservertragliche Haftung / Täuschung

##### 4.1. Massgebender Sachverhalt

Wie im Zusammenhang mit der Zuständigkeit ausgeführt, kann es nur um den Sachverhalt gehen, der auch hinsichtlich der Prospekthaftung relevant ist (vorne E. 1.1.2). Soweit sich die Kläger auf einen erweiterten Sachverhalt stützen (also insbesondere hinsichtlich späterer Aussagen), fehlt es für die Beklagten 1 und 2 an der sachlichen Zuständigkeit, und eine Prüfung muss sich auf die Beklagte 3 beschränken.

##### 4.2. Parteidarstellungen

Die Kläger machen geltend, die Widerrechtlichkeit der Schädigung ergebe sich aus der von den Beklagten begangenen Täuschung. Eine solche habe in verschiedener Hinsicht vorgelegen, wobei auf dieselben Aussagen hingewiesen wird, wie bereits im Zusammenhang mit der Prospekthaftung. Zudem behaupten die Kläger verschiedentlich Aussagen und Zusicherungen, insbesondere des Beklagten 2, die im Rahmen von persönlichen Gesprächen gemacht worden seien. Die Beklagten hätten absichtlich gehandelt. Sie hätten gewusst, dass die Angaben nicht korrekt seien, oder hätten zumindest damit rechnen müssen. Sie hätten die Kläger durch die Falschangaben dazu verleiten wollen, in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG zu investieren. Die Schädigung sei dann auch wie beabsichtigt eingetreten. Die Kläger machen weiter geltend, ein eigenes Mitverschulden liege nicht vor. Eine Due Diligence sei gar nicht möglich gewesen, zumal die Beklagten selbst nicht über die erforderlichen Unterlagen verfügt hätten (act. 42 Rz. 540 ff.; act. 1 Rz. 54 ff.). Zudem hätten sich die Beklagten des Straftatbestands des Betrugs schuldig gemacht. Durch die Vorspiegelung der falschen Tatsachen und die Unterdrückung weiterer Punkte (Investition in rechtswidriges Konstrukt; Mittelabflüsse zugunsten der Beklagten 2 und 3) seien die Kläger getäuscht worden. Dies sei arglistig erfolgt, indem der Beklagte 2 das Vertrauensverhältnis zu N.\_\_\_\_\_ ausgenutzt habe. Ausserdem seien unwahre Urkunden erstellt worden, indem der zwischen der Beklagten 3 und der K.\_\_\_\_\_ GmbH abgeschlossene Beratungsvertrag im Dezember 2016 auf die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG umgeschrieben und zu-

rückdatiert worden sei, was eine Urkundenfälschung darstelle. Eine weitere Falschbeurkundung bestehe im Verschweigen des echten Beratungsvertrages. Die Täuschung sei aber auch mittels professionell aufgemachter, aufeinander abgestimmter Emissionsunterlagen erfolgt. Die Vielzahl der falschen und irreführenden Aussagen, die nicht überprüfbar gewesen seien, stelle ein eigentliches Lügengebäude dar. Der technische Hintergrund sei komplex und durch die Kläger als Nicht-Fachleute nicht durchschaubar. Die Tatsache, dass die Angaben mangels Datenraum und vorhandener Unterlagen von den Klägern nicht haben überprüft werden können, qualifiziere sich damit bereits als arglistige einfache Lüge. Eine Mitverantwortung könne den Klägern nicht vorgeworfen werden. Gestützt auf die Angaben der Beklagten hätten die Kläger in Form der Kapitaleinzahlungen Vermögensdispositionen vorgenommen. Durch die unberechtigten Mittelentnahmen der Beklagten sei es zu einem Schaden gekommen, wobei die Werthaltigkeit der verbliebenen Vermögenswerte der K. \_\_\_\_\_ Diagnostics AG zweifelhaft sei. In subjektiver Hinsicht sei den Beklagten zumindest eventualvorsätzliches Handeln vorzuwerfen (act. 42 Rz. 552 ff.). Selbst wenn keine Arglist vorliege, handle es sich zumindest um eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR. Ein arglistiges Handeln sei hierbei nicht erforderlich. Eine absichtliche Täuschung stelle eine unerlaubte Handlung dar und führe zu einer Schadenersatzpflicht nach Art. 41 OR. Daraus ergebe sich vorliegend die Widerrechtlichkeit der Handlungen (act. 42 Rz. 588 ff.).

Die Beklagten 2 und 3 bestreiten eine unerlaubte Handlung und eine daraus abgeleitete Haftung. Die Prüfung eines Straftatbestands im Rahmen eines Zivilverfahrens während einer gleichzeitig laufenden Strafuntersuchung unterlaufe die Unschuldsvermutung und das Prinzip der Ermittlung auch entlastender Elemente. Bereits aus diesem Grund sei der Anspruch abzuweisen. Die Beklagten 2 und 3 hätten die Kläger nicht getäuscht, und diese seien keinem Irrtum unterlegen. So fehle es an strafrechtlich relevanten Täuschungshandlungen, und die Kläger hätten Selbstschutzmöglichkeiten gehabt, um eine Schädigung zu vermeiden. Insbesondere sei Arglist mit Bezug auf einfache falsche Angaben nur gegeben, wenn eine nähere Überprüfung typischerweise nicht möglich sei, was bei Investitionen im vorliegenden Umfang nicht der Fall sei. Subjektiv seien weder Vorsatz noch

Bereicherungsabsicht gegeben. Die Beklagten 2 und 3 seien vom Potential der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG überzeugt gewesen, hätten umfangreiche Leistungen erbracht und müssten in deren Liquidation mit Verlusten rechnen (act. 52 Rz. 382 ff.). Das Heranziehen von Art. 28 OR als Schutznorm scheitere dagegen am fehlenden Vertrag. Eine vom Vertragsrecht losgelöste Haftungsgrundlage stelle die Bestimmung nicht dar. Ein Verstoss gegen die guten Sitten sei nicht ersichtlich (act. 52 Rz. 405 ff.).

#### 4.3. Rechtliches

Subsidiär machen die Kläger Schadenersatz gestützt auf die allgemeinen Haftungsregeln geltend. Die Anwendbarkeit von Art. 41 OR setzt kumulativ voraus, dass dem Geschädigten ein Schaden entstanden ist, der natürlich und adäquat Kausal durch ein Verhalten verursacht worden ist, wobei die Schädigung widerrechtlich und durch den Schädiger schuldhaft verursacht worden ist (MARTIN A. KESSLER, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER, BSK OR I, a.a.O., N 2c ff. zu Art. 41 OR). Bei einem reinen Vermögensschaden ergibt sich die Widerrechtlichkeit aus der Verletzung einer Schutznorm. Diese Schutznormen können aus der ganzen Rechtsordnung hergeleitet werden, wobei eine genügende Bestimmtheit zu verlangen ist (KESSLER, a.a.O., N 34 f. zu Art. 41 OR). Die Beweislast für die einzelnen Voraussetzungen obliegt den Klägern (KESSLER, a.a.O N 1 ff. zu Art. 42 OR).

#### 4.4. Würdigung

##### 4.4.1. Widerrechtlichkeit / Verletzung einer Schutznorm

Beim von den Klägern geltend gemachten Schaden handelt es sich um einen reinen Vermögensschaden. Entsprechend ist eine Haftung nach Art. 41 OR nur gegeben, wenn die Beklagten eine besondere Schutznorm verletzt haben. Wie bei der Prospekthaftung machen die Kläger zusammenfassend geltend, im Rahmen der Investitionen in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG über wesentliche Aspekte getäuscht worden zu sein. Als verletzte Schutznormen nennen sie den Straftatbestand des Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB und die absichtliche

Täuschung nach Art. 28 OR. Bei beiden Bestimmungen handelt es sich grundsätzlich um Schutznormen nach Art. 41 OR.

#### 4.4.1.1. Betrug gemäss Art. 146 StGB

Der Tatbestand des Betrugs schützt unter anderem das Vermögen (STEPHAN MAEDER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, N 11 und N 16 f. zu Art. 146 StGB). Vorausgesetzt wird, dass in arglistiger Weise ein Irrtum bewirkt oder ausgenützt wird, um beim Geschädigten einen Vermögensschaden hervorzurufen, und gleichzeitig eine Vorteilsabsicht besteht (MAEDER/NIGGLI, a.a.O., N 36 ff. zu Art. 146 StGB).

Bereits aus dem zuvor zur Prospekthaftung Gesagten ergibt sich, dass durch die irreführenden Angaben eine Täuschung vorgelegen hat (vorne E. 3.3.2). Die Strafbarkeit ist nur gegeben, wenn der Täter arglistig handelt, also ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften bedient. Einfache Lügen genügen, wenn sie nicht oder nur mit besonderer Mühe überprüft werden können, der Getäuschte von der Überprüfung abgehalten wird, oder aufgrund der Umstände und eines Vertrauensverhältnisses vorausgesehen wird, dass er eine solche unterlassen wird (MAEDER/NIGGLI, a.a.O., N 62 ff. zu Art. 146 OR; BGE 142 IV 153 E. 2.2.2). Nimmt der Geschädigte die ihm mögliche Eigenverantwortung nicht wahr, kann dies im Einzelfall die Arglist entfallen lassen (vgl. dazu MAEDER/NIGGLI, a.a.O., N 68 ff. zu Art. 146 StGB).

Dieser Aspekt ist zwischen den Parteien umstritten, wobei für beide Standpunkte gute Argumente vorgebracht werden. Auf der einen Seite stützen sich die Kläger auf die eigentlichen Emissionsunterlagen, welche spezifisch zum Zweck der Täuschung erstellt worden seien. Mit den weiterführenden Angaben in Gesprächen und E-Mails seien die Kläger in ihrem Irrtum bestärkt worden. Diese Sachdarstellung spricht durchaus für ein Lügengebäude, zumal die Beklagten die Informationen in den Emissionsunterlagen so gestaltet haben, dass ein irreführender Gesamteindruck entstanden ist (vorne E. 3.3.2.10). Die Fülle an unterschiedlichen, aber immer ähnlichen Mitteilungen kann ein arglistiges Verhalten

darstellen. Dagegen spricht die Darstellung der Beklagten, welche auf einen bestehenden Datenraum verweisen. Die Kläger hätten die Möglichkeit gehabt, sämtliche relevanten Dokumente einzusehen, aber freiwillig auf eine Due Dilligence verzichtet. Soweit ein Datenraum bestanden hat (was bestritten ist und offen gelassen werden kann), würde unter Umständen die Arglist entfallen. Bei grösseren Investitionen darf grundsätzlich von einem Investor erwartet werden, dass er eine Due Dilligence durchführt, wobei jeweils auf die verfügbaren Unterlagen abgestellt werden muss. Gleichzeitig müssten die Beklagten damit rechnen, dass die von ihnen zur Verfügung gestellten Unterlagen konsultiert werden. Daran vermag auch ein angeblich bestehendes Vertrauensverhältnis - welches ohnehin nur für die Kläger 1 und 2 relevant sein könnte - nichts zu ändern. Ob die Beklagten tatsächlich arglistig gehandelt haben, kann offen gelassen werden, zumal mit der Verletzung von Art. 28 OR ohnehin eine Schutznorm verletzt ist und eine Haftung nach Art. 41 OR damit in Frage kommt. Unter diesen Umständen kann auch offen gelassen werden, ob die weiteren Voraussetzungen, insbesondere die Bereicherungsabsicht, erfüllt sind.

#### 4.4.1.2. Absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR

Die absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR bedingt, dass falsche Tatsachen vorgespiegelt oder vorhandene Tatsachen verschwiegen werden (INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, in: Widmer Lüchinger/Oser, BSK OR I, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 28 OR). Der Unterschied zur Prospekthaftung liegt darin, dass es keine Beschränkung der relevanten Informationen gibt. Es sind folglich sämtliche Informationen massgebend, die den Investoren übergeben wurden, nicht nur diejenigen, die in prospektähnlichen Mitteilungen enthalten waren.

Sodann kann ein Verschweigen von Tatsachen nur dann relevant sein, wenn eine Aufklärungspflicht besteht (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N 8 zu Art. 28 OR). Eine solche kann sich etwa aus der Prospekthaftung bzw. den Vorschriften über die Erstellung des Prospekts ergeben. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, woraus vorliegend eine Aufklärungspflicht abgeleitet werden soll. Insbesondere vermag der pauschale Hinweis, der Beklagte 2 und N.\_\_\_\_\_ hätten sich bereits zuvor gekannt (act. 1 Rz. 55 f.; act. 42 Rz. 567), kein Vertrauensverhältnis

zu begründen, welches auch in geschäftlicher Hinsicht eine unbeschränkte Aufklärungspflicht mit sich bringen könnte. Es wäre an den Klägern gewesen, die besondere Nähe - welche ohnehin nur für die Kläger 1 und 2 im Verhältnis zum Beklagten 2 relevant sein könnte - genauer darzulegen.

Unabhängig vom Bestehen einer weitergehenden Aufklärungspflicht ist die Täuschung auch im Anwendungsbereich von Art. 28 OR gegeben. Wie gezeigt (vorne E. 3.3.2) haben die Beklagten mit den in den prospektähnlichen Mitteilungen enthaltenen Angaben irreführende Informationen über die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG verbreitet. Diese Angaben wurden durch weitere Aussagen in persönlichen Gesprächen, E-Mails und individuellen Emissionsunterlagen ergänzt. Ohne eine Wertung der einzelnen zusätzlichen Aussagen vorzunehmen, ergibt sich im grossen Ganzen, dass die Beklagten auch mit diesen Angaben versucht haben, ein möglichst positives Licht auf die zu gründende Gesellschaft zu werfen und vorhandene Risiken so gut wie möglich auszublenden. Es handelt sich folglich auch im Anwendungsbereich von Art. 28 OR um eine Täuschung. Inwiefern die Täuschung vorsätzlich erfolgte, kann offen bleiben, da den Klägern der Nachweis des Schadens ohnehin nicht gelingt (dazu sogleich).

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass auch für die Haftung aus unerlaubter Handlung nur diejenigen Aussagen und Handlungen relevant sein können, welche vor dem jeweiligen Investitionsentscheid gemacht wurden. So machen die Kläger geltend, dass der Schaden mit ihrer Einzahlung entstanden sei (act. 42 Rz. 511 ff.). Nach diesem Zeitpunkt war folglich keine (relevante) Täuschung der Kläger mehr möglich. Eine Ausnahme besteht in Bezug auf die Zahlung der Beklagten 3 durch die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG aus dem Beratungsvertrag. Diese Zahlung sehen die Kläger ebenfalls als Schädigung an, weshalb diesbezüglich gegebenenfalls auch spätere Vorkommnisse kausal sein können (vgl. dazu hinten E. 4.4.3).

#### 4.4.2. Verschulden

Für das Verschulden verweisen die Kläger auf die Ausführungen zur Prospekthaftung (act. 42 Rz. 592). Auch wenn im Wesentlichen dasselbe Verhalten zu

beurteilen ist, kann die Würdigung nicht unbesehen übernommen werden. Auch im Anwendungsbereich von Art. 41 OR wird ein persönliches Verschulden vorausgesetzt, welches von den Geschädigten, also hier den Klägern, zu beweisen ist.

Das Verschulden des Beklagten 1 basiert darauf, dass die Informationen von ihm gestammt haben. Die eigentliche Erstellung der Emissionsunterlagen konnte ihm dagegen nicht vorgeworfen werden (vorne E. 3.3.4.2.1). Die spezifischen Pflichten der Prospekthaftung bestehen aber im Anwendungsbereich von Art. 41 OR nicht. Damit ist fraglich, ob die Handlungen des Beklagten 1 auch hier ein Verschulden darstellen, zumal die eigentlichen Angaben mehrheitlich nicht falsch waren (vorne E. 3.3.2).

Auch das Verschulden der Beklagten 2 und 3 ist fraglich. Dieses wird mehrheitlich aus der fehlenden Überprüfung der Angaben des Beklagten 1 abgeleitet (vorne E. 3.3.4.2.3). Entfällt diese Pflicht, ist nicht ersichtlich, weshalb die Beklagten 2 und 3 nicht auf dessen Angaben abstellen durften. Es könnte ihnen dann lediglich ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden. Zwar genügt die Fahrlässigkeit grundsätzlich für die Haftung nach Art. 41 OR (KESSLER, a.a.O., N 48 ff. zu Art. 41 OR), doch gilt dies nicht, wenn die Widerrechtlichkeit aus einem Verhalten abgeleitet wird, welches absichtlich erfolgen muss (ROLAND BREHM, Berner Kommentar Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, 4. Aufl., Bern 2014, N 39 zu Art. 41 OR). Sowohl die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR als auch der Betrug nach Art. 146 StGB setzen ein vorsätzliches Handeln voraus (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N 16 zu Art. 28 OR; MAEDER/NIGGLI, a.a.O., N 273 zu Art. 146 StGB). Kann den Beklagten 2 und 3 lediglich die fahrlässige Unterlassung der Überprüfung vorgeworfen werden, würde es folglich an einem Verschulden bzw. an der Widerrechtlichkeit ihres Handelns fehlen.

Da der Schaden ohnehin nicht nachgewiesen werden kann, kann offen bleiben, ob den Beklagten auch im Anwendungsbereich von Art. 41 OR ein Verschulden vorgeworfen werden kann.

#### 4.4.3. Schaden und Kausalzusammenhang

Der Schaden ergibt sich auch bei der unerlaubten Handlung aus der Differenz zwischen dem Vermögen und dem hypothetischen Vermögen ohne die Schädigung (BREHM, a.a.O., N 70b zu Art. 41 OR). Dabei ist zu beachten, dass der pauschale Verweis der Kläger auf ihre Investitionen nicht genügen kann. Für diese haben sie in der Form der Aktien der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG einen Gegenwert erhalten. Ebenfalls zu beachten ist, dass nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, welcher kausal durch die widerrechtliche Schädigung verursacht worden ist.

##### 4.4.3.1. Rückabwicklung

Für die beantragte Rückabwicklung der Kaufverträge bzw. Übertragung der Aktien an die Beklagten ist im allgemeinen Schadenersatzrecht keine Grundlage ersichtlich. Insbesondere können die Kläger sich nicht auf die Rechtsfolgen von Art. 28 OR berufen. Eine allfällige Anfechtung der Kaufverträge bzw. der Aktienzeichnung hätten sie gegenüber dem Vertragspartner innert Frist geltend zu machen. Dies war im vorliegenden Fall die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG. Dagegen können sie gegenüber den Beklagten als Dritte lediglich den durch den Vertragsabschluss erlittenen Schaden geltend machen. Die ausservertragliche Haftung ist darauf ausgerichtet, die finanziellen Folgen einer Schädigung auszugleichen. Zwar sieht Art. 43 OR vor, die Art des Schadenersatzes sei durch das Gericht festzulegen. Eine Grundlage, auf welcher die Beklagten zur Übernahme der Aktien der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG gezwungen werden könnten, ist aber nicht ersichtlich, zumal nicht die Beklagten als Verkäufer fungiert haben (vgl. dazu auch die Ausführungen zur Prospekthaftung vorne E. 3.3.5.2). Diese wird auch nicht durch die Variante der Naturalrestitution erfasst. Eine solche erfolgt mittels Ersatzbeschaffung oder Reparatur der beschädigten Sache (KESSLER, a.a.O., N 4 zu Art. 43 OR). Das Vermögen des Geschädigten kann jedoch nicht in diesem Sinne beschädigt sein. Vielmehr sind reine Vermögensschäden wie der vorliegende in erster Linie mittels Schadenersatzzahlung auszugleichen. Nur wenn sich eine andere Form der Wiedergutmachung geradezu aufdrängt, ist auf eine solche



zurückzugreifen. Auch diesfalls wäre aber erst der eingetretene Schaden an sich zu beweisen (dazu BREHM, a.a.O., N 19 ff. zu Art. 43 OR).

#### 4.4.3.2. Verzicht auf Investitionen

Damit die Kläger wie beantragt ihre ganze Investition - unter Anrechnung des Liquidationserlöses - als Schaden anrechnen können, müssten sie beweisen, dass der Schaden mit der Investition eingetreten ist. Auch im Anwendungsbereich von Art. 41 OR wäre dazu erforderlich, dass sie die Investition ohne die täuschenden Angaben gar nicht getätigt hätten. Hätte die getäuschte Partei den Vertrag bei Kenntnis der irreführenden Informationen zu anderen Konditionen abgeschlossen, kommt die Anwendung von Art. 20 OR in Frage (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N 18 zu Art. 28 OR m.w.H.; MEISE/HUGUENIN, a.a.O., N 66 zu Art. 19/20 OR). Im Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 2 OR ist der hypothetische Parteiwille entscheidend. Massgebend ist, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen der Teilmangel bereits bei Vertragsschluss bewusst gewesen wäre (BGE 138 III 29 E. 2.3.3, MEISE/HUGUENIN, a.a.O., N 63 zu Art. 19/20 OR). Diesfalls können die Kläger lediglich einen Minderwert der Aktien geltend machen.

Diese Beurteilung kann nicht anders ausfallen als bei der Prospekthaftung. Auch unter Berücksichtigung der neben den prospektähnlichen Mitteilungen erhaltenen Unterlagen und gemachten Aussagen ändert sich das Bild nicht wesentlich. Angepriesen wurde die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG als Vertriebsgesellschaft, die sofort ohne wesentliche Risiken den Betrieb aufnehmen kann. Damit haben die Beklagten die Prognosen beschönigt und die Risiken weitgehend verschwiegen. Es finden sich auch in den weiterführenden Mitteilungen keine Angaben, welche spezifische, explizite Zusicherungen enthalten würden. Entsprechend muss unter Berücksichtigung sämtlicher Aussagen davon ausgegangen werden, dass es durchaus vernünftig handelnde Investoren geben kann, die in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG investiert hätten, wenn auch nicht zum gleichen Preis wie die Kläger damals (vgl. dazu auch vorne 3.3.5.3). Inwiefern die weiterführenden Aussagen für den Investitionsentscheid der einzelnen Kläger relevant gewesen sein sollen, führen die Kläger nicht konkret aus; vielmehr verweisen sie auf die Ausführungen zur

Schadensberechnung bei der Prospekthaftung (act. 42 Rz. 580). Entsprechend kann ihnen der Beweis, dass sie vollständig auf eine Investitionen verzichtet hätten, nicht gelingen.

#### 4.4.3.3. Schadensberechnung nach der Differenztheorie

Hinsichtlich der Schadensberechnung nach der Differenztheorie kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Prospekthaftung verwiesen werden (vorne E. 3.3.5.4), zumal die Kläger auch hierzu keine eigenständige Schadensberechnung vornehmen (act. 42 Rz. 577 ff.). Der Schaden würde folglich der Differenz zwischen dem bezahlten Preis und demjenigen, der ohne die Täuschung bezahlt worden wäre, entsprechen. Entgegen der Kläger kann die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG nicht bereits anfänglich als wertlos angesehen werden und ist insbesondere auch der Kausalzusammenhang zwischen den verschwiegenen Risiken und dem behaupteten Totalverlust nicht bewiesen. Ein Schaden kann folglich nicht belegt werden.

Schliesslich machen die Kläger geltend, ein Schaden liege auch vor, weil die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG, vertreten durch den Beklagten 2, die Rechnung der Beklagten 3 für Beratungsleistungen gestützt auf den rückdatierten Beratungsvertrag beglichen habe (act. 42 Rz. 577). Diese Aussage ist bereits für sich in gewisser Weise widersprüchlich. Wenn bereits mit dem Erwerb der Aktien ein Totalschaden eingetreten sein soll, kann sich dieser nicht durch die spätere Verringerung der Mittel der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG noch vergrössert haben. Der Vorgang an sich kann ohnehin nicht auf eine Täuschung zurückgeführt werden. Hier würde sich allenfalls die Frage stellen, ob die Beklagten 1 und 2 als Verwaltungsräte ihre Pflichten verletzt haben. Dies ist aber unter die Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) zu subsummieren und kann nicht als ausservertragliche Haftung geltend gemacht werden. Ohnehin wäre ein solcher Schaden bei der Gesellschaft und nicht direkt bei den Aktionären eingetreten. Einen solchen Anspruch machen die Kläger explizit nicht geltend und behalten ihn sich vor (act. 1 Rz. 8).

Selbst wenn die Zahlung als Teil der Täuschung berücksichtigt würde, kann daraus nichts zu Gunsten der Kläger abgeleitet werden. Bereits aus dem Zeit-

punkt der Zahlung ergibt sich, dass die konkrete Handlung den Wert beim Erwerb der Aktien nicht beeinflusst haben kann. Selbst bei - nach klägerischer Meinung - korrekter Angabe und Handhabe des Beratungsvertrages hätte dies höchstens dazu führen können, dass der Wert der Gesellschaft aufgrund der zusätzlichen Schulden tiefer veranschlagt worden wäre - oder wie die Beklagten vorbringen (act. 52 Rz. 382) - zusätzliche Sicherheiten verlangt worden wären. Die eigentlichen Werte der K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG waren die Patente und die Ideen bzw. das Potential hinter dem O.\_\_\_\_\_. Dieses Potential wird durch die Höhe der bestehenden Schulden nur indirekt beeinflusst. Es kann also aus der späteren Zahlung weder geschlossen werden, dass gar kein Investor Gelder gesprochen hätte, noch dass die Gesellschaft wertlos gewesen wäre. In welchem Umfang eine Wertverminderung angenommen werden müsste, führen die Kläger nicht aus. Es kann nicht pauschal auf die Höhe des Beratungshonorar abgestellt werden, da eine Unternehmensbewertung von verschiedenen Faktoren abhängig ist und die Aktiven und Passiven nur einen Aspekt davon darstellen. Die Beweislast für den Schaden und damit auch die Preisdifferenz liegt aber bei den Klägern. Mangels substantierter Ausführungen kann ihnen dieser Beweis nicht gelingen.

#### 4.4.3.4. Zwischenfazit

Wie bei der Prospekthaftung gelingt es den Klägern auch im Anwendungsbereich der allgemeinen Haftungsnorm von Art. 41 ff. OR nicht, einen kausal verursachten Schaden zu beweisen. Die Klage ist folglich auch in dieser Hinsicht abzuweisen. Bezüglich einer allfälligen Unterbrechung des Kausalzusammenhangs kann auf die Ausführungen zur Prospekthaftung verwiesen werden (vorne E. 3.3.5.5).

#### 4.5. Fazit

Zusammenfassend ist die Klage auch im Anwendungsbereich von Art. 41 ff. OR abzuweisen. Den Beweis einer widerrechtlichen Schädigung durch die Täuschung der Kläger können diese zwar erbringen, doch ist auch in dieser Hinsicht der behauptete Schaden nicht genügend substantiiert dargelegt. Ebenso haben die Kläger nicht in genügender Weise dargelegt, weshalb gerade sie auf eine In-

vestition in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG verzichtet hätten, wenn ihnen die korrekten Umstände bekannt gewesen wären. Mangels bewiesenem Schaden und Kausalzusammenhang kann sodann offen bleiben, ob die Beklagten auch im Anwendungsbereich von Art. 41 ff. OR ein Verschulden treffen würde. Die Klage ist folglich auch gestützt auf Art. 41 OR abzuweisen, wobei hinsichtlich der Beklagten 1 und 2 der Vollständigkeit halber auf die vorstehenden Ausführungen zur Zuständigkeit zu verweisen ist (vorne E. 1.1.2).

#### 5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Kläger machen mit der vorliegenden Klage Ansprüche im Zusammenhang mit ihren Investitionen in die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG geltend. Dabei gelingt ihnen der Beweis, dass die Beklagten prospektähnliche Mitteilungen erstellt haben, und diese teilweise fehlerhaft bzw. unvollständig und damit irreführend waren. So fehlt es an Angaben über die Beratungskosten und eine mögliche Gewinnabschöpfung sowie an jeglichen Hinweisen über bestehende Risiken. Ausserdem wurden falsche Informationen zum Praxiseinsatz des O.\_\_\_\_\_s gemacht (E. 3.3.2). Weiter konnten die Kläger ein Verschulden der Beklagten beweisen (E. 3.3.4).

Hingegen ist den Klägern der Beweis eines kausal verursachten Schadens nicht gelungen. Sie konnten weder nachweisen, dass sie bei korrekter Information gänzlich auf eine Investition verzichtet hätten, noch, dass die K.\_\_\_\_\_ Diagnostics AG wertlos gewesen sein soll. Ausserdem fehlt es an substantiierten Angaben, welche eine Minderwertberechnung ermöglichen würden (E. 3.3.5).

Aus denselben Gründen besteht auch kein Anspruch aus ausservertraglicher Haftung (E. 4).

Die Klage ist folglich vollumfänglich abzuweisen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Kostentragung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kläger vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### 6.2. Streitwert

Für die Bemessung der Kosten ist der Streitwert massgebend. Bei einfacher Streitgenossenschaft sind die Rechtsbegehren zur Berechnung des Streitwerts zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Für die Berechnung des Streitwerts sind Forderungen in Fremdwährungen auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in CHF umzurechnen (MATTHIAS STEIN-WIGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 22 zu Art. 91 ZPO). Die klägerischen Forderungen schliessen sich nicht aus. Geltend gemacht werden folgende Ansprüche:

- Kläger 1: EUR 250'000.– = CHF 266'750.–
- Klägerin 2: EUR 1'000'000.– = CHF 1'067'000.–
- Klägerin 3: EUR 450'000.– = CHF 480'150.–
- Klägerin 4: CHF 55'969.20
- Kläger 5: CHF 100'000.–
- Total: CHF 1'969'869.20

Diese Ansprüche werden gesamthaft gegen die drei Beklagten geltend gemacht.

### 6.3. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Angesichts des beträchtlichen Umfangs der Rechtsschriften und der Akten sowie der Komplexität des Sachverhalts bzw. der zahlreichen vorgebrachten Elemente ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 ZPO auf rund 4/3 der Grundgebühr, also CHF 54'500.– festzulegen. Die Ge-

richtsgebühr ist den unterliegenden Klägern jeweils nach dem Anteil ihrer Forderung am Streitwert aufzuerlegen und aus dem von ihnen jeweils geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

#### 6.4. Parteientschädigungen.

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. Bei einfachen Streitgenossen steht allen Streitgenossen eine Entschädigung zu, sofern sich diese nicht vom gleichen Rechtsvertreter vertreten lassen (HANS SCHMID, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS, a.a.O., N 9 zu Art. 106 ZPO; DAVID JENNY, in: SUTTERSOMM/HASEBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O. N 16 f.zu Art. 106 ZPO). Bei der vorliegenden Klage drängte sich eine jeweils eigene Rechtsvertretung auf, zumal es um das Verschulden der jeweiligen Beklagten geht. Da der Beklagte 1 in der entscheidenden Phase keinen Rechtsvertreter mandatiert hatte, konnten keine Synergien genutzt werden, die eine Reduktion der Parteientschädigung rechtfertigen würden.

Der Anspruch auf eine volle Parteientschädigung entsteht mit der Beantwortung der Klage (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Ein Zuschlag steht den Beklagten für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung sowie der Ausarbeitung der zweiten Rechtsschrift zu (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Zudem rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung aufgrund der Komplexität des Sachverhalts, der zahlreichen Vorbringen der Kläger und des Aktenumfangs um 1/5 zu erhöhen.

Die Beklagten 2 und 3 liessen sich gemeinsam vertreten. Ihnen ist in Anwendung des zuvor Gesagten eine Parteientschädigung von CHF 69'100.– zuzusprechen. Praxisgemäss ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen, wenn die beantragende Partei die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht darlegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2016, 4A\_552/2015 E. 4.5). Dies gilt auch, wenn bei einer einfachen Streitgenossenschaft die Parteien nicht darlegen, welchen Anteil an den Kosten die nicht mehrwertsteuerpflichtige Partei - vorliegend der Beklagte 2 - zu tragen hat. Gerade weil die Argumentation des Beklagten 2 im Wesentlichen darauf basiert, dass

er stets die Beklagte 3 vertreten habe und darum persönlich nicht verantwortlich sei, wäre eine solche Differenzierung erforderlich. Mangels genügender Darstellung ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen. Die Parteientschädigung ist den Klägern jeweils nach dem Anteil ihrer Forderung aufzuerlegen. Der Anteil der Klägerin 2 ist den Beklagten 2 und 3 aus der geleisteten Sicherstellung für die Kosten der Beklagten 2 und 3 auszurichten.

Der Beklagte 1 macht zwar eine Parteientschädigung geltend, hatte aber nur anfänglich einen Rechtsvertreter mandatiert. Dieser hat keine Rechtsschrift verfasst. Nach § 11 Abs. 1 AnwGebV steht ihm daher keine volle Parteientschädigung zu. Ein reduzierter Anspruch für die anfängliche Vertretung wie der Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung wären näher zu begründen, was der Beklagte 1 nicht macht. Entsprechend ist ihm keine Entschädigung zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtgebühr wird festgesetzt auf CHF 54'500.–.
3. Die Kosten werden
  - dem Kläger 1 im Umfang von CHF 7'500.–,
  - der Klägerin 2 im Umfang von CHF 30'000.–,
  - der Klägerin 3 im Umfang von CHF 13'000.–,
  - der Klägerin 4 im Umfang von CHF 1'500.– und
  - dem Kläger 5 im Umfang von CHF 2'500.–auferlegt und aus den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
4. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten 2 und 3 folgende Parteientschädigungen zu bezahlen:
  - a) Der Kläger 1 wird verpflichtet, den Beklagten 2 und 3 eine Parteientschädigung von CHF 9'400.– zu bezahlen.
  - b) Die Klägerin 2 wird verpflichtet, den Beklagten 2 und 3 eine Parteientschädigung von CHF 37'400.– zu bezahlen. Die von der Klägerin 2 ge-

schuldete Parteientschädigung wird den Beklagten 2 und 3 - nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist - direkt von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin 2 dafür geleisteten Sicherheit ausbezahlt.

- c) Die Klägerin 3 wird verpflichtet, den Beklagten 2 und 3 eine Parteientschädigung von CHF 16'800.– zu bezahlen.
  - d) Die Klägerin 4 wird verpflichtet, den Beklagten 2 und 3 eine Parteientschädigung von CHF 2'000.– zu bezahlen.
  - e) Die Klägerin 5 wird verpflichtet, den Beklagten 2 und 3 eine Parteientschädigung von CHF 3500.– zu bezahlen.
5. Dem Beklagten 1 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
  6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger und die Beklagten 2 und 3 unter Beilage von Doppeln von act. 94, act. 115 und act. 116/1.
  7. 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 1'969'869.20.

Zürich, 24. November 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Benjamin Büchler