

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

EINSCHREIBEN
Zivilgericht Basel-Stadt, Kammer P
Frau Dr. Fabia Beurret-Flück, Präsidentin
Bäumleingasse 5
Postfach
4001 BASEL

Orientierungskopie

Zürich, 23. April 2008
Ihre Ref.: PHM
Unsere Ref.: 1168

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

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

Gesuchsteller 1

und

ywese GmbH, Winterthurerstrasse 52, 8006 Zürich

Gesuchstellerin 2

beide vertreten durch RA Stephan Stulz, Hardstrasse 319, Postfach, 8021 Zürich

gegen

Documed AG, Aeschenvorstadt 55, 4051 Basel

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

Gesuchsgegnerin

betreffend Tarifierung

beantrage ich namens und im Auftrag der Gesuchsteller folgendes:

- 1) „Es sei die am 5. Juli 2007 verfügte Sistierung aufzuheben.
 - 2) Es sei die Gesuchsgegnerin entsprechend Ziffer 3 des Urteils des Zivilgerichtes Basel vom 8. Mai 2007 zur Bezahlung CHF 90'160.-- zu verpflichten.
 - 3) Es sei die Gesuchsgegnerin zur Bezahlung von Verzugszinsen zu 5% seit dem 8. Mai 2007 (Urteilszeitpunkt) zu verpflichten.
 - 4) Alles unter o/e Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“
-

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

1 Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus § 41 GOG.

2 Mit Entscheid vom 8. Mai 2007 wurden der Gesuchsgegnerin die ausserordentlichen Prozesskosten auferlegt.

BO: Urteilsdispositiv vom 8. Mai 2007

Beilage 1

3 Fristgerecht wurde die Durchführung eines Tarifierungsbegehrens beantragt, welches, nachdem die Gesuchsgegnerin Beschwerde an das Bundesgericht erhob, sistiert wurde.

BO: Verfügung ZG Basel-Stadt vom 5. Juli 2007

Beilage 2

4 Nachdem die Gesuchsgegnerin auch im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren vollumfänglich unterlag, erwuchs das Urteil des ZG Basel-Stadt vom 8. Mai 2008 in Rechtskraft.

Die Gesuchsteller stellten der Gesuchsgegnerin daraufhin Rechnung im Umfang von CHF 90'160.--, zuzüglich Verzugszins.

BO: Schreiben an Gesuchsgegnerin

Beilage 3

5 Daraufhin kam es zu einer telefonischen Besprechung zwischen dem Vertreter der Gesuchsgegnerin und dem Unterzeichnenden. Anlässlich dieses Gespräches äusserte sich RA Matthys dahingehend, dass er sich einen vergleichswweisen Betrag von rund CHF 20'000.-- vorstellen/offerieren könnte.

Dabei berief sich die Gesuchsgegnerin auf die eigene Eingabe vom 27. April 2004, wo sich die Gesuchsgegnerin über den Streitwert äusserte.

BO: Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. April 2004

Beilage 4

6 Aufgrund der Tatsache, dass vorliegend für eine Beschwerde an das Bundesgericht keine Streitwerterfordernisse bestehen (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG) und das angerufene Gericht als einzige kantonale Instanz zuständig war (Art. 64 Abs. 3 URG), ergab sich bis anhin keine Notwendigkeit den Streitwert gerichtlich festzulegen.

Hinzukommt aber auch die Tatsache, dass den Gesuchstellern jegliche Dokumente der Gesuchsgegner, welche eine zuverlässige Schätzung des effektiven Streitwertes ermöglichen, wegen den geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen der Gesuchsgegnerin vorenthalten worden sind. Folglich ist es den Gesuchstellern bis heute unmöglich substantiierte Behauptungen vorzubrin-

gen (vgl auch die entsprechenden Ausführungen von Leonz Meyer in sic! 7/2001, S. 559ff.).

II. Materielles

A. Vorbemerkung

- 7 Im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens, bei dem die Gesuchsgegnerin unterlag und ebenfalls ein Tarifierungsverfahren durchgeführt werden musste, wurde ein durchschnittlicher Stundenansatz von CHF 400.-- festgelegt.

BO: Tarifierungsentscheid vom 26. Mai 2004

Beilage 5

- 8 An den dort festgestellten Verhältnissen (Dringlichkeit, hoher Interessenswert, komplexe Sach- und Rechtsfragen, welche Spezialkenntnisse voraussetzen) hat sich nichts grundsätzlich verändert. Wohl ist die Dringlichkeit des vorsorglichen Massnahmeverfahrens weggefallen, hingegen wuchs der Umfang der Akten und Eingaben überproportional. Dies zeigt sich auch daran, dass bei der Gesuchsgegnerin gleich zwei Anwälte auf den Fall angesetzt wurden und diese offensichtlich eine Arbeitsteilung vornahmen (RA Dr. Mosimann primär für den urheberrechtlichen Teil, RA Mathys primär für den UWG und restlichen -Teil).¹ Hinzukam noch das hängige Verfahren bei der Weko, welches die Sache auch nicht vereinfachte.

Schlussendlich ist aber auch zu beachten, dass die Gesuchsgegnerin mit Informationen über den wirklichen Herstellungsprozess der im Streit stehenden Fach- und Patienteninformationen (FI und PI) sehr zurückhaltend war. Lediglich beispielsweise sei darauf hingewiesen, dass die Gesuchsteller nicht geringe Aufwände tätigen mussten, um zu beweisen, dass beispielsweise die FI und PI integraler Bestandteil der Zulassungsverfügung sind, nachdem die Gesuchsgegnerin versuchte, diese Sachverhaltselemente einfach unter den Teppich zu kehren. Dasselbe gilt etwa auch im Bezug auf die einschlägigen Bestimmungen des FMG und den einschlägigen Ausführungsbestimmungen bezüglich der Vorgaben für die Formulierung von FI und PI².

Mit anderen Worten hat die Gesuchsgegnerin durch ihr taktisches Verhalten einen nicht geringen Aufwand der Gesuchsteller selber verursacht, indem die Gesuchsgegnerin relevante tatsächliche und rechtliche Gegebenheiten, wel-

¹ Soweit ersichtlich sind – was die kartellrechtlichen Belange anbelangt – nochmals zwei Anwälte beigezogen worden.

² Weder im vorsorglichen Massnahmeverfahren noch in der Klagebegründung vom 11. Febr. 2005 weist die Klägerin auf die detaillierten Vorgaben betreffend die Formulierung der FI und PI insbesondere in der AMZV hin. Vielmehr behauptete die Klägerin/Gesuchsgegnerin das Vorliegen eines langen, komplexen Herstellungsprozesses (vgl. Klagebegründung, S. 11, lit. d).

che ihren behaupteten Ansprüchen nicht zu stützen geeignet waren, einfach unerwähnt liess.

B. Berechnung der Parteientschädigung

- 9 Nach § 172 ZPO kann die unterliegende Partei je nach dem Mass des Unterliegens zur Bezahlung einer in fester Summe anzugebenden Entschädigung an die Gegenpartei für allfällige Anwaltskosten oder auch die volle Bezahlung dieser Anwaltskosten auferlegt werden (ausserordentliche Prozesskosten).

Entsprechend der Formulierung von § 172 ZPO hat das angerufene Gericht einen grossen Ermessensspielraum, um die jeweilige Konstellation sachgerecht berücksichtigen zu können.

- 10 Als Regelfall richtet sich die Bemessung des Honorares gemäss § 2 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 15. Dezember 2004 (nachfolgend HO) nach dem *Umfang der Bemühungen*, der *Wichtigkeit und Bedeutung der Sache* für die Auftraggeber und nach der *Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse*, soweit die HO Mindest- und Höchstansätze vorsieht (§ 2 Abs. 2 HO). In besonderen Fällen können die finanziellen Verhältnisse der Zahlungspflichtigen (d.h. Gesuchsgegnerin) mitberücksichtigt werden.

Die HO unterscheidet dabei zwischen „Zivilsachen mit bestimmten Streitwert“ (§ 3 HO) und „übrige Verfahren“ (§ 12 HO).

- 11 Vorliegend stehen drei Rechtsbegehren mit unbestimmten Streitwert zur Diskussion (vgl. Rechtsbegehren 1 – 3 der Klagebegründung vom 11. Febr. 2008, S. 2). Ferner hat die die Gesuchsgegnerin ein Schadenersatzbegehren im Umfang von CHF 20'000.-- in der Form einer Teilklage geltend gemacht (vgl. Rechtsbegehren 4 u. 5 der Klagebegründung vom 11. Febr. 2008, S. 2).

Aus den Prozessakten ergibt sich unzweideutig, wonach das Schadenersatzbegehren der Gesuchsgegnerin von sehr untergeordneter Bedeutung, akzessorischer Natur ist. Hätte sich der Streit in der Hauptsache um diese CHF 20'000.-- gedreht, so wäre längst eine einvernehmliche Lösung möglich gewesen, da allein die aufgelaufenen Anwaltskosten ein Mehrfaches betragen.

Aus den Prozessakten ergibt sich unzweideutig die überragende Bedeutung der ersten drei Rechtsbegehren. Wäre den Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin stattgegeben worden, so hätte diese alle Mittel in der Hand, um ihre Monopolstellung über weitere Jahre aufrecht effizient zu erhalten.

- 12 Die Gesuchsgegnerin ist noch heute das einzige Unternehmen in der Schweiz, das von der Swissmedic für die gedruckte Publikation von Patienten- und Fachinformationen anerkannt ist. Solange die Aufsichtsbehörde an der Forderung, dass die FI und PI in einem umfassenden Werk (dh. alle FI und PI in einem einzigen Buch) zu publizieren sind, festhält, wird sich an der Monopolstellung der Gesuchsgegnerin nichts ändern.

Die Publikation umfasst rund 3000 Seiten (dreispaltig) mit rund 3600 Medikament. Der Millimeterpreis beträgt rund CHF 1.70 pro Spalte und die durchschnittliche Produktepauschale rund CHF 850.--. Alleine der Umsatz von Bewilligungsinhabern aus dem gedruckten Werke beläuft sich auf rund 7 Mio CHF ($1.70 \cdot 270 \cdot 3 \cdot 3000 + 3600 \cdot 850$).

Hinzukommen noch die verschiedenen damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Die Gesuchsgegner beschäftigt über 30 Personen und ist ein Unternehmen der Galenica-Gruppe.

Die mit dem vorliegenden Streit verbundenen jährlichen Einnahmen alleine aus der gedruckten Publikation der FI und PI liegen somit bei mehreren Millionen Franken. Die konkreten Zahlen liegen den Gesuchstellern wegen der geltend gemachten Geheimhaltung nicht vor, weshalb diese Behauptungen vorbehältlich einer verfügten Offenlegung der Geschäftszahlen erfolgen.

Hinzukommen noch die übrigen Einnahmen von Produkten und Dienstleistungen, welche im Zusammenhang mit der gedruckten Publikation stehen.

- 13 Entsprechend diesen wohl unbestrittenen Ausführungen und Tatsachen bilden die ersten drei Rechtsbegehren eindeutig den Kern der vorliegenden Streitigkeit, weshalb von einem Verfahren ohne bestimmten Streitwert im Sinne von § 12 HO auszugehen ist.

Dies deckt sich mit der Kommentarstelle von Frey, indem dort folgendes ausgeführt wird: „... Dieser Vorschrift (d.h. § 12 früher § 5 HO, eingefügt durch Verfasser) kommt recht eigentlich die Bedeutung *einer lex generalis zu, die immer dann gilt, wenn keine Sondernorm anwendbar ist...*“

1. Berechnung des Honorars nach § 12 HO

- 14 Gemäss § 12 Abs. 1 HO berechnet sich das Honorar in Zivilsachen ohne bestimmten oder bestimmbaren Streitwert nach dem Zeitaufwand. Grundsätzlich ist dabei von einem Stundenansatz von CHF 180.- bis 400.- auszugehen (§ 13 Abs. 1 HO).

Kriterien für die effektive Festlegung des Stundenansatzes sind dabei gemäss § 13 Abs. 1 HO die Schwierigkeit und Wichtigkeit des Falles sowie die finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners. Nach § 13 Abs. 3 HO ist eine Erhöhung des Stundenansatzes möglich, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen. Insbesondere ist eine Erhöhung angebracht bei Dringlichkeit des Auftrages, Arbeit ausserhalb der üblichen Bürozeit, Inanspruchnahme von Spezialkenntnissen sowie bei hohem Interessenswert.

- 15 Bezüglich der *Schwierigkeit* kann auf die vorangegangenen Ausführungen sowie auf jene des Tarifierungsurteils vom 26. Mai 2004 verwiesen werden (vgl. Beilage B5). Die Materie Urheber- und Wettbewerbsrecht erfordert Spezialkenntnisse, die wesentlich über das hinausgehen, was von Allgemeinpraktikern erwartet werden kann. Kommt noch hinzu, dass der strittige Sachverhalt technische Kenntnisse voraussetzen, welche über das Übliche hinausgehen.
- 16 Was die *Wichtigkeit* bzw. der Interessenswert betrifft, so ist dieser Fall für beide Seiten von sehr grosser Bedeutung. Bei beiden Parteien geht es um die eigentliche Geschäftsbasis. Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine Geschäftsbasis, welche jährlich zweistellige Millionenumsätze und üppige Gewinne generiert. Konkurrenz bzw. eine Erosion der guten Geschäftszahlen hat die Gesuchsgegnerin aufgrund ihrer Monopolsituation in naher Zukunft nicht zu befürchten. Dies dürfte mitunter auch der Grund für das massive Vorgehen gegen die Gesuchsteller gewesen sein.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang auf das „überfallartige“ Vorgehen kurz vor Weihnachten als auch auf das unübliche Schreiben der Muttergesellschaft Galenica, worin sich diese vehement und konkludent unter Androhung rechtlicher Schritte gegen eine öffentliche Ausschreibung bezüglich der Herausgabe des Arzneimittel-Kompodiums zur Wehr setzte. Dieses Schreiben stammte aus der Feder des Präsidenten und Delegierten der Galenica-Gruppe höchstpersönlich und wurde ebenfalls den damals zuständigen Bundesräten P. Couchepin und J. Deiss zugestellt.

Wohl bemerkt es handelt sich „nur“ um die Vornahme einer öffentlichen Ausschreibung und nicht etwa die Vergabe eines Auftrages. Die Gesuchsgegnerin liess sogar über diese Frage eine fast dreissigseitiges Gutachten von einem Professor und einem Privatdozenten erstellen. Mit anderen Worten scheute die Gesuchsgegnerin keine Kosten. Dies wiederum ist ein klarer Hinweis auf den hohen Interessenswert und die grosse Wichtigkeit der vorliegenden Auseinandersetzung.

BO: Schreiben der Galenica vom 21. Febr. 2005

Beilage 6

- 17 Aus den Prozessakten ergeben sich offensichtlich die überaus guten finanziellen Verhältnisse der Gesuchsgegnerin. Es gibt wohl nicht allzu viele Unterneh-

men mit vergleichbarer Grösse in der Schweiz, welche sich einen solch kostspieligen Prozess bis zum Bundesgericht leisten können. Aus den Akten ergeben sich verschiedene Indizien, wonach die Gesuchsgegnerin mit den verschiedenen Prozessen versuchte, die Gesuchsteller mittels gerichtlicher Verfahren in den Ruin zu treiben. Augenfälliges Beispiel ist etwa das kurz vor Weihnachten eingereichte Gesuch um Erlass einer superprovisorischer Massnahme.

Die finanziellen Verhältnisse der Gesuchsgegnerin sind um Welten komfortabler als jene der Gesuchsteller.

- 18 Das aktenkundige Verhalten der Gesuchsgegnerin deutet klar auf eine Zermürbungs- und Verzögerungstaktik hin, um eine junge, potentielle Konkurrenz mittels aufwändiger Gerichtsverfahren zum Scheitern zu bringen.
- 19 Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erscheint die bereits erfolgte Festlegung des Honorars anlässlich der bereits durchgeführten Tarifierung auf einen Stundenansatz CHF 400.-- als gerechtfertigt und angemessenen.

BO: Zusammenstellung Honorarnoten

Beilage 3

Dazu folgende Bemerkungen:

- Anlässlich der Rechnungsstellung monierte die Gesuchsgegnerin, die Akteneinsicht bei der Weko (Eintrag vom 19. März 2007) stehe mit dem vorliegenden Verfahren in keinem Zusammenhang und werde daher nicht akzeptiert.

Diese Ansicht basiert lediglich auf einer formellen Betrachtungsweise. In materiellrechtlicher Hinsicht geht es um denselben Sachverhalt, wie dieser dem angerufenen Gericht vorgetragen wurde, wobei die Weko in verwaltungsrechtlicher Hinsicht und das angerufene Gericht in zivilrechtlicher Hinsicht (auch in Bezug auf das KG) zu verfügen verpflichtet und berechtigt ist. Dies ist und war ja auch Grund, weshalb die Gesuchsgegnerin verpflichtet wurde, das angerufene Gericht über den Stand des Weko-Verfahrens zu unterrichten.

In materiellrechtlicher Hinsicht war eine Akteneinsicht bei der Weko angezeigt. Tatsächlich zeigte es sich, dass die Gesuchsgegnerin sogar in gewissen Punkten widersprechende Standpunkte einnahm. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen im Hauptverfahren verwiesen.

- Die Gesuchsteller haben sich erlaubt, auch die Aufwände der Gesuchsteller in Rechnung zu stellen. Der Hauptteil dieser Aufwände bestand darin, die technisch relevanten Tatsachen mit den rechtlich relevanten Gesichtspunkten korrekt wieder zu geben.

Der Unterzeichnende hätte auch einen technischen Sachverständigen zuziehen können. Diese Variante hätte aber unweigerlich zu Dopplespurigkeiten und höheren Aufwänden geführt.

Aus diesem Grund handelt es sich bei den geltend gemachten Aufwänden seitens der Gesuchsteller (ywesee) um Aufwände, welche dem Unterzeichnenden als Parteivertreter zuzurechnen sind und daher bei der Parteientschädigung ebenfalls zu berücksichtigen sind (vgl. auch David in SIWR, I/2, S. 31 bezüglich der Praxis von Zürich).

2. Berechnung des Honorars nach § 3 HO?

20 Aufgrund der bisherigen Ausführungen wird die Gesuchsgegnerin gegen die oben stehenden Ausführungen argumentieren, vorliegend handle es sich um ein Verfahren mit bestimmbarem Streitwert und dieser sei – entsprechend einer einzigen Literaturmeinung (Leonz Meyer in sic! 2001, S. 559ff, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen) pauschal auf zwischen CHF 100'000.-- und 200'000.-- zu beziffern (vgl. Beilage B6).

21 Diese Auffassung ist aufgrund der nachfolgenden Ausführungen nicht zutreffend:

- Vorliegend handelt es sich um die Festlegung der Parteientschädigung, also um eine Kostenfrage, welche mit dem Streitwert für die Festlegung des Gerichtstandes, der sachlichen Zuständigkeit bzw. der Rechtsmittel grundsätzlich nicht identisch ist.

Dies entspricht auch der Tatsache, dass im bisherigen Verfahren noch nicht über den Streitwert geurteilt worden ist, sondern – aber immerhin – , dass die Gesuchsgegnerin die ausserordentlichen Kosten zu tragen habe.

- Selbst wenn die Auffassung der Gesuchsgegners stichhaltig wäre, so ist eine Pauschalierung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles sachgerecht vorzunehmen. Es wäre beispielsweise bei einem Markenstreit um eine weltberühmte ebenso willkürlich einfach pauschal von einem maximalen Streitwert von max. CHF 200'000.-- wie im Falle der (unberechtigten) Verwendung eines unbedeutenden Firmennames von minimal CHF 100'000.-- auszugehen. Alleine diese beiden Beispiele zeigen die prinzipielle Unzulässigkeit der Pauschalierung wie diese von der Gesuchsgegnerin wohl geltend gemacht wird.

Aufgrund der den Gesuchstellern zugänglichen Zahlen ist – wenn die Auffassung der Gesuchsgegnerin zutreffend wäre – aufgrund der vorliegend speziellen Marktsituation von einem Streitwert von über CHF 2.0 Mio. auszugehen. Bezüglich den Einzelheiten sei auf die obenstehenden Ausführungen

gen verwiesen (faktisches und rechtliches Monopol aufgrund rechtlicher Gegebenheiten, Jahresumsatz etc.). Auf einen Streitwert von über CHF 2.0 Mio. deuten insbesondere auch die zahlreichen und aufwändigen gerichtlichen Vorgehen (bzw. Verteidigung im Weko-Verfahren) gegenüber den Gesuchstellern hin.

Auf Grundlage dieser Überlegungen ergäbe sich ein Grundhonorar von mindestens CHF 60'000.-- (§ 4 HO). Hinzukämen noch die entsprechenden Zuschläge von mindestens 100% (grosser Aufwand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, zusätzliche Verhandlung und zusätzlicher Schriftwechsel, Wichtigkeit und Bedeutung; vgl. § 2 i.V.m. § 5 HO).

- 22 **Schlussfazit:** Die obigen Ausführungen ergeben die Begründetheit des gestellten Rechtsbegehren. Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie um Gutheissung der gestellten Anträge und diese vollumfänglich stattzugeben.

Hochachtungsvoll

Stephan Stulz, Rechtsanwalt

dreifach