

Plädoyernotizen vom 23. März 2007

i.S. Documed ./ . Zeno R. R. Davatz (Verfahren P 2004 7 BEU)

I. Begrüssung

II. Einführung in den Streitgegenstand

- Arzneiinformatioen (FI und PI) für Humanarzneimittel (Beispiel)
- Publikationspflicht gemäss Swissmedic ursprünglich und gegenwärtig
- Funktion der Klägerin: Buchpublikation, von alters her, seit es Kontrolle betreff. Medikamenten gibt (IKS)
- seit Beginn Internetzeitalter immer mehr elektronische Daten zur Verfügung und entsprechende Nachfrage nach umfassenden Informationsdienstleistungen in Bezug auf Inhalt, Anwendungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten
- Hier sieht/sah Beklagter als primärer Softwareentwickler ein Zukunftspotential. Dies im Gegensatz zur Klägerin, welche als traditionelle Buchproduzentin kein wirkliches Interesse an Veränderungen hatte, da gesetz. und faktische Gegebenheiten der Klägerin eine Monopolstellung gewährte.
- Kläger begann 2003 mit der Entwicklung seiner Datenbank, welche im Laufe der Zeit massiv ausgebaut, verbessert, ergänzt etc. wurde.
- Erst mit dem ersten Aufschalten der beklagtischen Datenbank Open Drug Database (oddb.org) realisierte die Klägerin, dass ihre Monopolstellung früher oder später gefährdet sein wird.

Folie Milestones

- Klägerin fuhr mit schwerem Geschütz auf, konnte aber nicht verhindern, dass die Weko nach umfassenden Abklärungen eine Untersuchung eröffnete
- Die verschiedenen Verfahren und der zeitliche Ablauf
- **Erklärung** Publikationsvorschriften Swissmedic

- **Erklärung** Datenbank oddb.org
- **Erklärung** Formate (pdf, html), folgt später

- **Wichtige Schlussbemerkung:** Ausschluss der Pseudofachinformationen, Beklagter ist nicht daran interessiert, da nur Marketinginstrumente, Beklagter verwendet diese auch nicht.

III. Taktik und Verhalten der Klägerin (Kanonenfeuer-Taktik)

- in einem ersten Schritt reichte die Klägerin ohne irgendwelche Vorwarnung ein umfangreiches Gesuch um den Erlass einer superprov. Verfügung am 17. Dezember 2004 beim hiesigen Gericht ein
- Gutheissung des Gesuchs am 22.12.2004
- Vorwurf lautete auf Übernahme des Arzneimittelkompendiums 2004 (ist klarerweise nicht synonym bzw. identisch zur Online-Datenbank), was nachweislich nicht der Fall war.
- In erster Linie warf man dem Beklagte Urheberrechtsverletzungen vor; in zweiter Linie UWG-Verletzungen; heute ist dies gerade umgekehrt!!
- Aus Sicht der Beklagten hat die Klägerin entweder den im Streit liegenden Sachverhalt nur mangelhaft abgeklärt oder die Kläger wollte mit einem Kanonenschuss den Beklagten ausschalten
- Es gibt noch ein paar solche Münsterchen:
 - erst vor Kurzem hat die Klägerin, wichtige Kunden (darunter auch die Hirslanden-Gruppe, HMG), welche neuerdings keine Online-Dienstleistungen mehr von der Klägerin beziehen wollen, mit einem Unterlassungs/Abmahnbegehren konfrontiert (vgl. Noven, Beilage 13). Stil, Schreibweise etc. und Art lassen vermuten, dass dieses Schreiben von den klägerischen Anwälten vor Versand abgesegnet worden ist (vgl. Formulierung Novenbeilage 18, letzter Absatz im

Vergleich zur Novenbeilage 19 der klägerischen Anwälte selber unter Ziffer 1)

- anlässlich einer erst kürzlich vorgenommenen Akteneinsicht bei der Weko, kam ein Schreiben der Klägerin vom 24. Februar 2005 (act. 94) zum Vorschein, worin diese die swissmedic förmlich abmahnt, falls die swissmedic die gesundheitsrechtliche Konformitätserklärung zugunsten des Beklagten bezüglich seines Online-Angebots nicht zurückziehe. Vom vorliegenden Massnahmeentscheid zugunsten des Beklagten ist nirgends etwas erwähnt.
- usw. Auffällig ist auch die **Geheimniskrämerei** der Klägerin, welche soweit geht, dass AGB oder selbst Titel von Dokumenten als Geschäftsgeheimnisse abgedeckt werden. In der Zwischenzeit zeichnen vier Anwälte für das vorliegende und das Verfahren vor der Weko verantwortlich und entsprechend lange sind die jeweiligen Eingaben. Auch diese Verhaltensweise lässt doch gewisse Rückschlüsse zu.
- Vergabe der Publikation nach GATT/WTO: Klägerin sagt zwar, sie sei konkurrenzfähig etc., wehrt sich dann aber mit Händen und Füßen gegen dieses Vorgehen der swissmedic.

IV. Vorbemerkung: Werdegang der FI und PI, gesetzl. Vorschriften diesbezüglich

- wichtig für das Verständnis der Auseinandersetzung

Folie Werdegang FI/PI

- **Erklärung Werdegang**
- Zulassungsinhaber kommen erst nach dem Zulassungsentscheid zur Klägerin (vgl. auch Eingabe der Klägerin bei der Weko)

Folie Gesetzl. Vorschriften betr. Publikation FI/PI

- **Erklärung gesetzl. Vorschriften**

V. Rechtsfragen im Überblick

- Vorliegend ist insbesondere über folgende Rechtsfragen zu entscheiden
 - Werkcharakter der PI und FI?
 - Urheberrechtliche Inhaberschaft an der FI und PI?
 - Lauterkeitsrechtlicher Schutz gem. 5 lit. c UWG?
 - Prozessrechtliche Fragen: Geheimnisschutz, Noven, Ausdehnung des Verfahrens?

VI. Werkcharakter der FI und PI? (X-Gründe, die gegen den Werkcharakter der FI und PI sprechen)

- **als Einzelwerk:** keine individuelle Schöpfung, da:
 - wissenschaftliche Texte mit vorgegebener strenger Sachlogik;
 - detaillierte Vorgaben der swissmedic in Bezug auf Gestaltung, Reihenfolge, Inhalt etc.
 - teilweise sogar mit vorgegebener Musterformulierungen, einfache (medizinische) Alltagsformulierungen
 - Richterliche Praxis/Bestätigungen:
 - bestätigt durch Gutachten des IGE (Hr. Cavoni)
 - bestätigt durch Urteil im vorsorglichen Massnahmebegehren, S.5f.
 - bestätigt durch BG („Bob Marley“, BGE 130 III 168ff)
- **als Sammelwerk:** kein Sammelwerk, da:

- es handelt sich um eine vollständige Sammlung (von Gesetzes wegen), daher keine individuelle, originelle Schöpfung (h.L. vgl. auch Cherpillod, Komm. URG, Art. 4 N3 mit Nachweisen auf die Praxis)
 - ... auch Datenbanken, welche unter dem Einsatz grosser finanzieller Aufwendungen errichtet wurden, können nicht unter dem Gesichtspunkt des Urheberrechts geschützt werden. Dies ist auch der Grund für den sui-generis Schutz im Europ. Recht (vgl. Cherpillod a.a.O. Art. 4 N6)
 - beim Schutz in Europa handelt es sich um ein Investitionsschutz für die zur Herstellung notwendigen Investitionen.
 - Vorliegend handelte es sich im fraglichen Zeitpunkt (Sept. 2003) auch bei der Annahme eines Sammelwerks um ein Abfallprodukt [wird übrigens auch von der Beklagte im Verfahren der Weko so geschildert] der Buchproduktion, wofür die Kläger sich schon im Rahmen der Buchproduktion fürstlich entschädigen liess
 - bestätigt durch vorsorglichen Massnahmeentscheid (S. 7)
- **als Werke zweiter Hand/Übersetzungen:**
- wenn schon approbierte, ursprüngliche FI und PI kein Werkcharakter haben, so kann es logischerweise auch keine Werke zweiter Hand geben
 - keine Wahlmöglichkeiten, da gesetzl. detaillierte Vorschriften über Inhalt, Form, Text etc.
 - Individualität ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen, da nur approbierte FI und PI zugelassen/erlaubt sind und dieser Prozess läuft vorgelagert zwischen Zulassungsinhaber und swissmedic ab
 - ansonsten gelten dieselben Ausführungen wie bereits oben ausgeführt, auch für Übersetzungen gelten die detaillierten Vorschriften bezüglich Anordnung, Inhalt etc.

- **HTML Formatierung als Computerprogramm gem URG:**

- HTML ist lediglich Formatierungsformat / Auszeichnungssprache und nicht ein Programm (kann mit einem Knopfdruck über Dokument gelegt werden)
- bestätigt durch Lehre und Rechtsprechung (überzeugend insbesondere Burri)

- **Legalauschluss des urheberrechtlichen Werks aufgrund von Art. 5 URG**

- in der Zwischenzeit auch von der Klägerin eingestanden, dass es sich bei den FI u. PI um einen intergrativen Teil der Zulassungsverfügung handelt und somit auch deshalb um urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen, nicht geschützt
 - Bemerkung: Diesen Punkt hat die Klägerin anfänglich mit keinem Wort erwähnt.
- im Übrigen wird auf Eingaben und Entscheid im vorsorglichen Massnahmeverfahren verwiesen (S. 8)

- **Zweck und Systematik URG / UWG:** „...Berücksichtigt man den Zweck von URG 5, so gelangt man zur Ansicht, dass ein solcher Schutz auch nicht über Art. 5 UWG erfolgen sollte.“ (Cherpillod, Komm. URG, Art. 5 N1)

VII. Urheberrechtliche Inhaberschaft an der FI und PI?

- Auch wenn urheberrechtlicher Werkcharakter der FI bzw. PI gegeben, so ist Klägerin nicht Inhaberin urheberrechtlicher Verbotsansprüche
 - vgl. Herstellungsprozess
 - keine rechtsgenügender Nachweis, wonach die Beklagte auch nur ansatzweise derivativ urheberrechtliche Inhaberschaft erworben hat
- Hinweis in den AGB zum Vorgehen beschränkt sich auf den der Klägerin

übertragenen Auftrag, bis Frühling 2004 bestand dieser Zweck ausschliesslich in der Printpublikation, folglich könnte sich – wenn überhaupt - die Klägerin nur gegen die Übernahme der Printausgabe gemäss den geltend gemachten AGB vorgehen.

- Vorliegend geht es aber nicht um Printproduktion
- Bestätigung durch Weko-Befragung, wonach Zulassungsinhaber Rechteinhaber bleiben.
- **Noch eine Überlegung vom Resultat her:** Stünden der Klägerin wirklich urheberrechtliche Verbotsrechte zu, so könnte sie sich auch gegen die Zulassungsinhaber zur Wehr setzen, sobald die Zulassungsinhaber FI und PI ausserhalb des privaten Gebrauchs (fast immer de Fall ist) nutzen würden. Das kann wohl nicht sein.

VIII. Lauterkeitsrechtlicher Schutz?

- **Vorbemerkung:** Wie ist eine Datenbank aufgebaut? Bestandteile einer solchen?

Folie Internet & Recht

- Folie erklären, es gibt nicht eine Datenbank per se, sondern Datenbank weist mehrere von einander abhängige Bestandteil auf.
- Datenbank von Klägerin und Beklagtem **unterscheiden** sich in mehrfacher Hinsichtlich wesentlich

Folie synoptische Darstellung (KAB 16)

Verweis auf Vergleich von Datenbanken mit Levenstein'schen Distanz (KA, Rz. 35ff.)

- **Zwischenfazit:** Alleine aus technischen Gründe ist eine Übernahme der Datenbank gar nicht möglich, so auch Urteil im vorsorglichen Massnahmeverfahren (S. 9)

- **Art. 5 lit. c UWG im Einzelnen:** Dies vorausgeschickt gibt es neben dieser technischen Unmöglichkeit weitere Gründe, welche die Auffassung des Beklagten stützen:
- Sinn & Zweck von Art. 5 lit. c. UWG i
 - gemäss h.L. die parasitäre, d.h. die Übernahme *tel quel* ohne nur einen Aufwand zu treiben und dass so der Erste um seine Anstrengungen geprellt wird (vgl. *homegate* S. 396) die Investition
 - es sollen keine neue Ausschliesslichkeitsrechte geschaffen werden, sondern nur unlautere Verhaltensweisen verhindert werden
 - Nachahmung ist grundsätzlich erlaubt
 - ausdrücklich bestätigt BG Entscheid („*homegate*“, 131 III 384)
- Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 lit. c UWG
 - Marktreifes Arbeitsergebnis (im Ggs. zur Formulierung in lit. a und b)
 - ist unbestrittenermassen nur in der gesamten Datenbank zu sehen
 - die in der Datenbank abgelegten Daten in Form von FI und PI versehen mit Documed-spezifischen bzw. Documed-Software spezifischen Tags, handelt es sich nicht um ein marktreifes Arbeitsergebnis; diesen Daten sind nicht wirtschaftlich gebrauchsfertig (vgl. beispielhafte ins Recht gelegte HTML-Ausdrucke)
 - unmittelbare Übernahme und Verwertung
 - Baudenbacher hat eine gegenteilige Lehrmeinung, wonach die Bestimmung im Sinne einer („einer unmittelbaren Übernahme unmittelbaren Verwertung“) zu verstehen ist.
 - nicht weiter erstaunlich, geht diese Lehrmeinung offensichtlich davon aus die gesetzliche Wendung laute „Übernahme oder Verwertung“
 - im Übrigen ausdrücklich bestätigt im BG Entscheid „*homegate*“
 - gestützt von herrschender Lehre , wonach von einem

technischen Kopiervorgang nur gesprochen werden könne, wenn über den Kopiervorgang hinaus keine zusätzlichen Aufwände erbracht werden (vgl. homegate, S. 392, Z. 4.4.1)

- ohne angemessenen eigenen Aufwand
 - gem. herrschender Lehre ist auf Seiten des Übernehmers der gesamte Aufwand zu berücksichtigen (vgl. homegate, S. 392, Z. 4.4.2)
 - Unlauterkeit nur, wenn für Reproduktion und Verwertung der erforderliche Aufwand im Verhältnis zum objektiv nötigen Aufwand unangemessen gering
 - vorliegend liegt a) kein Reproduktion vor und b)
 - dieser Aufwand beträgt beim Beklagten mehrere Mannjahre
 - Bsp. des technischen Vorgang, Parsen, Intergration
 - stetige Änderung seitens der Klägerin (HTML, PDF, Versionenwechsel etc)
 - analoger Sachverhalt wie bei homegate
- Diese Auffassung ist durch das in der Zwischenzeit ergangene Bundesgerichtsurteil „homegate“ vollumfänglich bestätigt worden.
- **Zweck und Systematik URG / UWG:** „...Berücksichtigt man den Zweck von URG 5, so gelangt man zur Ansicht, dass ein solcher Schutz auch nicht über Art. 5 UWG erfolgen sollte..“ (Cherpillod, Komm. URG, Art. 5 N1)
 - Es darf nicht Sinn vom UWG sein, dort einen Schutz zu schaffen, wo in das URG nicht vorsieht (Neff/Arn, S. 89)

IX. Prozessrechtliche Fragen

- Noven
- Aktivlegitimation
- Geheimnisschutz
- Ausdehnung des Verfahrens auf ywesee GmbH

Diesbezüglich sind detaillierte Ausführungen in der Klageantwort/Duplik und auch separaten Eingaben gemacht worden. Auf eine Wiederholung kann verzichtet werden.