ADVOKATEN UND NOTARIAT
ATTORNEYS AT LAW
AND PUBLIC NOTARIES

CH-4010 BASEL
AESCHENVORSTADT 55
TELEFON +41 (0)61 279 70 00
TELEFAX +41 (0)61 279 70 01
BASEL@WENGER-PLATTNER.CH
WWW.WENGER-PLATTNER.CH

DR. WERNER WENGER*
DR. JÜRG PLATTNER
DR. PETER MOSIMANN
STEPHAN GUNTA
PROF. DR. GERHARD SCHMID
DR. JÜRG BIEBER
DR. MARKUS METZ
DR. DIETER GRÄNICHER
KARL WÜTHRICH
YVES MEIER
FILIPPO TH. BECK, M.L.L.
DR. FRITZ ROTHENBÜHLER
DR. STEPHAN NEIZLE, LL.M.
DR. BERNHARD HEUSLER
DR. ALEXANDER GUTMANS, LL.M.*
PETER BAHLER**
DR. THOMAS WETZEL
DR. MARC S. NATER, LL.M.
SUZANNE ECKERT
PD DR. FELIX UHLMANN, LL.M.
PROF. DR. MARKUS MÜLLER-CHEN
ROLAND MATHYS, LL.M.
MARTIN SOHM
RETO ASCHENBERGER, LL.M.
BRIGITTE UMBACH-SPAHN, LL.M.
GUDRUN ÖSTERREICHER SPANIOL
DR. MARKUS SCHOTT, LL.M.
DR. CHRISTOPH MÜLLER, LL.M.
DR. SIMONE FRAUCHIGER SIRICHÄUSER, LL.M.
AYESHA CURMALLY*
CLAUDIUS GELZER, LL.M.
CORNELIA WEISSKOPF-GANZ
OLIVER ALBRECHT
DR. CHRISTOPH ZIMMERLI, LL.M.
DR. SECULA HINDERLING
DR. STEPHAN KESSELBACH
MADLAINA GAMMETER
DR. RODRIGO RODRIGUEZ
PD DR. PETER BEETZ
DR. ADRIAN RAPP
DR. RETO VONZUN, LL.M.
MARC NA STETTLER
CRISTINA SOLO DE ZALDÍVAR
DANIEL TOBLER**
MILENA MÜNST
DR. SALOME WOLF
DR. ALEXANDRA ZEIRER
DR. ROLAND BÜRKHALTER

ANDREAS MAESCH
KONSULENT

* AUCH NOTARE IN BASEL
** INHABER ZÜRCHER NOTARPATENT
ALS RECHTSANWALT NICHT ZUGELASSEN

BÜRO ZÜRICH:
CH-8700 KÜSNACHT-ZÜRICH
GOLDBACH-CENTER
SEESTRASSE 99
TELEFON +41 (0)43 222 38 00
TELEFAX +41 (0)43 222 38 01
ZURICH@WENGER-PLATTNER.CH

BÜRO BERN: CH-3000 BERN 6
JUNGFRAUSTRASSE 1
TELEFON +41 (0)31 357 00 00
TELEFAX +41 (0)31 357 00 01
BERN@WENGER-PLATTNER.CH

WENGER PLATTNER
BASEL · ZÜRICH · BERN

Einschreiben

Zivilgericht Basel-Stadt
Bäumleingasse 5
Postfach 964
4001 Basel

Basel, 20. September 2005 MaR/ruc/mau

P 2004 7 BEU

REPLIK

in Sachen

Documed AG, Aeschenvorstadt 55, 4051 Basel

Klägerin

vertreten durch Dr. Peter Mosimann und lic.iur. et oec.publ. Roland Mathys, LL.M., Advokaten, Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55, Postfach 659, 4010 Basel,

gegen

Herrn Zeno R. R. Davatz, Winterthurerstrasse 52, 8006 Zürich

Beklagter

vertreten durch lic.iur. Stephan Stulz und lic.iur. Matthias Städeli, LL.M., Rechtsanwälte, Rentsch & Partner, Fraumünsterstrasse 9, Postfach 2441, 8022 Zürich

betreffend

URHEBERRECHT / UNLAUTERER WETTBEWERB

ALLE ANWÄLTE SIND AM IHREM JEWEILIGEN STANDORT
IM ANWALTSREGISTER EINGETRAGEN

RECHTSBEGEHREN

1. Es gelten die Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung vom 11. Februar 2005.

2. Der Verfahrensantrag des Beklagten gemäss Klageantwort vom 26. Mai 2005 sei abzuweisen.

3. Es sei der Beklagte anzuhalten, in der Duplik den Nachweis einer allfälligen Übertragung seines Geschäfts auf die ywesee GmbH zu erbringen, und es sei der Klägerin im Anschluss daran Gelegenheit zu bieten, eine allfällige Ausdehnung des vorliegenden Zivilverfahrens auf die ywesee GmbH als zusätzliche Beklagte zu beantragen.

4. Die tatsächlichen Vorbringen der Klägerin gemäss Rz. 29 ff. seien als Noven zuzulassen.

5. Alles unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Beklagten.

EINLEITUNG

Die Klägerin bietet auf ihrer Website von ihr erstellte bzw. redaktionell bearbeitete Arzneimitteinformationen (Fach- und Patienteninformationen an). Es handelt sich hierbei um ca. 3'300 Fach- sowie 3'000 Patienteninformationen, je in deutscher und französischer Sprache. Im Einklang mit den behördlichen Vorschriften stehen die Arzneimittelinformationen den massgeblichen Adressaten (z.B. Medizinalpersonen) kostenlos zur Verfügung. Die Klägerin stellt die Arzneimittelinformationen auch Dritten zur weiteren Nutzung (z.B. Veredelung) gegen die Entrichtung einer jährlichen Gebühr zur Verfügung.

An einer solchen Nutzung ist auch der Beklagte, ein Konkurrent der Klägerin, interessiert. Die Klägerin hat mit ihm Verhandlungen über die Einräumung eines Rechts zur Nutzung der Arzneimittelinformationen geführt. Diese Verhandlungen haben aber nicht zu einem Ergebnis geführt, weil der Beklagte für die weitere Verwendung der Arzneimitteinformationen nichts bezahlen will.

Der Beklagte hat stattdessen zur Selbsthilfe gegriffen und ab Herbst 2003 sämtliche bei der Klägerin abrufbaren Arzneimittelinformationen herunter geladen und bei sich gespeichert. Der Beklagte bietet dieselben Arzneimittelinformationen seitdem selbst auf seiner Website zur Ansicht und zum Download an. Anders als die Klägerin verlangt er hierfür ein Entgelt und verstösst damit auch gegen die behördlichen Vorschriften.

Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass das Vorgehen des Beklagten sowohl ihre Urheberrechte (URG) als auch das Lauterkeitsrecht (UWG) verletzt:

- Unter dem Urheberrecht geniessen die von den Zulassungsinhabern oder Mitarbeitern der Klägerin erstellten und bearbeiteten Arzneimittelinformationen Schutz als urheberrechtliche Werke. Der Beklagte hat diese Werke in Verletzung von Art. 10 und 11 URG vervielfältigt (Download), bearbeitet und durch Anbieten auf seiner eigenen Website in Verkehr gebracht;

- unter dem Lauterkeitsrecht stellen die Arzneimittelinformationen marktreife Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 Bst. c UWG dar. Diese Arbeitsergebnisse wurden von der Klägerin mit grossem Aufwand erstellt bzw. redaktionell bearbeitet. Die marktreifen Arbeitsergebnisse wurden vom Beklagten mittels eines technischen Reproduktionsverfahrens (Download von der Website der Klägerin) als solche übernommen und verwertet. Der hierfür vom Beklagten betriebene Aufwand ist gering. Setzt man ihn zum Aufwand der Klägerin in Relation, ist er vernachlässigbar. Durch die Übernahme der Arzneimittelinformationen von der Website der Klägerin hat der Beklagte sich die Lizenzgebühr "eingespart" und sich damit einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil nicht nur gegenüber der Klägerin, sondern auch gegenüber anderen Mitbewerbern verschafft.

Der Beklagte bestreitet die von ihm vorgenommenen Downloads der Arzneimittelinformationen nicht ernsthaft. Jedoch nimmt er den Standpunkt ein, sein Verhalten verletze weder das URG noch das UWG:

- In urheberrechtlicher Hinsicht spricht der Beklagte den Arzneimittelinformationen die Schutzfähigkeit ab und stellt den schöpferischen Beitrag der Klägerin in Frage. Die Klägerin widerlegt dies in der vorliegenden Replik und verdeutlicht, dass die Arzneimittelinformationen urheber-

rechtlichen Schutz geniessen und dass sie bei deren Erstellung bzw. Bearbeitung einen massgeblichen schöpferischen Beitrag geleistet hat.

- In Bezug auf das Lauterkeitsrecht macht der Beklagte geltend, der Aufwand der Klägerin zur Erstellung und Bearbeitung der Arzneimittelinformationen sei gering gewesen, während sein eigener Aufwand zur Erstellung seiner Datenbank beträchtlich sei. Die Klägerin zeigt in der Replik, dass sie für die Erstellung und redaktionelle Bearbeitung der Arzneimittelinformationen jedes Jahr einen massiven Aufwand betreibt und dass der vom Beklagten behauptete Aufwand zur Erstellung seiner Datenbank vorliegend nicht massgeblich ist.

BEGRÜNDUNG

I. Vorbemerkungen

1. Die vorliegende Replik erfolgt innert erstreckter Frist.

Beweis:	Fristerstreckungsverfügung der Zivilgerichtspräsidentin vom 5. August 2005	bei den Verfahrensakten

2. Bis Ablauf der peremptorischen Frist zur Einreichung der vorliegenden Replik war es der Klägerin (und dem Zivilgericht Basel-Stadt) unklar, ob es sich bei Rechtsbegehren 2 der Klageantwort des Beklagten um eine selbständige Feststellungswiderklage handelt. Für den Fall einer Widerklage wird das Zivilgericht Basel-Stadt der Klägerin auf deren Antrag hin eine gesonderte, erstreckbare Frist zur Einreichung der Widerklageantwort ansetzen. Aus diesem Grund beschränkt sich die vorliegende Rechtsschrift auf die Replik.

Beweis:	Verfügung der Zivilgerichtspräsidentin vom 31. August 2005	bei den Verfahrensakten

3. Sämtliche Behauptungen des Beklagten in der Klageantwort gelten hiermit als bestritten, sofern sie im Folgenden nicht ausdrücklich zugestanden werden.

4. In der vorliegenden Replik werden zunächst die grundlegenden Ausführungen der Klägerin zum Formellen (II.) sowie zum Materiellen (III.) dargelegt. Im Anschluss daran wird auf die in der Klageantwort enthaltenen tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen im Einzelnen eingegangen (IV.). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich am Ende dieser Replik.

II. Zum Formellen

1. Auf die Klage ist einzutreten.

5. Rechtsbegehren 1 der Klageantwort lautet: "Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen soweit darauf einzutreten ist." Der Beklagte stellt somit den Antrag, auf die Klage sei schon gar nicht einzutreten.

6. Auf eine Klage wird dann nicht eingetreten, wenn Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt sind (STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, 1992, § 19 Rz. 1). Zu den Prozessvoraussetzungen zählen die Zuständigkeit, die Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit, die fehlende Rechtshängigkeit, das Fehlen einer res iudicata (§ 58 Abs. 2 ZPO) sowie ein Rechtsschutzinteresse (vgl. STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 13 Rz. 21).

7. Der Beklagte begründet seinen Nichteintretensantrag nicht näher. Aus seinen Ausführungen in der Klageantwort wird nicht recht klar, welche Prozessvoraussetzung(en) er vorliegend als nicht erfüllt betrachtet. Es erscheint jedoch, als ob er die Postulationsfähigkeit der Klägerin (Rz. 3 der Klageantwort), die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Rz. 12 f.) sowie das Rechtsschutzinteresse der Klägerin (Rz. 119 ff.) in Frage stellt.

a) Bevollmächtigung

8. Der Beklagte führt in Rz. 3 der Klageantwort aus, die Vertreter der Klägerin seien nicht für alle geltend gemachten Ansprüche gehörig bevollmächtigt. Klägerin ist im vorliegenden Prozess einzig die Documed AG, welche die unterzeichneten Vertreter zur Prozessführung bevollmächtigt

hat (vgl. Rz. 1 der Klagebegründung). Soweit der Beklagte vorbringt, die Klägerin sei nicht Inhaberin aller geltenden gemachten Ansprüche (was bestritten wird), betrifft dies nicht die Frage nach der hinreichenden Vertretung der Klägerin, sondern nach deren Aktivlegitimation, worüber mit einem Sachurteil (Abweisung der Klage) und nicht mit einem Prozessurteil (Nichteintreten auf die Klage) zu befinden wäre (vgl. STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 9 Rz. 19).

b) Zuständigkeit

9. Der Beklagte scheint die aus Art. 25 GestG abgeleitete Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Zweifel zu ziehen (Rz. 12 f. der Klageantwort). Begründet wird dies damit, dass die Klägerin gar nicht geschädigt sei. Ob die Klägerin geschädigt – oder allgemeiner in einem Rechtsgut verletzt (vgl. ROMERIO, in MÜLLER/WIRTH (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, 2001, Rz. 52 zu Art. 25 GestG) - wurde, ist jedoch wiederum eine Frage des materiellen Rechts, über die mit einem Sachurteil zu befinden ist. Die Prozessvoraussetzung der Zuständigkeit ist davon nicht betroffen.

c) Rechtsschutzinteresse

10. Der Beklagte macht allgemein geltend, an einem rechtlich geschützten Interesse der Klägerin fehle es vorliegend, da diese weder aus UWG noch aus URG Rechte gegen den Beklagten geltend machen könne (Rz. 118 der Klageantwort). Auch hier werden Fragen des formellen und materiellen Rechts vermischt. Ob und in welchem Umfang die Klägerin Rechte gegen den Beklagten geltend machen kann, ist mit Sachurteil über die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren zu entscheiden. Das Rechtsschutzinteresse beurteilt sich nicht danach, ob der geltend gemachte Anspruch besteht oder nicht – genau das soll ja durch den Zivilprozess geklärt werden!

11. <u>Die Feststellungsklage ist gegenüber anderen Klagen im Urheberrecht nicht subsidiär</u>. Mit Art. 61 URG wurde ein selbständiger Feststellungsanspruch in das Gesetz aufgenommen, der kumulativ zu anderen Ansprüchen geltend gemacht werden kann und der Sache nach Art. 74 PatG entspricht (vgl. Botschaft zum URG, BBl 1984 III 242 sowie 1989 III 566). Für Art. 74 PatG hat das Bundesgericht ein selbständiges Fest-

stellungsinteresse bejaht (BGE 117 II 598, 600). In der Lehre finden sich gewichtige Meinungen gegen die Subsidiarität der Feststellungsklage im Urheberrecht (vgl. etwa BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, Rz. 2 zu Art. 61 URG; REHBINDER, Kommentiertes URG, 2. Aufl. 2001, Rz. 2 zu Art. 61 URG). Auch das Kantonsgericht St. Gallen hat sich in zwei aktuellen Entscheiden für die Selbständigkeit der Feststellungsklage ausgesprochen ("Tripp Trapp I" vom 17. Mai 2001, publ. in sic! 2001, S. 491 ff.; "Porträtfotografie" vom 24. November 1999, publ. in sic! 2000, S. 188 ff.).

12. Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. c UWG kann die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung dann verlangt werden, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt. Eine störende Auswirkung ist unter anderem dann gegeben, wenn der Bestand bzw. die Verletzung eines Rechts wie vorliegend bestritten wird (vgl. die oben zitierten Entscheide des St. Galler Kantonsgerichts sowie REHBINDER, a.a.O.). Auch die Feststellungsklage aus UWG ist gegenüber der Leistungsklage nicht subsidiär (DAVID, Der Rechtschutz im Immaterialgüterrecht, in VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2: Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1992, S. 96). Wird eine Feststellungsklage wie hier mit einer Teilklage auf Schadenersatz verbunden, ist sie ohnehin in jedem Fall zulässig (BGE 99 II 172).

13. Die Feststellungsklage ist auch gegenüber dem von der Klägerin geltend gemachten Publikationsbegehren nicht subsidiär. Ganz im Gegenteil setzt die Urteilspublikation als sekundärer Rechtsbehelf eine andere Klage voraus (BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, 2001, Rz. 144 zu Art. 9 UWG). Beim Antrag auf Urteilspublikation ist immer auch ein Rechtsschutzinteresse an der gleichzeitigen Beurteilung eines damit zusammenhängenden Feststellungsbegehrens gegeben (DAVID, a.a.O., S. 96 f.). Denn die Öffentlichkeit soll nicht nur darüber informiert werden, was dem Beklagten in Zukunft verboten sein soll (Unterlassungsurteil), sondern auch, was ihm bisher vorgeworfen wurde (Feststellungsurteil). Die Kombination des Feststellungs- mit einem Publikationsbegehrens unterscheidet den vorliegenden Fall von denjenigen Entscheiden, in denen das Bundesgericht ein Feststellungsinteresse verneint hatte (vgl. etwa Urteil 4C.369/2004 vom 25. Januar 2005). Zusammenfassend ist

das Rechtsschutzinteresse am klägerischen Feststellungsbegehren gegeben.

14. In Bezug auf das klägerische Publikationsbegehren macht der Beklagte geltend, dieses sei nicht hinreichend bestimmt, da eine Spezifikation bezüglich Form, Inhalt, Grösse usw. nicht erfolgt sei (Rz. 122 der Klageantwort). Die Auffassung des Beklagten steht in offensichtlichem Widerspruch zum Gesetz. Art. 66 URG lautet:

> "Das Gericht kann auf Antrag der obsiegenden Partei anordnen, dass das Urteil auf Kosten der anderen Partei veröffentlicht wird. Es bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung."

Damit ist klar, dass Art und Umfang der Veröffentlichung durch das Gericht bestimmt werden. Gemäss BARRELET/EGLOFF (a.a.O., Rz. 3 zu Art. 66 URG) können die Parteien diesbezüglich zwar Anträge stellen, sind dazu aber nicht verpflichtet. Der blosse Antrag auf Urteilspublikation genügt. Für ein Publikationsbegehren nach Art. 9 Abs. 2 UWG gelten die gleichen Voraussetzungen, obwohl dies dort nicht (mehr) ausdrücklich erwähnt wird (BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 153 zu Art. 9 UWG). Vorliegend hat die Klägerin neben dem Antrag auf Urteilspublikation auch den Publikationsort näher umschrieben. Sie wird damit den gesetzlichen Erfordernissen mehr als gerecht. Damit ist auch auf das Publikationsbegehren einzutreten.

15. Zusammenfassend ergibt sich, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, weshalb auf die Klage einzutreten ist. Rechtsbegehren 1 des Beklagten ist insoweit kostenfällig abzuweisen.

2. Der Verfahrensantrag des Beklagten ist abzuweisen.

16. Die Klägerin hat bei lediglich fünf von insgesamt 90 Klagebeilagen teilweise Abdeckungen vorgenommen oder beantragt, dass dem Beklagten aus Gründen der Geheimhaltung keine Einsicht gewährt werde. Der Beklagte hat den Verfahrensantrag gestellt, es sei ihm auch hinsichtlich dieser fünf Klagebeilagen umfassende Einsicht zu gewähren (Rz. 21 ff. der Klageantwort).

17. Die Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ist nur in einzelnen immaterialgüterrechtlichen Erlassen ausdrücklich geregelt (vgl. z. B. Art. 68 PatG). Der Grundsatz ist jedoch in sämtlichen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes zu beachten (DAVID, a.a.O., S. 162). Namentlich kann Art. 68 PatG für alle Streitigkeiten im Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes als verbindliche Anordnung gelten (TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 1985, S. 1063). In gleicher Weise kann Art. 15 UWG analog Anwendung finden. Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Parteien sind demnach im Prozess auch dann zu wahren, wenn weder das kantonale Prozessrecht noch der relevante immaterialgüterrechtliche Erlass (vorliegend das URG) eine entsprechende Grundlage aufweisen.

18. Vorliegend hat die Klägerin ein Dokument (Klagebeilage 11) hinsichtlich weniger Stellen, die für das vorliegende Verfahren ohnehin unerheblich sind, abgedeckt. In Bezug auf vier Dokumente (Klagebeilagen 31, 32, 86 und 87) hat sie die gänzliche Verweigerung der Akteneinsicht verlangt. Dass die entsprechenden Dokumente Geschäftsgeheimnisse der Klägerin beinhalten, ergibt sich teils schon aus deren blosser Bezeichnung (Klagebeilage 31: "Geschäftsabschluss"; Klagebeilage 87: "Deckungsbeitragsrechnung"). Aber auch beim Arbeitsvertrag der Klägerin (Klagebeilage 32) und bei der Zusammenstellung des Umsatzverlustes (Klagebeilage 86) handelt es sich um Dokumente mit vertraulichem Charakter, an denen ein legitimes Geheimhaltungsinteresse der Klägerin besteht. Da diese Dokumente in ihrer Gesamtheit vertrauliche Informationen beinhalten, ist es nicht möglich, bloss einzelne Stellen abzudecken. Es bleibt einzig die umfassende Ausnahme von der Einsicht durch den Beklagten. Die von der Klägerin beantragten Geheimhaltungsmassnahmen sind somit auch verhältnismässig.

19. Im Übrigen fällt auf, dass der Beklagte mit ungleichen Ellen misst: Denn er möchte der Klägerin das nicht zugestehen, was er für sich selbst in Anspruch nimmt. Auch der Beklagte hat nämlich zahlreiche Dokumente (z. B. Klageantwortbeilagen 5 oder 15) nur in abgedeckter Form eingereicht – und zwar ohne ein Geheimhaltungsinteresse zu begründen oder auch nur geltend zu machen!

20. Aus den vorgenannten Gründen ist der Verfahrensantrag des Beklagten auf Gewährung umfassender Akteneinsicht und die Möglichkeit einer ergänzenden Stellungnahme kostenfällig abzuweisen.

3. Ausdehnung des Zivilverfahrens auf die ywesee GmbH als zusätzliche Beklagte

a) Hintergrund

21. Im schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 36 vom 21. Februar 2005 wurde publiziert, dass die Einzelfirma ywesee des Beklagten infolge Geschäftsaufgabe erloschen sei. In der gleichen Ausgabe des SHAB wurde die Neueintragung der ywesee GmbH mit Sitz in Zürich publiziert. Als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der ywesee GmbH ist der Beklagte eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag übernimmt die Gesellschaft bei der Gründung das Geschäft der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma ywesee des Beklagten gemäss Übernahmebilanz per 31. Dezember 2004. Aus dem Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom 27. Januar 2005 ergibt sich, dass die Sacheinlage bzw. -übernahme auf dem Weg der Singularsukzession erfolgt. Gemäss Übernahmebilanz per 31. Dezember 2004 umfassen die Aktiven der Einzelfirma des Beklagten Geldmittel als Umlaufvermögen sowie EDV-Hardware als Anlagevermögen. Andere Aktiva sind nicht bilanziert.

Beweis:	Auszug aus dem SHAB Nr. 36 vom 21. Februar 2005 betreffend die Einzelfirma ywesee des Beklagten	Beilage 1
	Auszug aus dem SHAB Nr. 36 vom 21. Februar 2005 betreffend die ywesee GmbH	Beilage 2
	Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom 27. Januar 2005	Beilage 3
	Übernahmebilanz per 31. Dezember 2004	Beilage 4

22. Die Publikation im SHAB erfolgte wie erwähnt am 21. Februar 2005 und somit kurz *nach* Einreichung der schriftlichen Klagebegründung vom 11. Februar 2005, jedoch *vor* Einreichung der schriftlichen Klageantwort vom 26. Mai 2005. Bemerkenswerterweise geht der Beklagte in der Klageantwort auf die vorerwähnten Umstände in keiner Weise ein.

23. Der Beklagte hat die streitgegenständlichen Arzneimittelinformationen bisher unter der Website www.oddb.org angeboten (Rz. 12 der Klagebegründung). Auf der Homepage fehlt ein klarer Hinweis auf die Inhaberschaft an der Website. Die Domain oddb.org ist seit Januar 2004 registriert auf eine damals offensichtlich inexistente ywesee *AG*; die ywesee *GmbH* wurde erst im Januar 2005 gegründet. Für die Klägerin ist somit nicht abschätzbar, wer gegenwärtig als Inhaber und Betreiber der rechtsverletzenden Website www.oddb.org auftritt.

Beweis:	Homepage der Website www.oddb.org	Beilage 5
	Website www.oddb.org	von Amtes wegen abzurufen
	Auszug aus www.whois.ch betreffend die Domain oddb.org	Beilage 6

b) Ywesee GmbH als zusätzliche Beklagte

24. Bei einer Universalsukzession tritt der Erwerber eines Geschäfts *ipso iure* in die Stellung des Rechtsvorgängers in einem anhängigen Prozess ein (vgl. MARBACH/KELLERHALS, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl. 1995, Rz. 1.b zu Art. 41 ZPO; BJM 1984, S. 211 ff., 212). Vorliegend hat gemäss Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag keine Universalsukzession stattgefunden. Damit ist die ywesee GmbH nicht automatisch an die Stelle des bisherigen Beklagten getreten.

25. Ob die ywesee GmbH als zusätzliche Beklagte ins Recht zu fassen ist, hängt davon ab, ob und inwieweit sie das Geschäft des Beklagten übernommen hat. Die massgebliche Bestimmung von Art. 181 OR äussert sich nur zum Übergang der Passiven. Gemäss Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag werden die Aktiven auf dem Wege der Singularsuk-

zession übertragen. Ob und in welchem Umfang die vorliegend massgeblichen Aktiven vom Beklagten auf die ywesee GmbH übertragen wurden, entzieht sich der Kenntnis der Klägerin. Auch die Übernahmebilanz per 31. Dezember 2004 gibt darüber keinen Aufschluss. Aus diesem Grund ist der Beklagte gerichtlich aufzufordern, die allfällige Übertragung der massgeblichen Aktiva an die ywesee GmbH nachzuweisen.

*c) **Zulässigkeit eines Parteiwechsels***

26. Die baselstädtische ZPO regelt den Parteiwechsel nicht ausdrücklich (vgl. BJM 1984, S. 211 ff., 211). Jedoch ist in der Praxis anerkannt, dass ein Parteiwechsel auf dem Wege der Klageänderung gemäss § 79 ZPO erfolgen kann (vgl. BJM 1984, S. 211 ff., 212 f.; STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 13 Rz. 41 sowie § 18 Rz. 41).

27. Gemäss § 79 ZPO wird eine Klageänderung nur dann bewilligt, wenn triftige Gründe dafür vorliegen. An dieses Erfordernis darf gemäss BJM 1984, S. 211 ff., 212 bei veränderten Umständen, namentlich bei einer Veräusserung des Streitgegenstandes, "kein allzu strenger Massstab gelegt werden". Allgemein wird die Klageänderung regelmässig bewilligt, "wenn sich dadurch ein weiterer Prozess vermeiden lässt und das Verfahren überdies nicht übermässig erschwert wird" (STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 11 Rz. 49).

28. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die tatsächlichen Umstände in Bezug auf die möglichen Verfahrensparteien sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit verändert haben. Diese Änderung wurde durch den Beklagten herbeigeführt und von diesem selbst im Rahmen der Klageantwort nicht offen gelegt. Sollte sich nach Beibringung der entsprechenden Nachweise durch den Beklagten ergeben, dass die massgeblichen Geschäftsaktivitäten vom Beklagten auf die ywesee GmbH übertragen wurden, besteht inskünftig die hohe Gefahr, dass die Urheberrechte der Klägerin sowie das Lauterkeitsrecht durch die ywesee GmbH verletzt werden. Da das Urteil im vorliegenden Zivilprozess materielle Rechtskraft nur zwischen den Verfahrensparteien und somit nur in Bezug auf den Beklagen erlangt, müsste die Klägerin einen weiteren Prozess gegen die ywesee GmbH anstrengen. Dieser Prozess liesse sich durch eine Ausdehnung des Verfahrens auf die ywesee GmbH als zusätz-

liche Beklagte vermeiden. Somit wären die Voraussetzungen einer Klageänderung gemäss § 79 ZPO und damit eines Parteiwechsels nach Auffassung der Klägerin erfüllt.

4. Novenrecht

29. Die Klägerin gibt mit der vorliegenden Replik eine Reihe von Noven im Sinne von § 81 Abs. 1 ZPO zum Sachverhalt ein. Sie beruft sich darauf, dass sie zu früherem Zeitpunkt keine Kenntnis von den nachfolgend beschriebenen Vorfällen hatte, weshalb ihre Eingabe im Rahmen der Replik zu berücksichtigen ist (vgl. STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 11 Rz. 53 f.).

a) Neuerliche Übernahme von Arzneimittelinformationen durch den Beklagten

30. Der Beklagte hat auch im Jahre 2005 Arzneimittelinformationen aus der Datenbank der Klägerin übernommen und in seine eigene Datenbank integriert. Dies kann exemplarisch nachgewiesen werden anhand der im November 2004 erstellten Patienteninformation des Arzneimittels NorLevo®, die von der Klägerin im Arzneimittelkompendium Ausgabe 2005 in der aktuellen Form publiziert wurde. Das Arzneimittelkompendium 2005 wurde am 6. Dezember 2004 auf der Website www.kompendium.ch der Klägerin aufgeschaltet. Ab diesem Datum ist somit die Patienteninformation NorLevo® online abrufbar. Wie in der Klagebegründung (Rz. 38) ausgeführt, sind die Arzneimittelinformationen der Klägerin sowohl im Format HTML als auch im Format PDF verfügbar. Im Bezug auf NorLevo® hat der Beklagte nicht die HTML-Datei der Klägerin, sondern direkt das PDF-File übernommen und in seine Datenbank eingebaut. Das PDF-File in der Datenbank des Beklagten ist mit demjenigen der Klägerin absolut identisch; sogar der Copyrightvermerk der Klägerin wurde beibehalten!

Beweis:	Patienteninformation für NorLevo® als PDF-Datei aus der Datenbank der Klägerin	Beilage 7
	Patienteninformation für NorLevo® als PDF-Datei aus der Datenbank des Beklagten	Beilage 8

Auszüge von der Website des Beklagten in Bezug auf NorLevo®	Beilage 9
Website www.oddb.org des Beklagten	von Amtes wegen abzurufen

31. Damit ist erstellt, dass der Beklagte auch in jüngster Zeit Arzneimittelinformationen aus der Datenbank der Klägerin übernommen und für seine eigenen Zwecke verwertet hat und dass der vom Beklagten hierfür betriebene Aufwand minimal ist, hat eine Bearbeitung der übernommenen Arzneimittelinformationen doch überhaupt nicht stattgefunden.

b) Entgeltliches Angebot der Arzneimittelinformationen durch den Beklagten

32. Neuerdings ist der Zugriff auf die Arzneimittelinformationen in der Datenbank des Beklagten nicht mehr unentgeltlich. Der Zugriff wird auf zehn Abfragen pro Tag beschränkt und danach gesperrt. Möchte ein Benutzer weiterhin auf die Datenbank des Beklagten zugreifen, muss er hierfür ein Tages-, Monats- oder Jahresabonnement lösen, das im letzteren Fall EUR 400.- kostet! Der Beklagte begründet die Kostenpflichtigkeit seines Angebots damit, dass auch die Konkurrenz Kosten erhebe. Dies ist zumindest in Bezug auf die Klägerin falsch, da die Anzahl Zugriffe auf ihre unter www.kompendium.ch enthaltene Datenbank der Arzneimittelinformationen nicht beschränkt und nicht an die Entrichtung einer Gebühr gebunden ist.

Beweis:	Auszug aus der Website www.oddb.org des Beklagten betreffend Abfragebeschränkung	Beilage 10
	Auszug aus "Fragen und Antworten zu oddb.org"	Beilage 11
	Website www.oddb.org des Beklagten	von Amtes wegen abzurufen

33. Im Weiteren bietet der Beklagte auf seiner Website die Gesamtheit der Fach- und Patienteninformationen zum entgeltlichen Download gegen eine Gebühr zwischen EUR 500,- und EUR 1'400.- an. Zur Datenherkunft

gibt der Beklagte an, sowohl die Fach- als auch die Patienteninformationen stammten von den Zulassungsinhabern. Dies ist nachweislich falsch, hat der Beklagte diese Daten doch von der Klägerin übernommen.

Beweis:	Auszug aus der Website www.oddb.org des Beklagten betreffend kostenpflichtigen Download der Arzneimittelinformationen	Beilage 12
	Angaben betreffend Datenherkunft von der Website des Beklagten	Beilage 13
	Website www.oddb.org des Beklagten	von Amtes wegen abzurufen

34. Die Publikationsvorschriften der Swissmedic verlangen, dass die Abgabe der Arzneimittelinformationen an Fachpersonen (z.B. Ärzte) unentgeltlich erfolgen muss. Da der Beklagte gegenüber allen, somit auch Fachpersonen, bei mehr als zehn Zugriffen pro Tag eine Gebühr erhebt, ist sein Angebot nicht im Einklang mit den Vorschriften der Swissmedic.

Beweis:	Auszug aus dem Swissmedic Journal 2/2004, S. 148	Klagebeilage 10

35. Das Verhalten des Beklagten macht aber vor allem deutlich, dass er die von der Klägerin übernommenen Arzneimittelinformationen direkt zu seinem eigenen kommerziellen Vorteil verwertet und die Besucher seiner Website über die Datenherkunft täuscht. Damit zeigt der Beklagte sein wahres Gesicht: Er ist nicht der "Robin Hood", der als Verfechter einer Open-Source-Philosophie für den freien und unbeschränkten Zugang zu den Arzneimittelinformationen im Interesse der Informationsempfänger und des Gesundheitswesens schlechthin auftritt, sondern ganz einfach ein Geschäftsmann und Konkurrent der Klägerin, der auf fremde Kosten zum eigenen Vorteil abkassieren möchte. Der Beklagte ist sich hierbei nicht zu schade, gegen die Vorschriften der Swissmedic zu verstossen und falsche oder zumindest irreführende Angaben über die Herkunft der von ihm angebotenen Arzneimittelinformationen zu machen. Damit tritt das unlautere Geschäftsgebaren klar zu Tage.

5. Eventualmaxime

36. Der Beklagte ist mit der im baselstädtischen Zivilprozessrecht strengen Eventualmaxime sehr grosszügig umgegangen und hat es versäumt, verschiedene Behauptungen der Klägerin rechtsgenüglich zu bestreiten. Allfällige Bestreitungen des Beklagten in der Duplik erfolgen verspätet und sind nicht zu hören.

37. Unter anderem hat mangels Bestreitung gemäss § 68 Abs. 2 ZPO als zugestanden zu gelten, dass

- das Arzneimittelkompendium seit 1998 bei der Klägerin auch elektronisch abrufbar ist (Rz. 10 der Klagebegründung);
- die Swissmedic die Publikation der Arzneimittelinformationen in elektronischer Form verlangt (Rz. 15 der Klagebegründung);
- die Arzneimittelhersteller bzw. Zulassungsinhaber der Klägerin keine Exklusivität für die Publikation der Arzneimittelinformationen gewähren (Rz. 16 der Klagebegründung);
- die Datenbank des Beklagten die gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Publikation nicht erfüllt (Rz. 19 der Klagebegründung);
- es sich beim Arzneimittelkompendium der Klägerin um ein qualitativ hochwertiges Produkt handelt (Rz. 20 der Klagebegründung);
- die Klägerin für die redaktionellen Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem Arzneimittelkompendium eine grosse Anzahl von Spezialistinnen und Spezialisten beschäftigt und infolgedessen Personalkosten in Höhe mehrerer Millionen Schweizerfranken zu tragen hat (Rz. 30 f. der Klagebegründung);
- der Beklagte die unentgeltliche Überlassung der Arzneimittelinformationen gefordert und zur Selbsthilfe gegriffen hat, nachdem eine Einigung über die Nutzung der Arzneimitteltexte nicht gefunden wurde (Rz. 36 f. der Klagebegründung);

- der Beklagte die Arzneimittelinformationen aus der Datenbank der Klägerin übernommen hat (Rz. 38 bis 43 der Klagebegründung);
- der Beklagte die von der Klägerin übernommenen Arzneimittelinformationen genutzt und bearbeitet hat (Rz. 47 bis 49 der Klagebegründung);
- der Beklagte die Arzneimittelinformationen entgeltlich angeboten hat und damit gegen die Vorschriften der Swissmedic verstossen hat (Rz. 50 bis 52 der Klagebegründung);
- der Aufwand des Beklagten für die reine Übernahme der Arzneimittelinformationen äusserst gering war und er damit gegenüber der Klägerin massive Einsparrungen erzielt hat (Rz. 53 bis 55 sowie 86 der Klagebegründung);
- der Beklagte gegenüber den Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern angeboten hat, die Arzneimittelinformationen zu publizieren (Rz. 56 f. der Klagebegründung);
- der Beklagte die Zulassungsinhaber und das Publikum über sein Angebot in die Irre geführt hat (Rz. 58 bis 61 der Klagebegründung);
- die Klägerin bei der Publikation der Arzneimittelinformationen keine öffentliche Aufgabe wahrnimmt und Swissmedic nicht als Herausgeberin des Arzneimittelkompendiums auftritt (Rz. 106 f. der Klagebegründung);
- der Beklagte verschiedene urheberrechtlich relevante Verletzungshandlungen begangen hat, namentlich Werkexemplare hergestellt und wahrnehmbar gemacht hat und die Werkintegrität verletzt hat (Rz. 118 ff.);
- die Klägerin infolge des widerrechtlichen und schuldhaften Verhalten des Beklagten einen Schaden erlitten hat (Rz. 131 ff.).

6. Zitate und Plagiate des Beklagten

38. Der Beklagte übernimmt in der Klageantwort ganze Absätze und Erwägungen aus dem Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums Basel-Stadt vom 20. Januar 2004 (Aktenzeichen V 2003/2290) und macht sich diese für seine Argumentation zu Eigen. Beispielsweise stimmen Rz. 101 und 102 der Klageantwort wörtlich mit Auszügen aus Erwägung 2.d des Massnahmeentscheids überein. Rz. 106 und 108 der Klageantwort entsprechen über weite Strecken wörtlich den Erwägungen des Zivilgerichtspräsidiums auf S. 6 f. In Rz. 113 der Klageantwort, die aus Erwägung 2.g des Massnahmeentscheids übernommen wurde, hat sich der Beklagte nicht einmal die Mühe gemacht, die Parteibezeichnungen ("Gesuchsgegner" und "Gesuchstellerin") anzupassen.

39. In all diesen Passagen hat der Beklagte es unterlassen, auf die Fundstelle "seiner" Ausführungen bzw. die Zitate hinzuweisen. Obwohl der Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums– anders als die Arzneimittelinformationen der Klägerin (!) – unter die Schutzausnahme von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG fällt und damit urheberrechtlich nicht geschützt ist, entsteht doch der Eindruck, dem Beklagten liege das Plagiieren und Übernehmen aus fremden Quellen im Blut.

III. Zum Materiellen

40. Das Studium der Klageantwort vermittelt den Eindruck, dass der Beklagte den tatsächlichen und rechtlichen Vorhaltungen der Klägerin nichts Substanzielles entgegenhalten kann. Die Taktik des Beklagten besteht stattdessen in Folgendem:

- Der Beklagte wertet die Leistungen der Klägerin verbal ab, indem er diese als blosses Verlagshaus tituliert und ihre redaktionelle Tätigkeit auf die Korrektur von Schreibfehlern reduziert.

- In Bezug auf den massgeblichen Streitgegenstand versucht der Beklagte wiederholt, das Gericht auf Schauplätze zu führen, wo nichts geschehen ist - offenbar um von den Arenen abzulenken, wo es wirklich brennt! Nicht anders lässt sich erklären, dass der Beklagte immer wieder darauf hinweist, die Datenbanksoftware der Klägerin nicht kopiert zu haben (was ihm auch gar nie vor-

geworfen wurde) und die Print-Ausgabe des Arzneimittelkompendiums nicht kopiert zu haben (was ebenfalls nie behauptet wurde).

- In Bezug auf das Urheberrecht stellt der Beklagte vor allem die Aktivlegitimation der Klägerin in Frage, indem er dieser urheberrechtlich relevante Leistungen abspricht und einen derivativen Rechtserwerb in Frage stellt. Zudem stellt der Beklagte den Werkcharakter der Arzneimittelinformationen in Frage und beruft sich auf die Schutzausnahme gemäss Art. 5 URG.

- In lauterkeitsrechtlicher Hinsicht predigt der Beklagte unablässig, bei der Online-Version der Arzneimittelinformationen handle es sich um ein blosses Nebenprodukt der Klägerin, dass mit minimalem Aufwand gefertigt werden könne. Demgegenüber sei sein Aufwand zur Herstellung seiner ohnehin umfangreicheren und komplexeren Datenbank wesentlich grösser gewesen. Auch glaubt der Beklagte, sich nach einem für ihn vermeintlich günstigen Bundesgerichtsurteil zurücklehnen und seine rechtlichen Erwägungen auf unreflektierte Verweisungen auf jenes Urteil beschränken zu können.

- Schliesslich versucht der Beklagte ansatzweise, sein eigenes widerrechtliches Verhalten über das Kartellrecht zu legitimieren.

41. <u>Die Taktik des Beklagten verfängt nicht</u>. Die Klägerin legt im Folgenden und unter Verweis auf ihre einlässlichen Ausführungen in der Klagebegründung nochmals in konzentrierter Form dar,

- dass ihre Wertschöpfung erheblich und urheberrechtlich relevant ist und ihre redaktionellen Leistungen nicht bloss untergeordneter Natur sind (nachfolgend 1.);

- dass die Arzneimittelinformationen (einschliesslich der Pseudo-Fachinformationen) und nichts anderes den massgeblichen Streitgegenstand bilden (nachfolgend 2.);

- dass die Arzneimittelinformationen medienunabhängig sind und der Versuch des Beklagten, über falsche Begriffsdeutungen und

andere Verwirrspiele die Online-Version des Arzneimittelkompendiums als Abfallprodukt darzustellen, scheitern (nachfolgend 3.);

- dass die Klägerin zur Geltendmachung der eingeklagten Ansprüche aktivlegitimiert ist (nachfolgend 4.);

- dass die Arzneimittelinformationen urheberrechtlich geschützt sind und namentlich nicht unter die Schutzausnahme von Art. 5 URG fallen (nachfolgend 5.);

- dass die beklagtischen Aufwandsüberlegungen von falschen Voraussetzungen ausgehen und dass das vom Beklagten angeführte Bundesgerichtsurteil nicht unbesehen auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden darf (nachfolgend 6.);

- und dass das Kartellrecht ausserhalb des vorliegenden Verfahrens steht (nachfolgend 7.).

1. Die Wertschöpfung durch die Klägerin ist erheblich und urheberrechtlich relevant.

42. Der Beklagte macht geltend, die Leistungen der Klägerin seien im Wesentlichen auf die Herausgabe der Print-Publikation des Arzneimittelkompendiums beschränkt (Rz. 40 der Klageantwort). Die redaktionellen Tätigkeiten seien untergeordneter Natur und auf die blosse Korrektur von Schreibfehlern beschränkt (vgl. etwa Rz. 51 ff. der Klageantwort). Aus diesem Grund fehle es an einer urheberrechtlich relevanten Leistung der Klägerin.

43. Die Klägerin hat in Rz. 21 ff. der Klagebegründung eingehend dargelegt, welche Leistungen von ihr bzw. ihren Mitarbeitern zur Bearbeitung der Arzneimittelinformationen vorgenommen werden. Dass es sich hierbei nicht nur um untergeordnete Korrekturarbeiten, sondern um redaktionell und wissenschaftlich höchst anspruchsvolle Tätigkeiten handelt, ergibt sich alleine schon daraus, dass die Klägerin für diese Tätigkeiten <u>sieben wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einsetzt</u> (Rz. 30 der Klagebegründung).

44. Die Ausführungen des Beklagten verkennen die Leistungen der Klägerin und gehen von falschen Voraussetzungen aus. Namentlich stimmt die vom Beklagten zugrunde gelegte Abgrenzung der Kompetenzen und Verantwortlichkeiten zwischen Zulassungsinhabern, Swissmedic und Klägerin (Rz. 40 der Klageantwort) nicht. Die Klägerin stellt deshalb zuerst diese Aufgabenteilung korrekt dar und geht im Folgenden nochmals auf ihre Aufgabenbereiche und Tätigkeiten im Einzelnen ein.

a) Kompetenz- und Verantwortlichkeitsordnung

45. Der Beklagte stellt die Klägerin wiederholt als blosses Verlagshaus für die Print-Ausgabe des Arzneimittelkompendiums dar (vgl. Rz. 40 f. der Klageantwort). Diese Darstellung ist gleich doppelt falsch:

- Einerseits ist die Tätigkeit der Klägerin nicht auf die *Herstellung* des gedruckten Arzneimittelkompendiums beschränkt, sondern umfasst auch (und in erster Linie) *redaktionelle Tätigkeiten*; dem Herstellungsprozess des gedruckten Kompendiums geht ein aufwändiger Prozess der redaktionellen Bearbeitung der Arzneimittelinformationen voraus, der medienunabhängig ist.

- Der Produktionsprozess der Klägerin ist nicht auf die *Print-Publikation* beschränkt, sondern umfasst in gleicher Weise die CD-ROM sowie die *Online-Publikation* als weitere Medien. Der medienspezifische Fertigungsprozess schliesst an den medienunabhängigen redaktionellen Prozess an.

Beweis: Manual "Arbeitsabläufe für die Herstellung des Arzneimittelkompendiums" Klagebeilage 17

46. Der Beklagte hat in Rz. 40 der Klageantwort eine tabellarische Darstellung der Verantwortlichkeiten von Zulassungsinhabern, Swissmedic und Klägerin versucht. Diese Darstellung ist in mehrfacher Hinsicht unzutreffend und unvollständig, weshalb die Klägerin im Folgenden eine komplette und korrekte Version dieser Aufgabenzuordnung wiedergibt. In der rechten Spalte der nachfolgenden Tabelle ist die ungefähre Anzahl der von der Klägerin beim jeweiligen Arbeitsschritt bearbeiteten Arznei-

mittelinformationen festgehalten, wobei von einer Grundmenge von 12'600 Datensätzen (3'300 Fachinformationen sowie 3'000 Patienteninformationen, je in deutscher und französischer Sprache) ausgegangen wird.

Prozess	Arbeitsschritt	Zulassungs-inhaber	Swiss medic	Klägerin	Anzahl
Redaktion	Erstellung der Fach- und Patienteninformationen	x		x	>600
	Bearbeitung der Fach- und Patienteninformationen	x		x	ca. 4'000
	Einreichung der Fach- und Patienteninformationen	x			
	Zulassung / Genehmigung der Fach- und Patienteninformationen		x		
	Nachträgliche Bereinigung bereits genehmigter Fach- und Patienteninformationen	(x)	(x)	x	ca. 100
	Übersetzung der Fach- und Patienteninformationen	x		x	>300
Produktion	Gesetzeskonforme Publikation der Fach- und Patienteninformationen in verschiedenen Medien (Print, CD-ROM, Online)	(x)		x	

Die Darstellung des Beklagten in Rz. 40 der Klageantwort weist demnach folgende Lücken bzw. Fehler auf:

- Die redaktionelle Erstellung der Fach- und Patienteninformationen liegt nicht nur bei den Zulassungsinhabern, sondern teilweise auch bei der Klägerin im Auftrag der Zulassungsinhaber (vgl. nachfolgend b);

- die redaktionelle Bearbeitung der Fach- und Patienteninformationen und die nachträgliche Bereinigung bereits durch Swissmedic genehmigter Texte durch die Klägerin fehlen gänzlich (vgl. nachfolgend c);

- die Erstellung neuer und die redaktionelle Bearbeitung bestehender Übersetzungen liegt nicht ausschliesslich im Verantwortungsbereich der Zulassungsinhaber, sondern auch der Klägerin (vgl. nachfolgend d);

- der Produktionsprozess bei der Klägerin ist nicht auf die Publikation der Print-Ausgabe beschränkt, sondern umfasst sämtliche Medien, namentlich auch die Online-Publikation (vgl. oben Rz. 45).

Im Folgenden wird auf die zentralen redaktionellen Tätigkeiten der Klägerin näher eingegangen.

b) Erstellung der Fach- und Patienteninformationen

47. Entgegen den Ausführungen des Beklagten (Rz. 27 und 42 der Klageantwort) erbringt die Klägerin sehr wohl Leistungen bei der Erstellung von Fach- und Patienteninformationen. Hierunter fällt einerseits die redaktionelle Erstellung der Pseudo-Fachinformationen (Rz. 24 der Klagebegründung); andererseits wurde die Klägerin von Zulassungsinhabern beauftragt, Arzneimittelinformationen, die im alten Format nach den Richtlinien der IKS über die Arzneimittelinformationen vom 25. November 1988 ("RL 88") abgefasst waren, in das neue Format gemäss AMZV (Anhänge 4 und 5) zu überführen. So hat die Klägerin beispielsweise für den Zulassungsinhaber Pharmacia im Jahre 2003 insgesamt 24 Arzneimittelinformationen auf die neue Struktur umgestellt.

Beweis:	RL 88 mit Anhängen	Beilage 14
	Übersicht Strukturanpassungen gemäss AMZV für Pharmacia	Beilage 15
	Fach- und Patienteninformation für Caverject® in Deutsch und Französisch gemäss RL 88	Beilage 16
	Fach- und Patienteninformation für Caverject® in Deutsch und Französisch gemäss AMZV	Beilage 17

c) Redaktionelle Bearbeitung und Bereinigung der Fach- und Patienteninformationen

48. Der Beklagte nimmt den Standpunkt ein, die Klägerin nehme an den Texten der Arzneimittelinformationen lediglich orthografische Korrekturen vor. Zu redaktionellen Anpassungen sei die Klägerin weder kompetent noch befugt (Rz. 56 f. der Klageantwort). Die Klägerin hat in der Klagebegründung (Rz. 25 sowie Klagebeilage 24) dargetan, dass die von ihr vorgenommenen Änderungen nicht auf die Korrektur von Schreibfehlern beschränkt sind. Vielmehr handelt es sich um Bearbeitungen, die unter dem Gesichtpunkt der Arzneimittelsicherheit relevant sind. Beispielhaft können widersprüchliche Angaben zur Dosierung von Arzneimitteln oder Inkonsistenzen im Bereich der Kontraindikationen angeführt werden. In Ergänzung zu Klagebeilage 24 reicht die Klägerin weitere Beispiele solcher von ihr vorgenommenen Bearbeitungen ein. Die Klägerin hat den Zulassungsinhaber und/oder Swissmedic jeweils auf den Widerspruch aufmerksam gemacht und einen Verbesserungsvorschlag unterbreitet.

Beweis:	Beispiele redaktioneller Bearbeitungen der Arzneimittelinformationen durch die Klägerin	Beilage 18

49. Die geschilderten Bearbeitungen durch die Klägerin finden statt, bevor die betreffenden Arzneimittelinformationen der Swissmedic zur Genehmigung unterbreitet werden. Selbstverständlich werden die von Swiss-

medic approbierten Arzneimittelinformationen von der Klägerin (aber auch von den Zulassungsinhabern!) nachträglich nicht eigenmächtig abgeändert. Dennoch trifft die Klägerin häufig auf inhaltliche Fehler auch bei solchen Arzneimittelinformationen, die bereits durch Swissmedic approbiert wurden. Beispielsweise fehlen in (genehmigten) Fachinformationen häufig Angaben zur Kinderdosierung, die eigentlich obligatorisch sind; in anderen Fällen sind die Arzneimittelinformationen hinsichtlich ganzer Abschnitte unvollständig (z.B. fehlende Kapitel Warnhinweise, Vorsichtsmassnahmen sowie präklinische Daten bei Revitalose C 1000). Verschiedene Inkonsistenzen sind auch anlässlich der Umstellung der Arzneimitteltexte von RL 88 auf AMZV (vgl. oben Rz. 47) aufgetreten. Mit Einverständnis der betroffenen Zulassungsinhaber interveniert die Klägerin in solchen Fällen direkt bei Swissmedic und informiert diese über die fehlerhaften Informationen.

Beweis:	Aufstellung von Arzneimittelinformationen mit fehlendem Hinweis bezüglich Pädiatrie im Teil Dosierung	Beilage 19
	Korrespondenz zwischen der Klägerin und Swissmedic betreffend Revitalose C 1000	Beilage 20
	Fehlerhafte approbierte Fachinformation für Revitalose C 1000	Beilage 21
	Korrigierte Fachinformation für Revitalose C 1000	Beilage 22
	Korrespondenz zwischen der Klägerin und Swissmedic betreffend Umstellung von RL 88 auf AMZV	Beilage 23

d) Erstellung und Bearbeitung von Übersetzungen der Fach- und Patienteninformationen

50. Die Arzneimittelinformationen sind in deutscher und französischer Sprache zu publizieren. Jedoch sind die Texte der Arzneimittelinformationen der Swissmedic nur in einer dieser beiden Sprachen zur Prüfung und Genehmigung einzureichen. Die korrekte Übersetzung in die jeweils an-

dere Sprache liegt zwar in der Verantwortung der Zulassungsinhaber, wird durch Swissmedic aber weder geprüft noch genehmigt.

Beweis: Erläuterungen der Swissmedic Klageantwortbeilage 3

51. Da die Übersetzungen von Swissmedic nicht überprüft werden, ist deren Qualität sehr unterschiedlich. Häufig sind die Übersetzungen fehlerhaft oder schlicht unverständlich. Oft stimmen die Übersetzungen auch fachlich nicht (mehr) mit den von Swissmedic approbierten Originalfassungen der Arzneimittelinformationen überein.

Beweis: Französische Fachinformation für Aqua ad iniectabilia ACS Dobfar Info Beilage 24

Deutsche Fachinformation für Aqua ad iniectabilia ACS Dobfar Info Beilage 25

52. Entsprechend kommt den Leistungen der Klägerin in Zusammenhang mit Übersetzungen der Arzneimittelinformationen noch grössere Bedeutung zu. Im Einzelnen nimmt die Klägerin die folgenden Tätigkeiten vor:

- Die Klägerin erstellt vollständige Übersetzungen solcher Arzneimittelinformationen, die nur in einer Sprache vorliegen (Rz. 26 der Klagebegründung sowie Klagebeilagen 25 bis 27).

- Die Klägerin ergänzt bestehende Übersetzungen von Arzneimittelinformationen um zusätzliche Abschnitte.

- Die Klägerin bearbeitet bestehende Übersetzungen, die mit der Originalversion inhaltlich nicht bzw. nicht mehr übereinstimmen. Teils bringt die Klägerin Korrekturen direkt (handschriftlich oder elektronisch) in den Texten an, teils weist sie die Zulassungsinhaber auf bestehende Inkonsistenzen hin (Rz. 26 der Klagebegründung).

- Die Klägerin stellt Übersetzungen von Arzneimittelinformationen, die noch im Format gemäss RL 88 vorliegen, auf die neue Struktur gemäss AMZV (vgl. oben Rz. 47) um.

Beweis:	Deutsche Fachinformation für Ortho-Gynest® D	Beilage 26
	Französische Fachinformation für Ortho-Gynest® D	Beilage 27
	Beispiele von der Klägerin bearbeiteter Übersetzungen von Arzneimittelinformationen	Beilage 28
	Französische Fachinformation für Arilin® gemäss RL 88 und AMZV	Beilage 29

e) Fazit

53. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klägerin jährlich bei rund 5'000 der gesamthaft etwa 12'600 Arzneimittelinformationen, d.h. bei etwa 40 % aller Datensätze, einen massgeblichen redaktionellen Beitrag bei deren Erstellung, Überarbeitung oder Übersetzung leistet. Diese Überarbeitungen finden im Einklang mit den gesetzlichen und behördlichen Vorschriften und im Auftrag bzw. mit Einverständnis der betreffenden Zulassungsinhaber statt. Entgegen dem Beklagten handelt es sich bei diesen Bearbeitungen keineswegs um blosse Korrekturen von Schreibfehlern, sondern um materielle redaktionelle Arbeiten. Die redaktionellen Tätigkeiten der Klägerin könnten weder von den einzelnen Zulassungsinhabern noch von der Zulassungsbehörde Swissmedic in eigener Verantwortung wahrgenommen werden, was die entsprechenden Dankesmeldungen sowohl der Zulassungsinhaber als auch der Swissmedic dokumentieren. Ohne die redaktionellen Tätigkeiten der Klägerin würde das Arzneimittelkompendium nicht - oder jedenfalls nicht in der vorliegenden hohen Qualität - erscheinen. Über das Ausmass und die Bedeutung der redaktionellen Arbeiten der Klägerin kann auch Herr Jürg Morant, langjähriger Geschäftsführer der Klägerin, näher Auskunft erteilen.

Beweis:	Beispiele redaktioneller Bearbeitung von Arzneimittelinformationen durch die Klägerin	Beilage 18

Korrespondenz zwischen der Klägerin und Swissmedic betreffend Revitalose C 1000 — Beilage 20

Herr Jürg Morant, Terrassenstrasse 9, 4144 Arlesheim — als Zeuge oder Auskunftsperson

2. Massgeblicher Streitgegenstand sind die Arzneimittelinformationen.

54. Der Beklagte umschreibt den Streitgegenstand in der Klageantwort verschiedentlich falsch. Einerseits bezieht der Beklagte solche Schutzobjekte in den Streitgegenstand mit ein, hinsichtlich derer er keine Verletzungen begangen hat. Andererseits versucht er Schutzobjekte vom Verfahrensgegenstand auszunehmen, bei denen offensichtlich Verletzungen stattgefunden haben.

55. Die Klägerin hat den Streitgegenstand in Rechtsbegehren 1 und 2 der Klagebegründung klar definiert: Es geht um die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz. Damit sind die Arzneimittelinformationen (sowohl Fach- wie Patienteninformationen) je einzeln und in ihrer Gesamtheit gemeint. Aufgrund der verwirrenden Ausführungen des Beklagten sind Abgrenzungen in zweierlei Hinsicht notwendig.

a) Datenbanksysteme und zugehörige Software zählen nicht zum Streitgegenstand.

56. Der Beklagte verteidigt sich verschiedentlich gegen den angeblichen Vorwurf, das Datenbanksystem und die zugehörigen Softwaresysteme der Klägerin übernommen zu haben (vgl. etwa Rz. 35 oder 65 f. der Klageantwort). Er macht unter anderem geltend, eine solche Übernahme sei schon aus technischen Gründen gar nicht möglich.

57. Darum geht es vorliegend aber überhaupt nicht. Die Klägerin hat nicht behauptet, der Beklagte habe ihr Datenbanksystem oder die zugehörigen Softwaresysteme von ihr übernommen. Wenn die Klägerin in der Klagebegründung vereinzelt von "Datenbank" spricht (vgl. Rz. 98 der

Klagebegründung), sind damit die gesammelten und angeordneten Arzneimittelinformationen (Datenbasis) und nicht etwa das Datenbankverwaltungssystem (Datenbanksoftware) gemeint. Dies geht auch klar aus den klägerischen Rechtsbegehren 1 und 2 hervor. Die Ausführungen des Beklagten betreffend Datenbanksystem und zugehörige Software sind für das vorliegende Verfahren somit irrelevant.

b) Pseudo-Fachinformationen zählen zum Streitgegenstand.

58. Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Pseudo-Fachinformationen der Klägerin stellten nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens dar. Solche Pseudo-Fachinformationen befänden sich auch nicht in der Datenbank des Beklagten, und falls doch, handle es sich hierbei um ein Versehen (vgl. Rz. 29, 44 und 55 der Klageantwort).

59. Der Standpunkt des Beklagten ist unzutreffend und unglaubwürdig. Streitgegenstand bilden gemäss klägerischem Rechtsbegehren die Daten des Arzneimittelkompendiums, somit auch die in der Online-Version enthaltenen Pseudo-Fachinformationen (vgl. Rz. 24 der Klagebegründung). Es steht dem Beklagten nicht zu, den Streitgegenstand einseitig einzuengen und die Pseudo-Fachinformationen davon auszunehmen.

60. Dass der Beklagte an den Pseudo-Fachinformationen nicht interessiert sei, ist nicht massgeblich und wird bestritten. Tatsache ist, dass der Beklagte auch die Pseudo-Fachinformationen aus der Datenbank der Klägerin übernommen hat (vgl. Rz. 42 der Klagebegründung). Der Beklagte erbringt keinen Nachweis für seine Behauptung, es fänden sich keine Pseudo-Fachinformationen in seiner Datenbank. Die Behauptung ist denn auch nachweislich falsch (vgl. Klagebeilage 60). Dass einzelne Pseudo-Fachinformationen sich bloss versehentlich in der Datenbank des Beklagten befinden sollen, ist unglaubwürdig und wird bestritten. Selbst wenn dem so wäre, hat der Beklagte zumindest eventualvorsätzlich gehandelt, nahm er doch die Übernahme von Pseudo-Fachinformationen in seine eigene Datenbank im Rahmen des integralen Downloads aller Fach- und Patienteninformationen (Rz. 40 ff. der Klagebegründung) in Kauf.

3. Die Arzneimittelinformationen sind medienunabhängig.

61. Der Beklagte versucht in der Klageantwort beharrlich, eine Unterscheidung zwischen der Print- und Online-Version der Arzneimittelinformationen herzustellen. Er behauptet zu Unrecht, zwischen der Print- und der Online-Version bestünden inhaltliche Unterschiede (Rz. 32). Weiter macht er fälschlicherweise geltend, die Leistungen und der damit verbundene Aufwand sowie die Rechte der Klägerin bezögen sich einzig auf die Print-Publikation des Arzneimittelkompendiums. Da der Beklagte nicht die Print-Publikation kopiert, sondern die Rohdaten der Online-Version übernommen habe, verstosse sein Verhalten weder gegen das URG noch gegen das UWG (Rz. 109).

62. Die vom Beklagten vorgenommene Trennung ist künstlich und sachlich nicht gerechtfertigt. Im Kern geht es um den Schutz der Arzneimittelinformationen, unabhängig vom gewählten Medium.

a) Mit "Arzneimittelkompendium" ist nicht bloss die Print-Publikation gemeint.

63. Der Beklagte setzt den Begriff "Arzneimittelkompendium" fälschlicherweise mit der Print-Publikation gleich (vgl. etwa Rz. 27 oder 33 der Klageantwort). Für diese enge Begriffsumschreibung fehlt jede Grundlage. Die Klägerin hat in Rz. 17 der Klagebegründung das Arzneimittelkompendium umschrieben als "eine umfassende Sammlung von Fach- und Patienteninformationen der in der Schweiz erhältlichen Arzneimittel". Weiter hat sie ausgeführt, "das Arzneimittelkompendium der Klägerin erscheint in gedruckter Form, auf Datenträger (CD-ROM), auszugsweise als Software zur Nutzung auf PDAs und ist online über das Internet abrufbar". Einzig diese weite und medienunabhängige Begriffsdeutung ist zutreffend.

64. Mit der von der Klägerin gewählten Terminologie steht im Einklang, dass die Online-Version des Arzneimittelkompendiums unter dem Domainnamen www.kompendium.ch (!) abrufbar ist und dort auch durchwegs als "Arzneimittelkompendium der Schweiz" oder kurz als "Kompendium" bezeichnet wird.

Beweis:	Website www.kompendium.ch	von Amtes wegen abzurufen
	Auszug aus der Website www.kompendium.ch	Klagebeilage 4

65. Nichts anderes ergibt sich aus den allgemeinen Vertragsbedingungen der Klägerin für das Arzneimittelkompendium. Ziff. 1 lautet wie folgt:

> "Das Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® erscheint in deutscher und französischer Sprache. Die Fachausgabe erscheint jährlich in gedruckter und elektronischer (online wie auch offline), die Publikumsausgabe mit den Patienteninformationen erscheint jährlich in elektronischer Form (online sowie offline). Die Veröffentlichung erfolgt gemäss Art. 13 bzw. 14 der AMZV (Arzneimittel-Zulassungsverordnung) vom 9. November 2001. Zur Aktualisierung werden in beiden Sprachen jährlich Supplementa publiziert, die automatisch in das Kompendium online sowie die nächste gedruckte Ausgabe des Kompendiums aufgenommen werden."
> (Hervorhebungen der Verfasser)

Der Begriff des Arzneimittelkompendiums ist damit weit und medienunabhängig zu verstehen. Wo auf ein spezifisches Medium Bezug genommen wird, hat die Klägerin dies durch eine entsprechende Einschränkung (z. B. "Kompendium online", "gedruckte Ausgabe des Kompendiums") klar zum Ausdruck gebracht. Die vom Beklagten vorgenommene Reduktion des Begriffs "Arzneimittelkompendium" auf die Print-Publikation ist unzutreffend.

Beweis:	Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz	Klagebeilage 11

b) Keine unterschiedlichen Informationsquellen

66. Der Beklagte macht geltend, die Print- und Online-Version des Arzneimittelkompendiums würden sich wesentlich voneinander unterscheiden,

vor allem in Bezug auf Inhalt, Form, Aktualität, Umfang und Auflagekadenz (Rz. 32 der Klageantwort). Diese – unbewiesene – Behauptung ist falsch.

67. In Bezug auf Umfang und Inhalt bestehen zwischen den Fachinformationen in der gedruckten Ausgabe und der Online-Version keine Unterschiede. Dies ergibt sich schon daraus, dass beide Publikationsformen bis zur Erteilung des "Gut zum Inhalt" auf denselben redaktionellen Abläufen beruhen (vgl. oben Rz. 45). Dass die gedruckte Ausgabe des Arzneimittelkompendiums in einem Vorspann und Anhang zusätzliche Informationen enthält (z. B. betreffend medizinische Informationszentren) ist unerheblich, bilden diese doch nicht Gegenstand des Verfahrens.

Beweis:	Arzneimittelkompendium 2004 in Buchform	Separatbeilage 2 zur Klagebegründung
	Website www.kompendium.ch	von Amtes wegen abzurufen

68. Swissmedic verlangt, dass die Sammlung publikationspflichtiger Fachinformationen in einer jährlich aktualisierten gedruckten Sammlung sowie in vierteljährlichen Supplementa erscheint, während die Fach- und Patienteninformationen auf dem Internet mindestens monatlich aktualisiert werden müssen. Unterschiede in der Auflagekadenz der Print- und Online-Publikationen sind somit durch die Anforderungen der Swissmedic vorgegeben. Dies bedeutet aber nicht, dass sich die Informationsquellen unterscheiden würden; vielmehr handelt es sich bei der Print-Ausgabe um eine jährlich bzw. quartalsweise und bei der Online-Version um eine monatlich aktualisierte Sichtweise derselben Arzneimittelinformationen.

Beweis:	Auszug aus Swissmedic Journal 2/2004, S. 148	Klagebeilage 10

c) Der redaktionelle Aufwand ist medienunabhängig.

69. Der Beklagte nimmt den Standpunkt ein, der von der Klägerin für die Erstellung und Aufbereitung der Arzneimittelinformationen getätigte Aufwand sei ausschliesslich im Zusammenhang mit der Print-Ausgabe

des Arzneimittelkompendiums angefallen (vgl. etwa Rz. 60 f. der Klageantwort). Dies trifft nicht zu.

70. Wie zuvor (Rz. 45) dargelegt wurde, sind die redaktionellen Abläufe zur Erstellung und Aufbereitung der Arzneimittelinformationen bis zur Erteilung des "Gut zum Inhalt" unabhängig von der Publikationsform ausgestaltet. Erst im daran anschliessenden Produktionsprozess findet zwangsläufig eine Unterscheidung nach den verschiedenen Medien statt. Der redaktionelle Aufwand für die Erstellung und Aufbereitung der Arzneimittelinformationen lässt sich somit nicht einer Publikationsform zurechnen, sondern fällt für die Print- wie für die Online-Version gleichermassen an.

d) Die Rechte der Klägerin sind nicht auf die Print-Publikation beschränkt.

71. Der Beklagte stellt sich auch auf den Standpunkt, die der Klägerin durch die Arzneimittelhersteller bzw. Zulassungsinhaber eingeräumten Rechte seien auf die Geltendmachung von Ansprüchen betreffend die Print-Publikation beschränkt. Aus diesem Grund sei die Klägerin zur Erhebung von Ansprüchen gegen den Beklagten wegen der Übernahme von Arzneimittelinformationen aus der Online-Version nicht aktivlegitimiert (vgl. Rz. 14 f., 85 ff. sowie 109 der Klageantwort).

72. Gemäss Ziff. 3 der allgemeinen Vertragsbedingungen ist die Klägerin berechtigt, die ihr von den Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern überlassenen Daten für den Vertragszweck zu verwenden und gestützt auf dieses Verwendungsrecht gegen Dritte vorzugehen, welche die Daten unberechtigt nutzen. Die für die Bestimmung des Vertragszwecks massgebliche Publikation ist in Ziff. 1 der allgemeinen Vertragsbedingungen näher umschrieben und erstreckt sich auf die Arzneimittelinformationen in gedruckter wie auch in elektronischer Form (vgl. oben Rz. 63 ff.). Das Arzneimittelkompendium erscheint seit 1998 auch in elektronischer Form (Rz. 10 der Klagebegründung), worauf seit 2001 auch in den allgemeinen Vertragsbedingungen der Klägerin hingewiesen wird. Seit jenem Jahr zählt mithin auch die elektronische Publikation zum Vertragszweck und ist von dem in Ziff. 3 der allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltenen Verwendungsrecht erfasst. Für die vom Beklagten vorgenommene Unterscheidung zwischen Print-Publikation und elektronischer Publikation fehlt demgemäss jede Grundlage.

Beweis:	Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz	Klagebeilage 11
	Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz, Ausgabe 2001	Beilage 30

e) Bei der Online-Version handelt es sich nicht um ein Nebenprodukt.

73. Der Beklagte macht verschiedentlich geltend, bei der Online-Version des Arzneimittelkompendiums handle es sich um ein blosses Nebenprodukt, dem keine selbständige Bedeutung zukomme (vgl. etwa Rz. 31 der Klageantwort). In den vorstehenden Ausführungen wurde bereits dargelegt, dass diese Auffassung weder in Bezug auf den redaktionellen Aufwand noch die Rechte der Klägerin zutreffend ist. Hinzu kommt, dass auch die Zulassungsbehörde Swissmedic die Online-Publikation der Arzneimittelinformationen verlangt. Von einem Nebenprodukt kann somit keine Rede sein.

Beweis:	Auszug aus Swissmedic Journal 2/2004, S. 148	Klagebeilage 10

74. Wegen der erhöhten Anforderungen der Swissmedic werden die Arzneimittelinformationen für die Online-Version des Kompendiums fortlaufend, mindestens aber in monatlichen Intervallen, aktualisiert. Die solchermassen aktualisierten Arzneimittelinformationen bilden die Basis sowohl für die jährliche Print-Ausgabe als auch für die quartalsweise gedruckten Supplementa des Kompendiums. Auch daraus ergibt sich, dass die Online-Version des Kompendiums nicht beiläufig zur Print-Publikation entsteht. Man könnte sich gar fragen, ob die Print-Publikation nicht ein Nebenprodukt der Online-Ausgabe darstellt!

4. Die Klägerin ist zur Geltendmachung der eingeklagten Ansprüche aktivlegitimiert.

75. Der Beklagte stellt verschiedentlich die Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung der eingeklagten Ansprüche in Frage (vgl. Rz. 12 ff.

oder 109 ff. der Klageantwort). Der unbewiesenen beklagtischen Behauptung, die Klägerin habe die massgeblichen Rechte nicht von den Zulassungsinhabern oder ihren eigenen Mitarbeitern erworben, ist zu widersprechen.

a) Originäre Rechtsinhaber

76. Der Beklagte wendet ein, die Klägerin bzw. deren Mitarbeiter hätten bei der Erstellung und Bearbeitung der Arzneimittelinformationen keine urheberrechtlich relevanten Handlungen vorgenommen, weshalb sie als originäre Rechtsinhaberin ausscheiden. Der Beklagte verweist dabei auf Rz. 109 der Klagebegründung (Rz. 13 der Klageantwort).

77. Die Klägerin hat in Rz. 109 der Klagebegründung ausgeführt, bei den Schöpfern der Arzneimittelinformationen handle es sich "meist" um die jeweiligen Zulassungsinhaber - jedoch nicht immer! Ausnahmen bestehen dort, wo die Klägerin urheberrechtlich relevante Leistungen selbst durch ihre Angestellten erbracht hat wie beispielsweise bei der Erstellung der Pseudo-Fachinformationen oder der Übersetzung von Arzneimittelinformationen (vgl. oben Rz. 47 und 50 ff.). In diesen Fällen liegen die Urheberrechte nicht bei den Zulassungsinhabern, sondern entstehen originär bei den Mitarbeitern der Klägerin (Rz. 115 der Klagebegründung).

78. Rechteinhaber sind nach dem Vorgesagten die einzelnen Zulassungsinhaber bzw. die Angestellten der Klägerin. Von diesen muss die Klägerin zur Erhebung der vorliegenden Klage legitimiert sein.

b) Der Klägerin wurden die massgeblichen Rechte von den Zulassungsinhabern eingeräumt.

79. In Ziff. 3 der allgemeinen Vertragsbedingungen räumen die Zulassungsinhaber der Klägerin ein umfassendes Verwendungsrecht in Bezug auf die Arzneimittelinformationen ein. Dieses Verwendungsrecht ist entgegen dem Beklagten nicht auf die Print-Publikation beschränkt, sondern schliesst die Online-Publikation gleichermassen mit ein (vgl. oben Rz. 63 ff.).

Beweis: Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz — Klagebeilage 11

80. Das in Ziff. 3 der allgemeinen Vertragsbedingungen eingeräumte Verwendungsrecht und die von den Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern erteilte Ermächtigung, gestützt auf dieses Verwendungsrecht gegen Dritte vorzugehen, begründen die Aktivlegitimation der Klägerin zur Erhebung der vorliegenden Klage ausreichend (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 62 URG). Der Beklagte behauptet denn zu Recht auch nicht, die Arzneimittelhersteller bzw. Zulassungsinhaber würden diese Rechte anstelle der Klägerin selbst geltend machen.

81. Nichts anderes gilt für den Fall, dass die allgemeinen Vertragsbedingungen der Klägerin keine Anwendung finden würden, wie der Beklagte dies verschiedentlich behauptet: Die vertragliche Beziehung zwischen der Klägerin und den Zulassungsinhabern richtet sich dispositiv nach den Bestimmungen des Verlagsvertrages gemäss Art. 380 ff. OR. Gemäss Art. 381 Abs. 1 OR werden die Rechte des Urhebers insoweit und auf solange dem Verleger übertragen, als es für die Ausführung des Vertrages erforderlich ist. Da die Online-Publikation seit 1998 zum Vertragsgegenstand zählt (oben Rz. 72), ist auch die Übertragung der entsprechenden Rechte vom Vertragszweck erfasst. Damit ist die Klägerin als Verlegerin legitimiert, gegenüber Dritten und damit auch dem Beklagten die verlagsrechtlichen Verwertungshandlungen, namentlich Vervielfältigung und Verbreitung zu verbieten und entsprechende Urheberrechtsverletzungen zu verfolgen (HILTY, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl. 2003, Rz. 4 zu Art. 381 OR; DAVID, a.a.O., S. 59). Zusammenfassend ist die Klägerin in jedem Fall legitimiert zur Geltendmachung von Urheberrechten an den von den Zulassungsinhabern gelieferten Arzneimittelinformationen.

c) Die Klägerin hat die massgeblichen Rechte derivativ von ihren Mitarbeitern erworben.

82. Die Klägerin hat den derivativen Rechtserwerb von ihren Angestellten in Rz. 32 sowie 116 der Klagebegründung hinreichend nachgewiesen. Sie

hat als Klagebeilage 32 ihren Mustervertrag für Angestellte ins Recht gelegt, dessen Ziff. 4 wie folgt lautet:

> "(*Arbeitnehmer*) überträgt die Urheberrechte und verwandten Schutzrechte, insbesondere die Rechte an Software, sowie die Rechte an Mustern und Modellen, einschliesslich aller Teilrechte, mit ihrer Entstehung auf die Documed AG, soweit diese Rechte im Zusammenhang mit seinem/ihrem Aufgabengebiet entstehen. Dies gilt für alle Werke, Muster und Modelle, die er/sie während des Arbeitsverhältnisses allein oder in Zusammenarbeit mit anderen entwickelt.
>
> Hat die Documed AG kein Interesse an den von ihr erworbenen Rechten, so soll (*Arbeitnehmer*) vertraglich die Nutzung überlassen werden."

Dass ein solcher Musterarbeitsvertrag mit allen vorliegend massgeblichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Klägerin abgeschlossen wurde, kann der in der Klagebegründung angerufene Herr Sven Leisi bestätigen.

Beweis:	Musterarbeitsvertrag der Klägerin (zur ausschliesslichen Einsichtnahme durch das Zivilgericht)	Klagebeilage 32
	Herr Sven Leisi, klagegenannt	als Zeuge oder Auskunftsperson

83. Aus der vorerwähnten Klausel, die in allen Arbeitsverträgen der Klägerin enthalten ist, ergibt sich eine umfassende Abtretung der Urheberrechte an die Klägerin. Selbst wenn es an einer ausdrücklichen Regelung im Arbeitsvertrag fehlen würde, wären vorliegend die in Erfüllung des Arbeitsvertrages entstandenen Urheberrechte auf die Klägerin übergegangen. Zu diesem Ergebnis ist auch das Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt im Massnahmeentscheid vom 20. Januar 2004 gekommen (Erwägung 2.b; vgl. dazu auch Anmerkung ALDER in sic! 2004, S. 490 ff., 496 f.). Diese Rechtsfolge ergibt sich aus der kombinierten Anwendung der Vorausverfügungs- und der Zweckübertragungstheorie im Bereich des abhängigen Werkschaffens (vgl. ANDERMATT, Das Recht an im Ar-

beitsverhältnis geschaffenen immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnissen, 1999, S. 120 ff.; RÜDLINGER, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, 1995, S. 96 ff.). Im Ergebnis hat die Klägerin somit die Urheberrechte an den Arzneimitteltexten in umfassender Weise von ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern derivativ erworben.

5. Die Arzneimittelinformationen sind urheberrechtlich geschützt.

84. Der Beklagte spricht den Arzneimittelinformationen den urheberrechtlichen Schutz ab. Er beruft sich dabei namentlich auf die Schutzausnahme gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG, wonach Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen nicht durch das Urheberrecht geschützt sind (vgl. Rz. 106 bis 108 der Klageantwort).

85. Die Ausführungen des Beklagten beziehen sich ausschliesslich auf die unter der revidierten Heilmittelgesetzgebung geltende Genehmigungspraxis der Swissmedic. Das Heilmittelgesetz und die zugehörigen Ausführungserlasse stehen aber erst seit anfangs 2002 in Kraft. In der Zeit davor erfolgte die Genehmigung der Arzneimittelinformationen durch die Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel (IKS), die Vorgängerorganisation der Swissmedic. Gemäss der in Art. 95 HMG enthaltenen Übergangsbestimmung behalten Registrierungen der IKS ihre Gültigkeit bis spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des HMG. Damit stammt der Grossteil der vorliegend fraglichen Arzneimittelinformationen noch aus der Zeit vor dem Jahre 2002 und fällt nicht unter die neue Gesetzgebung oder die Genehmigungspraxis der Swissmedic. In Bezug auf diese Arzneimittelinformationen sind die Ausführungen des Beklagten somit nicht massgeblich.

Beweis:	Beispiele von der IKS genehmigter Fachinformationen	Beilage 31
	Beispiel einer von der IKS genehmigten Patienteninformation	Beilage 32
	Erkundigung bei Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut, Erlacherstrasse 8, 3000 Bern 9	von Amtes wegen

86. Wie erwähnt wurden in der Zeit vor 2002 die Texte für die Arzneimitteliinformationen von der IKS genehmigt (vgl. Ziff. 6 der RL 88 sowie Art. 17 Abs. 4 und 5 des Regulativs über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972; "IKS-Regulativ"; SGS 340.210). Praktisch ist die IKS dabei so vorgegangen, dass sie die von ihr geprüften Texte mit einem Stempel ("Text genehmigt" bzw. "als Manuskript genehmigt") versehen und mit einem Begleitschreiben an den Absender retourniert hat. Die Genehmigung der Arzneimitteltexte ist damit nicht in Form einer Verfügung ergangen. Über die Praxis der IKS kann Herr Dr. Alfred Jost, ehemaliger stellvertretender Direktor der IKS und ehemaliger Chef des Rechtsdiensts der Swissmedic nähere Auskunft erteilen.

Beweis:	RL 88 mit Anhängen	Beilage 14
	Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972	Beilage 33
	Auszug aus IKS-Tagung "Arzneimittelinformations-Richtlinien" von 1990	Beilage 34
	Beispiele einer von der IKS genehmigter Fachinformationen	Beilage 31
	Beispiel einer von der IKS genehmigten Patienteninformation	Beilage 32
	Beispiel eines Begleitschreibens der IKS	Beilage 35
	Herr Dr. Alfred Jost, c/o Pharmalex GmbH, Amthausgasse 1, 3011 Bern	als Zeuge

87. Zur Registrierung eines Heilmittels waren die Texte der Arzneimittelinformationen bei der IKS einzureichen (Art. 21 Abs. 1 Bst. a IKS-Regulativ). Wenn ein Heilmittel zur Registrierung zugelassen wurde, hat die IKS dem Gesuchsteller eine Registrierungsurkunde ausgestellt

(Art. 23 IKS-Regulativ). Die in der Registrierungsurkunde enthaltenen Angaben sind in Art. 23 des IKS-Regulativs näher bezeichnet. Die Texte für die Arzneimittelinformationen zählen nicht zu deren Inhalt. Entsprechend wird in der Registrierungsurkunde denn auch nirgends auf die Arzneimittelinformationen verwiesen. Die Texte der Arzneimittelinformationen bildeten demnach nicht Teil einer Verfügung oder behördlichen Entscheidung, weshalb die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG auf die unter dem Regime der IKS genehmigten Arzneimittelinformationen von vornherein ausser Betracht fällt.

Beweis:	Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972	Beilage 33
	Beispiel einer Registrierungsurkunde	Beilage 36
	Herr Dr. Alfred Jost, vorgenannt	als Zeuge

88. Dass die Schutzausnahme von Art. 5 URG auch in Bezug auf die unter dem Regime der Swissmedic approbierten Arzneimittelinformationen nicht greift, wurde bereits in der Klagebegründung (Rz. 102 ff.) eingehend dargelegt, worauf hier verwiesen werden kann.

6. Das Verhalten des Beklagten ist unlauter.

89. Der Beklagte stellt die Unlauterkeit seines Verhaltens in Abrede. In Bezug auf Art. 5 Bst. c UWG macht er geltend, der Aufwand der Klägerin sei gering, sein eigener Aufwand jedoch sehr hoch, weshalb dieser Tatbestand nicht erfüllt sei. Der Beklagte beruft sich dabei massgeblich auf das Bundesgerichtsurteil 4C.336/204 vom 4. Februar 2005. Im Folgenden wird dargelegt, dass die Ausführungen des Beklagten unzutreffend sind und dass dem vom Beklagten angerufenen Bundesgerichtsentscheid ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt. Anhand eines Drittvergleichs wird die Unlauterkeit des beklagtischen Verhaltens plastisch dargestellt.

a) Welcher Aufwand ist massgeblich?

90. Der Beklagte hält auf Seiten der Klägerin lediglich den Aufwand für die Herstellung der Online-Version des Arzneimittelkompendiums für massgeblich, während er bei sich selbst den gesamten Aufwand zur Erstellung seiner eigenen Datenbank in die Aufwandsberechnung mit einbezieht (Rz. 60 sowie 69 und 76 der Klageantwort). Dadurch vergleicht der Beklagte "Äpfel mit Birnen". Bevor näher auf den massgeblichen Aufwand auf Seiten der Klägerin als auch des Beklagten eingegangen wird, sind einige Grundsätze zur Bestimmung des massgeblichen Aufwands im Rahmen von Art. 5 Bst. c UWG anzuführen.

91. Auf Seiten des Beklagten ist der tatsächliche Aufwand für die Reproduktion, Weiterentwicklung und Variation der Arbeitsergebnisse massgeblich (vgl. Rz. 85 der Klagebegründung). Der Aufwand muss demnach mit den übernommenen Arbeitsergebnissen in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang muss in sachlicher wie in zeitlicher Hinsicht gegeben sein. In zeitlicher Hinsicht bedeutet dies, dass die lauterkeitsrechtlich zu beurteilende Übernahme erst beginnt, wenn das marktfähige Arbeitsergebnis identifiziert ist (vgl. BERGER, Anmerkung zum Bundesgerichtsurteil vom 4. Februar 2005 in Sachen "Such-Spider", sic! 2005, S. 593 ff., 599). Zuvor angefallener Aufwand hat somit ausser Acht zu bleiben.

92. Der massgebliche Aufwand schliesst überdies nur die variablen Kosten der Übernahme bzw. Verwertung mit ein (BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 5 UWG; BERGER, a.a.O.). Demgegenüber sind Fixkosten nicht zu berücksichtigen. Als solche Fixkosten kommen namentlich der Aufwand für die Erstellung von Such-, Abfrage- und Kopierprogrammen sowie für die Erstellung und Anpassung der Zieldatenbank in Betracht.

b) Der massgebliche Aufwand der Klägerin ist erheblich.

93. Der Beklagte macht unter Berufung auf den Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums (Erwägung 3.d in fine) geltend, auf Seiten der Klägerin sei lediglich der Aufwand für die Herstellung der Online-Version und somit im Wesentlichen für das Aufschalten der Arzneimittelinforma-

tionen sowie für die Gestaltung der Website und Abfragmaske zu berücksichtigen (Rz. 60 der Klageantwort).

94. Der vom Beklagten anerkannte Aufwand stellt lediglich einen Teil des Gesamtaufwands der Klägerin dar, nämlich denjenigen für den letzten Arbeitsschritt (Produktionsprozess nach Vorliegen des "Gut zum Inhalt"). Dem Produktionsprozess ist der wesentlich aufwändigere redaktionelle Prozess vorgeschaltet, in welchem die Arzneimittelinformationen erstellt und aufbereitet werden (vgl. im Einzelnen oben Rz. 45 ff.). Da es sich bei der Online-Version des Arzneimittelkompendiums nicht um ein blosses Nebenprodukt der Buchausgabe handelt (oben Rz. 73 ff.), kann auch der redaktionelle Aufwand der Klägerin nicht alleine der Print-Publikation zugerechnet werden. Somit ist bei der Bemessung des klägerischen Aufwandes der redaktionelle Aufwand einzubeziehen (vgl. HOMBURGER/RAUBER, Urteilsbesprechung, SZW 1990, S. 109 ff, 112 f.) Der klägerische Aufwand ist demgemäss wesentlich grösser als vom Beklagten und vom Zivilgerichtspräsidium in seinem Massnahmenentscheid unterstellt.

c) Der massgebliche Aufwand des Beklagten ist gering.

95. Der Beklagte bezieht den gesamten Aufwand für die Übernahme der Arzneimittelinformationen und die Erstellung seiner eigenen Datenbank in seine Aufwandsberechnung mit ein (Rz. 69 und 76 der Klageantwort). Er macht in diesem Zusammenhang namentlich auch geltend, seine Datenbank sei gegenüber derjenigen der Klägerin in verschiedener Hinsicht überlegen (Rz. 8 der Klageantwort). Die Ausführungen des Beklagten werden bestritten. Vor allem aber sind sie nicht massgeblich.

96. Auf keinen Fall kann es angehen, dass der Beklagte den gesamten behaupteten Aufwand zum Aufbau und Betrieb seiner Datenbank in die Gegenüberstellung mit einbezieht. Denn dieser Aufwand steht mit den übernommenen Arbeitsergebnissen in keinerlei Zusammenhang. Der Beklagte gibt selbst an, seine Datenbank sei viel umfangreicher und komplexer als jene der Klägerin (Rz. 34 der Klageantwort). Auch hat die Datenbank des Beklagten nach dessen eigenen Aussagen einen komplett anderen Ursprung (Preisvergleich zwischen Originalpräparaten und Generika; vgl. Rz. 34 der Klageantwort). Die Datenbank des Beklagten ent-

hält überwiegend Informationen, die nicht Arzneimittel, sondern andere Gegenstände betreffen. Dies ergibt sich etwa aus Rz. 8 der Klageantwort, wo in Fussnote 2 beispielsweise auch Arzt- und Spitalinformationen sowie Stammdaten oder Mailinglisten zu den Diensten des Beklagten gezählt werden.

97. Dass der vom Beklagten angeblich betriebene Aufwand nicht mit der Übernahme und Verwertung der klägerischen Arzneimittelinformationen in Zusammenhang steht, ergibt sich vor allem daraus, dass die Datenbank des Beklagten nach dessen eigenen Angaben bereits seit Mai 2001 aufgeschaltet und operativ ist (Rz. 34 der Klageantwort), während die Übernahme der Arzneimittelinformationen erst ab September 2003 erfolgte (Rz. 39 der Klagebegründung). Auch aus dem chronologischen Verlauf folgt somit, dass der vom Beklagten behauptete Aufwand zur Erstellung seiner Datenbank in ganz überwiegendem Mass nicht mit der Übernahme der Arzneimittelinformationen von der Klägerin zusammenhängt. Ohnehin beginnt die lauterkeitsrechtlich zu beurteilende Übernahme erst in dem Zeitpunkt, in dem das marktfähige Arbeitsergebnis identifiziert ist (vgl. oben Rz. 91). Sämtlicher Aufwand, der vor September 2003 angefallen ist, muss demnach ausser Acht bleiben.

98. Zudem sind für die Bestimmung des Aufwands des Übernehmers nur die variablen Kosten massgeblich. Fixkosten sind nicht zu berücksichtigen (vgl. oben Rz. 92). Der vom Beklagten behauptete Aufwand zur Erstellung seiner Datenbank beinhaltet offensichtlich nur Fixkosten; denn die gleichen Kosten wären angefallen, wenn der Beklagte nicht mehrere tausend, sondern bloss einzelne wenige Arzneimittelinformationen der Klägerin übernommen hätte. Dieser Aufwand muss demnach ausser Acht bleiben.

99. Im Ergebnis bleibt demnach als massgeblicher Aufwand des Beklagten nur der mit der Übernahme der Arzneimittelinformationen sowie deren Integration in die eigene Datenbank verbundene variable Aufwand übrig. Dass dieser spezifische Aufwand erheblich sein soll, hat der Beklagte nicht dargetan, namentlich nicht in Rz. 69 der Klageantwort. Die dortigen Ausführungen und Beweisanträge beziehen sich nicht auf den variablen Aufwand, sondern auf den mit der Erstellung und dem Betrieb der

beklagtischen Datenbank schlechthin verbundenen Aufwand. Die Behauptungen werden von der Klägerin überdies bestritten.

100. Der reine Übernahmeaufwand des Beklagten ist minimal. Die Klägerin hat in Rz. 53 ff. der Klagebegründung dargetan, dass die Erstellung eines entsprechenden Such- und Übernahmeprogramms mit vernachlässigbarem Aufwand verbunden ist. Da die Arzneimittelinformationen der Klägerin einheitlich aufgebaut sind, kann auch deren Integration in die Datenbank des Beklagten vollständig automatisiert werden. Dementsprechend ist auch der Integrationsaufwand des Beklagten als äusserst gering einzustufen.

d) Das Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004 vom 4. Februar 2005 ist vorliegend nicht einschlägig.

101. Der Beklagte leitet seine rechtliche Argumentation in Bezug auf Art. 5 Bst. c UWG praktisch ausschliesslich aus dem kürzlich ergangenen Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004 vom 4. Februar 2005 ab. Entsprechend beschränkt sich der Beklagte meist darauf, einzelne Erwägungen des Bundesgerichtsurteils unreflektiert wiederzugeben (vgl. etwa Rz. 94 f. betreffend Erwägungen 4.4.1 und 4.4.2). Eine eigentliche Subsumtion unterbleibt. Der Beklagte macht lediglich geltend, es habe sich dort um einen vergleichbaren Fall gehandelt (Rz. 80 der Klageantwort). Er übersieht, dass die beiden Fälle sich bereits im Sachverhalt massgeblich unterscheiden, was eine unbesehene Übernahme der im erwähnten Bundesgerichtsentscheid entwickelten Rechtsprechung auf den vorliegenden Prozess verbietet. Im Einzelnen ist auf folgende Unterschiede hinzuweisen:

- Das Bundesgericht hat eine Verletzung sowohl von Art. 5 Bst. c als auch von Art. 2 UWG mitunter deshalb verneint, weil die Kläger ihren Eigenaufwand nicht hinreichend substanziiert hatten (vgl. Erwägungen 4.5 und 5.2). Aus diesem prozessualen Mangel können keine Rückschlüsse auf die materielle Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche gezogen werden. Hinzu kommt, dass das Gericht den Aufwand der Kläger als eher gering einstufte (vgl. Erwägung 5.3), da es sich um relativ banale Immobilieninserate handelte. Vorliegend geht es um redaktionell anspruchsvolle Arz-

neimittelinformationen. Die Klägerin hat dargetan, dass deren Erstellung und Bearbeitung mit einem erheblichen redaktionellen Aufwand verbunden ist (Rz. 30 f. der Klagebegründung sowie oben Rz. 45 ff. und 93 ff.).

- Immobilieninserate haben eine kurze Lebensdauer von wenigen Tagen. Neue Immobilieninserate werden in entsprechend kurzen Intervallen aufgeschaltet. Damit muss auch die Übernahmetätigkeit fortlaufend und immer wieder stattfinden, was mit entsprechendem Aufwand verbunden ist. Die im vorliegenden Fall massgeblichen Arzneimittelinformationen haben demgegenüber eine wesentlich längere Lebenszeit. Auch müssen Aktualisierungen nicht etwa täglich, sondern bloss in monatlichen Intervallen erfolgen. Von den Aktualisierungen ist zudem jeweils nur ein kleiner Teil der Arzneimittelinformationen betroffen, während die übrigen unverändert bleiben. Damit ist aber auch der Übernahmeaufwand des Beklagten im vorliegenden Verfahren wesentlich geringer als in jenem Entscheid.

- Hinzu kommt, dass die ständige Anpassung der Plattformen in jenem Entscheid fortlaufende Modifikationen der verwendeten Suchsoftware notwendig machte, was zusätzlichen Übernahmeaufwand verursachte (vgl. Erwägungen 2.2 und 4.4.2). Auch dies gilt für den vorliegenden Fall nicht: Die Online-Plattform der Klägerin hat sich nicht laufend verändert, und entsprechend konnte der Beklagte sämtliche Arzneimittelinformationen mit derselben Suchsoftware integral übernehmen (vgl. Rz. 53 f. der Klagebegründung). Ohnehin kann der Aufwand zur Programmierung eines komplexen Such-Spiders, der eine Vielzahl von Websites und Plattformen besucht, nicht mit demjenigen des Beklagten zur Einstellung einer banalen Suchsoftware, die nur auf die Website der Klägerin zugreift, verglichen werden.

- Vor allem aber haben die übernommenen Arbeitsergebnisse in den beiden Fällen eine gänzlich unterschiedliche Bedeutung: Im Bundesgerichtsentscheid hat der Übernehmer für die Publikation der Immobilieninserate weder von den Inserenten noch von den Konsumenten ein Entgelt verlangt; die Inserate dienten dem Über-

nehmer lediglich als Mittel zum Zweck, auf der eigenen Website "Traffic" zu generieren und damit Werbeeinnahmen (z. B. Bannerwerbung) erzielen zu können. Von einer vom Bundesgericht verlangten unmittelbaren Verwertung der übernommenen Arbeitsergebnisse (Erwägung 4.3) konnte somit keine Rede sein. Demgegenüber bilden im vorliegenden Fall die übernommenen Arzneimittelinformationen direkt Verwertungsobjekt: Der Beklagte bietet diese zum entgeltlichen Bezug an (Rz. 51 der Klagebegründung sowie oben Rz. 32 ff.) und offeriert auch deren entgeltliche Publikation gegenüber den Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern (Rz. 56 ff. der Klagebegründung). Die Verwertungshandlungen des Beklagten stehen daher in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Übernahmeobjekt. Zudem befinden sich die Klägerin und der Beklagte in einem unmittelbaren Substitutionswettbewerb hinsichtlich der in Frage stehenden Arbeitsergebnisse (vgl. HOMBURGER/RAUBER, a.a.O., S. 113).

102. Auch in der Sache darf das Bundesgerichtsurteil nicht überbewertet werden. Es lässt viele zentrale Fragen unbeantwortet. Kürzlich wurde dazu kritisch angemerkt (BERGER, a.a.O., S. 598):

> "Das Bundesgericht muss im vorstehenden Entscheid die Prüfung in mehreren Punkten, die von grossem Interesse gewesen wären, unter Hinweis auf Sachverhaltsfragen abbrechen."

Nicht näher einzugehen ist hier auf den kürzlich publizierten Massnahmeentscheid des Bezirksgerichts der Sense vom 24. Januar 2005 (sic! 2005, S. 675 ff.), ist dieser doch praktisch deckungsgleich mit dem Bundesgerichtsurteil (vgl. die Kritik BERGER in sic! 2005, S. 681).

e) Ein Drittvergleich zeigt die Unlauterkeit deutlich.

103. Dass das Vorgehen des Beklagten nicht nur gegenüber der Klägerin unlauter ist, sondern auch das Verhältnis zu Mitbewerbern des Beklagten in unlauterer Weise beeinflusst (vgl. Art. 2 UWG), zeigt ein Drittvergleich deutlich: Die e-mediat AG ist wie der Beklagte unter anderem in der

Veredelung von gesundheitsrelevanten Informationen tätig. Wie der Beklagte bietet auch die e-mediat AG die Arzneimittelinformationen der Klägerin auf ihrer Website www.pharmavista.net an. Zur Nutzung der Fachinformationen hat die e-mediat AG mit der Klägerin einen Lizenzvertrag abgeschlossen. Unter diesem Lizenzvertrag bezahlt die e-mediat AG an die Klägerin eine jährliche Lizenzgebühr in Höhe von CHF 100'000.- für die Weiterverwendung der Arzneimittelinformationen (nur Fachinformationen!). Der Vertrag zwischen e-mediat AG und der Klägerin besteht seit dem Jahr 2001 und stammt somit aus einer Zeit, als diese beiden Parteien noch nicht über die Galenica-Gruppe verbunden waren.

Beweis:	1. Website www.pharmavista.net der e-mediat AG	von Amtes wegen abzurufen
	2. Vereinbarung zwischen der Klägerin und e-mediat AG vom 4. Mai 2001	Beilage 37

104. Der Beklagte wünschte ursprünglich, dass die Klägerin ihm die Arzneimittelinformationen unentgeltlich zur Verfügung stelle (Rz. 36 der Klagebegründung). Nachdem eine Einigung trotz Verhandlungen nicht erzielt werden konnte, hat der Beklagte zur "unentgeltlichen Selbsthilfe" gegriffen und die Arzneimittelinformationen kostenlos übernommen. Die dadurch gegenüber Dritten wie beispielsweise der e-mediat AG erzielten Einsparungen beruhen nicht auf der eigenen Leistungsfähigkeit des Beklagten, sondern einzig darauf, dass er keine Lizenzgebühren entrichtet. Dadurch aber werden im Wettbewerb mit Dritten ungleich lange Spiesse geschaffen, und dem Beklagten wird ein unlauterer Wettbewerbsvorteil eingeräumt. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die übernommenen Arzneimittelinformationen anschliessend veredelt werden, was mit einem gewissen Aufwand verbunden sein mag. Denn derselbe Aufwand entsteht auch bei jedem Mitbewerber des Beklagten, womit dessen unlauterer Wettbewerbsvorteil vollumfänglich erhalten bleibt. Diese Beeinflussung der Funktionsfähigkeit des Marktes ist unlauter im Lichte sowohl des Spezialtatbestandes von Art. 5 Bst. c UWG als auch der Generalklausel von Art. 2 UWG (vgl. BGE 126 III 198, 202).

7. Das Kartellrecht ist nicht Gegenstand dieses Zivilverfahrens.

105. Der Beklagte vertritt die Ansicht, im vorliegenden Zivilprozess stellten sich auch kartellrechtliche Fragen (Rz. 10 der Klageantwort), weshalb gegebenenfalls ein Gutachten der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 15 KG einzuholen sei (Rz. 124 der Klageantwort). Dem ist zu widersprechen: Das vorliegende Verfahren betrifft ausschliesslich immaterialgüter- und lauterkeitsrechtliche Fragestellungen. Das Kartellrecht steht ausserhalb dieses Zivilprozesses.

106. Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird gemäss Art. 15 Abs. 1 KG die Sache der WEKO zur Begutachtung vorgelegt. Eine Vorlagepflicht besteht bei Kartellhauptsacheverfahren (vgl. WALTER, in HOMBURGER/SCHMID/HAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Rz. 37 zu Art. 15 KG). Vorliegend werden vom Beklagten keine kartellzivilrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 12 f. KG geltend gemacht. Das Zivilgericht wäre für deren Beurteilung auch gar nicht zuständig, da das Appellationsgericht als einzige kantonale Instanz zur Behandlung zivilrechtlicher Streitigkeiten über Wettbewerbsbehinderungen gemäss Art. 14 Abs. 1 KG kompetent ist (vgl. Art. I des baselstädtischen Gesetzes betreffend Vollziehung des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 14. Mai 1964; SGS 216.600).

107. Stellen sich in einem zivilrechtlichen Verfahren kartellrechtliche Vorfragen, so besteht ein Recht (nicht aber eine Pflicht) des Zivilrichters, diese der WEKO zur Begutachtung vorzulegen (vgl. WALTER, a.a.O., Rz. 43 und 64 zu Art. 15 KG). Aus den Ausführungen des Beklagten in Rz. 124 bis 126 der Klageantwort ergeht einzig, dass er andeutungsweise eine Monopolstellung der Klägerin behauptet (was bestritten wird); der Beklagte macht aber nicht etwa (einredeweise) geltend, die Übernahme und Verwendung der Arzneimittelinformationen durch ihn sei deshalb rechtmässig, weil die Klägerin eine marktbeherrschende Stellung durch Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit dem Beklagten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG missbrauche. Damit stellt sich vorliegend auch keine kartellrechtliche Vorfrage, die durch das Zivilgericht zu beurteilen und allenfalls der WEKO zur Begutachtung vorzulegen wäre.

108. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die WEKO inzwischen eine Untersuchung betreffend Daten und Software im schweizerischen Gesundheitswesen eröffnet hat. Selbst wenn die WEKO nach Abschluss der laufenden Untersuchung zum Befund käme, dass die Klägerin sich kartellrechtswidrig verhalten habe, bleibt die Verletzung des UWG und URG durch den Beklagten davon unberührt. Das Kartellgesetz sieht beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung spezifische Rechtsbehelfe wie die Klage auf Unterlassung einer Behinderung in Form der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 12 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 KG) und die Klage auf Abschluss eines marktgerechten oder branchenüblichen Vertrages ("Kontrahierungsklage"; Art. 13 Bst. b KG) vor. Von diesen Rechtsbehelfen hat der Beklagte keinen Gebrauch gemacht. Stattdessen hat er kostenlose Selbsthilfe praktiziert. Selbsthilfe ist aber nur unter den in Art. 52 Abs. 3 OR genannten strengen Voraussetzungen zulässig, die vorliegend nicht erfüllt sind. In allen anderen Fällen ist die eigenmächtige Durchsetzung von Ansprüchen widerrechtlich (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2003, Rz. 4.32).

Beweis: Auszug aus dem SHAB Nr. 128 vom 5. Juli 2005, S. 43 — Beilage 38

109. Aus alledem ergibt sich, dass die vorliegende Klage nicht unter kartellrechtlichen Aspekten zu beurteilen ist. Demnach besteht auch kein Anlass, bei der WEKO ein Gutachten einzuholen bzw. den Abschluss des laufenden Untersuchungsverfahrens der WEKO abzuwarten.

IV. Zur Klageantwort im Einzelnen

Zu Rz. 1 bis 3 (Formelles)

110. Der Einwand des Beklagten in Rz. 3 betrifft nicht die Prozessvoraussetzung der Vertretungsermächtigung, sondern die Aktivlegitimation der Klägerin (vgl. oben Rz. 8). Er geht auch in der Sache fehl (vgl. oben Rz. 75 ff.).

Zu Rz. 4 bis 6 (Arzneimittelinformationen und Swissmedic)

111. Die Vorgaben der Swissmedic betreffen die Struktur und den Aufbau der einzelnen Arzneimittelinformationen, nicht aber deren Inhalt. So wird denn auch bei den als Klageantwortbeilage 3 eingereichten Erläuterungen bei den Fachinformationen einleitend vermerkt: "Die Rubriken, die Titel und deren Reihenfolge sind einzuhalten."

112. Swissmedic prüft die eingereichten Arzneimittelinformationen in der Originalsprache und korrigiert diese in einzelnen Fällen, oft übrigens erst auf Intervention der Klägerin hin (vgl. oben Rz. 49)! Keiner Prüfung oder Genehmigung durch Swissmedic unterliegen die Übersetzungen der Arzneimittelinformationen (oben Rz. 50).

113. Seit der Revision der Heilmittelgesetzgebung im Jahre 2002 besteht für die Zulassungsinhaber keine gesetzliche Pflicht mehr, die Arzneimittelinformationen bei der Klägerin zu publizieren. Dass die Publikationen bislang dennoch bei der Klägerin erfolgten, hängt einzig damit zusammen, dass die Print-Publikation der Klägerin als Einzige die gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Klagebeilage 9 nennt diese Anforderungen und macht zugleich deutlich, dass auch eine Publikation in einem Konkurrenzprodukt möglich ist, sofern jenes die Anforderungen ebenfalls erfüllt.

Zu Rz. 7 bis 9 (Klägerin und Beklagter)

114. Die Klägerin erhält die Arzneimittelinformationen nicht einfach von den Zulassungsinhabern, sondern bearbeitet diese in vielfältiger Weise (vgl. oben Rz. 48 f.).

115. Die Datenbank des Beklagten ist in der Tat wesentlich umfangreicher als jene der Klägerin. Die zusätzlichen Inhalte und Funktionen betreffen aber nicht die streitgegenständlichen Arzneimittelinformationen, sondern andere Bereiche. Deshalb ist auch der Aufwand des Beklagten zur Erstellung seiner Datenbank vorliegend nicht massgeblich (vgl. oben Rz. 96 ff.).

116. Der Beklagte verharmlost den Sachverhalt, wenn er angibt, die Arzneimittelinformationen aus der Datenbank der Klägerin lediglich "aufgeru-

fen" zu haben. Vielmehr hat er diese kopiert und in seine eigene Datenbank übernommen (Rz. 38 ff. der Klagebegründung).

Zu Rz. 10 bis 11 (Überblick)

117. Die pauschalen Ausführungen des Beklagten an dieser Stelle werden unter Verweis auf die nachfolgenden Ausführungen bestritten. Falsch ist, dass es vorliegend um Fragen des Kartellrechts geht (vgl. oben Rz. 105 ff.).

Zu Rz. 12 bis 19 (Aktivlegitimation der Klägerin)

118. Die Ausführungen des Beklagten in diesem Abschnitt betreffen nicht die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, sondern die Sachlegitimation der Klägerin. Dass diese vorliegend gegeben ist, wurde in Rz. 109 ff. der Klagebegründung sowie oben (Rz. 9) dargetan.

Zu Rz. 20 (Frist)

119. Die Ausführungen des Beklagten sind unzutreffend und unpassend. Die Klägerin hat bereits am 16. Januar 2004 und somit noch vor dem Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums Prosekutionsklage eingereicht, verbunden mit dem Antrag auf einstweilige Sistierung des Verfahrens. Mit Eingabe vom 15. März 2004 hat die Klägerin um Aufhebung der Sistierung und Durchführung eines Vermittlungsverfahrens gemäss § 45a ZPO ersucht. Die Vermittlungsverhandlung wurde mit Verfügung vom 1. Juni 2004 auf den 7. September 2004 angesetzt. Nach dem Scheitern des Vermittlungsverfahrens hat die Zivilgerichtspräsidentin der Klägerin eine Frist zur Einreichung der Klagebegründung bis zum 15. Dezember 2004 gesetzt, welche die Klägerin einmal erstrecken liess. Der vom Beklagten erweckte Eindruck, es habe während mehr als einem Jahr keine Aktivität in dieser Angelegenheit statt gefunden, ist somit widerlegt.

Beweis:	Prosekutionsklage der Klägerin vom 16. Januar 2004	bei den Verfahrensakten
	Eingabe der Klägerin an das Zivilgericht Basel-Stadt vom 15. März 2004	bei den Verfahrensakten

Verfügung der Zivilgerichtspräsidentin vom 1. Juni 2004	bei den Verfahrensakten
Verfügung der Zivilgerichtspräsidentin vom 14. September 2004	bei den Verfahrensakten

Zu Rz. 21 bis 23 (Urkundenedition und Geheimhaltung)

120. Die Klägerin verweist auf ihre obenstehenden Ausführungen (Rz. 16). Zu Rz. 23 der Klageantwort ist ergänzend zu bemerken, dass vorliegend weder Art. 30 BV noch § 46 GOG einschlägig sind. Das Recht auf Akteneinsicht wird vielmehr aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV statulerten Gehörsanspruch abgeleitet, der jedoch nicht unbeschränkt gilt (vgl. STAEHELIN/SUTTER, § 11 Rz. 57; BGE 95 I 445).

Zu Rz. 24 bis 25

121. Keine Bemerkungen.

Zu Rz. 26 bis 28 (Leistungen der Klägerin)

122. Das Gesuch der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 17. Dezember 2003 betrifft ein anderes Verfahren und ist vorliegend nicht relevant; massgeblich sind einzig die klägerischen Ausführungen in der Klagebegründung vom 11. Februar 2005. Auch stellt die Klagebegründung keine blosse Abschrift des damaligen Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen dar, das naturgemäss nur summarisch begründet wird. Die Klagebegründung ist demgegenüber ausführlicher. Allein schon daraus ergeben sich die vom Beklagten ausgemachten angeblichen "Diskrepanzen". Die Schlussfolgerungen, die der Beklagte daraus ableiten will, sind allesamt falsch.

123. Die Klägerin erbringt nicht nur eine verlegerische Leistung, sondern auch massgebliche Leistungen im redaktionellen Prozess. Dies hat die Klägerin in der Klagebegründung (Rz. 21 ff.) wie auch oben (Rz. 45 ff.) dargelegt. Auch muss die Klägerin sich zur Umschreibung ihrer Tätigkeit nicht hinter Begrifflichkeiten verstecken; vielmehr versucht der Beklag-

te, durch eigenwillige und unzutreffende Begriffsdeutungen den Streitgegenstand zu seinen Gunsten umzudeuten, was an der Gleichsetzung des Begriffs "Arzneimittelkompendium der Schweiz" mit der von der Klägerin herausgegebenen Print-Publikation besonders deutlich zum Ausdruck kommt.

124. Die Klägerin erachtet es generell als fragwürdig, aus einem blossen Vorwort Rückschlüsse auf ihren Tätigkeitsbereich abzuleiten, wie der Beklagte dies in Rz. 28 der Klageantwort macht. Jedenfalls ist das vom Beklagten als Klageantwortbeilage 11a eingereichte Vorwort der Kompendiumsausgabe 2001 nicht massgeblich, da es aus einer Zeit stammt, als die Klägerin noch unter der Zulassungsverfügung der IKS tätig war. So ist denn auch im Vorwort späterer Auflagen des Arzneimittelkompendiums der Tätigkeitsbereich der Klägerin wesentlich weiter umschrieben. Beispielsweise wird im Vorwort zur 25. Auflage des Arzneimittelkompendiums von der Belieferung mit aktueller und objektiver Arzneimittelinformation gesprochen.

Beweis:	Vorwort zum Arzneimittelkompendium der Schweiz, 25. Aufl.	Beilage 39

Zu Rz. 29 bis 30 (Begriffe und Streitgegenstand)

125. Entgegen dem Beklagten dreht sich das vorliegende Verfahren nicht ausschliesslich um die gesetzlich geforderten Arzneimittelinformationen, sondern auch um die vom Gesetz nicht geforderten, vom Beklagten aber ebenfalls übernommenen Pseudo-Fachinformationen (Rz. 24, 42 und 48 der Klagebegründung). Der Versuch des Beklagten, die Pseudo-Fachinformationen vom Streitgegenstand auszunehmen, ist nachvollziehbar, fällt für diese der vom Beklagten vorgebrachte Einwand der Schutzausnahme aufgrund von Art. 5 URG doch von vornherein ausser Betracht (Rz. 103 der Klagebegründung).

126. Die von der Klägerin in der Klagebegründung verwendeten Begriffe geben zu keinen Unklarheiten Anlass: Die Pseudo-Fachinformationen sind in Rz. 24 der Klagebegründung definiert, die Begriffe der Arzneimitteltexte, Produkteinformationen und Arzneimittelinformationen sowie der

Arzneimittelhersteller und Zulassungsinhaber werden von der Klägerin synonym verwendet.

Zu Rz. 31 bis 33 (Tätigkeit der Klägerin)

127. Die Haupttätigkeit der Klägerin besteht in der redaktionellen Bearbeitung der Arzneimittelinformationen, nicht in der Herausgabe des Arzneimittelkompendiums in Buchform, wie vom Beklagten fälschlicherweise behauptet (Rz. 17 und 21 ff. der Klagebegründung sowie oben Rz. 45 ff.). Auch trifft es nicht zu, dass die Online-Version des Arzneimittelkompendiums ein blosses Nebenprodukt darstelle (vgl. oben 73 f.). Solches lässt sich auch den als Klageantwortbeilage 12 unvollständig eingereichten Regulatory News der Swissmedic 1/2004 nicht entnehmen; aus der von der Klägerin als Klagebeilage 9 eingereichten vollständigen Version dieses Dokuments ergibt sich vielmehr, dass die physische und elektronische Publikation von Swissmedic als gleichwertig angesehen werden.

128. Im Übrigen versucht der Beklagte, eine künstliche Differenzierung zwischen Buchausgabe und Online-Version des Arzneimittelkompendiums zu schaffen, die nicht sachgerecht ist. Die Klägerin verweist dazu auf ihre eingehenden obenstehenden Ausführungen (Rz. 61 ff.).

Zu Rz. 34 (Tätigkeit des Beklagten)

129. Die Ausführungen des Beklagten machen deutlich, dass die Publikation der Arzneimittelinformationen nur einen Bestandteil seiner Datenbank ausmacht. Entsprechend ist bei den Aufwandsüberlegungen im Rahmen von Art. 5 Bst. c UWG auch nicht der gesamte vom Beklagten behauptete Aufwand zur Erstellung zu berücksichtigen (vgl. oben Rz. 96 ff.).

Zu Rz. 35 bis 36 (Levenshtein'sche Distanz)

130. Die Ausführungen des Beklagten zur levenshtein'schen Distanz sind in Bezug auf Softwareprogramme nicht massgeblich, da die Klägerin eine Übernahme von Datenbanksoftware durch den Beklagten nicht behauptet. In Bezug auf die Arzneimittelinformationen vergleicht der Beklagte fälschlicherweise die codierten HTML-Datensätze der Klägerin mit seinen

eigenen. Dass bei diesem Vergleich Abweichungen bestehen, liegt nahe, hat der Beklagte doch unter anderem die Darstellungsform der Arzneimittelinformationen (z.B. Schriftart) abgeändert (vgl. Rz. 49 der Klagebegründung). Der Aufwand für solche Änderungen ist marginal, da diese voll automatisiert stattfinden. Vergleicht man anstelle der HTML-Datensätze die reinen Arzneimitteltexte der Klägerin mit jenen des Beklagten, liegt Identität (bis hin zu typographischen Fehlern) vor (vgl. Rz. 39 der Klagebegründung).

Zu Rz. 37 bis 39 (Streitgegenstand)

131. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet nicht die Online-Datenbank der Klägerin, sondern die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Klägerin (vgl. Rechtsbegehren 1 und 2 der Klagebegründung).

Zu Rz. 40 bis 43 (Kompetenz- und Verantwortlichkeitsordnung)

132. Die vom Beklagten aufgestellte Kompetenz- und Verantwortlichkeitsordnung ist unvollständig und fehlerhaft. Die Klägerin verweist auf ihre eigene Darstellung und ihre einleitenden Ausführungen (oben Rz. 46 ff.).

133. Es trifft nicht zu, dass die Arzneimittelinformationen ausschliesslich von den Zulassungsinhabern bzw. Arzneimittelherstellern erstellt und durch Swissmedic bearbeitet oder korrigiert werden (oben Rz. 47 ff.).

Zu Rz. 44

134. Entgegen dem Beklagten bilden die Pseudo-Fachinformationen sehr wohl Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. oben Rz. 58 ff.).

135. Dass die Klägerin im Bereich der Publikation von Arzneimittelinformationen ein Monopol innehat, wird bestritten, ist aber ohnehin unerheblich, da kartellrechtliche Aspekte - auch vorfrageweise - nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden (vgl. oben Rz. 105 ff.).

136. Die Klägerin hat dargetan, dass ihre redaktionellen Bearbeitungen nicht auf die Korrektur von schreib- und typografischen Fehlern oder anderer "sehr untergeordneter Widersprüche" beschränkt sind. Beispielsweise

sind Inkonsistenzen bei den Dosierungsangaben sicherheitsrelevant (oben Rz. 48) und sicher nicht von bloss "sehr untergeordneter" Bedeutung!

137. Das als Klageantwortbeilage 13 eingereichte Protokoll einer Sitzung der Kompendiumskommission ist vorliegend nicht einschlägig. Die von der Klägerin bestrittenen Behauptungen des Beklagten finden darin keine Stütze. Das Protokoll zeigt einzig, dass die Klägerin sich zusammen mit den massgeblichen Interessenverbänden nach innovativen Lösungen für ein bedürfnisgerechtes und kostengünstiges Arzneimittelkompendium umsieht. Aus dem Protokoll wird deutlich, dass die elektronische Publikation der Arzneimittelinformationen einem Bedürfnis der Branche entspricht, und zwar unabhängig von den diesbezüglichen Anforderungen der Swissmedic. Insoweit hat die Swissmedic mit ihren Auflagen die Bedürfnisse der Branche lediglich nachvollzogen.

Beweis:	Protokoll der 17. Sitzung der Kompendiumskommission vom 23. Juni 2003	Klageantwortbeilage 13
	Auszug aus Swissmedic-Journal 1/2004, S. 23 f.	Klagebeilage 9

Zu Rz. 45

138. Die "Herstellung des Arzneimittelkompendiums" ist in Zusammenhang mit Klagebeilage 17 umfassend zu verstehen und bezieht sämtliche Arbeitsabläufe von der Einholung der Anmeldungen über die gesamten redaktionellen Tätigkeiten bis hin zur technischen Produktion einschliesslich Vertriebslogistik mit ein. Entsprechend betreffen die meisten der in Klagebeilage 17 umschriebenen Arbeitsabläufe und Checklisten denn auch nicht die Produktion der gedruckten Kompendiumsausgabe, sondern die übrigen Bereiche.

Beweis:	Manual "Arbeitsabläufe für die Herstellung des Arzneimittelkompendiums"	Klagebeilage 17

Zu Rz. 46 (Parteien)

139. Keine Bemerkungen.

Zu Rz. 47 bis 49 (Abonnementsverträge mit den Zulassungsinhabern)

140. Die Klägerin hält an ihren Ausführungen gemäss Rz. 16 der Klagebegründung fest. In Bezug auf welche Medien eine Publikationspflicht bestand, ist nicht entscheidend. Massgeblich ist einzig, dass die Publikation durch die Klägerin aufgrund der mit den Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern abgeschlossenen Abonnementsverträge nicht nur die Buchausgabe, sondern auch die Online-Version des Arzneimittelkompendiums umfasste (vgl. Klagebeilage 11).

141. Die Klägerin hat exemplarisch zwei von Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern unterzeichnete Anmeldungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz eingereicht (Klagebeilage 12). Es kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass auch mit den übrigen im Arzneimittelkompendium vertretenen (und somit sämtlichen massgeblichen) Arzneimittelherstellern oder Zulassungsinhabern entsprechende Anmeldeformulare unterzeichnet wurden. Andernfalls wären sie im Arzneimittelkompendium der Schweiz nämlich gar nicht aufgeführt! Auch steht ausser Frage, dass mit sämtlichen Arzneimittelherstellern bzw. Zulassungsinhabern inhaltlich gleich lautende Verträge zu den Konditionen gemäss Klagebeilage 11 abgeschlossen wurden, handelt es sich doch eben um allgemeine Vertragsbedingungen und nicht um individuell ausgehandelte Verträge.

Beweis:	Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz	Klagebeilage 11
	Beispiele unterzeichneter Anmeldeformulare	Klagebeilage 12

Zu Rz. 50 bis 52 (Leistungen der Klägerin)

142. Die Klägerin behauptet nicht, die Publikation des Arzneimittelkompendiums würde in einem Verlustgeschäft resultieren. Zutreffend ist jedoch,

dass die redaktionelle Tätigkeit der Klägerin mit hohem Aufwand verbunden ist, was auch das Schutzinteresse der Klägerin gegenüber Trittbrettfahrern wie dem Beklagten begründet.

143. Der Beklagte spricht den Arbeitsabläufen der Klägerin die Komplexität ab. Dies erscheint anmassend, hat er sich selbst diese Arbeitsabläufe durch Übernahme der Arzneimittelinformationen von der Klägerin doch erspart und kann deren Komplexität somit nicht beurteilen. Dass die Herausgabe eines qualitativ hochwertigen Arzneimittelkompendiums eine schwierige Aufgabe darstellt, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Datenbank des Beklagten verschiedentlich fehlerhaft ist. Beispielhaft finden sich bei deutschen Verweisen französische Arzneimittelinformationen (z.B. Flucazol), veraltete Arzneimittelinformationen (z.B. Methotrexat Proreo) oder Verweise auf falsche Fachinformationen (z.B. Assan forte). Auch lässt die Darstellung der Arzneimittelinformationen beim Beklagten zu wünschen übrig, was anhand der Fachinformation für Aspirin® exemplarisch illustriert werden kann: Beim Beklagten werden hoch- bzw. tiefgestellte Zeichen nicht als solche dargestellt; auch fehlen zahlreiche Absatzmarken, was die Texte schwerfällig und unleserlich macht. Vor allem aber wird in der Druckansicht die Arzneimittelinformation beim Beklagten am rechten Rand abgeschnitten, womit diese nur unvollständig wiedergegeben wird.

Beweis:	Beispiele von Fehlern in der Datenbank des Beklagten	Beilage 40
	Ausdruck der Fachinformation für Aspirin® aus der Datenbank der Klägerin	Beilage 41
	Ausdruck und Druckansicht der Fachinformation für Aspirin® aus der Datenbank des Beklagten	Beilage 42

144. Die Klägerin hat bereits dargetan, dass die Leistungen zur Erstellung der Print-Ausgabe des Arzneimittelkompendiums nicht im Zentrum ihrer Tätigkeit stehen (vgl. oben Rz. 45). Klagebeilage 17 bestätigt diese Aussage: Es stimmt nämlich nicht, dass - wie vom Beklagten behauptet - nahezu sämtliche Arbeitsprozesse in die Zuständigkeit der Produktion fie-

len; vielmehr betreffen die Tätigkeiten der redaktionellen Einzeltextbearbeitung, Registerbearbeitung während des Bearbeitungszyklus, Satz-Vorspann- und -Nachspann sowie Kontrolle des therapeutischen und Wirkstoffregisters am Ende des Jahres (S. 16 - 18 sowie 20 von Klagebeilage 17) ganz überwiegend bis ausschliesslich die Tätigkeit der Redaktion.

Beweis:	Manual "Arbeitsablaufpläne für die Herstellung des Arzneimittelkompendiums"	Klagebeilage 17

Zu Rz. 53 und 54 (manuelle Erfassung und Korrekturen)

145. Die manuelle Erfassung von Arzneimittelinformationen durch die Klägerin geht teilweise auf eine Zeit zurück, als der elektronische Dokumentenverkehr noch nicht üblich war. Beispielsweise musste die Klägerin die Fachinformation für Prontolax® sowie die Patienteninformation für Prostaflor für das Kompendium 2001 manuell ab Papiervorlage erfassen.

Beweis:	Fachinformation für Prontolax®	Beilage 43
	Patienteninformation für Prostaflor	Beilage 44
	Herr Sven Leisi, vorgenannt	als Zeuge oder Auskunftsperson

146. Die elektronische Einreichung der Arzneimittelinformationen ist erst seit anfangs 2002, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der revidierten Heilmittelgesetzgebung vorgesehen. Überdies hat Swissmedic diese Anforderung noch nicht umgesetzt und akzeptiert in ihrer gelebten Praxis weiterhin auch Papierdokumente.

Herr Hans Stötter, c/o Swissmedic	als Zeuge
Erkundigung bei Swissmedic	von Amtes wegen
Checkliste formale Kontrolle Zulassungsgesuch der Swissmedic	Beilage 45

147. Auch heute erhält die Klägerin von diversen Arzneimittelherstellern die massgeblichen Informationen nicht in elektronischer Form oder lediglich in einer solchen Form, die sich (z.B. wegen Schreibschutzes) elektronisch nicht weiter verwenden lässt.

Beweis:	Korrespondenz betreffend manuelle Texterfassungen	Beilage 46

148. Manuell zu erfassen sind sodann sämtliche von der Klägerin angefertigten Übersetzungen von Arzneimittelinformationen, die der Swissmedic nicht elektronisch einzureichen sind, sowie Ergänzungen und Korrekturen bestehender Arzneimittelinformationen, die in den seltensten Fällen in elektronischer Form übermittelt werden.

Beweis:	Beispiel einer Übersetzung ab Papiervorlage	Beilage 47
	Beispiel einer Ergänzung ab Papiervorlage	Beilage 48
	Beispiel einer handschriftlich korrigierten Vorlage	Klagebeilage 20
	Weiteres Beispiel einer handschriftlich korrigierten Vorlage	Beilage 49
	Herr Sven Leisi, vorgenannt	als Zeuge oder Auskunftsperson

149. Dem Beklagten ist darin zuzustimmen, dass auch die manuelle Bearbeitung elektronisch eingereichter Arzneimittelinformationen beträchtlichen Aufwand verursacht. Wie am Beispiel des Arzneimittels OliClinomel® dargelegt werden kann, müssen die vom Arzneimittelinhaber erhaltenen Texte zunächst in die Datenbank der Klägerin übernommen und entsprechend formatiert werden, um sie sodann für die verschiedenen Publikationsformen aufzubereiten. Wo die Klägerin - wie im Falle der Fachinformation für Noratak® - die Arzneimittelinformation vom Zulassungsinhaber zwar elektronisch, aber in einem zur weiteren Bearbeitung ungeeigneten Format wie PDF erhält, verursacht die Konvertierung und an-

schliessende Nachbearbeitung beträchtlichen Zusatzaufwand. Da die Texte der Arzneimittelhersteller - anders als die Arzneimittelinformationen der Klägerin - nicht in einem einheitlichen Format eingereicht werden, ist der damit verbundene Aufwand der Klägerin - anders als derjenige des Beklagten (vgl. Rz. 100) - massiv. Die Klägerin muss die Arzneimittelinformationen aus verschiedenen und uneinheitlichen Quellen in mühsamer Kleinarbeit zusammenstellen, während sie dem Beklagten zur Übernahme "auf dem Silbertablett präsentiert" werden.

Beweis:	Vom Arzneimittelhersteller eingereichte Fachinformation für OliClinomel®	Beilage 50
	Von der Klägerin formatierte Fachinformation für OliClinomel®	Beilage51
	Publikationsfertige Fachinformation für OliClinomel®	Beilage 52
	Fachinformation für Noratak® als PDF-Datei	Beilage 53
	Fachinformation für Noratak® als Word-Datei	Beilage 54

Zu Rz. 55 (Pseudo-Fachinformationen)

150. Vgl. oben zu Rz. 58 ff.

Zu Rz. 56 bis 57 (redaktionelle Bearbeitung und Kontrolle)

151. Die Klägerin nimmt nicht eigenmächtig Änderungen an den Arzneimittelinformationen vor. Bereits in der Klagebegründung (Rz. 25) wurde ausgeführt, dass Korrekturen in Absprache mit den Zulassungsinhabern und Swissmedic erfolgten. Die Klägerin unterbreitet den Zulassungsinhabern Korrekturvorschläge, über deren Übernahme letztlich aber diese selbst zu entscheiden haben (oben Rz. 48). Gegenüber Swissmedic weist die Klägerin auf Unstimmigkeiten und Unzulänglichkeiten der Arzneimittelinformationen hin; die erforderlichen Korrekturen werden nach entsprechender Intervention der Klägerin aber durch den Zulassungsinhaber bzw. Swissmedic selbst vorgenommen (oben Rz. 49).

152. Inhaltliche und redaktionelle Bearbeitungen werden durch die Klägerin vorgenommen, bevor der jeweilige Arzneimittelhersteller bzw. Zulassungsinhaber diese mit dem Vermerk "Gut zum Inhalt" genehmigt (vgl. auch Klagebeilage 20). Dass der Zulassungsinhaber nach dem "Gut zum Inhalt" die alleinige Verantwortung für die Richtigkeit des Inhalts übernimmt (Rz. 57 der Klageantwort), schliesst somit nicht aus, dass die Klägerin vorgängig urheberrechtlich relevante Bearbeitungen an den Arzneimitteltexten vorgenommen hat.

Zu Rz. 58 (Übersetzungen)

153. Die Klägerin hat exemplarisch eine von ihr vorgenommene französische Übersetzung (Klagebeilage 26) sowie eine von ihr korrigierte deutsche Übersetzung (Klagebeilage 27) eingereicht und damit ihre Leistungen in qualitativer Hinsicht (Vornahme neuer Übersetzungen und Korrektur bestehender Übersetzungen) belegt. In quantitativer Hinsicht hat die Klägerin eine Aufstellung all jener Übersetzungsaufträge eingereicht, die sie in den Jahren 2003 und 2004 ausgeführt hat (Klagebeilage 25). Der Beklagte bestreitet die Richtigkeit von Klagebeilage 25 bezüglich einzelner Übersetzungsaufträge nicht. Damit ist der Beweis für die Übersetzungstätigkeit der Klägerin hinreichend erbracht.

Zu Rz. 59 (Strukturierung / Hyperlinks)

154. Aufbau und Struktur der Arzneimittelinformationen haben sich unter der neuen, ab dem Jahre 2002 gültigen Heilmittelgesetzgebung geändert. Die Zulassungsinhaber sind daher gezwungen, bestehende Arzneimittelinformationen bei Verlängerung der Zulassung sukzessive auf die neue Struktur anzupassen. Mit dieser Aufgabe wurde in verschiedenen Fällen die Klägerin beauftragt (oben Rz. 47 und 52).

Zu Rz. 60 (Personalkosten und Aufwand der Klägerin)

155. Der Beklagte bestreitet die von der Klägerin geltend gemachten Personalkosten in Höhe mehrerer Millionen Schweizerfranken nicht.

156. Die Aufwandsüberlegung des Beklagten beruht auf der falschen Annahme, bei der Online-Version des Arzneimittelkompendiums handle es sich

um ein blosses Nebenprodukt der Print-Ausgabe (vgl. dazu oben 73 f.). Massgeblich ist nicht nur der Aufwand der Klägerin für das Aufschalten der Arzneimittelinformationen in der Online-Version, sondern auch für deren vorangehende redaktionelle Erstellung und Bearbeitung.

Zu Rz. 61 (Publikationspreise der Klägerin)

157. Es stimmt nicht, dass die Klägerin für die Publikation der Arzneimittelinformationen auf dem Internet kein Entgelt verlangen würde. Bei den Fachinformationen wird ein einheitlicher Preis für sämtliche Publikationsformen (Buchausgabe, CD-ROM und Online-Version) angeboten. Dieser Tarif schliesst einen Preisanteil für die Online-Version somit ein. Bei den Patienteninformationen, bei denen keine Verpflichtung zur Publikation in einem gedruckten Kompendium besteht, betreffen die Preise gar ausschliesslich die Online-Version und werden auch als solche deklariert. Beispielsweise werden sie auf dem Tarifblatt ausgewiesen als "Millimeterpreise [...] für die [...] per PDF publizierten Patienteninformationen" (Auslassungen und Hervorhebungen der Verfasser). Bei PDF (Portable Document Format) handelt es sich um ein elektronisches Dokumentenformat.

Beweis:	Tarife 2004 des Arzneimittelkompendiums der Schweiz	Klageantwortbeilage 14

158. Die Authentizität und Massgeblichkeit der vom Beklagten als Klageantwortbeilage 15 eingereichten, anonymisierten "Bestätigung von unabhängiger Seite" wird von der Klägerin bestritten.

Zu Rz. 62

159. Die Klägerin kann den Ausführungen des Beklagten nicht folgen und bestreitet diese vorsorglich.

Zu Rz. 63

160. Bei der Online-Version des Arzneimittelkompendiums handelt es sich nicht um ein Nebenprodukt aus der Buchherstellung (vgl. oben Rz. 73 f.).

Zu Rz. 64 (Urheberschaft der Klägerin)

161. Die Frage nach der Urheberschaft der Klägerin ist nicht nur eine Rechts-, sondern auch eine Tatfrage. In tatsächlicher Hinsicht hat die Klägerin dargetan, dass sie sich von ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Urheberrechte an den entstandenen Arbeitsergebnissen hat umfassend abtreten lassen (Rz. 32 der Klagebegründung sowie oben 82 f.).

Zu Rz. 65 (Streitgegenstand)

162. Der Beklagte versucht, das Gericht auf eine falsche Fährte zu locken. Streitgegenstand bilden gemäss dem klägerischen Rechtsbegehren die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums. Es geht nicht um die Übernahme von Datenbanken und erst recht nicht von Softwaresystemen zum Betrieb und zur Bewirtschaftung der Datenbanken. Die diesbezüglichen Ausführungen und Beweisanträge des Beklagten sind somit gegenstandslos.

Zu Rz. 66 bis 67 (HTML-Dateien als Computerprogramme)

163. Die Klägerin hält an ihrer Auffassung fest, dass es sich bei Websites im HTML-Format um Computerprogramme handelt. Im IT-Lexikon der WEKA Online-Datenbank für IT-Recht, IT-Management und IT-Support findet sich unter dem Begriff HTML unter anderem folgende Definition: "Die Sprache HTML besteht aus Befehlen, die eine bestimmte Aktion ausführen." Diese Umschreibung lässt klar darauf schliessen, dass HTML eine Programmiersprache darstellt.

Beweis:	Auszug aus dem IT-Lexikon der WEKA Online-Datenbank betreffend HTML	Beilage 55

164. Diese Auffassung wird bestätigt durch das Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004 vom 4. Februar 2005, wo in Erwägung 2.1 Folgendes ausgeführt wird:

> "Die Webseiten werden in der Standard-Sprache HTML (Hyper Text Markup Language) zur Anzeige aufbereitet und kön-

nen von Internet-Browsern angezeigt werden. Im Quellcode einer Website kann die Adresse (URL) einer anderen Site vorprogrammiert sein (Hyperlink)."

(Hervorhebungen der Verfasser)

Die Verwendung der Begriffe "Quellcode" und "vorprogrammiert" in Zusammenhang mit HTML-Dateien deutet klar auf die Qualifikation solcher Dateien als Computerprogramme hin. Dass es sich beim HTML-Format zugleich um ein Speicherformat handelt, steht dazu nicht im Widerspruch.

Zu Rz. 68 (Gegenstand der Übernahme durch den Beklagten)

165. Wie verschiedentlich erwähnt, steht nicht die Übernahme der Datenbank zur Diskussion, weshalb sich Ausführungen zu deren technischer Kompatibilität erübrigen. Verfahrensgegenstand bilden die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums, somit die Arzneimittelinformationen. Diesbezüglich sind die Ausführungen des Beklagten in zweierlei Hinsicht richtig zu stellen:

- Der Beklagte hat nicht einzelne, sondern sämtliche in der Datenbank der Klägerin enthaltenen Arzneimittelinformationen übernommen (Rz. 40 ff. der Klagebegründung);

- Der Beklagte hat nicht bloss die von ihm als Rohdaten bezeichneten Arzneimittelinformationen ohne HTML-Code übernommen, sondern die HTML-Files, wie sie sich in der Datenbank der Klägerin befinden (Rz. 40 f. der Klagebegründung sowie Klagebeilage 51 und Separatbeilage 3 zur Klagebegründung).

Zu Rz. 69 bis 70 (Aufwand des Beklagten)

166. Der Beklagte erbringt keinen Beweis für den von ihm angeblich betriebenen Aufwand. Seine Beweisanträge vermögen die Behauptungen nicht zu belegen. Die Behauptungen werden von der Klägerin in ihrer Gesamtheit bestritten. Ein Grossteil der Behauptungen bezieht sich zudem auf den angeblichen Aufwand für die Erstellung der gesamten Datenbank des Beklagten, der vorliegend nicht ausschlaggebend ist (vgl. oben

Rz. 96 ff.). Beispielsweise bildet die vom Beklagten behauptete Funktionalität zur Selbstverwaltung der Arzneimittelinformationen durch die Zulassungsinhaber nicht Verfahrensgegenstand.

167. Dass der reine Aufwand für die Integration der Rohdaten über ein Mannjahr betragen haben soll, wird bestritten. Namentlich ist der Aufwand für das Parsen der klägerischen HTML-Dateien gering, weil diese jeweils einheitlich aufgebaut sind und daher mit einfachen Mitteln automatisch analysiert werden können. Auch musste der Beklagte entgegen seiner Behauptung die in den Arzneimittelinformationen enthaltenen Tabellen nicht erst selbst generieren, sondern konnte diese tel quel von den HTML-Files der Klägerin übernehmen, wo diese ebenfalls einheitlich aufgebaut sind (vgl. als Beispiel die HTML-Dateien der Fachinformation Aspirin®, wo die beim Beklagten auf S. 4 dargestellte Tabelle der bei der Klägerin auf S. 5 wiedergegebenen Tabelle vollkommen entspricht). Schliesslich stellt die angebliche Länge des Quellcodes kein Indiz für den mit der Übernahme verbundenen Aufwand dar.

Beweis:	HTML-Datei der Fachinformation für Aspirin® aus der Datenbank der Klägerin	Beilage 56
	HTML-Datei der Fachinformation für Aspirin® aus der Datenbank des Beklagten	Beilage 57

168. Der Beklagte macht als Aufwand auch Anpassungen seiner Software geltend, die bei Änderungen der klägerischen Website jeweils erforderlich würden. Die Klägerin hat ihre Website und die Möglichkeiten zum Zugriff auf die Arzneimittelinformationen lediglich im Juni und Dezember 2004 angepasst (Rz. 38 der Klagebegründung). Da der Beklagte nach seinen eigenen Angaben Downloads von der klägerischen Website lediglich im September 2003 getätigt haben soll, war er von der Anpassung der klägerischen Website nicht betroffen. Entsprechend kann auch der diesbezüglich behauptete Aufwand zur Anpassung der beklagtischen Software nicht entstanden sein. Ohnehin wäre dieser Aufwand den Fixkosten zuzurechnen und deshalb nicht zu berücksichtigen (vgl. oben Rz. 92 und 98).

169. Die Versuche des Beklagten in Rz. 70, die in verschiedenen E-Mails zugestandenen Downloads von der Website der Klägerin nachträglich zu bagatellisieren, scheitern.

Zu Rz. 71

170. Dass der Beklagte auf frühere Abmahnungen der Klägerin nicht reagierte und keine Einsicht zeigte, manifestiert die Wiederholungsgefahr und begründet das klägerische Rechtsschutzinteresse am Unterlassungsbegehren (vgl. unten Rz. 218).

Zu Rz. 72 bis 74 (Übernahme der Arzneimittelinformationen durch den Beklagten)

171. Die Klägerin hält an ihrer Darstellung fest. Die in Klagebeilage 41 und 42 übereinstimmend enthaltenen Steuerzeichen stellen zwar keinen HTML-Code dar, bilden aber dennoch Bestandteil der vom Beklagten übernommenen HTML-Dateien.

Beweis:	HTML-Datei der Fachinformation für Hydrocortison Crème Streuli aus der Datenbank der Klägerin	Beilage 58
	HTML-Datei der Fachinformation für Hydrocortison Crème Streuli aus der Datenbank des Beklagten	Beilage 59

Zu Rz. 75 (Nutzung der Arzneimittelinformationen durch den Beklagten)

172. Der Beklagte bestreitet nicht, die Arzneimittelinformationen Dritten gegen Entgelt angeboten zu haben, obwohl solche Dritte gemäss Vorgaben der Swissmedic zum unentgeltlichen Bezug der Arzneimittelinformationen berechtigt wären. Er hat damit nicht nur gegen die Publikationsvorschriften der Swissmedic verstossen, sondern auch die Arbeitsergebnisse der Klägerin zum eigenen Vorteil unmittelbar verwertet.

173. Der Beklagte hat unbestrittenermassen Vorbereitungshandlungen in Bezug auf die Herausgabe einer gedruckten Version der Arzneimittelinformationen unternommen und ist damit zumindest als potenzieller Kon-

kurrent der Klägerin in diesem Segment zu betrachten. Solche Konkurrenz scheut die Klägerin nicht. Sie fürchtet aber die Trittbrettfahrerei des Beklagten.

Zu Rz. 76

174. Einmal mehr: Es geht nicht um die Datenbanken und damit auch nicht um den Aufwand des Beklagten für die Erstellung seiner Datenbank. Die Klägerin verweist auf Rz. 56 f. oben.

Zu Rz. 77 bis 78 (weitere Verhaltensweisen des Beklagten)

175. Die vom Beklagten nicht bestrittenen Ausführungen der Klägerin sind durchaus von Relevanz, nämlich in dreierlei Hinsicht:

- Es handelt sich bei den beschriebenen Handlungsweisen des Beklagten um konkrete Verwertungshandlungen in Bezug auf die bei der Klägerin übernommenen Arzneimittelinformationen;

- die Aktivitäten des Beklagten dokumentieren die Fortsetzungs- und Wiederholungsgefahr und legitimieren damit das Unterlassungsbegehren (vgl. unten Rz. 218);

- die Aktivitäten des Beklagten und die dadurch gestiftete Marktverwirrung haben der Klägerin einen Schaden zugeführt, den sie teilklageweise geltend macht.

Zu Rz. 79 (Kartellrecht)

176. Das Zivilgerichtspräsidium hat sich in seinem Massnahmeentscheid vom 20. Januar 2004 nur am Rande zur Kartellrechtsthematik geäussert und die Frage ausdrücklich offen gelassen. Da kartellrechtliche Ansprüche oder Vorfragen nicht Gegenstand dieses Zivilprozesses bilden (vgl. oben Rz. 105 ff.), erübrigen sich weitere Ausführungen dazu.

Zu Rz. 80 bis 81 (Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004)

177. Der vorliegende Sachverhalt ist mit dem vom Bundesgericht im Entscheid 4C.336/2004 beurteilten Fall in verschiedener Hinsicht nicht ver-

gleichbar (vgl. oben Rz. 101). Die unbesehene Übernahme der dortigen Erwägungen auf das vorliegende Verfahren verbietet sich alleine schon deshalb.

178. Ob Art. 5 Bst. c UWG eine unmittelbare Verwertung des übernommenen Arbeitsergebnisses voraussetzt, bleibt auch nach dem höchstrichterlichen Entscheid zweifelhaft. Das Bundesgericht weist selbst darauf hin, dass diese Frage in der Lehre höchst umstritten ist und dass der italienische Wortlaut von Art. 5 Bst. c UWG auch die mittelbare Verwertung mit einschliesst (Erwägung 4.3). Auch in der Lehre finden sich gewichtige Stimmen für einen Einschluss der mittelbaren Verwertung (BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 67 zu Art. 5 UWG; RAUBER, in: THOMANN/RAUBER, Softwareschutz, 1998, S. 78 f.; FIECHTER, Der Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG, 1992, S. 156; CALAME, Der rechtliche Schutz von Datenbanken, 2003, S. 209). Begründet wird dies vor allem damit, dass andernfalls eine Umgehung auf einfachstem Wege möglich wäre. Das Bundesgericht geht zudem nicht soweit, nur die Verwertung des unveränderten Arbeitsergebnisses als tatbestandsmässig zu betrachten. Vielmehr kann auch bei geringfügigen Änderungen noch eine unmittelbare Verwertung vorliegen. Massgebend ist hierbei, dass weder bei der Übernahme noch bei der Verwertung ein angemessener eigener Aufwand betrieben wird (Erwägung 4.3). Dem Kriterium der "unmittelbaren" Übernahme/Verwertung bzw. Übernahme/Verwertung "als solche" kommt damit kaum mehr eigenständige Bedeutung zu (vgl. BERGER, a.a.O., S. 599).

Zu Rz. 82 bis 83 (Übernahme und Verwertung der Arbeitsergebnisse)

179. Die Klägerin hat in Rz. 38 bis 52 sowie 71 bis 74 der Klagebegründung und somit auf mehr als 13 Seiten (!) dargetan, dass der Beklagte ihre Arbeitsergebnisse als solche übernommen und verwertet hat. Sie hat sich somit zu diesem Tatbestandsmerkmal einlässlich geäussert.

180. Die Unterschiede zwischen den Online-Datenbanken der Klägerin und des Beklagten sind nicht massgeblich, da die Datenbank gar nicht übernommen wurde. Damit spielt auch keine Rolle, welchen Aufwand der Beklagte angeblich zum Aufbau seiner Datenbank betrieben haben soll.

Zu Rz. 84 (Tätigkeit der Klägerin)

181. Die Klägerin hat vorne eingehend dargelegt, worin ihre Tätigkeit und ihr Beitrag bei der Erstellung und Bearbeitung der Arzneimittelinformationen liegen (Rz. 45 ff.) und dass die in ihrer Datenbank enthaltenen Arzneimittelinformationen nicht ein Nebenprodukt der Print-Publikation, sondern Ausgangsprodukt für alle Publikationsformen gleichermassen darstellen (Rz. 73 f.). Darauf kann hier verwiesen werden.

Zu Rz. 85 bis 87 (Aktivlegitimation der Klägerin)

182. Die Klägerin hat oben einlässlich dargetan, dass ihre Sachlegitimation zur Geltendmachung sowohl lauterkeits- wie auch urheberrechtlicher Ansprüche nicht auf die Print-Publikation beschränkt ist (vgl. Rz. 71 f.). Darauf kann hier verwiesen werden.

Zu Rz. 88

183. Die Klägerin beansprucht nicht Schutz für eine neue Kategorie von Rechtsgütern, wie der Beklagte dies unterstellt. Nicht die Klägerin, sondern der Beklagte selbst spricht in der Klageantwort von den Rechten der Klägerin aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (vgl. etwa Rechtsbegehren 2) und versucht damit zu suggerieren, es gehe auch lauterkeitsrechtlich um subjektive Rechte der Klägerin. Bei Zugrundelegung eines funktionalen Wettbewerbsbegriffs (vgl. BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 44 ff. zu Art. 1 UWG) verstösst das Verhalten des Beklagten aber in objektiver Hinsicht gegen das UWG und betrifft nicht bloss die Rechte der Klägerin, sondern auch Dritter wie beispielsweise anderer Konkurrenten des Beklagten (vgl. oben Rz. 103 f.). Daraus ergibt sich die Unlauterkeit des beklagtischen Verhaltens.

Zu Rz. 89

184. Die Übernahmehandlungen sind in der Klagebegründung (Rz. 38 ff.) klar umschrieben. Wie verschiedentlich erwähnt, geht es um die Übernahme der Arzneimittelinformationen und des Inhalts der Datenbank, nicht aber des Datenbanksystems als Ganzes.

Zu Rz. 90 (marktreifes Arbeitsergebnis)

185. Bei den Arzneimittelinformationen der Klägerin handelt es sich um ein marktreifes Arbeitsergebnis, was schon im Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums festgehalten wurde (Erwägung 3.b). Der Beklagte geht von einem falschen und zu engen Begriff aus, wenn er dies in Frage stellt. Die Arzneimittelinformationen als HTML-Dateien stellen nützliche und somit marktreife Arbeitsergebnisse dar, können sie doch beispielsweise Gegenstand von Online-Abfragen bilden, auf dem Bildschirm angezeigt und ausgedruckt werden.

Beweis:	Ausdruck einer Fachinformation aus der Datenbank der Klägerin	Klagebeilage 33
	Website www.kompendium.ch	von Amtes wegen abzurufen

186. Bei der Beurteilung der Marktreife ist entscheidend, dass für ein Produkt ein Markt besteht, der jedoch nicht etabliert sein muss. Sobald ein Arbeitsergebnis am Markt einen Abnehmer findet, kann es als marktreif bezeichnet werden. Dabei ist nicht nur der Markt für Endprodukte und damit Endbenutzer (vorliegend z.B. Ärzte) zu berücksichtigen, wie dies der Beklagte tut. Da vielmehr auch Zwischenprodukte marktreif sein können (BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 41 zu Art. 5 UWG), sind Marktzwischenstufen einzubeziehen.

187. Vorliegend werden die Arzneimittelinformationen beispielsweise der e-mediat AG im Rahmen einer Lizenzvereinbarung zur weiteren Nutzung zur Verfügung gestellt (vgl. oben Rz. 103). Auch der Beklagte war und ist unbestrittenermassen an den Arzneimittelinformationen der Klägerin interessiert und stand in Verhandlungen mit der Klägerin über den Erwerb einer Lizenz zum Gebrauch der Arzneimittelinformationen (Rz. 36 f. der Klagebegründung). Damit ist dargetan, dass ein Markt für die Abnahme der Arzneimittelinformationen besteht und dass diese somit als marktreifes Arbeitsergebnis einzustufen sind.

Beweis:	Vereinbarung zwischen der Klägerin und e-mediat AG vom 4. Mai 2001	Beilage 37

Zu Rz. 91

188. Der Unterschied zwischen den Galdat-Daten der e-mediat AG und der Datenbank des Beklagten besteht darin, dass die e-mediat AG mit der Klägerin eine Lizenzvereinbarung über den Gebrauch der Arzneimittelinformationen abgeschlossen hat und für diesen Gebrauch eine jährliche Lizenzgebühr in Höhe von CHF 100'000.- entrichtet. Der Beklagte meint, dieselbe Leistung unentgeltlich beanspruchen zu können, und verschafft sich dadurch einen auch gegenüber Dritten wie der e-mediat AG unberechtigten und somit unlauteren Wettbewerbsvorteil (vgl. oben Rz. 104).

Beweis:	Vereinbarung zwischen der Klägerin und e-mediat AG vom 4. Mai 2001	Beilage 37

189. Der Beklagte hat bereits früher zugestanden, die Arzneimittelinformationen von der Website der Klägerin "runter geladen" und damit übernommen zu haben (Klagebeilage 50). Dass er dies nun plötzlich in Frage zu stellen scheint, zeigt die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und seine fehlende Einsichtigkeit.

Zu Rz. 92 (Kartell- und Lauterkeitsrecht)

190. Die Klägerin hält an ihrer Auffassung fest. Ohnehin haben kartellrechtliche Fragen im vorliegenden Zivilverfahren ausser Acht zu bleiben (oben Rz. 105 ff.).

Zu Rz. 93 (Aufwandsamortisation)

191. Kann die Klägerin ihre Aufwendungen nicht vollständig amortisieren, erleidet sie im Umfang des Ausfalls einen Vermögensnachteil. Die Frage der Amortisierung betrifft somit den Schaden der Klägerin, beschlägt aber nicht die Unlauterkeit des beklagtischen Verhaltens. Im Rahmen von Art. 5 Bst. c UWG ist einzig auf Leistungs- und Aufwandkomponen-

ten abzustellen. Der in der Botschaft erwähnte Einbezug der Amortisation wird denn in der Lehre auch als verwirrend bezeichnet (vgl. etwa BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 53 zu Art. 5 UWG).

192. Dass die Klägerin sich für ihre Tätigkeit sowohl durch die Informationslieferanten als auch die gewerbsmässigen Informationsbezüger (wie etwa die e-mediat AG; vgl. oben Rz. 103) abgelten lässt, ist übrigens absolut branchenüblich und wird beispielsweise auch von der Swisscom Directories AG praktiziert. Diese erhebt Gebühren sowohl von den anderen Fernmeldedienstanbietern für die Aufbereitung der Verzeichnisdaten als auch von den Abnehmern der Verzeichnisdaten, welche diese für eigene Verzeichnisdienste verwenden möchten. Die WEKO hat diese Praxis in ihrer kürzlich abgeschlossenen Untersuchung betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe regulierter Verzeichnisdaten nicht beanstandet (vgl. RPW 2005/1, S. 54 ff., insbesondere Rz. 91 und 93 ff.).

Zu Rz. 94 bis 95

193. Der Beklagte beschränkt sich darauf, ganze Passagen aus dem Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004 (Erwägungen 4.4.1 und 4.4.2) abzuschreiben; eine eigentliche Subsumtion auf den vorliegenden Fall unterbleibt jedoch. Die Erwägungen des Bundesgerichts in jenem Entscheid lassen sich denn auch nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen (vgl. oben Rz. 101).

Zu Rz. 96 (Aufwandsüberlegungen)

194. Auch bei der Klägerin ist nicht der Gesamtaufwand mit einzubeziehen; der mit dem Druck und Vertrieb der Print-Ausgabe verbundene Aufwand kann ausser Acht gelassen werden. Der Aufwand des Beklagten liegt in der Erstellung seiner Datenbank begründet, die in ganz überwiegendem Umfang nicht mit den Arzneimittelinformationen in Zusammenhang steht und die auch bereits vor der Übernahme der Arzneimittelinformationen von der Klägerin erstellt wurde (vgl. oben Rz. 96 ff.). Dieser Aufwand ist nicht in die Betrachtung mit einzubeziehen.

195. Die Praxisänderung der Swissmedic hat sich auf den massgeblichen Aufwand der Klägerin nicht ausgewirkt. Dieser bestand von Beginn weg

vorab in der redaktionellen Tätigkeit zur Erstellung und Bearbeitung der Arzneimittelinformationen, unabhängig vom verwendeten Medium (vgl. oben Rz. 45 ff.). Die Klägerin hat die Praxisänderung in Zusammenhang mit dem Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums angeführt, welches das Online-Kompendium der Klägerin fälschlicherweise als blosses Nebenprodukt eingestuft hatte; die Praxisänderung verdeutlicht, dass diese Auffassung nicht zutrifft.

Zu Rz. 97 (Einsparungen des Beklagten)

196. Der Beklagte erbringt keinen Beweis für die angeblichen Gründe seiner gegenüber der Klägerin tieferen Preise. Die Klägerin bestreitet die Behauptungen des Beklagten. Der wahre Grund für die günstigen Preise ist offensichtlich: Hätte der Beklagte wie seine Konkurrenten für die weitere Nutzung der Arzneimittelinformationen eine Lizenzgebühr in Höhe von CHF 100'000.- entrichtet, müsste auch er seine Preise nach oben anpassen. Es würden dann gleich lange Spiesse geschaffen, nicht nur im Wettbewerb des Beklagten mit der Klägerin, sondern auch mit Dritten (vgl. oben Rz. 104).

Zu Rz. 98 bis 99 (Verstoss gegen die Generalklausel)

197. Die Ausführungen des Beklagten beziehen sich in ganz überwiegendem Masse nicht auf die Generalklausel von Art. 2 UWG, sondern wiederum auf den Sondertatbestand von Art. 5 Bst. c UWG. Damit verkennt der Beklagte aber, "dass als unlauter auch ein Verhalten in Betracht fällt, dass keinen der Tatbestände nach Art. 3 bis 8 UWG erfüllt" (Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004, Erwägung 3). Die vorliegend eingetretene Ausbeutung der klägerischen Leistung durch den Beklagten stellt eine der Fallgruppen unlauteren Verhaltens im Sinne der Generalklausel dar (vgl. DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 1997, Rz. 59; BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 185 ff. zu Art. 2 UWG).

Zu Rz. 100

198. Der von der Klägerin gewählte Aufbau ist sinnfällig. Die Rechteinhaberschaft an einzelnen urheberrechtlichen Werken kann erst dann geklärt werden, wenn die Werke selbst als Schutzobjekte abgegrenzt sind. Auch

das URG folgt übrigens diesem Aufbau, wird doch zunächst das Werk (Art. 2 ff. URG) und erst danach die Urheberschaft am Werk (Art. 6 ff. URG) geregelt.

Zu Rz. 101 bis 103 (Individualität und statistische Einmaligkeit)

199. Der Beklagte beschränkt sich darauf, den Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums Basel-Stadt (Erwägung 2.d) wörtlich, aber nur auszugsweise wiederzugeben. Beispielsweise fehlt die zentrale Passage des Entscheids, in der auf die Gleichsetzung der Individualität mit der statistischen Einmaligkeit Bezug genommen wird (S. 6 oben).

200. Dass die Arzneimittelinformationen dem Kriterium der statistischen Einmaligkeit (vgl. BGE 130 III 168 i.S. "Bob Marley") genügen, hat die Klägerin in Rz. 93 der Klagebegründung einlässlich dargelegt und anhand der Arzneimitteltexte von Originalpräparaten und Generika illustriert. Der Einwand des Beklagten, zwischen den verglichenen Textformulierungen liege ein Zeitraum von beinahe zehn Jahren ist falsch und unerheblich: Falsch deshalb, weil beispielsweise die Fachinformation sowohl für Solmucol® als auch für Fluimucil® von November 2002 stammt; und unerheblich deshalb, weil die Arzneimittelinformationen auch nach zehn Jahren noch gleich formuliert werden müssten, wenn die Texte so banal wie vom Beklagten behauptet wären.

Beweis:	Fachinformation für Solmucol®	Klagebeilage 84
	Fachinformation für Fluimucil®	Klagebeilage 85

Zu Rz. 104 (Sammelwerk)

201. Der Beklagte lässt es wiederum damit bewenden, Auszüge aus dem Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums (Erwägung 2.e) zu zitieren, statt sich mit der klägerischen Argumentation (Rz. 97 f. der Klagebegründung) auseinanderzusetzen.

Zu Rz. 105 (HTML-Dateien als Computerprogramme)

202. Die Klägerin hält an ihrer Auffassung fest.

203. Der Beklagte macht geltend, den HTML-Code der Klägerin in seiner Datenbank nicht zu verwenden. Dieser Einwand geht fehl. Für eine Urheberrechtsverletzung genügt gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG die Herstellung von Werkexemplaren, die bereits mit dem Download der HTML-Dateien von der Datenbank der Klägerin (unabhängig von der weiteren Verwendung durch den Beklagten) stattgefunden hat.

Zu Rz. 106 bis 108 (Keine Schutzausnahme nach Art. 5 URG)

204. Bereits vorne wurde eingehend ausgeführt, dass die Anwendung von Art. 5 URG auf sämtliche unter dem Regime der IKS genehmigten Arzneimitteltexte, d.h. alle vor 2002 approbierten Arzneimittelinformationen, von vorneherein ausscheidet (vgl. oben Rz. 84 ff.).

205. In Bezug auf die von Swissmedic genehmigten Arzneimittelinformationen ist entgegen dem Beklagen die Rechtslage im Kontext von Art. 5 URG in der Schweiz nicht klar; beispielsweise fehlen Präjudizien, die über den Umfang und die Tragweite von Art. 5 URG Aufschluss geben. Aus diesem Grund ist der von der Klägerin in Rz. 105 ff. des Klagebegründung vorgenommene Beizug ausländischer Lehre und Praxis angebracht.

Zu Rz. 109 bis 113 (Aktivlegitimation der Klägerin)

206. Die Klägerin hat dargetan, dass

- sie selbst urheberrechtlich relevante Bearbeitungen der Arzneimittelinformationen vornimmt und daraus (derivativ über ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) Urheberrechte ableiten kann (Rz. 22 ff. der Klagebegründung sowie oben Rz. 76 ff. und 82 ff.);

- ihr im Übrigen die Arzneimittelhersteller bzw. Zulassungsinhaber die vorliegend massgeblichen Verwendungsrechte und die Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Verwendungsrechte gegenüber Dritten eingeräumt haben (Rz. 109 ff. der Klagebegründung sowie Rz. 79 ff. oben).

207. Die vom Beklagten angerufene Zweckübertragungstheorie (Fn. 8 der Klageantwort) führt zum selben Ergebnis: Gemäss Zweckübertragungstheorie werden diejenigen Verwendungsrechte übertragen, die zur Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich sind (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 16 URG). Aus Ziff. 1 der allgemeinen Vertragsbedingungen der Klägerin (Klagebeilage 11) ergeht klar, dass der Vertragszweck der Abonnementsverträge auch die Publikation in elektronischer Form einschliesst. Somit bilden auch die Verwendungsrechte in Bezug auf die Online-Version des Arzneimittelkompendiums Gegenstand der Rechtseinräumung und damit der Sachlegitimation der Klägerin.

Beweis:	Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz	Klagebeilage 11

208. Die Klägerin hat dargetan, dass sie selbst Übersetzungen von Arzneimittelinformationen vornimmt und dass sie daran Urheberrechte ableiten kann (Rz. 26 der Klagebegründung sowie oben Rz. 50 ff. und 77). Sie hat nicht behauptet, sämtliche Übersetzungen selbst vorgenommen zu haben, weshalb der diesbezügliche Einwand des Beklagten ins Leere geht. Im Übrigen betreffen die Ausführungen des Beklagten nicht die Rechteinhaberschaft, sondern die Werkqualität der Übersetzungen.

209. Der Beklagte zitiert in Rz. 113 wörtlich aus dem Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums (Erwägung 2.g), wobei er nicht einmal die Parteibezeichnungen dem vorliegenden Verfahren angepasst hat. Die Ausführungen passen auch vom Kontext her nicht: Sie betreffen nämlich nicht die Rechteinhaberschaft, sondern das Schutzobjekt.

Zu Rz. 114 bis 115

210. Wiederum vermischt der Beklagte Fragen der Rechteinhaberschaft mit solchen des Werkcharakters einzelner Schutzobjekte. Im Übrigen verweist die Klägerin auf ihre Ausführungen unter Rz. 82 f.

Zu Rz. 116 (Copyright-Vermerk und Vermutung der Urheberschaft)

211. Die Ausführungen des Beklagten sind falsch: Der Copyright-Vermerk von Klagebeilage 33 bezieht sich klarerweise auf das Jahr 2003; lediglich das - vorliegend nicht massgebliche - Datum des Ausdrucks aus der Online-Datenbank der Klägerin betrifft das Jahr 2005. Dass die Copyright-Vermerke von Beginn weg auf den Arzneimittelinformationen angebracht und nicht etwa nachträglich beigefügt wurden, kann auch anhand des auf CD-ROM erschienenen Arzneimittelkompendiums nachgewiesen werden. Die auf der CD-ROM enthaltenen Arzneimittelinformationen entsprechen den auf der Website der Klägerin abrufbaren Informationen. Auf der CD-ROM zum Arzneimittelkompendium 2003 der Klägerin sind die Fach- und Patienteninformationen mit einem Copyright-Vermerk versehen.

Beweis:	Arzneimittelkompendium 2003 auf CD-ROM	Separatbeilage 1 zur Klagebegründung

212. Der Beklagte bringt keine belegbaren Tatsachen vor, mit denen die von Art. 8 URG geschaffene Vermutung der Urheberschaft der Klägerin umgestossen werden könnte.

Zu Rz. 117 (Verletzungshandlungen des Beklagten)

213. Die Klägerin hat in Rz. 48 f. der Klagebegründung nachgewiesen, welche Verletzungshandlungen der Beklagte im Einzelnen begangen hat. Der Beklagte kann diese Nachweise nicht entkräften.

Zu Rz. 118 (Rechtsbegehren und Rechtsschutzinteresse)

214. Die Klägerin verweist zu den Rechtsbegehren und namentlich zum Rechtsschutzinteresse auf ihre einleitenden Ausführungen oben (Rz. 10 ff.).

Zu Rz. 119 bis 120 (Feststellungsbegehren)

215. Das Schutzobjekt des Feststellungsbegehrens wurde von der Klägerin mit "Daten und Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der

Schweiz" umschrieben. Damit ist klar definiert, welche Daten gemeint sind. Auch ist klar, dass mit dem Begriff "Arzneimittelkompendium der Schweiz" nicht die gedruckte Version des Arzneimittelkompendiums gemeint sein kann (vgl. oben Rz. 63 ff.). Der Beklagte deutet den Begriff des Arzneimittelkompendiums fälschlicherweise zu eng. Bei den "Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz" handelt es sich um die Arzneimittelinformationen, unabhängig vom gewählten Medium (vgl. oben Rz. 63).

216. Das Feststellungsbegehren ist vorliegend nicht subsidiär, wobei die Klägerin auf ihre obigen Ausführungen (Rz. 11 ff.) verweist.

217. Dem Beklagten ist nicht zu folgen, dass das klägerische Feststellungsbegehren sich auf eine bestimmte Jahresausgabe des Arzneimittelkompendiums beziehen müsse. Die Übernahme der Daten und der Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz durch den Beklagten ohne Zustimmung der Klägerin ist unabhängig von der Jahresausgabe widerrechtlich. Wäre das Rechtsbegehren enger gefasst, müsste die Klägerin die Widerrechtlichkeit des beklagtischen Verhaltens für spätere Jahresausgaben neuerlich feststellen lassen, da dem Urteil materielle Rechtskraft nur in Bezug auf die bezeichnete Jahresausgabe zukäme. Eine solche Einschränkung ist weder von der Sache noch von der Verfahrensökonomie her geboten.

Zu Rz. 121 (Unterlassungsbegehren)

218. Die Klägerin hat Verletzungen bzw. Gefährdungen des UWG und URG durch den Beklagten hinreichend belegt (Rz. 56 ff. sowie 126 der Klagebegründung).

Die Wiederholungsgefahr wird untermauert durch den von der Klägerin als Novum eingebrachten Umstand, dass der Beklagte erneut Arzneimittelinformationen aus der Datenbank der Klägerin übernommen und unverändert in seine eigene Datenbank integriert hat (vgl. oben Rz. 30 f.).

Zur Rz. 122 (Publikationsbegehren)

219. Die Klägerin verweist auf ihre einleitenden Ausführungen (oben Rz. 14).

220. Die vom Beklagten gestiftete Marktverwirrung ist gerade deswegen entstanden, weil sein Online-Angebot den regulatorischen Anforderungen nicht genügt und er dies nicht hinreichend deklariert hat (Rz. 58 ff. der Klagebegründung). Auch hat die Klägerin die von ihr behaupteten Kundenabgänge nachgewiesen (Rz. 61 der Klagebegründung). Diese Kundenverschiebungen sind - wie der Beklagte selbst zugesteht - auf seine "guten Konditionen" zurückzuführen. Die guten Konditionen sind jedoch nicht etwa in der behaupteten Leistungsfähigkeit des Beklagten, sondern in dessen Trittbrettfahrerei und im unentgeltlichen Bezug der Arzneimittelinformationen begründet (oben Rz. 104).

Zu Rz. 123 (Schadenersatzbegehren)

221. Der Beklagte bestreitet sein Verschulden nicht.

222. Im Übrigen lässt der Beklagte es dabei bewenden, die klägerischen Ausführungen zum Schadenersatzausspruch pauschal zu bestreiten, ohne auf einzelne Behauptungen näher einzugehen. Eine solche Pauschalbestreitung entfaltet keine rechtlichen Wirkungen (§ 61 Abs. 2 ZPO; vgl. HABERTHÜR, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, 1960, S. 407 ff.). Die klägerischen Darlegungen haben deshalb als zugestanden zu gelten.

Zu Rz. 124 bis 125 (Kartellrecht)

223. Kartellrechtliche Fragen stellen sich im vorliegenden Verfahren nicht, weshalb sich auch die Einholung eines Gutachtens bei der Wettbewerbskommission erübrigt (vgl. oben Rz. 105 ff.). Vor diesem Hintergrund sind auch die Ausführungen zum angeblichen Monopol der Klägerin im vorliegenden Verfahren nicht massgeblich. Entsprechend nimmt die Klägerin zu diesem Vorhalt nur summarisch und der Vollständigkeit halber Stellung.

224. Der Beklagte macht sinngemäss geltend, die Arzneimittelinformationen stellten eine wesentliche Einrichtung (Essential Facility; vergleichbar etwa mit einem Eisenbahnnetz) dar. Wegen der hohen Eintrittsbarrieren und der Sunk Costs sei es für Mitbewerber nicht zumutbar, die Arzneimittelinformationen selbst zu erstellen bzw. von den Zulassungsinhabern erhältlich zu machen. Das Konzept der Essential Facilities ist im Wettbe-

werbsrecht der EU erschöpfend abgehandelt worden. In der Rechtssache Oscar Bronner (C-7/97) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahre 1998 entschieden, dass ein Distributionsnetzwerk für Zeitungen keine Essential Facility darstelle, auf deren Zugang bzw. Gebrauch Mitbewerber einen Anspruch ableiten könnten. Der EuGH gelangte zum Ergebnis, es bestünden keine technischen, gesetzlichen oder ökonomischen Hindernisse, welche den Aufbau eines unabhängigen Distributionsnetzwerkes verunmöglichten oder unvernünftig erschweren würden (Rz. 44 der Entscheidung). Der EuGH schenkte namentlich dem Argument der ökonomischen Praktikabilität, d.h. der hohen mit dem Aufbau eines zweiten Netzwerks verbundenen Kosten, keine Beachtung (Rz. 45). Die allfälligen Kosten, die der Beklagte bei einer (rechtmässigen) Beschaffung der Arzneimittelinformationen zu gewärtigen hätte, sind somit für die kartellrechtliche Beurteilung von Marktmacht nicht massgeblich.

225. Vor allem macht der Beklagte in keiner Weise geltend, die Klägerin würde ihre angebliche Monopolstellung zum Nachteil des Beklagten im Sinne von Art. 7 KG missbrauchen (vgl. oben Rz. 107). Das blosse Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung stellt aber keinen kartellrechtlichen Tatbestand dar (vgl. auch Untersuchung der WEKO i.S. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten, a.a.O., S. 112 f.).

226. Inwiefern das vom Beklagten erwähnte Protokoll einer Sitzung der Kompendiumskommission kartellrechtlich problematisch sein soll, ist der Klägerin schleierhaft. Zunächst findet der vom Beklagten angerufene Art. 5 Abs. 4 KG (betreffend Vertikalabreden) schon in zeitlicher Hinsicht keine Anwendung, wurde diese Bestimmung doch erst auf den 1. April 2004 in Kraft gesetzt, während die fragliche Sitzung der Kompendiumskommission im Juni 2003 stattgefunden hat. Aber auch dem Gegenstand nach fällt die Sitzung der Kompendiumskommission nicht unter diese Bestimmung. Art. 5 Abs. 4 KG enthält eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Mindest- oder Festpreisabreden sowie bei gewissen Absprachen über die exklusive Zuweisung von Territorien oder Kundengruppen. Hinweise auf solche Abreden finden sich im Protokoll der Kompendiumskommission nicht im Geringsten. Vielmehr kann dem Protokoll entnommen werden, dass die Klägerin zusammen mit den massgeblichen Industrievertretern nach neuen und kostengünstigen

Wegen für die Publikation des Arzneimittelkompendiums gesucht hat, namentlich durch vermehrten Einsatz elektronischer Lösungen. Dies ist kartellrechtlich nicht zu beanstanden.

Beweis:	Protokoll der Kompendiums-kommissionssitzung vom 23. Juni 2003	Klageantwortbeilage 13

Zu Rz. 126

227. Der Beklagte bringt an dieser Stelle nochmals den bereits früher erwähnten Amortisationsgedanken auf. Er anerkennt selbst, dass dieser im Bereich des URG keine Anwendung finden kann. Er ist aber auch im Bereich des UWG unpassend und irritierend, wie die Klägerin an anderer Stelle (oben Rz. 191) dargelegt hat.

Zu Rz. 127

228. Die Klägerin bestreitet die Ausführungen des Beklagten unter Verweis auf ihre obigen Darlegungen.

V. Kosten

229. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten, einschliesslich der Kosten aller Verfahrensanträge, dem Beklagten aufzuerlegen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. Peter Mosimann

lic.iur. et oec.publ. Roland Mathys, LL.M.

dreifach

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

cc: lic.iur. Stephan Stulz, Rechtsanwalt, Fraumünsterstr. 9, Postfach 2441, 8022 Zürich

INHALTSVERZEICHNIS

RECHTSBEGEHREN 2

EINLEITUNG 2

BEGRÜNDUNG 4

I. VORBEMERKUNGEN 4

II. ZUM FORMELLEN 5

1. Auf die Klage ist einzutreten 5
   - a) Bevollmächtigung 5
   - b) Zuständigkeit 6
   - c) Rechtsschutzinteresse 6
2. Der Verfahrensantrag des Beklagten ist abzuweisen. 8
3. Ausdehnung des Zivilverfahrens auf die ywesee GmbH als zusätzliche Beklagte 10
   - a) Hintergrund 10
   - b) Ywesee GmbH als zusätzliche Beklagte 11
   - c) Zulässigkeit eines Parteiwechsels 12
4. Novenrecht 13
   - a) Neuerliche Übernahme von Arzneimittelinformationen durch den Beklagten 13
   - b) Entgeltliches Angebot der Arzneimittelinformationen durch den Beklagten 14
5. Eventualmaxime 16
6. Zitate und Plagiate des Beklagten 18

III. ZUM MATERIELLEN 18

1. Die Wertschöpfung durch die Klägerin ist erheblich und urheberrechtlich relevant. 20
   - a) Kompetenz- und Verantwortlichkeitsordnung 21
   - b) Erstellung der Fach- und Patienteninformationen 23
   - c) Redaktionelle Bearbeitung und Bereinigung der Fach- und Patienteninformationen 24
   - d) Erstellung und Bearbeitung von Übersetzungen der Fach- und Patienteninformationen 25
   - e) Fazit 27
2. Massgeblicher Streitgegenstand sind die Arzneimittelinformationen. 28

a) Datenbanksysteme und zugehörige Software zählen nicht zum Streitgegenstand. 28
b) Pseudo-Fachinformationen zählen zum Streitgegenstand. 29
3. Die Arzneimittelinformationen sind medienunabhängig. 30
a) Mit "Arzneimittelkompendium" ist nicht bloss die Print-Publikation gemeint. 30
b) Keine unterschiedlichen Informationsquellen 31
c) Der redaktionelle Aufwand ist medienunabhängig. 32
d) Die Rechte der Klägerin sind nicht auf die Print-Publikation beschränkt. 33
e) Bei der Online-Version handelt es sich nicht um ein Nebenprodukt. 34
4. Die Klägerin ist zur Geltendmachung der eingeklagten Ansprüche aktivlegitimiert. 34
a) Originäre Rechtsinhaber 35
b) Der Klägerin wurden die massgeblichen Rechte von den Zulassungsinhabern eingeräumt. 35
c) Die Klägerin hat die massgeblichen Rechte derivativ von Ihren Mitarbeitern erworben. 36
5. Die Arzneimittelinformationen sind urheberrechtlich geschützt. 38
6. Das Verhalten des Beklagten ist unlauter. 40
a) Welcher Aufwand ist massgeblich? 41
b) Der massgebliche Aufwand der Klägerin ist erheblich. 41
c) Der massgebliche Aufwand des Beklagten ist gering. 42
d) Das Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004 vom 4. Februar 2005 ist vorliegend nicht einschlägig. 44
e) Ein Drittvergleich zeigt die Unlauterkeit deutlich. 46
7. Das Kartellrecht ist nicht Gegenstand dieses Zivilverfahrens. 48
IV. ZUR KLAGEANTWORT IM EINZELNEN 49
Zu Rz. 1 bis 3 (Formelles) 49
Zu Rz. 4 bis 6 (Arzneimittelinformationen und Swissmedic) 50
Zu Rz. 7 bis 9 (Klägerin und Beklagter) 50
Zu Rz. 10 bis 11 (Überblick) 51
Zu Rz. 12 bis 19 (Aktivlegitimation der Klägerin) 51
Zu Rz. 20 (Frist) 51

Zu Rz. 21 bis 23 (Urkundenedition und Geheimhaltung) 52
Zu Rz. 24 bis 25 52
Zu Rz. 26 bis 28 (Leistungen der Klägerin) 52
Zu Rz. 29 bis 30 (Begriffe und Streitgegenstand) 53
Zu Rz. 31 bis 33 (Tätigkeit der Klägerin) 54
Zu Rz. 34 (Tätigkeit des Beklagten) 54
Zu Rz. 35 bis 36 (Levenshtein'sche Distanz) 54
Zu Rz. 37 bis 39 (Streitgegenstand) 55
Zu Rz. 40 bis 43 (Kompetenz- und Verantwortlichkeitsordnung) 55
Zu Rz. 44 55
Zu Rz. 45 56
Zu Rz. 46 (Parteien) 57
Zu Rz. 47 bis 49 (Abonnementsverträge mit den Zulassungsinhabern) 57
Zu Rz. 50 bis 52 (Leistungen der Klägerin) 57
Zu Rz. 53 und 54 (manuelle Erfassung und Korrekturen) 59
Zu Rz. 55 (Pseudo-Fachinformationen) 61
Zu Rz. 56 bis 57 (redaktionelle Bearbeitung und Kontrolle) 61
Zu Rz. 58 (Übersetzungen) 62
Zu Rz. 59 (Strukturierung / Hyperlinks) 62
Zu Rz. 60 (Personalkosten und Aufwand der Klägerin) 62
Zu Rz. 61 (Publikationspreise der Klägerin) 63
Zu Rz. 62 63
Zu Rz. 63 63
Zu Rz. 64 (Urheberschaft der Klägerin) 64
Zu Rz. 65 (Streitgegenstand) 64
Zu Rz. 66 bis 67 (HTML-Dateien als Computerprogramme) 64
Zu Rz. 68 (Gegenstand der Übernahme durch den Beklagten) 65
Zu Rz. 69 bis 70 (Aufwand des Beklagten) 65
Zu Rz. 71 67
Zu Rz. 72 bis 74 (Übernahme der Arzneimittelinformationen durch den Beklagten) 67
Zu Rz. 75 (Nutzung der Arzneimittelinformationen durch den Beklagten) 67
Zu Rz. 76 68
Zu Rz. 77 bis 78 (weitere Verhaltensweisen des Beklagten) 68
Zu Rz. 79 (Kartellrecht) 68

Zu Rz. 80 bis 81 (Bundesgerichtsurteil 4C.336/2004) 68
Zu Rz. 82 bis 83 (Übernahme und Verwertung der Arbeitsergebnisse) 69
Zu Rz. 84 (Tätigkeit der Klägerin) 70
Zu Rz. 85 bis 87 (Aktivlegitimation der Klägerin) 70
Zu Rz. 88 70
Zu Rz. 89 70
Zu Rz. 90 (marktreifes Arbeitsergebnis) 71
Zu Rz. 91 72
Zu Rz. 92 (Kartell- und Lauterkeitsrecht) 72
Zu Rz. 93 (Aufwandsamortisation) 72
Zu Rz. 94 bis 95 73
Zu Rz. 96 (Aufwandsüberlegungen) 73
Zu Rz. 97 (Einsparungen des Beklagten) 74
Zu Rz. 98 bis 99 (Verstoss gegen die Generalklausel) 74
Zu Rz. 100 74
Zu Rz. 101 bis 103 (Individualität und statistische Einmaligkeit) 75
Zu Rz. 104 (Sammelwerk) 75
Zu Rz. 105 (HTML-Dateien als Computerprogramme) 75
Zu Rz. 106 bis 108 (Keine Schutzausnahme nach Art. 5 URG) 76
Zu Rz. 109 bis 113 (Aktivlegitimation der Klägerin) 76
Zu Rz. 114 bis 115 77
Zu Rz. 116 (Copyright-Vermerk und Vermutung der Urheberschaft) 78
Zu Rz. 117 (Verletzungshandlungen des Beklagten) 78
Zu Rz. 118 (Rechtsbegehren und Rechtsschutzinteresse) 78
Zu Rz. 119 bis 120 (Feststellungsbegehren) 78
Zu Rz. 121 (Unterlassungsbegehren) 79
Zur Rz. 122 (Publikationsbegehren) 79
Zu Rz. 123 (Schadenersatzbegehren) 80
Zu Rz. 124 bis 125 (Kartellrecht) 80
Zu Rz. 126 82
Zu Rz. 127 82
V. KOSTEN 82