

Stephan Stulz, Rechtsanwalt
(lic. iur. et dipl. Masch. Ing. HTL)

LETTRE SIGNATURE

Schweizerisches Bundesgericht
Av. du Tribunal-Fédéral 29
Postfach
1000 Lausanne 14

Zürich, 14. Januar 2008

Ihre Ref.: 4A_404/2007/ABS/rnd

Unsere Ref.: Documed AG ./ Z. Davatz

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichter

In Sachen

Documed AG, Aeschenvorstadt 55, 4051 Basel

vertreten durch RA Dr. Peter Mosimann und RA lic.iur. et oec.publ. Roland Mathys,
LL.M, c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55, 4010 Basel

Beschwerdeführerin

gegen

Zeno R. R. Davatz, Winterthurerstrasse 52, 8006 Zürich **Beschwerdegegner 1**

und

ywesee GmbH, Winterthurerstrasse 52, 8006 Zürich **Beschwerdegegner 2**

beide vertreten durch RA lic.iur. et Masch. Ing. HTL Stephan Stulz, Hardstrasse
319, Postfach, 8021 Zürich

betreffend Urheberrecht / unlauterer Wettbewerb / Kartellrecht

erstatte ich namens und mit Vollmacht der Beschwerdegegner

Beschwerdeantwort

mit folgenden materiellen **Anträgen**:

- 1) „Es sei die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.
- 2) Alles unter o/e Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.“

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

- 1 Die Beschwerdeantwort erfolgt frist- und formgerecht.
- 2 Die Ausführungen der Beschwerdeführerin werden bestritten, soweit sie im Folgenden nicht ausdrücklich anerkannt werden. Der Beschwerdegegner offeriert für seine Sachverhaltsdarstellung den rechtsgenügenden Beweis, sofern und soweit sie die Beweislast trifft, und zwar auch dort, wo bislang kein Beweismittel verlangt wurden.

Der Unterzeichnende geht davon aus, dass die (teilweise weitschweifigen) Ausführungen der Beschwerdeführerin vom angerufenen Gericht durchschaut werden.

- 3 Nach Ansicht des Beschwerdegegners sind die zu entscheidenden Rechtsfragen und tatsächlichen Verhältnisse nicht derart komplex, wie das der Anschein der Beschwerde erweckt. Der Beschwerdegegner erlaubt sich in einer einführenden Übersicht die relevanten Verhältnisse und die damit zusammenhängenden Fragen nachfolgend übersichtsmässig voranzustellen.
- 4 Die erwähnten Beweisofferten beziehen sich jeweils auf die Eingaben und Bezeichnungen im vorinstanzlichen Verfahren. Ein Inhaltsverzeichnis findet sich beigelegt. In der Beilage finden sich wichtige Beweisofferten, welche der einfacheren Handhabung direkt der Beschwerdeantwort beigelegt werden. Selbst für den Fall, dass die Behauptungen der Beschwerdeführerin zutreffend sein sollten, so wird selbst mit der ins Recht gelegten Zugriffsstatistik und dem pauschalen Verweis nicht der rechtsgenügende Beweis erbracht, dass der Beschwerdegegner sämtliche Rohinformationen der Beschwerdeführerin übernommen hat, denn der Beschwerdegegner erhielt bereits zu jenem Zeitpunkt von verschiedenen Zulassungsinhabern die Arzneimittelinformationen direkt zur Verfügung gestellt

II. Die Parteien und deren streitgegenständliche Tätigkeit

- 5 Unter www.kompendium.ch betreibt die **Beschwerdeführerin** eine elektronische Datenbank mit den von den **Zulassungsinhabern** erhaltenen Fach-

und Patienteninformationen. Die Datenbank kann nach bestimmten Kriterien durchsucht werden.¹

BO: Ausdruck Homepage kompendium.ch **(KAB 8), Beilage 1**

- 6 Unter www.oddb.org betreibt der **Beschwerdegegner** ebenfalls eine Datenbank mit Informationen bezüglich Arzneimittel, wobei diese Datenbank gegenüber der klägerischen Datenbank über weit mehr Informationen und Suchkriterien verfügt.² Dementsprechend ist die Datenbank des Beschwerdeführers um einiges komplexer und umfangreicher als jene der Beschwerdeführerin.

BO: Ausdruck Homepage oddb.org **(KAB 9), Beilage 2**

- 7 Die Beschwerdeführerin wirft dem Beschwerdegegner vor, er habe dadurch, dass er systematisch die von der Beschwerdeführerin betriebene Datenbank unter www.kompendium.ch im September aufgerufen habe und dieselben Rohinformationen für Patienten- und Fachinformationen wie die Beschwerdeführerin in seiner Datenbank verwendet, die Rechte der Beschwerdeführerin aus Urheberrecht und UWG verletzt.

III. Ansinnen der Beschwerdeführerin, Wille des Gesetzgebers

A. Ansinnen der Beschwerdeführerin, Tragweite

- 8 Vorab und ohne rechtliche Begründung soll auf Folgendes aufmerksam gemacht werden:

Aus den klägerischen Rechtsbegehren kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführerin versucht, mittels der geltend gemachten Urheberrechte Arzneimittelinformationen (wichtige gesundheitsrelevante Informatio-

¹ Im Einzelnen handelt es sich um folgende Informationen/Suchkriterien:

aa) Fachinformationen, Patienteninformationen, Preise/Präparatname, Wirkstoffe (in Deutsch), Firma, Volltextsuche.

² Im Einzelnen handelt es sich um folgende Informationen/Suchkriterien (die aufgelisteten Dienstleistungen sind nicht abschliessend) :

aa) Medikamente/Preisvergleich, Markenname, Inhaltsstoff, Zulassungsinhaber, Indikation;
Das einzelne Medikament enthält jeweils die folgenden Informationen: Fach- und Patienteninformationen, Limitationen, galenische Form, Stärke, EFP- und PP-Preis, Wirkstoff, Zulassungsinhaber, Kategorie gemäss BSV, Registrationsdatum, Verknüpfung für Feedback, Weiterleitung, Google-Suche und zur WHO Daily Drug Database (WHO-DDD);

bb) Preisvergleich mit einem Klick

cc) Interaktionen (Verknüpfung mit klinischen Interaktionen gemäss Substrat Induktoren und Hemmern von Ed Hayes, David Flockard);

dd) Zulassungsinhaber;

ee) Arzt (Arztadresse als Vcard exportierbar; Arztadresse auf map.search.ch nachschlagbar);

ff) Spital;

gg) Services (Mailinglist, Plugin, Stammdaten Download, Publikation Fach- und Patienteninformationen [FI und PI], Neue Registration).

nen) aufgrund der ihr übertragenen, langjährigen Publikationspflicht zu **monopolisieren**. Die Beschwerdeführerin beabsichtigt mit anderen Worten, den Zugang zu Informationen und damit auch die weitere Verwendung von Arzneimittelinformationen zu monopolisieren, die für die Volksgesundheit insgesamt, aber auch für die individuelle Gesundheit sowie für alle arzneimittelabgebenden Personen von ausschlaggebender, lebenswichtiger Bedeutung sind.

9 Dieses Ansinnen liegt namentlich aus folgenden zwei Gründen quer in der Landschaft:

- Der Gesetzgeber hat in den verschiedenen Gesetzen und Verordnungen klar statuiert, wonach die Arzneimittelinformationen frei zugänglich sein müssen, was sich unter anderem auch aus der statuierten Publikationspflicht der Arzneimittel durch die Zulassungsinhaber ergibt.
- Die Zulassungsinhaber sind verpflichtet, die Arzneimittelinformationen zu erstellen und der Swissmedic zur Genehmigung zu unterbreiten und anschliessend in einem einzigen, umfassenden Werk der Beschwerdeführerin entsprechend der langjährigen Praxis der Swissmedic publizieren zu lassen. Mit dieser Verantwortlichkeitsordnung müssen die Zulassungsinhaber zwangsläufig freie Hand haben, wie, wann, an wen, usw. die Zulassungsinhaber Arzneimittelinformationen zugänglich machen oder weiter verbreiten. Dasselbe gilt bezüglich Änderungen und Ergänzungen der Arzneimittelinformationen.

10 Wären die beschwerdeführenden Ansprüche tatsächlich begründet, so hätte sie es aufgrund ihrer urheberrechtlichen Monopolstellung in der Hand, den Zulassungsinhabern die Verwendung und den Gebrauch von Arzneimittelinformationen zu unterbinden oder gebührenpflichtig zu erklären, was offensichtlich nicht angeht.

Würde der Beschwerdeführerin Recht gegeben, so hätte diese selbstredend das Recht, für die Nutzung oder die zur Verfügungstellung der Arzneimittelinformationen eine Gebühr oder sonstwie ein Entgelt zu verlangen. Die Beschwerdeführerin hätte es beispielsweise auch in der Hand, die Arzneimittelinformationen ausschliesslich Konzernmitgliedern der Galenica (Documed ist eine 100%-ige Konzerntochter der Galenica) zur Verfügung zu stellen. Dadurch würde eine veritable Zahl von Konkurrenten der Galenica mit ernstlichen Wettbewerbsnachteilen belegt, da aufgrund der natürlichen bzw. faktischen Monopolstellung der Beschwerdeführerin es keine eigentlichen Alternativen gibt, Arzneimittelinformationen als Rohdaten für Dienstleistungen zur

Verfügung zu stellen. Wegen der Schlüsselfunktion der Arzneimittelinformationen würde der Wettbewerb in einem wichtigen Bereich des Gesundheitswesens faktisch ausser Kraft gesetzt. Zu welchen Resultaten dies führt, kann exemplarisch am vorliegenden Fall gezeigt werden:

- Es ist unbestritten, wonach SpezialistInnen der jeweiligen Zulassungsinhaber im Rahmen des Zulassungsverfahrens vor der Swissmedic die Arzneimittelinformationen verfassen und zusammen mit Mitarbeitern der Swissmedic entsprechend den gesetzlichen Vorgaben ergänzen und korrigieren. Selbstredend erfolgen alle diese Arbeitsschritte auf elektronischem Wege. Die entsprechenden Dokumente werden zwischen den Beteiligten auf ebensolche Weise ausgetauscht.

Dasselbe geschieht, wenn bei einem zugelassenen Medikament es in einer späteren Phase zu Anpassungen kommt.

Dieser Werdegang wurde von der Swissmedic im Rahmen der Weko-Untersuchung auch so vom zuständigen Leiter so bestätigt. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin beschränkt sich höchstens auf Korrektur formeller Fehler.

BO: vgl. E-Mail Schreiben von Swissmedic

Beilage 3

- Es bedarf keiner langen Ausführungen, wonach es bei einer solchen gegebenen Sachlage mit den heutigen technologischen Möglichkeiten es am effizientesten wäre, wenn die jeweiligen Zulassungsinhaber über einen geschützten Zugang (zB. analog E-Banking etc.) Zugang zu ihren eigenen Arzneimittelinformationen hätte und diese über das Internet verwalten könnte. Dass solche Applikationen möglich sind, wird beispielsweise durch die Datenbank des Beschwerdeführers bewiesen.

Soweit ersichtlich erlaubt die Beschwerdeführerin den Zulassungsinhabern nur einen sog. Deep-Link, mit welchem die Zulassungsinhaber auf die entsprechende Seite der Homepage der Beschwerdeführerin verlinken können.

Der Beschwerdegegner erlaubt sich vor diesem Hintergrund die rhetorische Frage, ob die Beschwerdeführerin eine solche effiziente Lösung anbietet? Die Antwort lautet: NEIN.

- 11 Über die Gründe dieses Mangels kann der Beschwerdegegner nur mutmassen. Wirtschaftlich betrachtet liegt es jedoch auf der Hand, dass mit einem solchen Dienstleistungsangebot die Beschwerdeführerin in der heutigen Form wohl überflüssig würde.

Deshalb trifft die Beschwerdeführerin alle erdenklichen Vorkehrungen, damit Zulassungsinhaber und andere Beteiligte zwangsläufig das von der Beschwerdeführerin diktierte Prozedere durchlaufen müssen, weil sich diese sonst gesetzesbrüchig machen würden.

Mit diesem diktierten Prozedere legitimiert die Beschwerdeführerin ihre gewiss nicht unbescheidenen Publikationskosten.

- 12 Die Beispiele lassen sich fast beliebig fortsetzen. Vor dem Hintergrund zunehmender Nachfrage nach Generika ist es im wohlverstandenen Interesse der Öffentlichkeit, wenn beispielsweise der Arzt oder ein Patient, die Arzneimittelinformation nach Wirkstoffen, Preisen, Interaktionen, galenischen Formen etc. durchsuchen könnte. Auch diesbezüglich bietet die Beschwerdeführer nur beschränkte Möglichkeiten an.

B. Um was geht es der Beschwerdeführerin im Kern?

- 13 Aus ökonomischen Überlegungen macht es vor dem gesetzlichen Hintergrund für alle Beteiligten durchaus Sinn, die Publikationspflicht auf ein physisches Werk bzw. einen Verleger zu beschränken.

In dieser (gesetzlichen) Funktion ist die Beschwerdeführerin durch das Verhalten und die Tätigkeiten des Beschwerdegegners in keiner Art und Weise betroffen. Die Beschwerdeführerin macht nirgends geltend, sie könne die ihr beauftragte Publikationspflicht aus Gründen welche der Beschwerdeführer zu verantworten hat, nicht mehr ausführen. Es geht demnach vorliegend nicht um die vorgeschriebene Publikationspflicht.

- 14 Um was geht es dann sonst, wenn nicht um die Publikation. Dazu gibt es eine ganz einfache Erklärung: Die Beschwerdeführerin selbst und mit ihr auch der Galenica-Konzern sind Anbieter verschiedener Dienstleistungen (insbesondere Software und damit zusammenhängende Produkte) vorwiegend im Bereich des Gesundheitswesens, in welchen die Arzneimittelinformationen in den meisten Fällen einen wichtigen Bestandteil dieser Dienstleistungen darstellen. Diese Dienstleistungen reichen von Software für Spitäler/Apotheken/Ärzten etc. und unterliegen grundsätzlich keiner staatlicher Aufsicht oder Pflicht.
- 15 Die Beschwerdeführerin wies in ihren Eingaben beispielsweise selber daraufhin, wonach sie die Arzneimittelinformationen den Ärzten mittels so genannten PDA (Personal Digital Assistant, kleiner tragbarer Computer ohne eigentliche Tastatur) kostenpflichtig zur Verfügung stelle. Diese PDA sind wegen ihrer Leistungsfähigkeit und Kompaktheit insbesondere bei den eher mobil tätigen Ärzten beliebt.

Nun ist es offensichtlich, dass – wenn die Beschwerdeführerin mit Argumentation erfolgreich wäre – als einzige in Welt jeweils über einen Kernbestandteil des fraglichen Produkts bzw. Dienstleistung verfügen und in diesem Markt nach Belieben (monopolistisch) agieren könnte.

Mit anderen Worten: Die Beschwerdeführerin versucht mit ihrem Verhalten und ihrem Vorgehen das vorhandene faktische und natürliche Monopol auf nachgelagerte Produkte und Dienstleistungen auszudehnen. In dieser Hinsicht muss der Beschwerdeführerin Kreativität zugestanden werden.

- 16 Dazu ist wichtig zu wissen, dass die Firma e-mediat (ebenfalls eine Galenica-Tochter) aus ähnlichen Gründen wie im vorliegenden Fall, einzige Inhaberin und Verwalterin einer Datenbank namens Galdat, welche sämtliche Artikelstammdaten aller in der Schweiz vertriebenen und erhältlichen Medikamente enthält, ist. Der Artikelstamm enthält unter anderem auch eine einmalige Codenummer, aufgrund derer Apotheken, Krankenversicherer, Aerzte, öffentliche Institutionen etc. insbesondere abrechnen, bestellen sowie die Lagerverwaltung organisieren.

Mit anderen Worten existiert in diesem Bereich auch ein natürliches Monopol.

Aufgrund der Unterlagen ist nachweislich ersichtlich, wonach e-mediat der Beschwerdeführerin diese Artikelstammdaten jeweils zur Verfügung stellt/gestellt hat. Als Gegenleistung stellte die Beschwerdeführerin der e-mediat ihre Arzneimittelinformationen zur Verfügung.

BO: Auszug aus Antwort der Beschwerdeführerin an Weko

Beilage 4

- 17 In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht verstärken/festigen mit diesem Verhalten zwei Monopolistinnen (Beschwerdeführerin und e-mediat) ihre separat gehaltenen Monopolstellungen, weil die beiden Monopolmärkte sehr eng miteinander verknüpft sind. Indem Galenica die Beschwerdeführerin in den Konzern verleibt hat, ist die Verfestigung der vorhandenen Monopole noch einen Schritt weiter getrieben worden.
- 18 Unternehmen, welche Konkurrenzprodukte lancieren wollen, wird das Leben von allem Anfang schwer gemacht. So gelangte auch der Beschwerdegegner an die e-mediat, um Zugang zur erwähnten Datenbank Galdat zu erhalten. Die e-mediat verlangte eine jährliche Lizenz von sage und schreibe CHF 125'000.-- für das erste Jahr offerierte die e-mediat einen grosszügigen Rabatt, was aber an den überrissenen Forderung der e-mediat nichts zu verändern vermag. Weil – hat man einmal ein Produkt mit Galdat-Daten lanciert, so wäre man zeitlebens auf die e-mediat angewiesen, es gibt keine Alternativen. Folglich ist man auch dem Preisdiktat der e-mediat ausgeliefert.

BO: Schreiben der e-mediat vom 21. Jan. 2002

Beilage 5

Wohlverstanden, die erwähnten Datenbank kommt in der Schweiz x-fach zur Anwendung.

C. Auffassung des Gesetzgebers und des Bundesrates?

- 19 Die Tätigkeit des Beschwerdeführers liegt nicht in der Wahrsagerei. Allerdings dürfte wohl – träfen die Behauptungen und Argumentationen der Beschwerdeführerin tatsächlich zu - unbestritten sein, dass es nie und nimmer das Interesse und die Absicht des Gesetzgebers bzw. des Bundesrates war, die von der Beschwerdeführerin verfolgte Monopolisierung zu ermöglichen bzw. zu gewährleisten und auf andere, verwandte Märkte auszudehnen.

Dazu ist schlichtweg kein öffentliches Interesse bzw. gesetzliche Grundlage vorhanden.

IV. Rechtliches und tatsächliches Umfeld, Technisches

A. Rechtliches Umfeld, Zweck der Publikationspflicht

1. Einleitung

- 20 Aufgrund der bisherigen Erfahrung erachten es die Beschwerdegegner als angebracht, einleitend die wichtigsten tatsächlichen Handlungen und Rechtsfragen übersichtsmässig darzustellen, weil man beispielsweise beim Lesen der Beschwerde dem Eindruck erliegt, die Beschwerdeführerin bzw. deren Mitarbeiter seien die urheberrechtlichen Schöpfer der fraglichen Fach- und Patienteninformationen. Das ist beispielsweise und nachweislich nicht der Fall.

Ausgehend vom gesetzlichen Hintergrund bezüglich der Fach- und Patienteninformationen wird der typische Werdegang in der Übersicht dargestellt. In diesem Zusammenhang wird auch der tatsächliche Streitgegenstand definiert, weil beispielsweise die so genannten „Pseudofachinformationen“ nicht zum Streitgegenstand gehören. Ebenso wird auf die geschichtliche Entwicklung sowie die Praxis der früheren Zulassungsbehörde IKS eingegangen.

- 21 Im Hinblick auf den geltend gemachten Anspruch aus UWG ist es auch notwendig, auf die unterschiedlichen Softwaresysteme und -architekturen einzugehen. Diese Ausführungen liefern den Beweis, wonach eine tel-qel Übernahme

me des Markresultates der Beschwerdeführerin alleine aus technischen Gründen nicht die Rede sein kann.

- 22 Schlussendlich erachtet es der Beschwerdeführer auch als angebracht, über die verschiedenen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin, das kartellrechtliche Verfahren gegen die Beschwerdeführerin und über die Eigenschaft der Beschwerdeführerin als Konzerntochter des marktmächtigen, allenfalls marktbeherrschenden Konzerns der Galenica-Gruppe hinzuweisen.
- 23 Die abschliessende Darstellung des Prozessverlaufs soll als kurz gefasste Zusammenfassung der einführenden Ausführungen dienen.

2. Gesetzlicher Hintergrund

- 24 Im vorliegenden Fall geht es um die Rechte an den vom Gesetz geforderten Patienten- und Fachinformationen (kurz: „Arzneimittelinformationen“) für Arzneimittel. *Patienteninformationen* dienen der Information des Patienten, welche auch in Form von so genannten Beipackzetteln jeweils in der Medikamentenverpackung zu finden sind. *Fachinformationen* dienen der Information der zur Abgabe von Arzneimittel berechtigten Personen (d.h. Ärzte, Apotheker usw.).

Die Unterscheidung von Fach- und Patienteninformationen ist insofern von Bedeutung, als dass sich diese inhaltlich unterscheiden und auch die Zulassungsbehörde unterschiedliche Anforderungen in Bezug auf die Publikation fordert.

BO: Beispiel Patienteninformation Inflammac

(KAB 1), Beilage 6

BO: Beispiel Fachinformation Inflammac

(KAB 2), Beilage 7

- 25 Gemäss den einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen Heilmittelrechts dürfen verwendungsfertige Arzneimittel nur in Verkehr gebracht werden, wenn diese von der Swissmedic (Aufsichtsbehörde) zugelassen sind (Art. 9 des Heilmittelgesetzes, HMG).
- 26 Im Zulassungsgesuch hat der jeweilige **Zulassungsinhaber** (i. d. R. ist dies die nationale Vertriebsorganisationen des jeweiligen Arzneimittelherstellers und nicht etwa die Beschwerdeführerin Documed AG) zu belegen, dass ein Arzneimittel qualitativ hoch stehend, sicher und wirksam ist (Art. 10 lit. a HMG). Zu diesem Zweck muss der **Zulassungsinhaber** der Swissmedic u. a. auch die Arzneimittelinformationen gemäss sehr detaillierten Vorgaben der Swissmedic **elektronisch** einreichen (Art. 11 Abs. 1 lit. f HMG sowie die entsprechenden Verordnungen, Anhänge und Ausführungsverordnungen der Swissmedic).

BO: Erläuterungen der Swissmedic zu Patienten- und Fachinformation

**(KAB 3),
Beilage 8**

BO: Anforderungen betr. Fach- und Patienteninformationen (Anhänge 4 ff. der AMZV) **(KAB 4), Beilage 9**

- 27 Die eingereichten Arzneimittelinformationen werden von der Swissmedic zusammen mit den übrigen Gesuchsbeilagen geprüft **und bearbeitet** und im Falle eines positiven Zulassungsentscheides bilden die Arzneimittelinformationen integralen Teil der Swissmedic-Zulassungsverfügung.

BO: Beispiel einer Zulassungsverfügung **(KAB 5), Beilage 9a**

BO: E-Mail von Dr. Charles Boyle, Leiter rezeptpflichtige Arzneimittel (Swissmedic) betr. Zulassungspraxis **(KAB 6)**

- 28 Der **Zulassungsinhaber** ist sodann verpflichtet, die Arzneimittelinformationen den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung von Humanarzneimitteln berechtigten Personen, auf geeignete Weise zur Verfügung zu stellen (Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 der Arzneimittelzulassungsverordnung, AMZV).

3. Zweck der statuierten Publikationspflicht

- 29 **Zweck** der im Gesetz statuierten Publikationspflicht ist zweifelsohne der öffentliche und individuelle Gesundheitsschutz. Mit der Publikationspflicht wird zudem gewährleistet, dass ein Medikament erst dann in der Schweiz auf den Markt gebracht werden darf, wenn zuvor die notwendigen wissenschaftlichen Tests und Versuche positive Resultate ergaben.

Analysiert man die Fach- bzw. Patienteninformationen, so enthalten diese unter anderem Hinweise für spezifische Personengruppen (Frauen, Schwangere, Kinder, etc.) als auch Informationen in Bezug auf verschiedene Krankheiten/Symptome (Bluthochdruck, Zucker- und Herzkrankheiten etc.).

Mit anderen Worten soll mit der gesetzlich statuierten Publikationspflicht gewährleistet werden, dass sowohl Verbraucher/Patienten als auch Fachpersonen, wie beispielsweise Ärzte, bei der Einnahme bzw. bei der Verschreibung von Medikamenten sämtliche Informationen zur Verfügung stehen, damit allfällige bekannte neg. Komplikationen bzw. Nebenwirkungen vermieden werden. Vor diesem Hintergrund ist auch die Gratisabgabe dieser Fach- und Patienteninformationen zu sehen. Es soll nicht vorkommen, dass Personen aus finanziellen Überlegungen bzw. Gegebenheiten sich beim Medikamentengebrauch bekannten gesundheitlichen, womöglich schwerwiegenden irreparablen Schädigungen aussetzen.

- 30 Aus dem geschilderten Zweck der heilmittelrechtlichen Gesetzgebung folgt ohne weiteres, dass die Fach- und Patienteninformationen (nachfolgend Arzneimittelinformationen) nach dem Willen des Gesetzgebers ohne irgendwelche Restriktionen, Zustimmungen, finanziellen Verpflichtungen etc. frei verfügbar sein sollen und müssen. Oder mit anderen Worten ausgedrückt: Die Arzneimittelinformatio-

nen sollen in keiner Art und Weise zu Gunsten einzelner Marktteilnehmer monopolisiert werden können.

- 31 Entgegen dem gesetzgeberischen Ziel wird aber von der Beschwerdeführerin eine Monopolisierung verfolgt, vordergründig durch die gestellten urheberrechtlichen Ansprüche, tatsächlich aber auch die durch die gestellten Lauterkeitsansprüche, worauf nachfolgend noch zurückzukommen ist.

Die Beschwerdeführerin wird nicht müde – selbst der äusserst kompetent besetzten Vorinstanzen – vorzuwerfen, diese hätten in einem „Bauchtest“ sich nicht von den zutreffenden Überlegungen leiten lassen (vgl. Beschwerdeschrift, Rz. 41).

- 32 Vorab ist bezüglich des von der Beschwerdeführerin angestellten Vergleichs mit Architekturplänen festzuhalten, dass es zahlreiche Verwaltungsverfahren gibt, in denen urheberrechtlich geschützte Werke zu beurteilen und allenfalls zu bewilligen sind. Darin erschöpft sich aber die Gemeinsamkeit des baurechtlichen Bewilligungsverfahrens mit dem Zulassungsverfahren vor dem Swissmedic bereits. Massgeblich zur Bildung allfälliger Analogien ist der Zweckgedanke und nicht der formelle Ablauf eines Verfahrens.

Es braucht nicht allzu viel Phantasie, um die Parallelität der in Art. 5 URG statuierten Ausnahmebestimmungen für den vorliegenden Fall erkennen zu können. Analog wie bei Gesetzen, Protokollen, amtlichen Erlassen, etc. sollen die Arzneimittelinformationen für jedermann frei erhältlich nutz- und verfügbar sein. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die freie Verfügbarkeit von Gesetzen etc. aus demokratischen und anderen staatstragenden Motiven heraus erfolgt; Bei den Arzneimitteln erfolgt die urheberrechtliche Nichtschützbarkeit vorwiegend aus gesundheitspolizeilichen Überlegungen heraus. Auf Einzelheiten ist im Rahmen der konkreten Gesetzesauslegung zurückzukommen.

B. Tatsächliches Umfeld

1. Vorgängerinstitution der Swissmedic (IKS) und Verhältnis zur Beschwerdeführerin

- 33 Bis zum Inkrafttreten des HMG auf anfangs 2002 wurde die Zulassung von Medikamenten massgeblich durch ein zwischen den Kantonen abgeschlossenes Konkordat bestimmt. Ausführendes Organ dieses Konkordates war die Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel in der Schweiz (IKS).

Nachweislich wurde die Beschwerdeführerin mittels eines verwaltungsrechtlichen Vertrages mit der Publikation der Arzneimittelinformationen von der IKS beauftragt, wie dies von der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 17. Dezember 2004 selber ausgeführt worden ist.

Aufgrund der IKS-Richtlinien waren die Arzneimittelinformationen in einem Sammelwerk bzw. in einem umfassenden Werk zu publizieren. Mit diesem Erfordernis wurde die wohl wichtigste Grundlage für die Etablierung der beschriebenen Monopolstellung der Beschwerdeführerin geschaffen.

BO: Rz. 8 der klägerischen Eingabe vom 17. Dez. 2003 und die dort eingelegten Beweisofferten

**Beilage 1, Eingabe vorsorgliche Massn.b.
KAB 7**

- 34 Interessanterweise finden sich in den späteren Ausführungen der Beschwerdeführerin nur noch indirekte Hinweise auf diese Tatsache (vgl. z.B. Rz. 85f. der Klagebegründung, wo auf die verschiedenen Regulative der IKS Bezug genommen wird).

Dieses Verhalten der Beschwerdeführerin erstaunt nicht weiter, weil diese neuerdings auch noch behauptet und herausstreicht, sie (die Beschwerdeführerin) hätte nie eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen (vgl. Rz. 27 der Beschwerde). Zumindest für die Periode vor dem Inkrafttreten des HMG ist das Gegenteil der Fall.

- 35 Mit dem Inkrafttreten des HMG anfangs 2002 wurde die bewährte Praxis der IKS übernommen, allerdings wurde mit dem neuen Bundesgesetz die dem Bund übertragene Kompetenzen in einem formellen Gesetz (HMG) geregelt.

2. Entstehungsprozess von Arzneimittelinformationen, Prozess der Zulassungsbewilligung und Praxis der Swissmedic/IKS

- 36 Entsprechend den vorangegangenen Ausführungen ist der jeweilige **Zulassungsinhaber** (i. d. R. ist dies die nationale Vertriebsorganisationen des jeweiligen Arzneimittelherstellers) u.a. verpflichtet, die von der Zulassungsbehörde in einem Prozess genehmigten Arzneimittelinformationen zu publizieren bzw. publizieren zu lassen.

- 37 Es braucht wiederum nicht allzu viel Phantasie, um den Entstehungsprozess der Arzneimittelinformationen (d.h. der Fach- und Patienteninformationen) verstehen zu können.

Spezialisierte MitarbeiterInnen (MA) der Zulassungsinhaber erstellen die Fach- und Patienteninformationen auf Grundlage der umfangreichen Studien und Testergebnissen. Ein Vorschlag/Entwurf dieser Arzneimittelinformation wird dem Zulassungsgesuch beigelegt.

Im Rahmen der Zulassungsbewilligungsverfahren wird der Entwurf/Vorschlag der eingereichten Arzneimittelinformationen von SpezialistInnen der Swissmedic auf Gesetzeskonformität hin überprüft, allenfalls direkt korrigiert oder zu Überarbeitung an den Zulassungsinhaber zurückgewiesen. Aufgrund der hohen Komplexität vieler Medikamenten muss dieser Prozess nicht selten

wiederholt werden. MitarbeiterInnen der Swissmedic überprüfen das Zulassungsgesuch inkl. den FI und PI, allenfalls werden die FI bzw. PI von den MitarbeiterInnen der Swissmedic direkt korrigiert oder zur Korrektur zurückgewiesen. Alsdann erfolgt nötigenfalls eine Gesuchsergänzung. Entspricht das Zulassungsgesuch zusammen mit den FI und PI den einschlägigen Vorschriften, so bewilligt die Swissmedic den Vertrieb des entsprechenden Arzneimittels.

Exakt den von der Swissmedic bzw. IKS gutgeheissene Text für die FI und PI hat der Zulassungsinhaber von Gesetzes wegen der Beschwerdeführerin zur Publikation in Buchform und teilweise auf dem Internet zu übermitteln.

BO: Folie 2 der Duplik
BO: Folie 3 der Duplik

Beilage 10 (herausklappbar)
Beilage 11 (herausklappbar)

- 38 **Zwischenfazit:** Selbstredend ist eine nachträgliche Änderung der Arzneimittelinformationen von Gesetzes wegen nicht zulässig, es sei denn, es handle sich um klare orthografische Korrekturen wie die Kommasetzung etc.

Nachgewiesenermassen kommt die Beschwerdeführerin erst nach der definitiven Zulassungsbewilligung der Swissmedic/IKS ins Spiel, um die Veröffentlichung der jeweiligen FI und PI sämtlicher zugelassener Medikamente in Buchform und/oder auf dem Internet zu gewährleisten.

Aus rechtlichen (nach dem Zulassungsentscheid dürfen die Fach- und Patienteninformationen nicht mehr verändert werden) bzw. tatsächlichen Gegebenheiten (die Beschwerdeführerin verfügt nicht über das notwendige Knowhow der einzelnen Medikamente, um die Fach- und Patienteninformationen zu erstellen) ist es ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin bei den massgeblichen Arzneimittelinformationen in irgendwelcher Weise urheberrechtlich bzw. schöpferisch tätig ist bzw. gewesen war. Das sind nämlich spezialisierte MitarbeiterInnen der jeweiligen Zulassungsinhaber und der Swissmedic.

- 39 Die Beschwerdeführerin hat diesbezüglich ein paar Beweisofferten ins Recht gelegt, mit welchen sie das Gegenteil zu beweisen versuchte. Selbst wenn die dort aufgeführten Korrekturen tatsächlich von der Beschwerdeführerin stammen, so belegt es die obigen Ausführungen, da es sich im Wesentlichen um untergeordnete Änderungen handelte.

Zudem vermögen die paar Beispiele nicht ansatzweise zu belegen, wonach es bei den übrigen 3500 Arzneimittelinformationen ebenso geschehen ist.

- 40 Eine mögliche Erklärung für allenfalls von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Korrekturen kann sein, dass bereits eine bewilligte Arzneimittelinform-

mation vorlag und diese aber in der Gliederung oder allenfalls bezüglich von der Swissmedic vorgegebenen Änderungen angepasst werden musste.

Und auch diesfalls ist zu beachten, wonach es sich bei der Documed nicht um das einzige Unternehmen handelt, welche Korrekturdienstleistungen im oben genannten Sinne erbringen kann/darf. Es gibt davon mehrere, was durch das Vorhandensein eines entsprechenden Verzeichnisses der Swissmedic belegt ist.

Wie dem auch immer sei: Die Beschwerdeführerin ist/war bei Erstellung der streitgegenständlichen FI und PI nie schöpferisch bzw. urheberrechtlich in Aktion getreten. Daran vermögen auch die seitenlangen Ausführungen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

- 41 **Praxis der Zulassungsbehörde:** Gemäss einer langjährigen Praxis der Swissmedic (bzw. ihrer Vorgängerorganisation IKS, Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel) besteht für den **Zulassungsinhaber** die Pflicht, diese Publikation in einem umfassenden physischen Werk (Buch) vorzunehmen bzw. zu publizieren.

Mit dieser Publikationspflicht wurde noch unter altem Heilmittelrecht die Beschwerdeführerin per Verfügung der IKS verpflichtet und die Zulassungsinhaber mussten die Publikation im Arzneimittel-Kompendium der Beschwerdeführerin gegenüber der Zulassungsbehörde nachweisen.

BO: Zulassungsverfügung IKS vom 27.01.1989

(KAB 7)

- 42 Die **Zulassungsinhaber** waren demzufolge **verpflichtet**, die Beschwerdeführerin mit der Publikation der entsprechenden Arzneimittelinformation in einer physischen Gesamtpublikation (Buch) **zu beauftragen** (vgl. dazu auch KB 9 [Swissmedic Journal 1/2004], Ziff. 3). An dieser Publikationspraxis hat sich mit Inkrafttreten des neuen Heilmittelgesetzes auf den 1. Januar 2002 nichts geändert.

3. Tatsächliche Verrichtungen der Beschwerdeführerin

- 43 Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig die Online-Datenbank unter der nachfolgend genannten Domain und jene des Beschwerdegegnern unter der oben erwähnten Domain.
- 44 Anhand der bewusst summarisch gehaltenen Ausführungen ergibt sich bezüglich der im Streit liegenden Fach- und Patienteninformationen folgende, gesetzlich vorgeschriebene Kompetenz- und Verantwortlichkeitsordnung:

Arbeitsschritte /Verantwortlichkeit	Zulassungsinhaber (gesetzliche Grundlagen)	Zulassungsstelle Swissmedic	Beschwerdeführerin (Documed AG)
Erstellung Fachinformationen	X (gemäss den einschlägigen gesetzlichen und wissenschaftlichen Bestimmungen sowie Vorgaben der Zulassungsstelle [Swissmedic])	—	—
Erstellung Patienteninformationen	X (gemäss den einschlägigen gesetzlichen und wissenschaftlichen Bestimmungen sowie Vorgaben der Zulassungsstelle [Swissmedic])	—	—
Einreichung der Fach- und Patienteninformationen	X (gemäss den einschlägigen gesetzlichen und wissenschaftlichen Bestimmungen sowie Vorgaben der Zulassungsstelle [Swissmedic], zusammen mit dem Zulassungsgesuch)	—	—
Prüfung/Bewilligung der Fach- und Patienteninformationen	—	X (zusammen mit der Zulassungsbeurteilung. Integrierender Bestandteil der Verfügung)	—
Allfällige Übersetzungen der Patienten- und Fachinformationen (im Zulassungsverfahren kann sich die Zulassungsinhaberin auf Deutsch oder Französisch und für Patienteninformationen auch auf Italienisch beschränken; vgl. Erläuterungen der Swissmedic)	X	—	—
Allfällige Änderungen der Patienten- und Fachinformationen	X (grundsätzlich dasselbe Prozedere wie im Zulassungsverfahren, vgl. insbesondere Anhang 7 und Anhang 8 der AMZV)	X (grundsätzlich dasselbe Prozedere wie im Zulassungsverfahren, vgl. insbesondere Anhang 7 und Anhang 8)	—

Arbeitsschritte / Verantwortlichkeit	Zulassungsinhaber (gesetzliche Grundlagen)	Zulassungsstelle Swissmedic	Beschwerdeführerin (Documed AG)
<p>Print-Publikation der von Swissmedic approbierten Fach- und Patienteninformationen</p>	<p>X Falls Swissmedic die Arzneimittelinformationen nicht selber publiziert, hat der Gesuchsteller der Swissmedic die durch den <u>Gesuchsteller veranlasste Veröffentlichung</u> der Texte unter Angabe von Quelle und Datum zu bestätigen (vgl. jeweils Ziff. 2 des Anhangs 4 bzw. 5.1 der AMZV)</p>	<p>der AMZV —</p>	<p>(X) von den jeweiligen Gesuchsstellern (zwangs-) beauftragt, da Beschwerdeführerin <u>als einziges, gesetzeskonformes Unternehmen in der Schweiz, welches Printpublikation zuständig ist.</u></p>

45 Aus dieser Übersicht wird klar ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen einzig als von den jeweiligen Zulassungsinhabern (zwangsbeauftragte) Verlegerin bzw. Herausgeberin der Arzneimittelinformationen fungieren kann. Der Beschwerdeführerin obliegt es insbesondere, die Arzneimittelinformationen in Buchform herauszugeben (vgl. KAB 12).

46 Die Beschwerdeführerin behauptet zu Recht nicht, Zulassungsinhaberin irgendeines Arzneimittels in der Schweiz zu sein. Folglich muss die Beschwerdeführerin von den jeweiligen Zulassungsinhabern die behaupteten Rechte **derivativ** erwerben.

Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus rein praktischen Gegebenheiten, denn sowohl die Patienten- als auch die Fachinformationen stellen eine wissenschaftliche Zusammenfassung aller dokumentierten Eigenschaften (nach Angaben der Swissmedic können dies Unterlagen im Umfang von über hundert Bundesordnern sein) eines Arzneimittels dar. Solche umfangreichen, komplexen wissenschaftlichen Zusammenfassungen können **ausschliesslich** nur von auf das einzelne Arzneimittel spezialisierten Fachpersonen des Zulassungsinhabers bzw. des Arzneimittelherstellers vorgenommen werden.

Diese Feststellungen werden von der Swissmedic vollumfänglich bestätigt. Nach Angaben des Leiters der Zulassungsbehörde (Dr. Charles Boyle) werden die Patienten- und Fachinformation bei Bedarf **von Mitarbeitern der Swissmedic bearbeitet** (E-Mail von Dr. Charles Boyle, Leiter rezeptpflichtige Arzneimittel (Swissmedic) betr. Zulassungspraxis, KAB 6).

47 Es wird daher bestritten, dass ein rechtsgenügend nachgewiesener derivativer Rechtserwerb zur Geltendmachung der urheberrechtlichen Rechte für die Fach- und Patienteninformationen zugunsten der Beschwerdeführerin vorliegt.

48 **Ergebnisse und Feststellungen:**

- Klammert man die so genannten „Pseudo-Fachinformationen“ (diese sind für den Beschwerdegegner nicht von Interesse, da nicht offiziell von Swissmedic approbiert und lediglich für Marketingzwecke der Arzneimittelhersteller von Bedeutung; es finden sich daher auch **keine** Pseudo-Fachinformationen in der Datenbank des Beschwerdegegners³) aus, so beschränkt sich die Haupttätigkeit der Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf die **Kontrolle** der bewilligten Fach- und Patienteninformationen in Bezug auf **Schreib- und typographische Fehler** und anderer sehr untergeordneter Widersprüche in den Arzneimittelinformationen.
- Es wird daher bestritten, dass die Beschwerdeführerin urheberrechtlich relevante Tätigkeiten an den Fach- und Patienteninformationen vornimmt.
- Bis zum Zeitpunkt der Praxisänderung der Swissmedic im Jahre 2004 bestand für alle Zulassungsinhaber einzig die gesetzliche Pflicht, die Fach- und Patienteninformationen in einem umfassenden Werk (Buchform) zu publizieren (vgl. Auszug Swissmedic Journal 1/2004, S. 23f., KB 9; Auszug Swissmedic Journal 2/2004, S. 148, KB 10).
- Im Bereich dieser gesetzlich von Swissmedic vorgeschriebenen **Print-Publikation** aller Fach- und Patienteninformationen ist die Beschwerdeführerin als einzige von der Swissmedic anerkannte Verlegerin anerkannt. Diese **Monopolstellung** hat ihre Wurzeln hauptsächlich in verschiedenen Verträgen und Vereinbarungen zwischen der vormaligen interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) und der Beschwerdeführerin, welche bis in die jüngste Zeit hinein, verlängert worden sind.
- Aus einem anderen Aktenstück ergibt sich ferner, dass die Beschwerdeführerin als einzige mit den massgeblichen Interessensvertretern (vgl. Verteiler) betroffener Arzneimittelhersteller und Zulassungsinhaber Gespräche über die Dienstleistungen der Beschwerdeführerin führte und sich anscheinend damit einverstanden erklärten, die finanziellen Mittel bereitzustellen, damit eine unentgeltliche Abgabe an die berechtigten Personen möglich ist (vgl. 1. Lemma). (Beilagen 9, 10, 11 des Gesuches um vorsorgliche Verfügung vom 17. Dezember 2003 bei den Verfahrensakten; Protokoll der 17. Koko-Sitzung vom 23. Juni 2003, KAB 13).

49 Die soeben gefundenen Fazite werden durch die Beschwerdeführerin mit Klagebeilage 17 „Arbeitsabläufe für **die Herstellung** des Arzneimittel-Kompendiums“

³ Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweisofferten (KB 53 bzw. KB 60) sind diesbezüglich nicht stichhaltig, da diese nicht identische Arzneimittel bzw. nicht identische „Pseudo-Fachinformationen“ betreffen, wobei es aus technischen Gründen nicht hundertprozentig auszuschliessen ist, dass versehentlich eine Pseudo-Fachinformation in der Datenbank des Beschwerdegegners findet. Diese werden aber nach Entdecken sofort aus der Datenbank entfernt.

bestätigt und belegt. Auf die rechtliche Würdigung dieser Tatsachen ist zurückzukommen.

- 50 Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermitteln den Eindruck, sie würde für ihre Aufwände nicht entschädigt und wäre von Gesetzes wegen zu einem Verlustgeschäft verpflichtet. Das Gegenteil ist der Fall, denn die Beschwerdeführerin lässt sich für Tätigkeiten gut bis fürstlich bezahlen (Tarife 2004 der Beschwerdeführerin, KAB 14).
- 51 Es ist der Beschwerdeführerin entschieden zu widersprechen, dass es sich bei den von ihr vorzunehmenden Tätigkeiten um komplexe Arbeitsabläufe handelt; vielmehr erfordert ISO 9001 das Aufzeichnen jedes auch noch so selbstverständlichen Arbeitsschrittes (z. B. „sind Texte eingetroffen; falls nein: Mahnen“; vgl. KB 17, S. 7/1 in der Mitte), sodass schlussendlich das Befolgen, Kontrollieren usw. des Qualitätshandbuchs den Hauptaufwand darstellt und die effektive Arbeit (Kontrolle, Anbringen von sehr untergeordneten Korrekturen) eher in den Hintergrund rückt.
- 52 Wie bereits im vorsorglichen Massnahmeverfahren behauptet die Beschwerdeführerin erneut die Relevanz des Vorliegens komplexer Arbeitsschritte, immenser Aufwände sowie Bearbeitungsvorgänge usw. Dabei erwähnt die Beschwerdeführerin aber nicht, dass es sich bei diesen behaupteten Tätigkeiten allesamt um Leistungen für die **Buchherstellung** handelt (vgl. z. B. KB 17), wo ausser der Terminüberwachung beinahe sämtliche übrigen Arbeitsprozesse in die Zuständigkeit der Produktion (gekennzeichnet mit „P“) zur Durchführung (gekennzeichnet mit „D“) fallen. Die Buchherstellung durch die Beschwerdeführerin bzw. eine Verletzung der entsprechenden **Print**-Verlagsrechte ist jedoch nicht Gegenstand der Auseinandersetzung, weshalb die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerin diesbezüglich nicht relevant sind (Manual Arbeitsabläufe, KB 17).
- 53 Die in der Klagebegründung aufgestellte Behauptung, wonach der Grossteil der Fach- und Patienteninformationen manuell erfasst worden ist, ist im heutigen Zeitalter schlichtweg unglaubwürdig und wird vollumfänglich bestritten. Dieser Aufwand ist nicht belegt. Die manuelle Tätigkeit kann wohl nur darin bestehen, dass bestehende Textdateien mittels Computer für die Buchherstellung transferiert worden sind.

Art. 17 der AMZV schreibt nämlich vor, dass die Texte und die grafische Gestaltung der Arzneimittelinformationen (d. h. Patienten- und Fachinformationen) sowie ihre Änderungen und Ergänzungen dem Institut in dem von ihm festgelegten Format **elektronisch** zu übermitteln sind. Die Zulassungsinhaber⁴ werden wohl diese elektronisch vorhandenen Arzneimittelinformationen der Beschwerdeführerin nicht vorenthalten.

⁴ Zur Klarstellung: Üblicherweise sind es nicht die Arzneimittelhersteller selber, welche um eine Zulassung bei der Swissmedic nachsuchen, sondern länderspezifische Vertriebsfirmen (Zulassungsinhaber).

- 54 (Vornahme manueller Korrekturen): Es mag zutreffen, dass die Beschwerdeführerin vereinzelt Korrekturen manuell im Sinne von copy/paste übernimmt. Änderungen/Ergänzungen wie diese aus KB 20 ersichtlich sind, bedürfen zweifelsohne einer Bewilligung der Swissmedic und solche Änderungen/Ergänzungen sind zwingend elektronisch einzureichen (vgl. Art. 17 AMZV). Der Beschwerdegegner geht daher davon aus, dass KB 20 einzig dazu diene, die Korrekturstellen exakt zu markieren.

Diese Auffassung wird von den verantwortlichen Personen der Swissmedic bestätigt. Der Leiter der Zulassungsstelle hat schriftlich sogar noch ausgeführt, dass die Mitarbeiter der Swissmedic im Bedarfsfall die Arzneimittelinformationen korrigieren. Vor diesem Sachverhalt erscheinen die Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht überzeugend (E-Mail von Dr. Charles Boyle, Leiter rezeptpflichtige Arzneimittel (Swissmedic) betr. Zulassungspraxis, KAB 6).

- 55 Wie bereits erwähnt, vermag ein einziges belegtes Beispiel (KB 20) keinen Rückschluss auf andere Fälle zu beweisen. Weder der Leistungskatalog der Beschwerdeführerin (KB 19) noch der Auszug aus dem Swissmedic Journal (KB 10) sind geeignet, die klägerischen Behauptungen irgendwie zu substantizieren.

Es wird bestritten, dass die Beschwerdeführerin irgendwelche rechtsrelevanten Tätigkeiten an den jeweiligen Fach- und Patienteninformationen vorgenommen hat.

- 56 (Pseudo-Fachinformationen): Wie bereits oben ausgeführt, bilden die Pseudo-Fachinformationen nicht Gegenstand des Streites und entsprechende Ausführungen der diesbezüglich sind überflüssig. Die diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdeführerin sind zudem nicht rechtsgenügend belegt und werden bestritten. Dies kann mittels des Aufrufs der beklagten Datenbank ohne weiteres verifiziert werden.

- 57 (Redaktionelle Bearbeitung und Kontrolle): Selbst wenn die ins Recht gelegten Allgemeinen Vertragsbedingungen (KB 11) im vorliegenden Fall relevant wären, so ist die Beschwerdeführerin weder rechtlich (Auftrag-/Verlagsrecht) noch gesetzlich (einschlägige Bestimmungen des HMG, VAM, AMZV) befugt, eigenständige Änderungen der Arzneimittelinformationen vorzunehmen, die über klare orthographische Fehler hinausgehen. Dazu sind lediglich die Zulassungsinhaber mit Zustimmung der Swissmedic kompetent. In den jeweiligen Fach- und Patienteninformationen wird dies von der Beschwerdeführerin auch so ausgeführt:

„...Der Text wurde behördlich genehmigt und vom verantwortlichen Unternehmen zur Publikation durch die Documed AG freigegeben ...“ bzw. „...Ce texte a été approuvé par les autorités et sa publication a été officiellement accordée à la société Documed SA...“ bezüglich der Übersetzungen (vgl. nachfolgend Rz.).

- 58 Es wird demnach bestritten, dass die Beschwerdeführerin irgendwelche rechtsrelevanten Tätigkeiten an den jeweiligen Fach- und Patienteninformationen vorgenommen hat.
- 59 Die von der Beschwerdeführerin mit Vehemenz vertretene Auffassung, sie erbringe urheberrechtlich relevante Tätigkeiten ist zudem nicht mit Ziff. 8 und Ziff. 9 der AGB (KAB der Beschwerdeführerin zu vereinbaren, wonach die jeweiligen Zulassungsinhaber nach dem „Gut zum Druck“ die alleinige Verantwortung für den betreffenden Inhalt und die alleinige Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit (vgl. Ziff. 9 der AGB, KAB 11).
- 60 Aus einem von der Weko verfassten Gesprächsprotokoll mit rechtskundigen Vertretern der Beschwerdeführerin lässt sich unter anderem folgendes entnehmen:
- Die Beschwerdeführerin teilt die Auffassung des Beschwerdegegners, wonach ein Zulassungsinhaber seine Arzneimittelinformationen nicht zwei Mal publiziert.
 - „Die Daten seien im ausschliesslichen Besitz der Pharmaunternehmen. Das Recht an den Texten bleibe während der ganzen Zeit bei den Pharmaunternehmen ... Die Documed habe nur Rechte an der von ihr bearbeiteten Textsammlung als Ganzes“
 - „Documed sei sich der Stellung, das faktische Monopol inne zu haben, bewusst ...“

BO: Gesprächsprotokoll der Weko

Beilage 12

Diese Aussagen sind selbstredend und brauchen wahrhaftig nicht mehr kommentiert zu werden.

4. Aufwand der Beschwerdeführerin

- 61 (Aufwand und Personalkosten der Beschwerdeführerin): Die eingereichten Belege und Behauptungen der Beschwerdeführerin sind vorliegend nicht wirklich von Bedeutung. Wenn überhaupt eine Aufwandposition der Beschwerdeführerin von rechtlicher Relevanz sein könnte, so sind dies einzig die Aufwände der Beschwerdeführerin für das Aufschalten der bereits vorhandenen Arzneimittelinformationen für das Jahr 2003.
- 62 Die Beschwerdeführerin führt selbst aus, dass die Daten für ihr Datenbanksystem aus ihrer Buchproduktion stammen. Der Beschwerdeführerin unter UWG anzurechnende eigene Aufwand besteht daher nicht in der bereits zu anderen Zwecken erfolgten und amortisierten Erfassung und Redaktion der Fach- und Patienteninformationen, sondern lediglich in der Anpassung des Datenbanksystems an

die Anforderungen einer Online-Datenbank, in der Gestaltung der Website und der Abfragemaske.

- 63 Unter der Voraussetzung, dass die Beschwerdeführerin ihre anfallenden Aufwände sachgerecht dem jeweiligen Zulassungsinhaber weiter verrechnet, so ergibt sich beispielsweise aus den klägerischen Tarifen für das Jahr 2004, dass die Beschwerdeführerin für die Publikation der Arzneimittelinformation auf dem Internet kein Entgelt verlangte, was auch von unabhängiger Seite bestätigt wird (Arzneimittel-Kompendium der Schweiz, Tarife 2004, KAB 14; E-Mail betr. Kosten für Online-Publikation, KAB 15).

Soll oder muss eine Änderung der Arzneimittelinformation sofort publiziert werden („Fast Online“), so hat der Zulassungsinhaber diese sofortige Publikation wiederum separat zu bezahlen.

- 64 Aufgrund der im vorsorglichen Massnahmeverfahren eingelegten Beweisofferten ergibt sich sogar, dass der Beschwerdeführerin von der massgeblichen Industrievertreterin im Voraus eine Kostengutsprache erteilt worden ist (vgl. dazu Rz. 3, letztes Bullet).

- 65 Folglich können auch keine nennenswerte Aufwände bei der Beschwerdeführerin angefallen sein, da es sich beim Internet-Angebot wie bereits ausgeführt um ein „Nebenprodukt“ aus der Buchherstellung handelt, indem die bereits bestehende Datenbank für die Buchherstellung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.

Mit anderen Worten: Das Filetstück der Beschwerdeführerin ist nach wie vor die Buchpublikation.

C. Technisches

1. Bestandteile einer Datenbank, Identität der Datenbank der Beschwerdeführerin mit jener des Beschwerdegegners

- 66 Einleitend wurde der Streitgegenstand bereits einmal umrissen. Dabei handelt es sich einzig um über das Internet abrufbare Datenbanken der Parteien.

- 67 Bereits ein Blick auf die beiden Datenbanken (vgl. www.kompendium.ch bzw. www.oddb.org) zeigt, dass es sich bereits äusserlich nicht um identische Datenbanken handelt. Zur sachgerechten Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist es notwendig, den technischen Aufbau einer Datenbank im Grundsatz zu verstehen.

Online-Datenbanken bestehen grundsätzlich aus Datenbankfeldern, welche mit Hilfe einer Datenbanksoftware wie SQL (Structured Query Language) miteinander verknüpft werden können.

HTML-Format: Textinformationen müssen, um internettauglich zu sein, im so genannten HTML-Format erfasst bzw. gespeichert werden, damit diese von jedermann mittels eines sog. Internet-Browsers (beim **Internet-Browser** handelt es sich um ein bzw. das Programm) auf dem eigenen Bildschirm angezeigt werden können. Beim HTML-Format handelt es sich nicht um ein Programm, sondern lediglich um international genormte Steuerzeichen, damit Informationen vom Internet-Browser gelesen und entsprechend grafisch dargestellt werden können. Die entsprechenden Steuerzeichen werden auch Tags genannt. Dokumente, welche beispielsweise als Worddatei vorhanden sind, können per Mausklick mit dem entsprechenden HTML-Format versehen werden (vgl. z. B. Extras/Optionen/Speicheroptionen im Textverarbeitungsprogramm von Microsoft Word).

HTML wird im allgemeinen Sprachgebrauch mit Auszeichnungssprache bzw. -format übersetzt. Die rein begrifflichen Behauptungen der Beschwerdeführerin sind nachweislich unzutreffend. Der Vollständigkeit halber wird dem Gericht noch der entsprechende Auszug aus dem von der Beschwerdeführerin (unvollständig) zitierten Werk beigelegt.

BO: Ausdruck Computer Fachlexikon betr. „HTML“

(KAB 17)

BO: Übersicht auf Folie 4 der Duplik

Beilage 18, herausklappbar

Mit dieser Darstellung soll der schematische Aufbau einer Datenbank aufgezeigt werden. Eine Datenbank besteht grundsätzlich aus einer bestimmten Menge von Datensätzen, welche – wenn diese über das Internet zugänglich gemacht werden – im HTML-Format gespeichert werden. Jeder Datensatz hat eine Identifikationsmerkmal (z.B. fortlaufende Nummer).

Auf diese Datensätze haben Drittpersonen keinen direkten Zugriff.

- 68 Kommt ein Nutzer über das Internet auf die entsprechende Homepage, so ist mit dieser Homepage ein Programm (Datenbanksoftware) verbunden, mit welchem der Nutzer entsprechend der jeweiligen Datenbank nach bestimmten Kriterien Abfragen formulieren kann. Aufgrund dieser Kriterien wird mittels dem erwähnten Programm eine Recherche bei allen Datensätzen durchgeführt und das gefundene Resultate erscheint auf dem Bildschirm des Nutzers.
- 69 Mit anderen Worten beruhen Datenbanken grundsätzlich aus strukturierten Datensätzen einerseits und einer Software, mit welcher die Datensätze der Datenbank nach bestimmten Kriterien durchsucht/abgefragt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die strukturierten Datensätze nicht mit beliebigen Datenbanksoftware abgefragt werden kann. Datensätze und Datenbanksoftware müssen miteinander kompatibel sein.

Im vorliegenden Verfahren verwenden die Beschwerdeführerin auf ihrer Homepage eine auf Windows basierte Datenbank und grösstenteils dazugehörige Standardprodukte. Der Beschwerdegegner hingegen verwendet LINUX und Eigenentwicklungen. Die beiden Systeme (Windows und Linux) sind bekanntlich nicht kompatibel.

- 70 Diese beiden Datenbankensysteme sind nachweislich nicht miteinander kompatibel, weshalb der Vorwurf der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner, wonach er die Datenbank der Beschwerdeführerin übernommen habe, alleine aus technischen Gründen einer sachlichen Grundlage entbehrt.

Der Vorwurf der Beschwerdeführerin entbehrt nachweislich einer sachlichen Grundlage, denn wie bereits anlässlich des Massnahmeverfahrens dargelegt, basieren die beiden Datenbanken auf ganz unterschiedlichen Softwarearchitekturen und Softwaresystemen sowie verschiedenen Softwareprogrammen. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Übernahme ist schon alleine aus **technischen Gründen gar nicht möglich**, da die verwendeten Softwaresysteme nicht kompatibel sind.

BO: Synoptische Darstellung ODDB.org – kompendium.ch **(KAB 16)**

In der Beschwerde behauptet die Beschwerdeführerin zu Recht nicht mehr weiter, beim HTML-Format handle es sich um ein Computerprogramm im Sinne des Urheberrechts. Diese Thematik ist vorliegend nicht weiter von Belang.

- 71 Da die Datenbank der Beschwerdeführerin mit der Datenbank des Beschwerdegegners aus technischen Gründen nicht kompatibel ist, ist es folglich auch ausgeschlossen, dass der Beschwerdegegner das Arzneimittel-Kompendium 2003 bzw. die behaupteten Supplements der Beschwerdeführerin wie von der Beschwerdeführerin (integral) übernommen hat.

Vielmehr verwendete der Beschwerdegegner einzelne, in der Datenbank der Beschwerdeführerin enthaltene Informationen (Arzneimittelinformationen ohne irgendwelchen HTML-Code, Steuerzeichen, Verknüpfungen, Links, usw.; auch **Rohdaten** genannt) zur Komplettierung seiner eigenen, sehr umfangreichen Datenbank, was sich aus einer einfachen Gegenüberstellung beider Datenbanken ohne weiteres ergibt (vgl. auch Ausführungen unter **Rz. ff.**).

BO: - Website unter www.documed.ch bzw.
www.kompendium.ch/Search.aspx?lang=de
 - Website unter www.oddb.org von Amtes wegen abzurufen
 - Vergleich der Datenbankauszüge (oddb.org) **(KAB 21)**

- 72 Von der Übernahme der Datenbank durch den Beschwerdegegner, wie dies von der Beschwerdeführerin behauptet wird, kann aus den erwähnten Gründen nicht

die Rede sein. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin geben den rechtsrelevanten Sachverhalt nicht richtig wieder.

- 73 Die oben erwähnten Rohdaten hat der Beschwerdegegner mittels umfangreicher, komplexer, eigener spezifisch entwickelten Softwareprogramme analysiert, aufgespalten und wieder so aufbereitet sowie mit entsprechenden, eigenen HTML-Tags und Verknüpfungen versehen, damit diese in die Datenbank des Klägers integriert werden konnten und über das Internet entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zugänglich sind.

Schliesslich hat der Beschwerdegegner eine entsprechende Software geschrieben/entwickelt (Interface), damit die auf der Datenbank des Beschwerdegegnern enthaltenen Arzneimittelinformationen von den jeweiligen Zulassungsinhabern über geschützte Zugänge in eigener Kompetenz verwaltet werden können.

Der Aufwand alleine für die Integration der Rohdaten beläuft sich in der Zwischenzeit auf über ein Mannjahr und der Aufwand für die Erstellung der gesamten beklagischen Datenbank beträgt in der Zwischenzeit insgesamt mehrere Mannjahre.

Die Komplexität solcher Spezialsoftware ergibt sich im vorliegenden Fall nicht zuletzt auch aus der Tatsache, dass Arzneimittelinformationen häufig Tabellen enthalten und die Generierung solcher Tabellen auf Grundlage vorgegebener Tabellenwerte ist softwaremässig äusserst anspruchsvoll.

Für die Entwicklung solch komplexer Datenbanksysteme ist es üblich, zu jedem Programmteil jeweils zugleich ein Testprogramm zu schreiben, um anhand dieses Testprogramms die Funktionalität und Stabilität der einzelnen Programmteile überprüfen zu können (sog. Extreme Programming).

- 74 Alleine die Software des Beschwerdegegnern zum Parsen (Analysieren) beträgt zum heutigen Zeitpunkt rund mehrere tausend Zeilen individuell geschriebener Softwarecode, wobei allfällige Änderungen der klägerischen Website jeweils entsprechende Anpassungen der Software bedingen. Dieser Aufwand ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig.

BO: - Historyauszug für Testprogramm u. Auszug des Testprogramms **(KAB 18)**
- Historyauszug für Teilprogramm Auszug des Teilprogramms **(KAB 19)**
- Auszug Teilprogramm **(KAB 20)**

- 75 Aus den erwähnten technischen Gründen muss der vorinstanzlichen Feststellung, wonach es sich bei den massgeblichen Rohdaten um ein marktreifes Arbeitsergebnis im Sinne des UWG handelt, widersprochen werden, denn die Rohdaten alleine bilden lediglich die notwendige Basis für das Erstellen der dazugehörigen Online-Datenbank oder anderer Applikationen wie jene für PDA oder für Ärzte- bzw. Apothekensoftware. Für sich handelt es sich bei den Rohdaten nicht um marktreife Arbeitsergebnisse.

2. Levensthein'sche Distanz

- 76 Der Hauptvorwurf der Beschwerdeführerin lautet im Kern, der Beschwerdegegner habe die Online-Datenbank der Beschwerdeführerin mit den darin enthaltenen Fach- und Patienteninformationen mit einem simplen Programm als Ganzes übernommen und biete nun unter einer ihm gehörenden Domain diese Datenbank mit deutlich besseren Konditionen interessierten Unternehmen zum Gebrauch an. Dieser Vorwurf ist in mehrfacher Hinsicht nicht stichhaltig und nicht substantiiert begründet.

Zum Vergleich der Identität zweier Softwareprogramme hat sich in der Branche die sog. Levensthein'sche Distanz (benannt nach dem Erfinder/Entwickler) als relevanter, abstrakter Gradmesser durchgesetzt. Mit der Levensthein'schen Distanz kann bestimmt werden, inwiefern zwei Programme Ähnlichkeiten aufweisen (vgl. www.merriampark.com/ld.htm).

- 77 Die Levenstheinsche Distanz ist eine Messung zwischen zwei Strings, welche als 'Source String' (s) und 'Target String' (t) bezeichnet werden. Die Distanz ist die benötigte Anzahl von gelöschten, veränderten oder eingefügten Zeichen (Operationen), die es braucht um Source String (s) in den Target String (t) zu verwandeln. Je grösser die Levenstheinsche Distanz ist, umso grösser ist der Unterschied zwischen den Strings. Auf Grund der Levenstheinschen Distanz kann die Ähnlichkeit zweier Datensätze bestimmt werden.

- 78 Vom Aufbau her handelt es sich dabei um einen Vergleich von Programmzeilen (Texten), sodass die Levensthein'sche Distanz auch für die Bestimmung der Unterschiedlichkeit von Texten verwendet werden kann.

Für Vibramycin® beispielsweise beträgt die Levensthein'sche Distanz zwischen dem HTML-Datensatz in der Datenbank der Beschwerdeführerin und des entsprechenden HTML-Datensatzes in der HTML-Datenbank des Beschwerdegegnern 28134, d. h. es sind 28'134 Operationen notwendig, um vom HTML-Datensatz der Beschwerdeführerin den HTML-Datensatz des Beschwerdegegnern zu generieren. Damit ist die enorme Unterschiedlichkeit beider HTML-Datensätze bzw. Datenbanken auch mathematisch quantitativ belegt. Nimmt man nun diesen Wert als Durchschnittswert und multipliziert man diesen mit der Anzahl Arzneimittelinformationen, so ergibt sich daraus ein Wert in der Grössenordnung von 100 Millionen. D.h. es sind rund 100 Millionen Operationen notwendig um aus den klägerischen HTML-Datensätzen jene des Beschwerdegegnern zu generieren. Vor diesem Hintergrund kann von identischen oder ähnlichen HTML-Datensätzen vorliegend nicht die Rede sein.

- 79 Bezüglich der von den Parteien verwendeten Datenbanksysteme, so ergibt sich eine Levensthein'sche Distanz, welche gegen Unendlich strebt, denn die beiden Datenbanksysteme sind nicht kompatibel miteinander und daher auch mit belie-

big vielen Operationen nicht ineinander überführbar (vgl. KAB 12a bzw. KAB 12b).

V. Milestones des Prozesses

- 80 Mit einer weiteren schematischen Zusammenstellung soll der Prozessverlauf und sonstige relevante Umstände gezeigt werden.

BO: Übersicht auf Folie 1 der Duplik **Beilage 13, herausklappbar**

- 81 Dies Folie zeigt auf der ersten Zeitachse den Prozessverlauf. Die inkriminierten Handlungen fanden anfangs Herbst 2003 statt.

Die zweite Zeitachse zeigt die Praxis der Swissmedic bezüglich der Publikationspflicht von Arzneimittelinformationen. Anfangs 2004 verfügte die Swissmedic eine Praxisänderung, indem gewisse Informationen nicht mehr zwingend in gedruckter Form erscheinen müssen.

Die dritte Zeitachse zeigt die Entwicklung der Datenbank des Beschwerdegegnern, open drug database (oddb). Angefangen von der damaligen nachahmer.ch bis hin zur heutigen Datenbank oddb.org

Die vierte Zeitachse zeigt das Publikationsformat der Beschwerdeführerin.

VI. Stellung und wirtschaftliches Umfeld der Beschwerdeführerin, Verhalten der Beschwerdeführerin exemplarisch dargestellt

A. Faktische bzw. natürliche Monopolstellung der Beschwerdeführerin

- 82 Die kartellrechtliche Problematik der Auseinandersetzung wurde im vorinstanzlichen Verfahren nur am Rande erwähnt. Mit der von der IKS und der Swissmedic praktizierten Forderung, wonach die Arzneimittelinformationen in einem umfassenden Werk zu publizieren sind, wurden die Voraussetzungen für die Etablierung eines faktischen bzw. natürlichen Monopols geschaffen.

BO: Eventualbegründung in Ziff. 4 im Urteil vom 20. Januar 2007 **Beilage 14**

Für einen Zulassungsinhaber (Marktgegenseite im kartellrechtlichen Sinne gem. Art. 11ff. VKU) macht es nämlich absolut keinen Sinn, seine Arzneimittelinformationen in mehreren Publikationen zu veröffentlichen. Zudem besteht für die einzelnen Zulassungsinhaber nur ein sehr geringer Kostendruck in Bezug auf die erwähnten Publikationskosten. Aufgrund der historischen Entwicklung konnte die Beschwerdeführerin ihre staatlich gestützte Monopolstellung während Jahrzehnten etablieren.

- 83 Um insbesondere die wichtigeren und grösseren Zulassungsinhaber bei der „Stange“ zu halten, fanden sogar bis in jüngste Zeit hinein, sogenannte KoKo-Sitzungen mit den Vertretern der massgeblichen Akteure (inkl. des massgeblichen Verbandsvertreters der SGCI, des Verbandes der Schweizerischen Chemischen Industrie) statt. Dort wurden auch die verschiedenen Preismodelle diskutiert. Man stelle sich das einmal vor.

Ein Zulassungsinhaber hat bzw. hatte unter diesen Umständen nur die Wahl, den von der Beschwerdeführerin vorgegebenen Tarif zu bezahlen und zu akzeptieren. Alternativen gab es nicht und kommt ein Zulassungsinhaber der Publikationspflicht nicht nach, so verhält er sich gesetzeswidrig.

BO: Beispiel Koko-Protokoll vom 23. Juni 2003

KAB 13, Beilage 15

- 84 Auf ein weiteres, rechtsrelevantes Verhalten sei noch hingewiesen: In der Replik behauptet die Beschwerdeführerin ausserordentlich ausführlich, von einer Monopolstellung der Beschwerdeführerin könne nicht die Rede sein usw. Zufälligerweise ist der Beschwerdegegner im Besitz eines Gutachten der Documed AG gelangt (erstellt von Prof. Dr. Gerhard Schmid und Dr. Felix Uhlmann, notabene Angehörige der Sozietät Wenger Plattner) im Zusammenhang mit der Zulässigkeit geplanter verlegerischer Tätigkeiten der Swissmedic.

In Rz. 15 dieses Gutachtens kommen die Gutachter zu folgendem Ergebnis:

„Im vorliegenden Fall [falls Swissmedic selber publiziert, eingefügt durch Verfasser] ist nicht damit zu rechnen, dass die Tätigkeit der Documed verboten wird. Zieht aber Swissmedic in Betracht, die Fach- und Patienteninformationen mittelfristig selber zu publizieren (Swissmedic Journal 1/2004, S. 24), so zeichnet sich diesbezüglich eine indirekte **Monopolisierung** [hervorgehoben durch Verfasser] ab: Zulassungsinhaber würden etwa im Rahmen der Zulassungsverfügung verpflichtet, ihre Informationen durch Swissmedic publizieren zu lassen. Aufgrund einer solchen Monopolisierung würde jede weitere Betätigung von Documed in ihrem Kerngeschäft, der Veröffentlichung des Arzneimittelkompendiums, verunmöglicht...“

BO: Gutachten der Documed AG vom 7. April 2005

Duplikbeilage 2

- 85 Das dargestellte Szenario unterscheidet sich – ausgenommen von der Institution (Documed AG anstelle Swissmedic) – in Nichts von der heutigen Rechts- und Tatsachenlage. Solange die Swissmedic verlangt, die Arzneimittelinformationen

in einem umfassenden Werk publizieren zu müssen, bleibt das faktische Monopol rein aus ökonomischen Gründen weiterhin bestehen (vgl. auch Klageantwort Rz 124).

86 Heute ist Beschwerdeführerin Konzerntochter der Galenica.

B. Verhalten und Auffassung der Beschwerdeführerin im Einzelnen

87 Bereits aus den bisherigen Ausführungen geht die „monopolistische Absicht“ der Beschwerdeführerin klar hervor. Zieht man jetzt noch in Betracht, wonach einerseits die Zulassungsinhaber die Beschwerdeführer für die Erstpublikation wie auch für alle nachfolgenden Publikationen mit jeweils satten Beträgen zu bezahlen⁵ haben sowie andererseits die bei Erstellung tätigen Mitarbeiter der Swissmedic mitunter aus Steuergeldern bezahlt werden, so ist das Verhalten der Beschwerdeführerin alles andere als üblich. Die Beschwerdeführerin hat wegen einer gewachsenen Praxis von Alters her den Zapfhahnen der Arzneimittelinformationen in Händen. Ohne Erbringen eigenständiger wirtschaftlicher Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen erachtet sich die Beschwerdeführer sogar noch als legitimiert, die Arzneimittelinformationen als ihr zugehörig zu behaupten und von jedem, welcher die fraglichen Informationen nutzen möchte, eine Lizenzgebühr zu verlangen.

Ein solches Verhalten widerspricht den gesetzgeberischen Absichten in klarer Weise.

88 Die Art und Weise wie die Beschwerdeführerin agiert, falls Swissmedic im Wettbewerb für gleich lange Spiesse bzw. gleiche Bedingungen besorgt ist, zeigt sich exemplarisch in einem Schreiben der Beschwerdeführerin an die Swissmedic, wohl wissend, dass Behörde/Behördenmitglieder auf die Androhung möglicher Schadenersatzklagen besonders empfindlich sind.

Im Rahmen der vorliegenden Streitigkeit schreibt die Beschwerdeführerin Ende Februar 2005 der Swissmedic:

„...weise ich Sie (die Swissmedic) der guten Ordnung halber auf die Gefahr hin, dass Swissmedic zu einer möglichen Verletzung des URG und/oder UWG durch Herrn Davatz Vorschub leistet, was die entsprechenden straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen mit sich bringen kann. Namentlich müsste sich meine Mandantin (die Beschwerdeführerin) sich sämtliche Ansprüche auf Schadenersatz gegenüber Swissmedic vorbehalten ... Sie (die Bf.) beantragt deshalb, dass Swissmedic davon Abstand nimmt: - die gegenüber Herrn Davatz abgegebene Konformitätserklärung zu publizieren; in den Zulassungsverfügungen

⁵ Die Arzneimittel müssen in regelmässigen Abständen im erwähnten Buch publiziert werden. Bei einem Grossteil der Fach- und Patienteninformationen kommt es nach der Erstpublikation nur spärlich zu Ergänzungen. Trotzdem hat der Zulassungsinhaber bei jeder Neuauflage kräftig zu bezahlen (vgl. zB. KAB 11).

auf die Publikationsmöglichkeit bei Ywesee hinzuweisen; und auf ihrer Website auf das unter www.oddb.org abrufbare Nachschlagverzeichnis hinzuweisen. Meine Mandantin hat sich für den Eingang einer entsprechenden Bestätigung der Swissmedic den 10. März 2005 vorgemerkt ..."

Ein solches Vorgehen darf ohne Übertreibung als arrogant bezeichnet werden. Beim Studium des Schreibens fällt ein interessanterweise einmal mehr auf, dass die Beschwerdeführerin den zu ihren Ungunsten ausgefallenen Entscheid des Massnahmerichters mit keinem einzigen Wort erwähnte! Der Beschwerdeführer überlässt es im Übrigen dem angerufenen Gericht, solches Gebahren zu würdigen. Auf alle Fälle ist diese massive Druckausübung durch nichts zu rechtfertigen.

BO: Beilage zu den Plädoyernotizen, Schreiben Documed AG

Beilage 16

- 89 Der Geschäftsführer und Beschwerdegegner, welcher sich schon seit längerer Zeitdauer mit der Beschwerdeführerin auseinander zu setzen hat, beschreibt die Konkurrenzsituation mit der Beschwerdeführerin zugespitzt wie folgt:

„Der Wettbewerbsvorteil der ywesee GmbH ist die bessere Software! Die Documed AG hat sonst keinen ernst zunehmenden Konkurrenten und möchte den einzigen Konkurrenten gerne vom Platze jagen! Die Documed AG betreibt ein aufgeblasenes Monopol kombiniert mit einem professionellen Einschüchterungsverhalten. Die Documed AG und die ywesee GmbH stehen nicht in direkter Konkurrenz aber die Docuemd AG will mehr als Ihr zusteht. Sie will das ganze Feld. Die Documed AG will die gesamte Information für sich beanspruchen - in allen Bereichen. Die Documed AG will Ihre Monopol-Stellung vergrössern.“

Diese zusammenfassenden Feststellungen trifft den Nagel auf den Kopf.

- 90 Diese Ausführungen alleine belegen die Monopolstellung der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner trachtet nicht danach, das vorliegende Verfahren noch mit weiteren Beispielen aufzublähen. Damit das angerufene Gericht sich jedoch ein wirkliches Bild vom Verhalten der Beschwerdeführerin machen kann, sei exemplarisch auf ein Schreiben der Galenica, unterzeichnet vom Präsidenten und Delegierten der Galenica aufmerksam gemacht mit Kopie an den Bundesrat.

Im Rahmen der von Swissmedic bekundeten Absicht, die Arzneimittelpublikation nach WTO-Kriterien öffentlich auszuschreiben zu lassen, äussert sich die Muttergesellschaft namens ihrer beschwerdeführenden Tochter wie folgt:

„... Abgesehen von rechtlichen Bedenken weist Galenica auf die Tatsache hin, dass Swissmedic ein privates Unternehmen akut gefährdet,

ohne dass dafür eine Notwendigkeit ersichtlich wäre. Bereits die Ankündigung (Hervorhebung durch Verfasser) der geplanten Ausschreibung würde die Marktstellung von Documed AG erheblich gefährden. Das Vertrauen ihrer Kundinnen

Danach folgen noch einige bemerkenswerte Ausführungen und die explizite Aufforderung an die Swissmedic, zu bestätigen, keine öffentliche Ankündigung der geplanten Ausschreibung vorzunehmen.

BO: Schreiben der Galenica

Beilage 17

- 91 Ein solches Verhalten braucht nicht mehr weiter kommentiert zu werden. Es belegt mit aller Deutlichkeit das Vorhandensein eines Monopols. Würde tatsächlich Wettbewerb herrschen bzw. hätte die Beschwerdeführerin Mitbewerber nicht zu fürchten, so könnte sie sich Schreiben mit oben genannten Inhalt ersparen.

VII. Betrachtungsweise der technischen Vorgänge in arbeitsrechtlicher Hinsicht

- 92 Die zuständige Kammer hatte sich bereits im Entscheid 131 III 384 mit Datenbanken zu befassen. Zutreffend hielt das Bundesgericht dort fest (Ziff 4.2 i.f.):

„... Datenbanken bestehen einerseits aus der Gesamtheit der Daten, andererseits aus dem System, nach dem diese zusammengestellt und zugänglich sind...“

Analog jenem Entscheid steht die Datenbank als solche - ein allfälliger systematischer Aufbau, die Benutzeroberfläche, die Darstellung der Arzneimittelinformationen usw. - nicht zur Diskussion.

- 93 Wie bereits ausgeführt bildet die Datenbank als solches zusammen mit den Daten wegen der technischen Gegebenheit eine (untrennbare) Einheit. Die Datenbank als solches bzw. Daten als solches sind für sich alleine genommen wirtschaftlich grundsätzlich nicht verwertbar und stellen in diesem Sinne kein marktreifes Ergebnis im Sinne von Art. 5 lit. c UWG dar.

Vor diesem Hintergrund lässt sich der dem Beschwerdegegner vorgeworfene Tatbestand in zweierlei Hinsicht betrachten/interpretieren. Nämlich aus Sicht eines aussenstehenden Dritten oder aus tatsächlicher Sicht.

- 94 Aus Sicht eines Aussenstehenden (zB. eines Dritten) ist es nicht von Belang, welche technischen Einzelschritte im Hintergrund vollzogen worden sind oder nicht. Massgeblich ist einzig ein Vergleich des Angebots. Ist es identisch, so kann zumindest von einer Übernahme im Sinne des UWG gesprochen werden, wobei minimale Veränderung an der Identität nichts zu verändern vermögen.

Vorliegend unterscheiden sich die Angebote der Parteien unbestrittenermassen relevant. Eine Identität ist nicht einmal ansatzweise gegeben, folglich kann nicht von einer Übernahme im Sinne des UWG gesprochen werden.

Aus Sicht eines aussenstehenden Dritten sind die Voraussetzungen für eine Übernahme im Sinne von Art. 5 lit. c UWG nicht gegeben.

- 95 Betrachtet man den dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Tatbestand in den technischen Einzelschritten, so wird ihm vorgeworfen, er hätte die Daten der Datenbank (und nur diese) übernommen. Diese wiederum stellen aufgrund den technischen Gegebenheiten keine marktreifes Ergebnis dar, da diese ohne dazugehörige Datenbank (Software) nicht verwertet werden können.
- 96 Alleine aufgrund dieser grundsätzlichen Überlegungen kann vorliegend nicht von einem Verstoss gegen das UWG die Rede sein.

VIII. Urheberrechtliche Aktivlegitimation/Inhaberschaft, Rechtsschutzinteresse

- 97 **Urheberrechtliche Aktivlegitimation/Inhaberschaft:** Die Beschwerdeführerin behauptet Ansprüche aus Urheberrecht. Geschädigt kann die Beschwerdeführerin aber nur sein, wenn die Beschwerdeführerin selber Inhaberin der geltend gemachten Rechte ist, woran es im vorliegenden Fall in Bezug auf das Urheberrecht aber eben gerade fehlt. Gesteht doch die Beschwerdeführerin selber ein, dass die Urheberrechte an den fraglichen Fach- und Patienteninformationen bei den Personen liegen,

„...welche diese Informationen geschaffen haben (Art. 6 URG).
Vorliegend handelt es sich dabei meist um die jeweiligen Zulassungsinhaber ...“

- 98 Selbst wenn es sich bei den Fach- und Patienteninformationen um Sprachwerke handeln würde, so läge die Urheberschaft bei den jeweiligen Zulassungsinhabern bzw. bei deren Arbeitnehmer und nicht bei der Beschwerdeführerin.

An dieser Rechteinhaberschaft vermögen die dem Beschwerdegegnern zugänglichen Informationen und die ins Recht gelegten Beweisofferten nichts zu ändern (AGBs der Beschwerdeführerin aus dem Jahre 2004! **[KB11]** bzw. ein einzelner, nicht offen gelegter Arbeitsvertrag **[KB32]**.⁶)

⁶ Zum Zeitpunkt der Klageeinleitung Ende Dezember 2003 wie auch zum Zeitpunkt der geltend gemachten Rechtsverletzungen durch den Beschwerdegegnern (Sommer/Herbst 2003) bestand die von der Zulassungsbehörde (Swissmedic) auf Grund einer langjährigen Praxis geforderte Pflicht der Zulassungsinhaber, die Fach- und Patienteninformationen in gedruckter Form zu publizieren (vgl. auch Rz. 14f der Klage). Mit dieser Publikationspflicht in gedruckter Form wird regelmässig die Beschwerdeführerin von den Zulassungsinhabern beauftragt.

99 Wie sich aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt, liegt der Zweck der zwischen dem jeweiligen Zulassungsinhabern und der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Verlagsvertrag im Erfüllen der gesetzlich vorgeschriebenen Print-Publikation der Patienten- und Fachinformationen. Selbst wenn die ins Recht gelegte Klagebeilage 11 massgeblich wäre, so würde sich die Rechteinhaberschaft nur auf Verhaltensweisen Dritter erstrecken, welche das Arzneimittel-Kompendium ebenfalls als Print-Publikation herausgeben. Eine solche Aktivität übt der Beschwerdegegner unbestrittenermassen nicht aus, weshalb es der Beschwerdeführerin in urheberrechtlicher Hinsicht auch aus diesem Grunde an der Rechteinhaberschaft und Aktivlegitimation mangelt.

IX. Stellungnahme zur Beschwerde im Einzelnen

100 In Ergänzung zu den voranstehenden Ausführungen wird nachfolgend auf die einzelnen Ausführungen und Behauptungen der Beschwerdeführerin eingegangen.

101 Rz. 1: keine Bemerkung.

102 Rz. 2: Bestritten, mit der Ausnahme, dass sich die Tätigkeit der Beschwerdeführerin in der Veröffentlichung von Arzneimittelinformationen beschränkt, welche sie von den Zulassungsinhabern erhält und in deren Auftrag publiziert.

Streitgegenstand ist einzig das Angebot der Parteien auf dem Internet und dies beschränkt auf die vom Gesetz geforderten Fach- und Patienteninformationen.

Zum massgeblichen Zeitpunkt der Klageeinleitung stellte das Online-Angebot der Beschwerdeführer keine von der Zulassungsbehörde geforderte Veröffentlichung dar. Es handelte sich vielmehr quasi um eine Neben/Abfallproduktverwertung aus der vom Gesetz geforderten Publikation in Buchform dar.

Wie bereits oben ausgeführt bestehen/bestanden die Handlungen des Beschwerdegegners nicht im systematischen Kopieren und dem zur Verfügungstellen dieser Arzneimitteltexte. Schon gar nicht handelt es sich im Arzneimitteltexte der Beschwerdeführerin. Folglich liegt auch keine Gesetzesverletzung vor.

Auch wenn, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, die aus dem Jahre 2004! stammenden Allgemeinen Vertragsbedingungen rechtsrelevant wären, so würde dies entsprechend der im Urheberrecht geltenden Zweckübertragungstheorie keine Sachlegitimation zu Gunsten der Beschwerdeführerin begründen, denn diese wäre höchstens gegen von Dritten gedruckten Fach- und Patienteninformationen gegeben, was aber der Beschwerdegegner unbestrittenermassen eben nicht vornimmt.

103 Rz. 3: Grundsätzlich bestritten. Die Zusammenfassung gibt das vorinstanzliche Urteil nicht korrekt wieder. Es stellt lediglich eine der Beschwerdeführerin angenehme Interpretation dar. Der Beschwerdeführer erachtet die Erstellung einer Zusammenfassung des vorinstanzlichen Urteils als überflüssig, da es sich beim Urteil bereits um eine Zusammenfassung handelt und jede weitere Reduktion zwangsläufig mit Einschränkungen verbunden ist.

104 Rz. 4/5: Bestritten. Die Vorinstanz hat grundsätzlich keine falschen Sachverhaltsfeststellungen vorgenommen. Von offensichtlich unrichtigen Feststellungen kann nicht die Rede sein. Lügen tatsächlich solche offensichtlich falschen Feststellungen vor, so ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführer seitenlange Ausführungen machen muss, um eben diese offensichtlich falschen Feststellungen darzulegen.

Ist etwas offensichtlich, dann braucht es nicht noch lange Ausführungen. Die Argumentationslinien der Beschwerdeführerin betreffen die vorinstanzliche Beweiswürdigung und sind grundsätzlich nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

105 Rz. 6/7/8/9/10: Keine weiteren Bemerkungen.

106 Rz. 11: Die ins Recht gelegten BO's vermögen die Rechtzeitigkeit der Eingabe nicht zu beweisen.

107 Rz. 12/13: Mit Verweis auf die vorliegenden Ausführungen keine weiteren Bemerkungen.

108 Rz. 14: Bestritten. Was die von der Swissmedic approbierten Arzneimitteltex-te anbelangt, so handelt es sich einerseits klarerweise um einen Fall von Art. 5 Abs. 1 lit. c URG, denn gemäss unumstrittener und nachgewiesener Praxis der Swissmedic bilden die Arzneimittelinformationen integrierender Bestandteil der Zulassungsverfügung (vgl. Klageantwortbeilage 5/14).

In diesem Zusammenhang erlaubt sich der Beschwerdegegner die Bemerkung, dass der Beschwerdeführerin diese Praxis sowie die damit verbundene Rechtsrelevanz sehr wohl bekannt war. Trotzdem fand es die Beschwerdeführerin für angebracht, diesen Sachverhalt in ihren Eingaben mit keinem Wort zu erwähnen. Erst nachdem der Beschwerdegegner mit den entsprechenden Beweisstücken die Praxis thematisierte, nahm die Beschwerdeführerin widerwillig dazu Stellung. Die Würdigung eines solchen Verhaltens sei dem angerufenen Gericht überlassen.

Aufgrund des vorinstanzlichen Urteils konnte offen gelassen werden, ob es sich bei den von der IKS bewilligten Arzneimittelinformationen nicht auch um Informationen gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c URG handelt.

109 Der Beschwerdegegner ist aus einem weiteren Grund zudem der Ansicht, dass so oder so, sämtliche Arzneimittelinformationen vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind.

Art. 5 Abs. 2 URG bestimmt nämlich, dass gesetzlich geforderte Sammlungen sowie Übersetzungen der Werke nach Art. 5 Abs. 1 URG vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind. Unbestritten handelt es sich bei den von der Beschwerdeführerin monopolisierten Arzneimittelinformationen um eine gesetzlich geforderte Sammlung, welche sich ausschliesslich aus einzelnen gesetzlich geforderten Arzneimittelinformationen zusammensetzt.

Könnte sich die Beschwerdeführerin tatsächlich auf urheberrechtliche Rechtspositionen berufen, so könnte die Beschwerdeführerin – insbesondere unter dem Regime der IKS – aufgrund der speziellen tatsächlichen und rechtlichen Situation (rechtliches und faktisches Monopol), den Zweckgedanken von Art. 5 Abs. 2 URG mit Leichtigkeit unterlaufen und jeglichen Wettbewerb im Keim ersticken, indem sie sich auf den urheberrechtlichen Schutz der einzelnen Arzneimittelinformationen berufen könnte und so die im Gesetz ausdrücklich geforderte freie Zugänglichkeit von gesetzlich geforderten Sammlungen gemäss Art. 5 Abs. 2 URG abwürgen.

Das aber wollte der Gesetzgeber mit Bestimmtheit nicht.

110 Zu Rz. 15/16/17/18: Bestritten. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind nicht wirklich verständlich. Aus den vorangegangenen Ausführungen und dem vorinstanzlichen Urteil kann als bewiesen gelten, wonach die Beschwerdeführerin an den einzelnen Arzneimittelinformationen keine irgendwie gearbete urheberrechtlichen Rechtspositionen inne hat. Folglich besteht zu Gunsten der Beschwerdeführerin auch nicht das geltend gemachte Rechtsschutzinteresse.

111 Ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin könnte höchstens im Umfang eines Sammelwerkes im Sinne von Art. 4 URG vorliegen. Ein solches wird aber von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht, weshalb es in urheberrechtlicher Hinsicht am Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin insgesamt fehlt.

112 Zu Rz. 19-29: Bestritten. Die wesentlichen Argumente wurden in den einleitenden Bemerkungen bereits angeführt. Die Vorinstanz hat die Gesetzesbestimmung *arte legis* ausgelegt und angewandt.

Bei einer klaren, unmissverständlichen Gesetzesbestimmung wie es Art. 5 Abs. lit. e URG darstellt, erübrigt es sich zum Vornherein ausländisches Recht beizuziehen.

Diesbezüglich sei der guten Ordnung und der Vollständigkeitshalber darauf hingewiesen, dass in Deutschland die Zulassungsbehörde allen Parteien die Informationen kostenlos zum Download anbietet (vgl. www.pharmnet.bund.de).

Kommt noch hinzu, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Bestimmung handelt, welche völkerrechtlich (RBÜ etc.) nicht vereinheitlicht ist. Schlussendlich geht es vorliegend ja nicht darum, eine etwaige Gesetzeslücke zu schliessen oder ein stossendes Resultat zu hinterfragen, darüber hinaus ist die teleologische Auslegung nur eine von mehreren Auslegungsmöglichkeit. Daher erübrigt sich ein Grossteil der Ausführungen der Beschwerdeführerin.

- 113 Selbst die teleologische Auslegung der Beschwerdeführerin ist mit kleinen aber relevanten Mängeln behaftet. Nachweislich besteht der Zweck von Art. 5 URG nicht in nur der ungehinderten Verbreitung von Informationen, sondern auch der freien Verbreitung von Informationen, an deren Kenntnisnahme ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (vgl. Botschaft zum URG, Bbl. 1989, III, S. 525 oben). Daran vermögen auch die vereinzelt Zitate, welche zur Stützung der Ansicht der Beschwerdeführerin angeführt werden, die herrschende Lehrmeinung nicht korrekt wiederzugeben.

Dass im vorliegenden Fall ein solches überwiegendes öffentl. Interesse besteht, wurde bereits eingehend dargelegt und kommt auch mit gesetzlich statuierten Pflicht der unentgeltlichen Abgabe der Informationen deutlich zum Ausdruck. Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers ist nicht primär die Herkunft der Werke bzw. die schöpferische Tätigkeit das entscheidende Kriterium, sondern das überwiegende öffentliche Interesse an der freien, ungehinderten Verbreitung von Informationen bzw. Werken. Auf diese Tatsache hat der Gesetzgeber im Rahmen der Botschaft und im Rahmen der parlamentarischen Beratung mehrfach hingewiesen.

- 114 Entscheidend bei Art. 5 Abs. 1 lit. c URG ist vorliegend nicht der Werkcharakter, sondern die Frage, ob es sich bei der Zulassungsverfügung um eine Entscheidung handelt. Diese Frage ist zweifelsohne zu bejahen.
- 115 Diese Auslegung stimmt mit Art. 5 Abs. 2 URG, welcher im Rahmen der parlamentarischen Beratung ggü. der Botschaft noch verdeutlicht wurde, in Übereinstimmung. Demnach sind unter anderem amtliche oder gesetzliche geforderte Sammlungen vom Urheberrechtsschutz ausgenommen ebenso wie die Übersetzung der ausgenommenen Werke gem. Art. 5 Abs. 1 URG.
- 116 Bei den fraglichen Arzneimittelinformationen handelt es sich zudem zweifelsohne um eine gesetzlich geforderte Sammlung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 URG.

Es wäre nun im vorliegenden Fall äusserst widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin an den einzelnen Arzneimittel eine urheberrechtliche Rechtsposition inne hätte, mittels welcher die Beschwerdeführerin mit einfachen Mitteln den Zweck von Art. 5 Abs. 2 URG unterlaufen könnte, indem sich Beschwerdeführerin auf ihre Rechtsposition an der einzelnen Arzneimittelinformation berufen könnte.

- 117 Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren exemplarisch nachgewiesen, hat die Swissmedic in der Zwischenzeit bestätigt, wonach bei sämtlichen Zulassungsverfügungen die Patienten- und Fachinformationen integraler Teil der Verfügung sind (E-Mail von Dr. Charles Boyle, Swissmedic, KAB 6)

Damit werden die Patienten- und Fachinformation Teil einer behördlichen Entscheidung und sind durch das Urheberrecht nicht geschützt (Art. 5 Abs. 1 lit. c URG), wobei sich die Schutzunfähigkeit auch auf die von Swissmedic nicht zu genehmigende (AMZV Anh. 4 Ziff. 1.1), aber amtlich geforderte (Art. 14 Abs. 2 VAM) Übersetzung der Fachinformation erstreckt (Art. 5 Abs. 2 URG).

- 118 Die Schutzunfähigkeit betrifft auch im amtlichen Werk wiedergegebene Werke von Privaten im Umfang der Wiedergabe (BARRELET/EGLOFF, N 6 zu Art. 5). An dieser für die Schweiz klaren verbindlichen Rechtslage vermag die von der Beschwerdeführerin zitierte ausländische Rechtslage nichts zu ändern und es ist auf Grund der klaren Rechtslage vorliegend nicht angezeigt, ausländisches Recht und ausländische Literatur in extenso anzuführen.

Mit ihrer Argumentation in Bezug auf Verfügungen im Baubewilligungsverfahren verkennt die Beschwerdeführerin, dass die Sachlage bei der Genehmigung von Arzneimitteln eine völlig andere ist. Im Einzelnen sei diesbezüglich auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen.

- 119 Die Behauptung, wonach die Swissmedic keine schöpferische Tätigkeiten verrichtet, ist zudem nachweislich falsch. Einerseits ist es die Swissmedic, welche jeweils detaillierte Musterformulierungen vorschlägt/befiehlt (vgl. beispielsweise KAB 4). Zudem ist es auch die Swissmedic, welche im Rahmen der Zulassungsbewilligung dem Antragsteller Ergänzungsvorschläge unterbreitet. Die schöpferische Tätigkeit ist nicht das entscheidende Kriterium, sondern das überwiegende öffentliche Interesse an der freien, ungehinderten Verbreitung, wie dies beispielsweise auch Zahlungsmitteln deutlich zum Ausdruck kommt.

- 120 Die Beschwerdeführerin stand unter dem Regime der IKS formell und materiell in einem verwaltungsvertragsrechtlichen Verhältnis, was sich aus der entsprechenden Verfügung eindeutig ergibt (vgl. im Einzelnen KAB 7), weil der Beschwerdeführerin ganz konkrete und wichtige Nebenverpflichtungen auferlegt worden sind.

Dasselbe gilt für den heutigen Zustand.

121 Rz. 30 – 45. Bestritten. Vorab sei auf die grundsätzlich zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen (Ziff. 3.3.4, Seite 11 des angefochtenen Urteils bzw. bzw. Ziff. 2 lit. d, S. 5ff. des vorinstanzlichen Massnahmeentscheides).

122 Urheberrechtlichen Schutz als Werke geniessen geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Geistige Schöpfungen, die zwar neu, aber dem Bekannten so nah sind, dass auch beliebige andere die gleiche Form schaffen könnten, haben keinen individuellen Charakter (BARRELET/EGLOFF, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, N 8 zu Art. 2; BGE 110 IV 105).

Keinen urheberrechtlichen Schutz geniessen Sprachwerke, die banale Zusammenstellungen von Alltagsredewendungen oder durch die Sachlogik vorgegeben sind (BARRELET/EGLOFF, a. a. O., N 13 zu Art. 2). Als mögliche Beispiele werden standardisierte Geschäftsbriefe (BGE 88 IV 128), Allgemeine Geschäftsbedingungen (SMI 1988 115), Formularverträge, Gebrauchsanweisungen usw. genannt (BARRELET/EGLOFF a. a. O.).

123 Der Massnahmerichter hat im vorliegenden Fall zutreffenderweise und prägnant folgendes ausgeführt:

„Bei den Fach- und Patienteninformationen handelt es sich um wissenschaftliche Texte, die zum einzigen Zweck haben, Fachpersonen bzw. Patienten über die wesentlichen Eigenschaften eines Arzneimittels aufzuklären. Ihr Inhalt ist in Anh. 4 Ziff. 3 bzw. Anh. 5.1 Ziff. 3, Anh. 5.2 Ziff. 3 und Anh. 5.3 Ziff. 4 zur AMZV detailliert geregelt. Die genannten Bestimmungen regeln in Bezug auf die Fachinformation den Aufbau einschliesslich der Reihenfolge („1. Name des Präparates, 2. Zusammensetzung: a. Wirkstoffe, b. Hilfsstoffe, 3. Galenische Form...“), in Bezug auf die Patienteninformation darüber hinaus sogar die Formulierungen der Überschriften („Was ist ... und wann wird es angewendet?“) und einzelner Texte („Lesen Sie diese Packungsbeilage sorgfältig...“). Die Fachinformationen sind bewusst knapp gehalten und bestehen z. T. nur aus stichwortartigen Aufzählungen. Die Patienteninformationen enthalten im Wesentlichen dieselben Informationen, sind aber stets als vollständige Sätze, häufig im Imperativ der 3. Person Plural, ausformuliert („Schlucken Sie die Kapseln unzerkaut während einer Mahlzeit“). Eine individuelle Gestaltung der Formulierungen ist nicht erkennbar. Es handelt sich um banale Alltagsformulierungen, die sich aus dem allgemeinen medizinischen Sprachgebrauch, den besonderen Gepflogenheiten bei der Formulierung von Patienten- und Fachinformationen und dem durch wissenschaftliche Fakten und gesetzliche Bestimmungen vorgegebenen Aufbau und Inhalt ergeben.“

124 Die Vorinstanz ist diesen Erwägungen gefolgt und hat sich zusätzlich mit den beiden in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Entscheiden („Bob Marley“ und „Wachmeister Meili“ detailliert auseinandergesetzt (vgl. Ziff. 3.1.2, Seite 9ff.).

In Bezug auf das Vorliegen von urheberrechtlich geschützten Werken hat das Bundesgericht im jüngsten Entscheid („Bob Marley“) zudem Folgendes festgehalten (BGE 130 III 168, S. 172f.):

„Wesensmerkmal des urheberrechtlich geschützten Werkes ist neben dem individuellen Charakter das Vorliegen einer geistigen Schöpfung der Literatur oder Kunst. Als geistige Schöpfung muss das Werk auf menschlichem Willen beruhen; es muss Ausdruck einer Gedankenäusserung sein.“

Und weiter in Bezug auf Fotos (BGE 130 III 168, S. 173):

„Es besteht in der Literatur insoweit Einigkeit, als einerseits banale Knipsbilder vom Schutz ausgeschlossen werden und andererseits die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, in deren Gestaltung gesehen wird, zum Beispiel durch die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs. ...“

125 Im Urteil „Wachmann Meili“ hat das angerufene Gericht erneut zutreffend festgehalten, wonach von einem Werk nur dann die Rede sein kann, wenn der individuelle Charakter im Werk selber zum Ausdruck kommt (vgl. BGE 130 III 714 Ziff. 2.1, 2. Absatz). Der urheberrechtliche Schutz hängt auch nach Auffassung der herrschenden Lehre nicht vom einmaligen Vorhandensein eines Werkes ab, sondern vielmehr von der Wahl des Objekts, der Gestaltungselemente, der Technik etc. Damit von von einem urheberrechtlichen Werk die Rede sein kann, ist es zwingend, dass sich das Werk vom allgemein Üblichen abhebt (vgl. BGE 130 III 714, Ziff. 2.3 i.f.).

126 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde von der Vorinstanz zutreffend berücksichtigt und auf den vorliegenden Fall angewandt.

127 Überträgt man die höchstrichterlichen Erwägungen auf den vorliegenden Fall, so wird - wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat -, offenkundig, dass es sich bei den Arzneimittelinformationen aufgrund ihrer speziellen Funktion und den geltenden Vorschriften durchwegs nicht um Werke im urheberrechtlichen Sinne handeln kann. A fortiori vermögen auch die behaupteten, jedoch nicht

bewiesenen Arbeiten, der Beschwerdeführerin kein urheberrechtliches Werk zu schaffen.

128 Daran vermag auch das willkürlich ausgewählte Beispiel von Ponstan und Mephadolor aus verschiedenen Gründen, welche nachfolgend exemplarisch angeführt werden:

- Der Begriff des Generika hat seine Wurzeln bekanntlich im Patentrecht. Die Identität von Mephadolor und Ponstan besteht lediglich in der Art des Wirkstoffes, also den grundsätzlichen Mechanismus des erwähnten Wirkstoffes und nicht mehr.

Mefenaminsäure ist beispielsweise ein nichtsteroidales Antiphlogistikum aus der Gruppe der Anthranilsäurederivate, zu der auch die [Tolfenaminsäure](#) und [Meclofenaminsäure](#) gezählt werden (vgl. z.B. die Beschreibung des Instituts für Veterinärpharmakologie und – toxikologie; http://www.-vetpharm.uzh.ch/perldocs/index_i.htm).

Beim Wirkstoff Mefenaminsäure handelt es sich in der Tat bloss um einen Oberbegriff (auch im patentrechtlichen Sinne) einer Gruppe gleichartiger Wirkstoffe. Bei Ponstan und Mephadolor handelt es sich folglich nicht um zwei exakt identische Medikamente, wie dies von der Beschwerdeführerin suggeriert wird. Es handelt sich nur - aber immerhin - um Medikamente mit Wirkstoffen, deren Mechanismus in medizinischer Hinsicht als ähnlich beschrieben werden kann.

- Dieser Sachverhalt ist vergleichbar dem eines Autos mit einem ABS-System. In der grundsätzlichen Funktion stimmen solche Systeme wohl überein. Hingegen unterscheiden sich die ABS-Systeme der verschiedenen Automarken sowohl in technischer Hinsicht auch als im Verhalten in den verschiedenen Fahrsituationen.
- Darüber hinaus sind auch Hilfsstoffe, galenische Formen, Wirkstoffmengen etc. der beiden Medikamente nicht identisch.
- **Fazit:** Bei den genannten Arzneimitteln handelt es nicht um identische Medikamente, sondern bloss um Medikamente, welche einen vergleichbaren Auswirkungsmechanismus aufweisen. Folglich sind für beide Medikamente eigenen Forschungen, Tests etc. durchzuführen und es ist vor diesem Hintergrund nicht erstaunlich, dass die entsprechenden Arzneimittelinformationen nicht identisch ausfallen.
- Beim Detailstudium fällt zudem ein weiteres Mal auf, wonach die Beschwerdeführerin jeweils wichtige Informationen unerwähnt lässt. Denn selbst wenn es sich um identische Medikamente handeln würde, so ist zu beachten, dass die eine Information den Stand vom Juli 2005 (Ponstan) und die andere Information (Mephadolor) aus dem Jahre 1993

stammt. Damals waren die Vorschriften sowie die Erkenntnisse aus der Forschung mit Bestimmtheit geringer.

- Auch aus diesem Grunde ist der von der Beschwerdeführerin angestellte Vergleich nicht stichhaltig.

129 Zu Rz. 41: Bestritten. Die Vorinstanz vermischt nicht Form und Inhalt. Vielmehr ist ja so, dass ein Generikum in der Regel zu ähnlichen (jedoch nicht zwingend gleichen) Test- und Forschungsergebnissen führt. Vor dem Hintergrund, dass der urheberrechtliche Schutz weiterreicht, als nur die exakte 1:1 Kopie, sind Konstellationen wie von der Vorinstanz angeführt, vorstellbar.

Es ist nicht ersichtlich, wo und wie die Vorinstanz Form und Inhalt durcheinander gebracht haben soll.

Selbst wenn die Vorwürfe an die Adresse der Vorinstanz zutreffen würde, so vermöchte dies am Urteil nichts zu verändern, denn es handelt sich um eine eigenständige Eventualbegründung und bekanntlicherweise erstreckt sich das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin nur auf das Urteilsdispositiv und nicht auf die Begründung.

130 Zu Rz 42/43/44: Bestritten. Die Beschwerdeführerin bleibt auch in medizinischer Hinsicht auf der formellen Ebene stecken. Wie vorne bereits ausführlich dargelegt, handelt es sich bei einem Generikum nicht begriffsnotwendig um ein mit dem Originalpräparat identisches Medikament, sondern bloss – aber immerhin – um ein Medikament mit derselben Wirkstoffgruppe. Es ist wahrscheinlich, dass die verschiedenen klinischen Tests und Versuche zu vergleichbaren allenfalls zu teilweise gleichen Resultaten führen können.

Vor diesem wohl unbestrittenen Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt haben soll. Kommt noch hinzu, dass sich diese Rüge auf eine eigenständige Eventualbegründung bezieht, welche am rechtsschutzrelevanten Dispositiv nichts zu verändern vermag.

131 Gemäss herrschender Lehre und der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung ist nicht die statistische Einmaligkeit eines Werkes relevant. Im Einzelnen sei auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen. Wäre die Argumentation der Beschwerdeführerin zutreffend, so hätte das Bundesgericht den Fotos von Wachmeister Meili auch Werkqualität zubilligen müssen, denn es existiert keine zweite, vergleichbare Foto von Wachmeister Meili.

132 Zu Rz. 45/46: Bestritten. Es ist nicht nachvollziehbar und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt, inwiefern das TRIPS-Abkommen einen urheberrechtlichen Schutz begründen soll, welcher über jenen des URG hin-

ausgeht. Folglich kann von einer Verletzung eines Staatsvertrages nicht die Rede sein.

Wie bereits ausgeführt, geht die Beschwerdeführerin von nachweislich falschen tatsächlichen Gegebenheiten aus und bleibt in einer formalistischen Begründungskette stecken, denn beim Generikum handelt es sich nicht um ein identisches Medikament, sondern bloss aber immerhin um ein Medikament mit derselben Wirkstoffgruppe.

Die Vorinstanz hat richtig und zu Recht erkannt, dass wenn Tests, Studien, Versuche etc., welche für die Zulassung für ein Medikament (Generikum) zwingend durchgeführt werden müssen, ähnlich oder identisch ausfallen, diese Tatsache aufgrund der detaillierten gesetzlichen Bestimmungen zu übereinstimmenden Arzneimittelinformationen führt.

133 Rz. 48/49/50/51. Bestritten. Dies aus nachfolgenden Gründen:

- Selbst in der vorliegenden Beschwerde gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, substantiiert zu belegen und zu begründen, inwiefern und weshalb die Sachverhaltsdarstellung der Weko lückenhaft sein soll. Dasselbe gilt für die gutachterliche Stellungnahme des IGE.

Aus Sicht des Beschwerdegegners ist es eine ungebührliche Unterstellung der Beschwerdeführerin, wenn diese dem IGE und dem unterzeichnenden Experten, Dr. Carlo Cavoni, vorwirft, man hätte sich im Wesentlichen mit der blossen Abschrift der vorinstanzlichen Massnahmebegründung begnügt.

Der Experte hat sich von den massgeblichen Doktrin und Rechtsprechung leiten lassen und ist zu einem eindeutigen Schluss gelangt.

- Wie bekannt, ist die Untersuchung der Weko bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Das Verfahren ist immer noch am Laufen und die Akten werden fortlaufend ergänzt. Wenn nun dem Beschwerdegegner der Vorwurf gemacht wird, er hätte fortlaufend Akteneinsicht zu verlangen, damit allfällige Beweismittel in ein Zivilverfahren eingebracht werden können, so zeugt dies von einem etwas eigenartigen Verständnis der Beschwerdeführerin.
- Auch in dieser Hinsicht zeigt das detaillierte Studium, dass die Beschwerdeführerin bloss jene Stellen der ZPO heranzieht, welche für ihren Standpunkt sprechen. Aus bekannten bundes- und staatsrechtlichen Gründen richtet sich die Praxis der baselstädtischen Gerichte nicht nach dem „strengen“ Wortlaut der bereits in die Jahre gekommenen ZPO.

§ 81 Abs. 2/3/4 lauten zudem wie folgt:

„... Über die Zulassung einer solchen Eingabe (nachträgliche Nennung, eingefügt durch Verfasser) entscheidet der Präsident spätestens bis zur Ansetzung der Gerichtsverhandlung.

Nimmt eine Partei die Entscheidung des Präsidenten nicht an, so hat sie das innert der Frist des § 76 (d.h. von der Ansetzung zur Hauptverhandlung bis drei Tage vor der Hauptverhandlung, eingefügt durch Verfasser) zu erklären.

Der Gegenpartei ist jedenfalls Gelegenheit zu geben, sich zu dem nachträglich Vorgebrachten noch zu äussern.“

- Nachweislich hat a) die Präsidentin die strittigen Duplikbeilagen zugelassen und nicht aus dem Recht gewiesen:
- nachweislich liegt b) von der Beschwerdeführerin keine Erklärung im Sinne von § 81 Abs. 3 ZPO vor;
- nachweislich hat sich c) die Beschwerdeführerin zum Gutachten anlässlich der Hauptverhandlung Gelegenheit erhalten, sich zu äussern.

In ihrem Plädoyer kommt die Beschwerdeführerin zum Schluss, das Gutachten sei zu relativieren und mit grosser Vorsicht zu geniessen.

BO: vgl. Auszug auf Plädoyer, S. 4

Beilage 19

- Die Befunde des Gutachten sind eindeutig. Das Gutachten kommt nämlich zum Schluss, dass:
 - 1. es sich bei Arzneimittelinformationen nicht um urheberrechtliche Werke handelt (letzte Absätze der Antwort zu Frage 1);
 - 2. die urheberrechtliche Inhaberschaft – wenn überhaupt gegeben – höchstwahrscheinlich bei den Zulassungsinhabern liegt (2. Absatz der Antwort zu Frage 2);
 - 3. es sich beim Kompendium nicht um ein urheberrechtliches Werk handelt (letzter Absatz der Antwort zu Frage 3).
- Ferner sieht § 158 ZPO ausdrücklich vor, dass das Gericht Akten verlangen, einsehen und berücksichtigen kann. Die Weko ist zu solchen Auskünften ebenfalls gesetzlich verpflichtet. Gemäss dem oben zitierten

§ 158 ZPO ist in einem solchen Fall den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Mit Verlaub sei daher die Frage aufgeworfen, ob die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, die Gerichtspräsidentin hätte mit dem fraglichen Gutachten bereits in der Hand, sich nochmals an die Weko wenden müssen und eine erneute Herausgabe des sich bereits in den Akten befindlichen Gutachtens zu verlangen.

Im übrigen kann das Gericht gemäss § 158 ZPO Akten grundsätzlich jederzeit und nach eigenem Ermessen berücksichtigen.

- Schlussendlich kommt einmal mehr dazu, dass es sich bei der Würdigung/Berücksichtigung der Gutachten wiederum um eine weitere Eventualbegründung handelt, welche für sich alleine genommen nichts am rechtsschutzrelevanten Dispositiv zu verändern vermag.

134 Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, inwiefern Rechte der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz verletzt worden sein sollen. Die Beschwerdeführerin müsste sich vielmehr einmal die Frage stellen, ob sie nicht aufgrund der einschlägigen Prozessbestimmungen gehalten gewesen wäre, das der Beschwerdeführerin nachweislich bekannte Gutachten von sich aus dem Gericht einzureichen.

135 Rz. 52. Bestritten. Bereits aus dem Titel von Ziff. 5 „Anwendung des Amortisationskriteriums als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 5 lit. c UWG“ ist unter Berücksichtigung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist es mit bestem Willen nicht nachvollziehbar, inwiefern mit der Berücksichtigung des Amortisationskriteriums eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung einhergehen soll. Die Amortisation ist offensichtlich ein wesentliches Element bei der Anwendung von Art. 5 lit. UWG. Zitate liessen sich diesbezüglich haufenweise anführen.

Von einer offensichtlichen unrichtigen Feststellung bzw. Würdigung des Sachverhalts kann nicht die Rede sein. Aus den Unterlagen ergibt sich einerseits klarerweise die Monopolstellung der Beschwerdeführerin andererseits ergibt sich aus den Unterlagen, dass die Beschwerdeführerin sich für Ihre Dienstleistungen immer fürstlich entschädigen liess. Sie ist wohl eine der wenigen Verlegerinnen, welche beispielsweise namhafte Vorschusszahlungen verlangen konnte.

Dem Beschwerdegegner wurden die Geschäftszahlen nicht offen gelegt. Allerdings ist ihm bekannt, dass die Beschwerdeführerin jedes Jahr satte Gewinne bzw. Reservenzuweisungen verbuchen konnte. Die damaligen Teilhaber wur-

den jeweils mit nicht geringen Gewinnausschüttungen bedient und auch bei den übrigen Gehältern konnte die Beschwerdeführerin grosszügig verfahren.

Die allgemeine Konjunkturlage hatte aufgrund der spezifischen Monopolsituation nicht gross Einfluss auf die Gewinnträchtigkeit der Beschwerdeführerin.

- 136 Zu Rz. 54/55. Bestritten. Für den Beschwerdeführer sind im vorinstanzlichen Entscheid keine Schätzungen ersichtlich. Die Beschwerdeführerin liegt falsch, wenn sie die Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz als Schätzung deklassiert wissen will.

Selbst der von der Beschwerdeführerin angebrachte Verweis auf Rz. 16ff. der Klagebegründung enthält keine stichhaltigen Argumente, welche die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin für ihre Aufwände bereits entschädigt worden ist, etwas anders als was die Vorinstanz befand herzugeben vermag. Substantiierte Vorbringen findet man in der Klagebegründung keine.

Vielmehr fällt auf, dass die Beschwerdeführerin lediglich einen einzigen ihr vorteilhaft erscheinenden Geschäftsabschluss ins Recht legte (KB 31). Wären tatsächlich nicht alle Aufwände bereits durch die Publikationsgebühren abgegolten worden, so hätte es die Beschwerdeführerin in der Hand gehabt, die Geschäftsberichte- und abschlüsse der letzten fünf oder zehn Jahre ins Recht zu legen. Am Geschäftsgeheimnis kann es nicht liegen, da dieses nachweislich durch Vorinstanz berücksichtigt wurde.

Der Beschwerdegegner und mit ihm vermutlich auch das Gericht kann nur vermuten, weshalb die Beschwerdeführerin der Vorinstanz nur zurückhaltend Geschäftsabschlüsse vorlegte. Es liegt der Schluss nahe, wonach sich aus den übrigen Geschäftsabschlüssen der eindeutige Hinweis einer Monopolrente ergeben hätte. Dies wiederum suchte die Beschwerdeführerin zu kaschieren, denn in anderer Hinsicht scheute die Beschwerdeführerin keinen Aufwand zur Einreichung von Beweisunterlagen.

Die Beschwerdeführerin hat im Weiteren selber festgestellt, dass die AVB nur aber immerhin die Zahlungspflicht der Zulassungsinhaber zu belegen vermögen. Wenn die Beschwerdeführerin aus dieser Feststellung der Vorinstanz Mutmassungen vorwirft, so richtet sich dieser Vorwurf korrekterweise an sie selber. Die Beschwerdeführerin hat nämlich nachzuweisen, dass die fürstlichen Gebühren in grossem Masse nicht kostendeckend ausfallen. Das ist nicht Aufgabe des Gerichtes.

- 137 Zu Rz. 56. Bestritten. Einzig richtig ist die Feststellung des unentgeltlichen Angebots. Das hat grundsätzlich nichts mit dem Geschäftsmodell zu tun. Die-

ses kann von der Beschwerdeführerin frei gewählt werden, was sich beispielsweise aus dem ins Recht gelegten Koko-Protokoll (**KAB 13**) ergibt.

BO: -Koko-Protokoll

Beilage 15

-Auszug aus Antwort der Besch.führerin an Weko

Beilage 20

Die Beschwerdeführerin hat/hatte sogar das Privileg, ihr Geschäftsmodell mit den massgeblichen Vertretern der Zulassungsinhaber zuerst abzustimmen und absegnen zu lassen. Ebenso ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin ihre Aufwände sogar teilweise im Voraus amortisieren kann (**vgl. Beilage 20**).

Vor diesem Hintergrund fehlt eigentlich nur die Klage der Beschwerdeführerin, sie sei von Gesetzes wegen zu einem Verlustgeschäft verpflichtet worden und hätte dieses den Zulassungsinhabern zu Liebe über zwanzig Jahre auf sich genommen und sei auch heute noch bereit, diese Last weiterhin auf sich zu nehmen! Weitere Ausführungen zu Rz. 56 erübrigen sich.

- 138 Zu Rz. 57. Teilweise bestritten. Die zusätzlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin und auch die replicando vorgebrachten Gründe in Rz. 192 sind nicht geeignet, zu beweisen, dass die Kosten der Beschwerdeführerin nicht schon amortisiert sind. Die von der Beschwerdeführerin unterstrichene Passage wirft der Beschwerdegegner der Documed im Kern ja vor, allerdings mit dem Zusatz, wonach aus dem vorliegenden natürlichen Monopol bei den Arzneimitteln zu Gunsten der Beschwerdeführerin diese ihr Monopol auch auf nachgelagerte Produkte und Dienstleistungen auszuweiten gedenkt.

Auch für den Fall, dass tatsächlich noch relevante Entwicklungskosten vorliegen oder ausgewiesen worden wären, so könnten diese nie und nimmer von der massgeblichen Online-Datenbank herrühren. Diese ist technisch dermassen einfach und braucht lediglich noch mit den bereits vorhandenen und aufbereiteten Arzneimittelinformationen aus der Buchpublikation gefüttert zu werden.

Diesen Überlegungen ist offensichtlich und zu Recht auch die Vorinstanz gefolgt.

- 139 Rz 58/59: Bestritten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es sich vorliegend nicht um eine gleichgelagerte Konstellation wie beim erwähnten Entscheid „Such-Spider“ handelte sollte. Die Interpretation der Beschwerdeführerin ist nicht zwingend, weil eben mit dem erwähnten Aufwand selbstredend hauptsächlich jener mit der gesetzlich vorgeschriebenen Buchpublikation gemeint ist.

Es wird bestritten, wonach der Aufwand zur Erstellung der eigentlichen, streitgegenständlichen Datenbank der Beschwerdeführerin jene des Beschwerdegegners massgeblich übertrifft, denn wie gesagt, fiel/fällt der grösste

Teil des Aufwandes der Beschwerdeführerin im Rahmen der gesetzlichen Buchpublikation an. Diese bestand von allem Anfang an.

140 Es ist richtig, dass seitens des Beschwerdegegners bestimmte Aufwände entfallen. Hingegen fallen beim Beschwerdegegner sehr viel höhere Aufwände an, um Arzneimittelinformationen korrekt in seine Datenbank zu migrieren. Dies einerseits weil die Datenbank des Beschwerdeführers um einiges komplexer und umfangreicher ist und massgeblich über mehr Funktionalitäten verfügt, als jene der Beschwerdeführerin. Andererseits resultiert seitens des Beschwerdegegners auch ein grösserer Aufwand, weil ein Grossteil der Zulassungsinhaber, der Swissmedic etc. auf Windows basiert, was teilweise einen enormen Migrationsaufwand zur Folge hat.

141 Zu Rz. 60-65. Bestritten. Bei den Zitaten handelt es sich lediglich um mehr oder weniger willkürliche Auswahl der Beschwerdeführerin. Insbesondere wird von der Beschwerdeführerin übersehen, dass die erwähnten Zitate auf den traditionellen Sachverhalt des Raubkopierens beziehen. Ein solcher ist aber vorliegend unbestrittenermassen nicht gegeben. Der Sachverhalt wonach jemand bereits für seine Aufwände entschädigt worden ist, findet in der von der Beschwerdeführerin zitierten Literatur nur marginal Erwähnung.

Unbestritten spielt der Aufwand entsprechend dem Gesetzeswortlaut und dem Zweck von Art. 5 lit. c UWG eine wichtige Rolle. Das wirtschaftliche Gegenstück zum Aufwand sind Einnahmen. Folgerichtig kommt der Amortisation bei der Bestimmung des Aufwandes eine wichtige Rolle zu.

Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung wie auch die Absicht des Gesetzgebers korrekt und zutreffend wiedergegeben. Wie die Vorinstanz zutreffend folgert, kommt dem Amortisationsgedanken bei der teleologischen bzw. bei der funktionalen Auslegung von Art. 5 lit. c eine massgebliche Bedeutung zu.

Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, dass es gewiss nicht Absicht des Gesetzgebers war, wonach sich die Beschwerdeführerin in Monopolstellung einerseits für die Buchpublikation fürstlich entschädigen lässt und in einem nachfolgenden Schritt, indem sie diese Buchpublikation ins Netz gleich noch einmal entschädigt wird und darüber hinaus, Dritten noch zu verbieten, die ihr von Gesetzes wegen überlassenen Arzneimittelinformationen in irgendeiner Art zu verwerten.

142 Nach unbestrittener Praxis und Lehre soll mit Art. 5 lit. c. kein neues Immaterialgut geschaffen werden. Nicht das Ergebnis als solches soll geschützt werden, sondern nur unlautere Handlungen in Form von Trittbrettfahrern verhindert werden. Dies vor dem ebenfalls unumstrittenen Grundsatz, wonach Ko-

pieren aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen grundsätzlich erwünscht und erlaubt ist.

Vor diesem Hintergrund ist an der vom Bundesgericht und der Vorinstanz praktizierten Berücksichtigung der Amortisation in jeglicher Hinsicht gerechtfertigt.

- 143 Die bisherigen Ausführungen lassen deutlich erkennen, wonach die ursprüngliche Pflicht der Zulassungsinhaber darin bestand, die Arzneimittelinformationen in einem umfassenden Werk zu publizieren. Mit dieser Aufgabe wurde die Beschwerdeführerin betraut. Erst mit der Praxisänderung im Jahre 2004 durch die Swissmedic, also nach dem Zeitraum der inkriminierten Handlungen des Beschwerdegegners, besteht eine teilweise Pflicht zur elektronischen Publikation der Arzneimittelinformationen. Dabei handelt es sich einzig um die Patienteninformationen, welche rein geschäftlich gesehen, nicht dieselbe Relevanz und das entsprechende Geschäftspotential wie die Fachinformationen haben.

Aufgrund dieser Tatsache folgt zwangsläufig, dass auch der bis zu diesem Zeitpunkt getätigte Aufwand durch die Beschwerdeführerin ausschliesslich für die Buchausgabe erfolgte. Die verschiedenen, zusätzlichen, elektronischen Dienstleistungen und Angebote basierten/basieren massgeblich auf Vorleistungen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Buchproduktion für welche diese bereits entschädigt worden ist. Daher stellt auch die Datenbank der Beschwerdeführerin ein blosses Nebenprodukt dar.

Mit der neuen Praxis ist eine geringfügige – für den vorliegenden Fall aber irrelevante – Verschiebung denkbar. Dabei ist zusätzlich noch zu beachten, dass die jährlich effektiv neu hinzukommenden Arzneimittelinformationen sich in einem bescheidenen Rahmen halten.

- 144 Die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung von Art. 5 lit. c UWG mit der entsprechenden Berücksichtigung der Amortisation ist stringent, macht Sinn und entspricht dem gesetzgeberischen Willen.
- 145 In diesem Zusammenhang sei nochmals mit Vehemenz darauf hingewiesen, dass mit Artikel 5 lit. c UWG lediglich - aber immerhin - das parasitäre (unlautere) Verhalten, indem jemand etwas 1:1 übernimmt und ebenso ohne eigenen Aufwand auf den Markt bringt, erfasst ist. Nicht einmal die Beschwerdeführerin wirft dem Beschwerdegegner ein solches Verhalten vor, weil sich vorliegend der Beschwerdegegner sich keinerlei solche Handlungen vorwerfen lassen muss.

146 Zu Rz. 65/66. Bestritten. Entsprechend den voran gegangenen Ausführungen ist das Fazit nicht stichhaltig. Die Vorinstanz den Sachverhalt zutreffend gewürdigt sowie Art. 5 lit. c zutreffend ausgelegt und angewandt.

147 Zu Rz. 67 – 73. Bestritten. Wie bereits vorne dargelegt, handelt es sich bei den nackten Arzneimittelinformationen aus technischen Gründen nicht um ein marktreifes Ergebnis. Daran vermag die vorinstanzliche Feststellung, wonach für die Arzneimittelinformationen eine Lizenz zu bezahlen war nichts zu verändern, weil in jenem Fall, selbstredend auch die entsprechende Datenbanksoftware zur Verfügung gestellt wurde bzw. die Arzneimittelinformationen in einer Art und Formatierung zur Verfügung gestellt wurden, damit dieses mit einer marktüblichen Software bearbeitet werden konnten.

Bei der behaupteten Übernahme handelt es sich demzufolge entweder nicht um ein marktreifes Arbeitsergebnis oder aber der Entwicklungs- und Variationsaufwand des Beschwerdegegners ist zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz folgte richtigerweise der zweiten Betrachtungsweise und stellte beim Vergleich (wiederum eventualiter) auf den Gesamtaufwand des Beschwerdegegners ab.

Nachweislich hat der Beschwerdeführer der Vorinstanz umfangreichen Programmiercode eingereicht. Wenn diese Tatsache der Beschwerdeführerin schleierhaft ist (Rz. 68) , so kann der Beschwerdeführer diesen Mangel nicht beheben. Von der behaupteten offensichtlichen falschen Sachverhaltsdarstellung kann nicht die Rede sein. Die VI hat den Sachverhalt zutreffend gewürdigt.

148 Zu Rz. 74 – 77. Bestritten. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren versprach sich die Beschwerdeführerin mit den aufgeführten theoretischen Ausführungen das Gericht überzeugen zu können. Das angerufene Gericht hat im „Such-Spider“ richtig entschieden. Seither hat sich an der Ausgangslage nichts geändert. Bei der zitierten Lehrmeinung handelt es sich nicht um die herrschende Lehre, sondern bloss um die einzige Lehrmeinung in der Form einer Rezension aufgrund des damaligen Massnahmeentscheides. Damit ist die Relevanz dieses Zitats nicht von grosser Bedeutung.

Insbesondere die von der Beschwerdeführerin unterstrichenen Passagen sind unzutreffend (zB. Rz 76if. und Rz. 77). Mit dem UWG im Allgemeinen und vorliegend mit Art. 5 lit. c UWG soll nachgewiesenermassen nicht ein Wettbewerbsvorteil gesichert oder geschützt werden. Eine solche Auslegung ist nachweislich mit Art. 5 lit. c bzw. Art. 2 UWG nicht vereinbar. Mit dem UWG sollen unlautere Handlungen unterbunden werden, womit allenfalls ein Wettbewerbsvorteil verbunden sein kann. Es ist aber nicht Zweck des UWG einen

Wettbewerbsvorteil sicherzustellen. Diese Auffassung wäre mit der in der Schweiz applizierten Marktwirtschaft nicht vereinbar.

- 149 **Schlussfazit:** Wäre die Argumentation der Beschwerdeführerin stichhaltig, so wäre ein Konkurrent aufgrund der spezifischen Situation im vorliegenden Streitfall theoretisch gezwungen, auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko ein Kompendium II zu erstellen und zu produzieren. Es ist wohl selbstverständlich, dass der Konkurrent keine Zulassungsinhaber finden wird, welche seine anfallenden Aufwände bezahlen, nachdem diese bereits bei der Beschwerdeführerin ihren gesetzlichen Publikationspflichten nachgekommen sind und dafür bereits namhafte Beträge zu bezahlen hatten. Dies gilt im besonderen Masse, wenn es sich nicht um Neupublikationen handelt.

Diese Ansicht wird von der Beschwerdeführerin nachweislich geteilt (vgl. **Beilage 12**).

Ein solches Unterfangen ist unrealistisch und von vornherein zum Scheitern verurteilt. Mit anderen Worten führt die Auffassung der Beschwerdeführerin im Resultat dazu, dass mittels einer bestehenden Monopolstellung nachgelagerte oder damit verwandte Märkte ebenfalls unter die Monopolfuchtel genommen werden. Ein solches Resultat ist aus verschiedenen Gründen nicht Absicht des Gesetzes- und des Verfassungsgebers.

- 150 Unter Berücksichtigung der vorangegangenen Ausführungen sowie unter Berücksichtigung aller Tatbestandselemente kann von einer unlauteren Handlungsweise des Beschwerdegegners nicht die Rede sein.

Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie um Gutheissung der gestellten Anträge und diese vollumfänglich stattzugeben.

Hochachtungsvoll

Stephan Stulz, Rechtsanwalt

dreifach

Kopie an: Zeno R. R. Davatz, Winterthurerstrasse 52, 8006 Zürich

RA Dr. Peter Mosimann und RA lic.iur. et oec.publ. Roland Mathys, LL.M, c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55, 4010 Basel