

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

ADVOKATUR UND NOTARIAT  
ATTORNEYS AT LAW  
AND PUBLIC NOTARIES

**WENGER PLATTNER**

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N

**DOPPEL**

**BUNDESGERICHT  
TRIBUNAL FÉDÉRAL**

41-404 Act. 1

DR. WERNER WENGER\*  
DR. JÜRIG PLATTNER  
DR. PETER MOSIMANN  
STEPHAN CUENI\*  
PROF. DR. GERHARD SCHMID  
DR. JÜRIG RIEBEN  
DR. DIETER GRÄNICHNER\*  
KARL WÜTHRICH  
YVES MEILI  
FILIPPO TH. BECK, M.C.J.  
DR. FRITZ ROTHENBÜHLER  
DR. STEPHAN NETZLE, LL.M.  
DR. BERNHARD HEUSLER  
DR. ALEXANDER GUTMANS, LL.M.\*  
PETER SAHLI\*\*  
DR. THOMAS WETZEL  
DR. MARC NATER, LL.M.  
BRIGITTE UMBACH-SPAHN, LL.M.  
SUZANNE ECKERT  
PROF. DR. MARKUS MÜLLER-CHEN  
ROLAND MATHYS, LL.M.  
MARTIN SOHM  
RETO ASCHENBERGER, LL.M.  
DR. DAVID DUSSY  
GUDRUN ÖSTERREICHER SPANIOL  
AYESHA CURMALLY\*  
DR. PHILIPPE NORDMANN, LL.M.  
CORNELIA WEISSKOPF-GANZ  
OLIVER ALBRECHT RHOMBERG  
DR. CHRISTOPH ZIMMERLI, LL.M.  
DR. REGULA HINDERLING  
DR. STEPHAN KESSELBACH  
MADIAINA GAMMETER WIESLI  
PD DR. PETER REETZ  
DR. MAURICE COURVOISIER, LL.M.  
DR. RETO VONZUN, LL.M.  
MARTINA STETTLER  
CRISTINA SOLO DE ZALDÍVAR  
DANIEL TOBLER\*\*  
MILENA MÜNST BURGER  
DR. ALEXANDRA ZEITER  
DR. ROLAND BURKHALTER  
DR. BLAISE CARRON, LL.M.  
VIVIANE BURKHARDT  
DR. OLIVER KÜNZLER  
ROBERT FRHR. VON ROSEN\*\*\*  
ANDREA SPÄTH  
CORINNE LAFFER  
DR. EMANUEL JAGGI  
PAOLA MÜLLER, LL.M.\*\*\*  
PLACIDUS PLATTNER  
YVES CRON

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M.  
ANDREAS MAESCHI  
KONSULENTEN

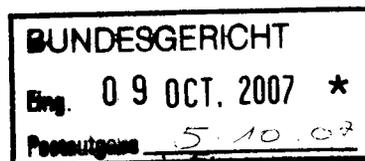
**EINSCHREIBEN**

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

Basel, 5. Oktober 2007 MaR/mau  
Roland.Mathys@wenger-plattner.ch

**BESCHWERDE**

in der Zivilsache



**Documed AG**, Aeschenvorstadt 55, 4051 Basel

**Beschwerdeführerin**

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

gegen

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

**Beschwerdegegner 1**

und

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

**Beschwerdegegnerin 2**

gemeinsam **Beschwerdegegner**

beide vertreten durch lic.iur. Stephan Stulz, Rechtsanwalt, Advokaturbüro  
Stulz, Hardstrasse 319, Postfach, 8023 Zürich

betreffend

**URG/UWG**

**(URTEIL DES ZIVILGERICHTS BASEL-STADT VOM  
8. MAI 2007)**

**RECHTSBEGEHREN**

1. Es sei das Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007 (Aktenzeichen P 2004/7) vollumfänglich aufzuheben.
2. Es seien die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin gemäss Klagebe gründung vom 11. Februar 2005 gutzuheissen, d.h.
  - 2.1. Es sei festzustellen, dass die Übernahme der Daten und der An ordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz oh ne Zustimmung der Beschwerdeführerin durch die Beschwerde gegner und die Festlegung, öffentliche entgeltliche oder unentgeltliche Vertreibung, das Anbieten oder die sonst wie geartete Nut zung das Urheberrecht der Beschwerdeführerin verletzt sowie un lauterer Wettbewerb darstellt.
  - 2.2. Es sei den Beschwerdegegnern zu untersagen, in Verletzung von Art. 10 URG und Art. 5 Bst. c UWG die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz ohne Zu stimmung der Beschwerdeführerin auf Datenträger zu übertragen, in irgendwelcher Form festzulegen und öffentlich entgeltlich oder unentgeltlich zu verbreiten, anzubieten oder sonst wie zu nutzen.
  - 2.3. Das Urteil sei auf Kosten der Beschwerdegegner in solidarischer Verbundenheit in den folgenden pharmazeutischen und medizini schen Zeitschriften zu publizieren:
    - Schweizerische Ärztezeitung  
EMH Schweizerischer Ärzte Verlag AG  
Farnsburgerstrasse 8  
4032 Muttenz
    - Rx-World  
Sanatrend GmbH  
Dillsdorferstrasse 9  
8173 Neerach
    - Supplementa zum Schweizerischen Arzneimittelkompendium  
Documed AG

WENGER PLATTNER

Aeschenvorstadt 55  
Postfach  
4010 Basel

- 2.4. Es seien die Beschwerdegegner in solidarischer Verbundenheit zur Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 20'000.- an die Klägerin, zusätzlich Verzugszinsen von 5 % ab Datum der Klageanhebung, zu verurteilen. Mehrforderung wird durch die Beschwerdeführerin ausdrücklich vorbehalten.
- 2.5. Alles unter o/e Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegner in solidarischer Verbundenheit.
3. Eventualiter zu 2. sei die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.
4. Alles unter o/e Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegner in solidarischer Verbundenheit.

## **BEGRÜNDUNG**

### **A. Überblick**

1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007, in welchem die Beschwerdeführerin als Klägerin auftrat. Der Entscheid betrifft im Wesentlichen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht.
2. Die Beschwerdeführerin ist Herausgeberin des Arzneimittelkompendiums, einer Sammlung von Arzneimittelinformationstexten, die über das Internet auch online abgerufen werden kann. Bei den Beschwerdegegnern handelt es sich einerseits um eine natürliche Person und andererseits um dessen GmbH, welche die Arzneimittelinformationstexte der Beschwerdeführerin systematisch kopiert haben und in einem eigenen Online-Produkt im Internet für Dritte zur Verfügung stellen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verletzt dieses Vorgehen der Beschwerdegegner insbesondere Art. 10 URG sowie Art. 5 Bst. c UWG. Die Be-

schwerdeführerin hat deshalb gegen die Beschwerdegegner beim Zivilgericht Basel-Stadt Klage erhoben.

3. Das Zivilgericht Basel-Stadt hat als Vorinstanz die Klage sowohl in Bezug auf das URG als auch das UWG abgewiesen. Während das Zivilgericht im urheberrechtlichen Teil die Arzneimittelinformationen als geistige Schöpfungen anerkennt und als der Literatur und Kunst zugehörig betrachtet, verneint es deren Individualität. Überdies vertritt die Vorinstanz die Auffassung, die Arzneimittelinformationstexte seien teilweise aufgrund von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG vom Schutz ausgenommen. Die Frage nach der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin wurde offen gelassen. Im lauterkeitsrechtlichen Teil bejaht die Vorinstanz, dass es sich bei den Arzneimittelinformationstexten um ein marktreifes Arbeitsergebnis handle und dass dieses durch die Beschwerdegegner mittels technischer Reproduktionsverfahren übernommen wurde. Auch stellt die Vorinstanz fest, dass der Aufwand der Beschwerdeführerin denjenigen der Beschwerdegegner offensichtlich übertreffe und dass die Beschwerdegegner sich durch die Übernahme der Arzneimittelinformationstexte zahlreiche von der Beschwerdeführerin übernommene Aufgaben ersparen konnten. Dennoch verneint die Vorinstanz eine Verletzung von Art. 5 Bst. c UWG, weil die Beschwerdeführerin ihren Aufwand angeblich vollumfänglich amortisiert haben soll.
4. Mit der vorliegenden Beschwerde in Zivilsachen macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, dass die Arzneimittelinformationstexte nicht unter die Schutz Ausnahme von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG fallen und nach dem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung massgeblichen Kriterium der statistischen Einmaligkeit als individuell einzustufen sind, womit deren Werkcharakter zu bejahen ist. Im Bereich des UWG legt die Beschwerdeführerin dar, dass die Vorinstanz im Rahmen des Amortisationskriteriums von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und dieses Kriterium zudem falsch angewendet hat.
5. In der nachfolgenden Beschwerde schliessen zunächst die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Formellen an (B). Im darauf folgenden materiellen Teil (C) rügt die Beschwerdeführerin Verletzungen von Bundesrecht sowie offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen im Urteil der Vorinstanz, sowohl in Bezug auf die urheberrechtlichen Ausführungen (C/1 - 4) als auch den lauterkeitsrechtlichen Teil (C/5 - 6). In einem

abschliessenden Teil (D) werden die Rechtsbegehren und der Kostenantrag zusammenfassend erläutert. Ein detailliertes Inhaltsverzeichnis findet sich am Ende dieser Beschwerdeschrift.

**B. Formelles**

**1. Vertretung**

6. Die unterzeichnenden Vertreter der Beschwerdeführerin sind zu deren Vertretung gehörig bevollmächtigt.

Beweis: Vollmacht der Beschwerdeführerin vom 28. September 2007

Beilage 1

**2. Beschwerdeobjekt**

7. Beim Beschwerdeobjekt handelt es sich um das Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007 (Aktenzeichen P 2004/7). Der Entscheid betrifft das Urheberrecht und den unlauteren Wettbewerb, womit es sich um einen Entscheid in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG handelt. Zudem liegt ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG vor. Die Beschwerde in Zivilsachen richtet sich damit gegen ein taugliches Anfechtungsobjekt.

Beweis: Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007

Beilage 2

**3. Keine Streitwertgrenze**

8. Gemäss Art. 74 Abs. 2 Bst. b BGG ist die Beschwerde in jedem Fall zulässig, wenn ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt. Das vorliegende Streitverfahren betrifft Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb. Gemäss Art. 64 Abs. 3 URG ist für Zivilklagen im Urheberrecht eine einzige kantonale Instanz zuständig. Für das Lauterkeitsrecht ergibt sich das Gleiche aus Art. 12 Abs. 2 UWG. Damit ist vorliegend keine Streitwertgrenze zu beachten.

**4. Vorinstanz**

9. Gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen. Vorliegend hat das Zivilgericht Basel-Stadt als einzige (und damit letzte) kantonale Instanz entschieden (vgl. Art. 75 Abs. 2 Bst. a BGG), womit gegen dessen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht.

**5. Legitimation**

10. Die Beschwerdeführerin hat als Klägerin am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Da ihre Klage durch das Zivilgericht abgewiesen wurde, hat sie auch ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Damit ist die Beschwerdeführerin nach den Voraussetzungen von Art. 76 Abs. 1 BGG zur vorliegenden Beschwerde legitimiert.

Beweis: Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007

Beilage 2

**6. Frist**

11. Gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde gegen einen Entscheid innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen. Vorliegend wurde das am 8. Mai 2007 durch das Zivilgericht Basel-Stadt gefällte Urteil den Parteien im Dispositiv am 21. Mai 2007 zur Kenntnis gebracht. Die vollständige Ausfertigung des Entscheids, namentlich die Urteilsbegründung, ist der Beschwerdeführerin demgegenüber erst am 5. September 2007 zugegangen. Mit der heutigen Eingabe ist die 30-tägige Beschwerdefrist somit gewahrt.

Beweis: Urteilsdispositiv des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007

Beilage 3

Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007

Beilage 2

**C. Materielles**

12. Gemäss Art. 95 Bst. a und b BGG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht bzw. Völkerrecht gerügt werden. Art. 97 Abs. 1 BGG sieht überdies vor, dass die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz dann gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.

13. Mit der vorliegenden Beschwerde werden die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht sowie die unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz gerügt.

**1. Fehlende urheberrechtliche Schützbarkeit der Arzneimittelinformationstexte als Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG**

14. Die Vorinstanz hält in ihrem Urteil (E. 3.1.2) fest, für die von der Zulassungsbehörde Swissmedic approbierten Arzneimittel sei der urheberrechtliche Schutz der zugehörigen Arzneimittelinformationstexte aufgrund von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG ausgeschlossen. Damit verletzt die

a) *Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin*

15. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesgericht setzt gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b BGG ein aktuelles Rechtsschutzinteresse voraus. Dieses ist gegeben, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Beurteilung noch besteht und durch eine Gutheissung der Beschwerde beseitigt würde.
  
16. Die Vorinstanz differenziert in ihrem Urteil zwischen den von der Swiss-medica und den von der Vorgängerin IKS approbierten Arzneimittel und hält die Arzneimittelinformationstexte lediglich in Bezug auf erstere aufgrund von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG für nicht schützbar (E. 3.1.2, S. 10 oben). Dessen ungeachtet lässt die Vorinstanz den urheberrechtlichen Schutz hinsichtlich sämtlicher Arzneimittelinformationstexte an deren angeblich fehlender Individualität scheitern (E. 3.2.4). Die Klage wäre im urheberrechtlichen Teil durch die Vorinstanz somit auch dann abge-

wiesen worden, wenn die Vorinstanz Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG anders, nämlich im Sinne der Beschwerdeführerin angewendet hätte. Durch eine Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt wäre somit noch nicht entschieden, ob der Rechtsnachteil der Beschwerdeführerin, d.h. die fehlende urheberrechtliche Werkqualifikation, ebenfalls behoben würde.

17. Da die Beschwerdeführerin mittels dieser Beschwerde zugleich den von der Vorinstanz zugrunde gelegten Individualitätsmassstab rügt (vgl. unten Rz. 30 ff.), hat sie auch ein Rechtsschutzinteresse an der richtigen Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG durch die Vorinstanz. Dieses Interesse besteht darin, dass im Falle einer Bejahung der Individualität der Arzneimittelinformationstexte diese nicht bloss hinsichtlich eines Teils der Arzneimittel - nämlich den von der IKS approbierten, sondern in ihrer Gesamtheit urheberrechtlich geschützt werden. Dieses Interesse besteht umso mehr, als der Anteil der Arzneimittel, die durch Swissmedic approbiert werden, kontinuierlich zunimmt (vgl. Replik, Rz. 85).

18. Damit ist das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der richtigen Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG vorliegend dargetan.

*b) Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG*

19. Die Vorinstanz stellt bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG massgeblich darauf ab, dass die Arzneimittelinformationstexte hinsichtlich der von Swissmedic approbierten Arzneimittel integrierender Bestandteil der Zulassungsverfügung bilden (E. 3.1.2, S. 9 unten/10 oben). Damit nimmt die Vorinstanz eine rein grammatikalische und formale Sichtweise ein und hinterfragt nicht, welcher Zweck mit Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG angestrebt wird.

20. Bei teleologischer Auslegung ergibt sich, dass Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG die ungehinderte Verbreitung amtlicher Werke und namentlich die Berichterstattung in den Medien erleichtern soll (BOTSCHAFT URG, BBl 1989 III 477, 524 f.; VON BÜREN/MEER, Der Werkbegriff, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl. 2005, S. 51 ff., 131). Wegen der Verpflichtung der Arzneimittelhersteller zur Publikation der Arzneimittelinformationstexte (Art. 13/14 AMZV; vgl. im Einzelnen Klagebegründung, Rz. 14 f.), ist das Informationsinteresse der Öffent-

lichkeit vorliegend bereits vollumfänglich gewahrt, ohne dass den Arzneimittelinformationstexten der urheberrechtliche Schutz versagt werden müsste. Bereits daraus folgt, dass Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG vorliegend keine Anwendung findet.

21. Gemäss BOTSCHAFT URG (a.a.O., 524) entspricht die Bestimmung von Art. 5 URG im Wesentlichen Art. 23 aURG, "wonach Werke von Behörden und öffentlichen Verwaltungen grundsätzlich vom urheberrechtlichen Schutz ausgenommen sind". Von entscheidender Bedeutung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG ist die Herkunft des bzw. die Urheberschaft am Werk. Die fragliche Bestimmung soll nur in Bezug auf schöpferische Arbeit der Behörden Anwendung finden. TROLLER (Immaterialgüterrecht, Band II, 3. Aufl. 1985, S. 702 f.) verlangt in Bezug auf Art. 23a URG, dass ein Werk von oder im Auftrag einer Behörde geschaffen oder von ihr herausgegeben wird. Abgestellt wird somit auf eine aktive, schaffende Tätigkeit der Behörde und nicht auf das blosses Absegnen eines vorgegebenen Produkts. Wo die schöpferische Tätigkeit nicht von einer amtlichen Stelle, sondern von einem Privaten ausgeht, hat das Schutzinteresse des Urhebers somit Vorrang. Die von BARRELET/EGLOFF (Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, Rz. 6 zu Art. 5 URG) vertretene gegenteilige Auffassung überzeugt nicht; sie steht auch im Widerspruch zum Grundsatz, dass Art. 5 URG eng auszulegen ist (VON BÜREN/MEER, a.a.O., S. 131).
22. Entgegen der Vorinstanz ist somit nicht entscheidend, ob im vorliegenden Fall die Arzneimittelinformationen zum integrierenden Bestandteil der Zulassungsverfügung erklärt werden, sondern vielmehr, ob es sich bei den Arzneimittelinformationen um amtliche oder private Werke handelt. Vorliegend steht ausser Frage, dass die Arzneimittelinformationen nicht auf einer schöpferischen Tätigkeit der Swissmedic beruhen und auch nicht durch Swissmedic herausgegeben werden (vgl. Klagebegründung, Rz. 32 f. sowie 106 f.); vielmehr beschränkt sich deren Tätigkeit darauf, die von den Arzneimittelherstellern zur Approbation eingereichten Arzneimittelinformationstexte zu genehmigen. In dieser Genehmigung ist kein schöpferischer Akt zu erkennen. Damit handelt es sich bei den Arzneimittelinformationen auch dann noch um private Werke, wenn sie Bestandteil einer Verfügung bilden.

c) *Vergleich mit anderem Anwendungsbeispiel*

23. Die Beschwerdeführerin hat in der Klagebegründung (Rz. 104) zur Untermauerung ihres Standpunktes einen Quervergleich zum architektonischen Planwerk im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens gezogen: Die mit dem Baugesuch eingereichten Pläne bilden Teil der Baubewilligung und damit einer behördlichen Verfügung. Der Konnex zwischen Verfügung und Plänen ist hier besonders intensiv, weil sich das zu bewilligende Bauvorhaben rein textlich gar nicht erfassen liesse. Dennoch handelt es sich bei den Plänen nicht um ein amtliches, sondern weiterhin um ein privates Werk (des Architekten); denn die Tätigkeit der Bewilligungsbehörde beschränkt sich darauf, das Bauwerk gemäss Plänen zu bewilligen, ohne dass die Behörde hierbei schöpferisch tätig würde. Es käme denn auch niemandem ernstlich in den Sinn, den urheberrechtlichen Schutz der Pläne eines bewilligten Bauvorhabens infrage zu stellen.
24. Der Vorgang der Bewilligung eines Bauvorhabens und der Genehmigung der zugehörigen Pläne ist mit demjenigen der Zulassung eines Arzneimittels und der Genehmigung der zugehörigen Arzneimittelinformationstexte absolut vergleichbar. Das Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt hat im Massnahmeentscheid in der gleichen Angelegenheit vom 20. Januar 2004 (publ. in sic! 2004, S. 490 ff.) dem entgegengehalten, "dass die Sachlage bei der Genehmigung von Arzneimitteln eine völlig andere ist, weil die Aufnahme der Informationstexte in die Zulassungsverfügung im Hinblick darauf erfolgt, dass diese exakt in der genehmigten Form an alle abgabeberechtigten Personen zu verbreiten ist [...]", was sich von einer Baubewilligung nicht sagen lasse (a.a.O., E. 2/d, S. 493). Diese Argumentation greift aber offensichtlich fehl: So wie die Arzneimittelinformationstexte exakt in der genehmigten Form zu verbreiten sind, ist das Bauvorhaben exakt gemäss den genehmigten Plänen auszuführen. Genau zu diesem Zweck erfolgt nämlich die Aufnahme der Werkpläne in die Baubewilligung, was in der Praxis durch das "Abstempeln" der Baupläne versinnbildlicht wird. Entgegen dem Zivilgerichtspräsidium sind die beiden Sachverhalte somit gleich gelagert: Wie den Architektenplänen muss auch den Arzneimittelinformationstexten der urheberrechtliche Schutz vorbehalten bleiben.

d) *Vergleich mit der Rechtslage im Ausland*

25. Da in der Schweiz soweit ersichtlich ausser dem zuvor erwähnten Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums Basel-Stadt kein Urteil zur Tragweite von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG (und auch nicht zur Vorgängerbestimmung von Art. 23 aURG) publiziert wurde, rechtfertigt es sich, in rechtsvergleichender Hinsicht einen Blick auf vergleichbare ausländische Rechtsordnungen, namentlich in Deutschland und Österreich, zu werfen. Wie in der BOTSCHAFT URG (a.a.O., 524) wird auch dort von "amtlichen Werken" gesprochen (vgl. § 5 deutsches Urheberrechtsgesetz [UrhG]; § 7 österreichisches Urheberrechtsgesetz). In Deutschland trägt die Bestimmung von § 5 UrhG dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst weiten Verbreitung von Gesetzen und amtlichen Werken Rechnung. Als Ausnahmenvorschrift ist die Bestimmung grundsätzlich eng auszulegen (DREIER, in: DREIER/SCHULZE, Kommentar Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006, Rz. 3 zu § 5 UrhG).
26. In Deutschland wird von einem amtlichen Werk nur dann gesprochen, wenn es entweder unmittelbar aus dem Amt stammt, also vom einem Bediensteten des Amtes geschaffen ist, oder wenn einer nicht dem Amt angehörenden Privatperson die Mitwirkung von vornherein auferlegt worden ist (DREIER, a.a.O., Rz. 9 zu § 5 UrhG). Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein Werk nur dann amtlich ist, wenn es von einer mit der Erfüllung öffentlicher hoheitlicher Aufgaben betrauten Stelle stammt (GRUR 1982, S. 37 ff., 40). Ebenso wird in Österreich die Ansicht vertreten, dass als amtlich ein Werk nur dann angesehen werden kann, wenn es von einem öffentlichen Amt oder von einer zur Ausübung eines öffentlichen Amtes bestimmten Person stammt, also einer mit der Erfüllung öffentlicher hoheitlicher Aufgaben betrauten Stelle zuzurechnen ist, die erkennbar für seinen Inhalt verantwortlich zeichnet (vgl. DITTRICH, Österreichisches und Internationales Urheberrecht, 4. Aufl. 2004, S. 80 f.).
27. Vorliegend nimmt die Klägerin keine öffentliche Aufgabe wahr. Zwar handelt es sich bei dem von der Klägerin herausgegebenen Arzneimittel-Kompendium um eine Publikation, die den gesetzlichen Anforderungen genügt, was die Swissmedic gegenüber der Klägerin auch bestätigt hat (vgl. Klagebegründung, Rz. 19). Dessen ungeachtet handelt die Klägerin nicht im Rahmen einer durch Swissmedic oder eine andere Behörde er-

teilten hoheitlichen Bewilligung oder Konzession; Swissmedic hat in einer Feststellungsverfügung vom 23. August 2004 (Klagebeilage 14) ausdrücklich festgehalten, dass ihr "nicht die Aufgabe einer Bewilligungsinstanz für die Veröffentlichung der Fach- und Patienteninformationen durch potenzielle Verleger zukommt". Auch bestehen zwischen Swissmedic und der Klägerin keine verwaltungsvertraglichen oder anderweitigen verwaltungsrechtlichen Beziehungen. Dass eine solche Beziehung nicht existiert, ergibt sich auch daraus, dass die Swissmedic sich stets vorbehalten hat, weitere Publikationen als hinreichend zu anerkennen oder die Publikation selbst zu übernehmen (vgl. Klagebeilage 9).

<u>Beweis:</u>	Feststellungsverfügung der Swissmedic vom 23. August 2004 (Klagebeilage 14)	<u>Beilage 4</u>
	Auszug aus Swissmedic Journal 1/2004, S. 23 f. (Klagebeilage 9)	<u>Beilage 5</u>

28. Das Oberlandesgericht Köln hat in einem neueren Entscheid (publ. in ZUM 2004, S. 77 ff.) danach unterschieden, ob die öffentliche Hand ein Werk so behandelt wissen wollte, als stamme es von ihr oder von einer privaten Institution (E. 4). Während in jenem Fall das zuständige Ministerium ein Vergabehandbuch nicht nur inhaltlich billigte, sondern auch sich selbst zu eigen machen wollte, beschränkt sich vorliegend der hoheitliche Akt der Swissmedic auf die blosse Genehmigung; Swissmedic erhebt nicht den Anspruch, Herausgeberin des Arzneimittel-Kompandiums zu sein oder als solche zu erscheinen (Klagebegründung, Rz. 10 und 13 ff.). Damit bleiben die Arzneimittelinformationstexte ungeachtet einer allfälligen Bezugnahme oder Integration in der Zulassungsverfügung urheberrechtlich geschützt.

e) *Fazit*

29. Aus dem Vorgesagten ergibt sich, dass die Vorinstanz bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG zu Unrecht einzig darauf abgestellt hat, ob die Arzneimittelinformationstexte integrierender Bestandteil der Zulassungsverfügung der Swissmedic bilden. Massgeblich ist vielmehr,

ob es sich bei den Arzneimittelinformationstexte um ein amtliches oder privates Werk handelt, was die Beschwerdeführerin durch einen Quervergleich zum architektonischen Planwerk beim Baubewilligungsverfahren sowie durch rechtsvergleichende Ausführungen dargetan hat. Die Vorinstanz hat diesen Umstand verkannt und damit Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG verletzt.

**2. Verneinung der Individualität der Arzneimittelinformationstexte als Verletzung von Art. 2 Abs. 1 URG**

30. Die Vorinstanz spricht den Arzneimittelinformationen die Individualität und damit eine der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 1 URG ab (E. 3.2.4). Zur Bestimmung des Individualitätsmassstabs zieht die Vorinstanz hierbei die beiden Bundesgerichtsentscheide in Sachen "Bob Marley" (BGE 130 III 168) und "Wachmann Meili" (BGE 130 III 714) bei (Bst. c, S. 12 f.) und gelangt zur Erkenntnis, das von KUMMER (Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968) aufgestellte Kriterium der statistischen Einmaligkeit genüge allein noch nicht, "um einem Produkt den urheberrechtlichen Schutz zu gewähren. Als zusätzliche Voraussetzung müsse verlangt werden, dass diese Einmaligkeit einer *Unterscheidbarkeit in wesentlichen Merkmalen* entspricht" (Bst. f, S. 14 f.; Hervorhebung im Original). Unter Anwendung dieses Massstabes gelangt die Vorinstanz sodann zur Konklusion, dass den Arzneimittelinformationen der individuelle Charakter abzusprechen sei (Bst. g, S. 15 f.). Die von der Vorinstanz aufgestellten Anforderungen an die Schutzvoraussetzung der Individualität verletzen Bundesrecht und stehen namentlich im Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung.

a) *Massgeblichkeit der statistischen Einmaligkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung*

31. Zunächst ist mit der Vorinstanz (E. 3.2.4/c, S. 13 oben) festzuhalten, dass das Bundesgericht sich im Entscheid in Sachen "Bob Marley" für die Anwendbarkeit des Massstabes der statistischen Einmaligkeit im Sinne KUMMERS ausgesprochen hat (BGE 130 III 168, 170 ff., E. 4.2 - 4.4). Dabei hat das Bundesgericht unter anderem darauf hingewiesen, dass sich die schweizerische Lehre dem Ansatz der statistischen Einmaligkeit angeschlossen habe (E. 4.2) und dass dieser Begriff Eingang sowohl in die

kantonale als auch in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden habe und damit auf einer gefestigten Praxis beruhe (E. 4.3 und 4.4). Das Bundesgerichtsurteil in Sachen "Bob Marley" wurde auch in der im Nachgang dazu ergangenen Literatur ganz überwiegend in diesem Sinne verstanden (vgl. etwa HUG, Bob Marley vs Christoph Meili: Ein Schnappschuss, sic! 2005, S. 57 ff., 59; ARNET, Die Fotografie - "Sorgenkind des Urheberrechts"? Betrachtungen zum "Bob Marley"-Entscheid des Bundesgerichts, AJP 2005, S. 67 ff., 70; MOSIMANN/HERZOG, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk - Bemerkungen zum Bundesgerichtsentcheid vom 5. September 2003, "Bob Marley", sic! 2004, S. 705 ff., 706).

32. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz demgegenüber, wenn sie zum Bundesgerichtsurteil in Sachen "Wachmann Meili" ausführt: "Es [sc. das Bundesgericht] stellt in der Urteilsbegründung nicht mehr auf die Theorie der 'statistischen Einmaligkeit' als massgeblichen Punkt ab. Vielmehr wird die Schutzwürdigkeit anders umschrieben" (E. 3.2.4/c, S. 13 Mitte). Die Vorinstanz interpretiert das Bundesgerichtsurteil in Sachen "Wachmann Meili" falsch, wenn es darin eine Praxisänderung gegenüber dem Urteil in Sachen "Bob Marley" und eine Abkehr vom Individualitätsmassstab der statistischen Einmaligkeit erkennt. Vielmehr nimmt das Bundesgericht in BGE 130 III 714 bei der Frage der Individualität auf seine bisherige Praxis und namentlich auf BGE 130 III 168 Bezug (BGE 130 III 714, 717, E. 2.1) und verweist auf anderer Stelle gar ausdrücklich auf den Massstab der statistischen Einmaligkeit (a.a.O., 719, E. 2.3). Nichts deutet darauf hin, dass das Bundesgericht in BGE 130 III 714 bei der Beurteilung der Individualität einen strengeren Massstab anlegen wollte (vgl. VON BÜREN/WALTER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2004, ZBJV 2005, S. 750ff., 797); auch die von der Vorinstanz (E. 3.2.4/c, S. 13 Mitte) zitierte Fundstelle aus BGE 130 III 714, die Fotografie (des Wachmanns Meili) sei so gestaltet, "dass sie sich vom allgemein Üblichen nicht abhebt" (a.a.O., 720, E. 2.3), kann nicht in diesem Sinne verstanden werden. Es handelt sich hierbei viel mehr um eine andere Umschreibung der statistischen Einmaligkeit (so explizit VON BÜREN/WALTER, a.a.O., S. 798).
33. Das in BGE 130 III 714 anders als in BGE 130 III 168 die Individualität schliesslich verneint wurde, ist nicht auf einen strengeren Individuali-

tätsmassstab zurückzuführen, sondern liegt einzig darin begründet, dass im Fall "Wachmann Meili" lediglich das Motiv, nicht aber die Bildgestaltung als statistisch einmalig eingestuft wurde. Am Massstab der statistischen Einmaligkeit wurde somit explizit festgehalten, womit die bisherige und in BGE 130 III 168 einlässlich dargelegte Praxis bestätigt wurde (in diesem Sinne auch VON BÜREN/WALTER, a.a.O., S. 798; HUG, a.a.O., S. 60; MÜLLER/IN-ALBON, Entwicklungen im Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht, SJZ 2005, S. 390 ff., 392). Auch in den seither ergangenen höchstrichterlichen Entscheiden zum individuellen Charakter gemäss Art. 2 URG kann eine Praxisänderung nicht erkannt werden (vgl. etwa Bundesgerichtsurteil 6P.9/2006 und 6S.28/2006 vom 5. Juli 2006, E. 6.2).

b) *Unmassgeblichkeit des Designrechts*

34. Die Vorinstanz versucht in ihrem Urteil (E. 3.2.4/e), die über die statistische Einmaligkeit angeblich notwendige zusätzliche Schutzvoraussetzung der Unterscheidbarkeit in wesentlichen Merkmalen über das Designrecht herzuleiten. Dieser Ansatz ist vorliegend methodisch schon deshalb fraglich, weil Arzneimittelinformationen als Sprachwerke einem Designschutz von vornherein nicht zugänglich sind.
35. Das Vorgehen der Vorinstanz ist aber auch aus generellen Überlegungen abzulehnen: Zwar trifft es zu, dass im Bereich der angewandten Kunst Objekte sowohl als urheberrechtliche Werke als auch als Design geschützt werden können. Die Schutzvoraussetzungen unter dem Urheber- und dem Designrecht sind hierbei jedoch nicht identisch (HEINRICH, Kommentar DesG/HMA, 2002, Rz. 0.61). Sie unterscheiden sich nicht nur in quantitativer, sondern vielmehr in qualitativer Art und liegen auf einer anderen Linie (illustrativ HEINRICH, a.a.O., Rz. 0.62). Aus diesem Grund sind die Schutzvoraussetzungen gemäss URG und DesG autonom zu prüfen (STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, Kommentar Designgesetz, 2006, Teil A, Rz. 50). Dabei ist es durchaus denkbar, dass einem nach dem URG geschützten Kunstwerk die nach dem DesG geforderte Eigenart fehlt (HEINRICH, a.a.O., Rz. 0.62; CHERPILLOD, Geltungsbereich, in: VON BÜREN/DAVID, a.a.O., S. 1 ff., 15). Damit kann es aber entgegen der Vorinstanz gerade nicht angehen, die Voraussetzungen des Designschutzes, namentlich die Schutzvoraussetzung der Eigenart und damit der Unter-

scheidung nicht "nur in unwesentlichen Merkmalen" (vgl. Art. 2 Abs. 3 DesG) in das Urheberrecht zu übernehmen.

36. Die von der Vorinstanz zusätzlich erhobene Voraussetzung, die statistische Einmaligkeit müsse sich in einer "Unterscheidbarkeit in wesentlichen Merkmalen" (E. 3.2.4/f, S. 14 unten/15 oben) äussern, ist damit entschieden abzulehnen.
- c) *Anwendung des Massstabs der statistischen Einmaligkeit auf den vorliegenden Sachverhalt*
37. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass vorliegend der Spielraum zur Ausformulierung der Arzneimittelinformationstexte beschränkt ist (vgl. Klagebegründung, Rz. 95). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an den Grad der Individualität nicht stets gleich hohe Anforderungen zu stellen; vielmehr hängt das verlangte individuelle Gepräge vom Spielraum des Schöpfers ab; "wo ihm von vorneherein der Sache nach wenig Raum bleibe, werde der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliege" (BGE 130 III 168, 170, E. 4.1, m.w.H.). In Anwendung dieses Massstabs hat das Bundesgericht beispielsweise einer Anwenderdokumentation, die im Wesentlichen bloss aus Bildschirmausdrucken und Eingabemasken bestand und mit auf ein Minimum reduzierten Kommentaren und Anweisungen versehen war, die Individualität zuerkannt (Bundesgerichtsurteil 6P.9/2006 und 6S.28/2006 vom 5. Juli 2006, E. 6.2/6.3).
38. Die Beschwerdeführerin hat in der Klagebegründung (Rz. 93 ff.) dargelegt, dass die Arzneimittelinformationstexte dieser geringen Individualitätsanforderung genügen. Sie hat insbesondere die statistische Einmaligkeit der Arzneimittelinformationstexte anhand eines Vergleichs der von Swissmedic approbierten Texte der Fachinformationen für Originalpräparate und Generika anhand zweier Beispiele illustriert (Klagebegründung, Rz. 93). Solche Arzneimittel sind hinsichtlich ihrer Zusammensetzung, Eigenschaften und Indikationen identisch. Dennoch ergeht aus dem Vergleich, dass die Arzneimitteltexte bereits in Bezug auf einzelne Abschnitte voneinander fundamental differieren. Exemplarisch sei dies an den Eigenschaften/Wirkungen für das Originalpräparat Ponstan®

und das Generikum Mephador® nochmals aufgezeigt (vgl. Klagebeilagen 82 und 83):

<b>Ponstan®</b>	<b>Mephador®</b>
<p><i>"Ponstan enthält als Wirkstoff Mefenaminsäure, eine Substanz, die neben der schmerzstillenden auch eine ausgeprägte entzündungshemmende und fiebersenkende Wirkung besitzt. Die Wirkung von Ponstan beruht hauptsächlich auf einer Hemmung der Prostaglandinsynthese."</i></p>	<p><i>"Mefenaminsäure ist ein Anthranilsäurederivat und gehört in die Gruppe der Fenamate. Mefenaminsäure besitzt ausgeprägte analgetische, antiphlogistische und antipyretische Eigenschaften. Mefenaminsäure hemmt die Cyclooxygenase und damit verbunden die Prostaglandin-Synthese. Mefenaminsäure ist aufgrund des Wirkungsprofils mit den Salicylaten vergleichbar."</i></p>

Beweis: Fachinformation für Ponstan®  
(Klagebeilage 82)

Beilage 6

Fachinformation für Mephador®  
(Klagebeilage 83)

Beilage 7

39. Damit ist die statistische Einmaligkeit der Arzneimittelinformationstexte bereits in Bezug auf kurze Textfragmente dargetan, und es erübrigt sich, die von KUMMER vertretene und von der Vorinstanz verworfene (vgl. E. 3.2.4/d sowie f) These zu bemühen, bei alltäglichen Inhalten ergebe sich die Individualität im Sinne der statistischen Einmaligkeit erst aus der Länge des Textes.

d) *Fazit*

40. Die Vorinstanz hat Art. 2 Abs. 1 URG verletzt, indem sie neben dem von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangten Kriterium der statistischen Einmaligkeit zusätzliche und erhöhte Anforderungen an die Individualität gestellt hat. Insbesondere geht es nicht an, mit dem Erforder-

nis der Unterscheidbarkeit in wesentlichen Merkmalen eine Schutzvoraussetzung des DesG in das URG zu übernehmen. Unter dem - zumal bei Werken mit geringem Gestaltungsspielraum - allein massgeblichen Kriterium der statistischen Einmaligkeit sind die Arzneimittelinformationstexte als hinreichend individuell im Sinne von Art. 2 Abs. 1 URG einzustufen.

**3. Vermischung von Inhalt und Form der Arzneimittelinformationen als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 2 Abs. 1 URG sowie Art. 9 Abs. 2 TRIPS**

41. Die Vorinstanz vollzieht in E. 3.2.4/h einen "Bauchtest", bei dem sie auf das allgemeine Rechtsempfinden abstellt. Das *Argumentum ad absurdum* der Vorinstanz geht dahin, dass bei einer Bejahung der Individualität der Arzneimittelinformationstexte der Hersteller eines Generikums nach Ablauf des patentrechtlichen Schutzes zwar das Arzneimittel selbst nachmachen dürfe, dass jedoch die Arzneimittelinformationen nicht gleich lauten dürften. Die Vorinstanz bringt damit Inhalt und Form der Arzneimittelinformationen durcheinander, was als offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung einzustufen ist und überdies gegen Bundes- sowie Staatsvertragsrecht verstösst.

a) *Offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts*

42. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung in der Regel dann, wenn sie aktenwidrig ist (SEILER, in: SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH [Hrsg.], Kommentar BGG, 2007, Rz. 14 zu Art. 97 BGG) oder wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 286; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 2A.61/2006 vom 29. November 2006).

43. Vorliegend hält die Vorinstanz fest, dass der Hersteller eines Generikums die Arzneimittelinformation ebenso formulieren müsste, wie der Hersteller des Originalpräparats dies getan hat. Diese Feststellung ist in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich falsch: Die Beschwerdeführerin hat in der Klagebegründung (Rz. 93) Beispiele von der Swissmedic genehmig-

ter Arzneimittelinformationen für Originalpräparate und zugehörige Generika vorgebracht und als Beweismittel (Klagebeilagen 82 - 85) ins Recht gelegt. Aus diesen Beispielen ergeht unzweideutig, dass die Formulierungen der Arzneimittelinformationen voneinander erheblich abweichen, obwohl es sich bei Originalpräparat und Generikum (begriffsnotwendig) um das gleiche Arzneimittel handelt (vgl. schon oben Rz. 38). Die von der Vorinstanz getroffene Sachverhaltsfeststellung ist damit widerlegt. Sie ist aktenwidrig und somit offensichtlich unrichtig.

<u>Beweis:</u>	Fachinformation für Ponstan® (Klagebeilage 82)	<u>Beilage 6</u>
	Fachinformation für Mephador® (Klagebeilage 83)	<u>Beilage 7</u>
	Fachinformation für Solmucol ® (Klagebeilage 84)	<u>Beilage 8</u>
	Fachinformation für Fluimucil® (Klagebeilage 85)	<u>Beilage 9</u>

44. Die Behebung der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung ist für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens entscheidend: Nicht nur, weil damit die Nagelprobe der Vorinstanz unter Berufung auf das allgemeine Rechtsempfinden in sich zusammenfällt, sondern auch, weil die unterschiedliche Formulierung bei Originalpräparat und Generikum einen zentralen Pfeiler zum Nachweis der statistischen Einmaligkeit der Arzneimittelinformationstexte darstellt (vgl. oben Rz. 37 f.).

*b) Verletzung von Art. 2 Abs. 1 URG und Art. 9 Abs. 2 TRIPS*

45. Gemäss Art. 9 Abs. 2 TRIPS erstreckt sich der urheberrechtliche Schutz auf Ausdrucksformen, nicht aber auf Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche (vgl. dazu STAEHELIN, Das TRIPS-Abkommen, 2. Aufl. 1999, S. 66 f.). Das Prinzip ist auch unter der RBÜ anerkannt, obwohl es dort nicht ausdrücklich festgeschrieben wurde (FICSOR, The Law of Copyright and the Internet: The WIPO Treaties and Their Implementation, 2002, Rz. C2.01). Auch unter dem URG gilt dieser Grundsatz anerkanntermassen (vgl. BOTSCHAFT URG, a.a.O., 523; BGE 77 III 377; 116 II 351, 354; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 2 URG; CHERPILLOD, in: MÜLLER/OERTLI, Kommentar URG, 2006, Rz. 35 ff.

zu Art. 2 URG; STIEGER, Das Urheberrecht schützt nur die Form, in: KURER/RITSCHER/SANGIORGIO/ASCHMANN [Hrsg.], Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für LUKAS DAVID zum 60. Geburtstag, 1996, S. 243 ff.). Geschützt ist neben der reinen Form die konkrete Verbindung von Form und Inhalt, nicht jedoch der Inhalt als solcher (BARRELET/EGLOFF, a.a.O.). In Bezug auf die Arzneimittelinformationen hat die Vorinstanz dies selbst klargestellt (E. 3.2.1).

46. Dessen ungeachtet macht die Vorinstanz geltend, ein Generikahersteller müsse Arzneimittelinformationen ebenso formulieren wie der Hersteller des Originalpräparats. Dass diese Feststellung in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend ist, wurde schon dargetan (oben Rz. 42 ff.). In rechtlicher Hinsicht ist diese Feststellung deshalb falsch, weil nicht die urheberrechtlich schützbares Formulierung (d.h. Form) der Arzneimittelinformationen von Originalpräparat und Generikum identisch sein muss, sondern lediglich deren (von der Form losgelösten und urheberrechtlich damit ungeschützten) Inhalte. Es steht somit dem Hersteller eines Generikums völlig frei, die Inhalte der Arzneimittelinformationen in eine eigene Form zu giessen, wie das in der Praxis ja auch getan wird (vgl. oben Rz. 38 sowie Klagebegründung, Rz. 93). Indem die Vorinstanz dies verkannt hat, verletzt sie Art. 2 Abs. 1 URG sowie Art. 9 Abs. 2 TRIPS.

c) *Fazit*

47. Die von der Vorinstanz beschriebene angeblich absurde Situation bei Annahme des urheberrechtlichen Schutzes der Arzneimittelinformationstexte besteht nicht. Ganz im Gegenteil zeigt der von der Vorinstanz beigezogene Vergleich, dass der urheberrechtliche Schutz der Arzneimittelinformationstexte einer Koexistenz von Originalpräparaten und Generika gerade nicht entgegensteht: Geschützt sind nicht die Inhalte der Arzneimittelinformationen als solche, sondern lediglich deren konkrete Form. Bei der Ausformulierung der Arzneimitteltexte besteht ein - wenn auch geringer - Gestaltungsspielraum. Entsprechend ist auch der Schutzzumfang der Arzneimittelinformationstexte gering und auf eine im Wesentlichen wörtliche Übernahme beschränkt, wie sie von den Beschwerdegegnern praktiziert wurde (vgl. Urteil der Vorinstanz, E. 4.2.1). Macht der Hersteller eines Generikums von dem vorhandenen Gestaltungsspielraum Gebrauch, bleiben die Urheberrechte an den Arzneimit-

telinformationstexten des Originalpräparats hiervon unberührt. *Quod erat demonstrandum!*

**4. Berücksichtigung des "Gutachtens" des IGE als Verletzung von Art. 8 ZGB**

48. Die Vorinstanz hat in einer abschliessenden Erwägung zum urheberrechtlichen Teil des Urteils auf ein vom Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) zuhanden der Wettbewerbskommission (WEKO) erstelltes "Gutachten" abgestellt, das der Beschwerdegegner 1 im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels (Duplikbeilage 1a) eingereicht hatte. Die Berücksichtigung dieses Beweismittels durch die Vorinstanz unter Missachtung der kantonalen Verfahrensvorschriften verletzt das Recht auf den Beweis gemäss Art. 8 ZGB.

Beweis: "Gutachten" des IGE zu Handen  
der WEKO vom 12. November  
2004 (Duplikbeilage 1a)

Beilage 10

a) *Qualifikation des "Gutachtens" des IGE*

49. Das "Gutachten" (*de facto* handelt es sich um eine bloss dreiseitige summarische Kurzbeurteilung) wurde wie erwähnt durch das IGE amts-hilfweise im Auftrag der WEKO erstellt. Es erging somit nicht im Rahmen des vorliegenden Zivilverfahrens, sondern eines gesonderten kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens. Im vorliegenden Verfahren kommt dem "Gutachten" somit nicht die Bedeutung eines von Amtes wegen zu berücksichtigenden Beweismittels, sondern einer blossen Parteibehauptung (des Beschwerdegegners 1) zu, die von der Beschwerdeführerin anlässlich der mündlichen Plädoyers an der Hauptverhandlung bestritten wurde. Namentlich hatte die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das "Gutachten" aufgrund einer sehr pauschalen und lückenhaften Sachverhaltsschilderung durch die WEKO als Auftraggeberin angefertigt wurde und im Wesentlichen bloss den Massnahmeentscheid des Zivilgerichtspräsidiums Basel-Stadt vom 20. Januar 2004 (a.a.O.) wiedergab und somit nichts zum Erkenntnisstand beigetragen hat. Schon diese Umstände hat die Vorinstanz bei der Würdigung des "Gutachtens" fälschlicherweise nicht berücksichtigt.

Beweis: Schreiben der WEKO an das IGE  
vom 14. Oktober 2004

Beilage 11

b) *Verspätetes Vorbringen durch den Beschwerdegegner 1*

50. Wie erwähnt hat der Beschwerdegegner 1 das "Gutachten" des IGE erst im zweiten Schriftenwechsel als Duplikbeilage 1a eingereicht. Gemäss § 63 in Verbindung mit § 40 der baselstädtischen Zivilprozessordnung (ZPO) sind alle Belege und Urkunden, welche die Beklagte berücksichtigt wissen will, mit der Klagantwort einzureichen. Eine nachträgliche Einreichung neuer Beweise ist gemäss § 81 ZPO nur möglich, wenn es der Partei vorher nicht möglich war, die Beweise einzureichen, die Partei vorher dazu keine Veranlassung hatte oder sonst dafür triftige Gründe vorliegen. Der Beschwerdegegner 1 macht in der Duplik (Rz. 12 f.) keinerlei solche Umstände geltend. Ganz im Gegenteil ergibt sich aus dem Datum des Gutachtens (12. November 2004), dass dieses problemlos bereits mit der Klageantwort, welche vom 26. Mai 2005 datiert, hätte eingereicht werden können. Die Nachreichung in der Duplik erfolgte somit verspätet. Die Berücksichtigung des "Gutachtens" durch die Vorinstanz verletzt kantonales Verfahrensrecht.

Beweis: "Gutachten" des IGE zu Händen  
der WEKO vom 12. November  
2004 (Duplikbeilage 1a)

Beilage 10

51. Im Rahmen der vorliegenden Beschwerde an das Bundesgericht kann die Verletzung von kantonalem Verfahrensrecht dann gerügt werden, wenn dadurch gleichzeitig auch Bundesrecht verletzt wird (SEILER, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 97 BGG). Im Geltungsbereich der vorliegend massgeblichen Verhandlungsmaxime ist es unerlässlich, dass jede Partei die zu berücksichtigenden Beweismittel überhaupt genannt hat, und zwar im richtigen Zeitpunkt, damit das Recht auf den Beweis gemäss Art. 8 ZGB besteht (STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, 1992, § 14 Rz. 81). Da Art. 8 ZGB auch ein Recht auf die nach Form und Inhalt korrekte Beweiserhebung enthält (SCHMID, in: HONSELL/VOGT/GEISER [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB, 2. Aufl. 2002, Rz. 6 f. zu Art. 8 ZGB), folgt daraus umgekehrt, dass nur jene Beweise zu würdigen sind, die auch

rechtzeitig eingereicht wurden. Die Würdigung eines verspätet eingereichten und damit korrekterweise ausser Acht zu lassenden Beweismittels verletzt somit Art. 8 ZGB.

**5. Anwendung des Amortisationskriteriums als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 5 Bst. c UWG**

52. Die Vorinstanz gelangt unter Beizug des Amortisationskriteriums zum Ergebnis, der Aufwand der Beschwerdeführerin für die Aufbereitung der Sammlung der Arzneimittelinformationen sei bereits durch die Einnahmen der Beschwerdeführerin aus den Publikationsverträgen mit den Arzneimittelherstellern abgegolten, weshalb die damit verbundenen Kosten beim Aufwandsvergleich gemäss Art. 5 Bst. c UWG nicht mehr zu berücksichtigen seien (E. 4.2.2/b - d). Damit stellt die Vorinstanz einerseits den massgeblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest; andererseits verletzt die von der Vorinstanz praktizierte Anwendung des Amortisationsgedankens Art. 5 Bst. c UWG.

*a) Offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung*

53. Die Vorinstanz stellt in ihren Erwägungen zur Aufwandamortisation (E. 4.2.2/c, S. 21 Mitte) kurzerhand fest, dass die Bemühungen der Beschwerdeführerin, die mit der Aufbereitung der Sammlung der Arzneimittelinformationen anfallen, mit den Zahlungen der Hersteller der Arzneimittelinformationen abgegolten seien. Zudem geht sie davon aus, dass aufgrund der Unentgeltlichkeit der Abgabe des Kompendiums sowohl in Buchform als auch über das Internet sämtliche Entwicklungskosten der Beschwerdeführerin abgedeckt seien. Weiter nimmt die Vorinstanz an, dass gewisse Erträge mit dem Verkauf von Datenträgern und Büchern zwar generiert würden, diese aber insgesamt nicht ins Gewicht fallen.

54. Es ist grundsätzlich offensichtlich unrichtig, wenn ein Sachverhalt nicht ermittelt, sondern bloss geschätzt wird. Solches ist nur zulässig, wenn eine Ermittlung praktisch nicht möglich war (SEILER, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 97 BGG; BGE 118 V 65, 70 ff.). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin sämtliche Ausführungen vorgebracht und Unterlagen eingereicht, mit Hilfe derer das Zivilgericht die tatsächlichen Umstände hätte fest-

stellen können (vgl. insbesondere Klagebegründung, Rz. 16 ff.). Raum für die von der Vorinstanz getroffenen Annahmen bestand somit nicht.

55. Das Zivilgericht schliesst aus der Zahlungspflicht der Arzneimittelhersteller, dass damit der gesamte Aufwand der Klägerin zur Ausarbeitung der Sammlung von Arzneimittelinformationen abgegolten sei. Für diese Annahme fehlt jegliche Grundlage. Die Beschwerdeführerin hat in der Klagebegründung (Rz. 16) ausgeführt, dass sie die Publikation der Arzneimittelinformationen im Auftrag der Hersteller aufgrund von Publikationsverträgen vornehme. Als Beweismittel für diese Behauptung hat die Klägerin ihre allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) eingereicht (Klagebeilage 11). Die AVB der Beschwerdeführerin vermögen jedoch nur zu belegen, dass eine Zahlungspflicht der Arzneimittelhersteller überhaupt besteht. Dass die Zahlungen der Arzneimittelhersteller kostendeckend seien, stellt demgegenüber eine reine Mutmassung der Vorinstanz dar.

Beweis: Allgemeine Vertragsbedingungen  
für das Arzneimittelkompendium  
der Schweiz (Klagebeilage 11)

Beilage 12

56. Die Vorinstanz schliesst weiter aus der unentgeltlichen Abgabe des Arzneimittelkompendiums an die "daran hauptsächlich Interessierten" darauf, dass die Zahlungen der Arzneimittelhersteller kostendeckend seien. Damit verkennt die Vorinstanz, dass die kostenlose Abgabe des Arzneimittelkompendiums an Fachpersonen auf einer gesetzlichen Pflicht der Beschwerdeführerin beruht (vgl. Klagebegründung, Rz. 18 sowie Klagebeilage 3). In gleicher Weise ist die Beschwerdeführerin gegenüber Swissmedic verpflichtet, die Arzneimittelinformationen auf dem Internet allgemein zugänglich zu machen (vgl. Klagebegründung, Rz. 15 sowie Klagebeilage 10). Die Unentgeltlichkeit hinsichtlich dieser beider Verwertungsformen beruht somit auf einer gesetzlichen Verpflichtung der Beschwerdeführerin und nicht etwa auf einem von ihr frei gewählten Geschäftsmodell. Entsprechend lassen sich daraus auch keine Rückschlüsse über die Kostendeckung der von den Arzneimittelherstellern erhaltenen Zahlungen ziehen.

Beweis: Broschüre der Beschwerdeführerin (Klagebeilage 3; vollständiges Exemplar bei den Akten der Vorinstanz)

Beilage 13

Auszug aus Swissmedic Journal 2/2004, S. 148 (Klagebeilage 10)

Beilage 14

57. Auch die weitere Annahme der Vorinstanz, dass die von der Beschwerdeführerin mit der Verwertung der Arzneimittelinformationen (z.B. Verkauf von Büchern und Datenträgern) zusätzlich erzielten Einkünfte nicht derart ins Gewicht fallen, dass sie die Höhe der von den Arzneimittelherstellern erhobenen Beiträge massgeblich beeinflussen, widerspricht den Tatsachen offenkundig: Die Beschwerdeführerin hat in der Replik (Rz. 103) dargetan, dass sie mit der Verwertung der Arzneimittelinformationen (*in casu* der Erteilung einer Lizenz zur Weiterverwendung der Arzneimittelinformationen) substantielle Einnahmen erzielt. In allgemeiner Weise hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass sie sich für ihre Tätigkeit sowohl von den Informationslieferanten als auch von den Informationsbezugern abgelten lässt, was auch absolut branchenüblich ist (Replik, Rz. 192). Daraus ergibt sich klar, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin nicht darauf beruht, Einnahmen lediglich aus den Publikationsverträgen mit den Arzneimittelherstellern zu generieren, sondern auch aus der anschliessenden Verwertung der gesammelten Arzneimittelinformationen gegenüber Dritten. Die von der Vorinstanz getroffene Annahme, der Aufwand der Beschwerdeführerin sei durch die Zahlungen der Arzneimittelhersteller vollumfänglich abgegolten und damit amortisiert, ist somit in tatsächlicher Hinsicht widerlegt.
58. Die Vorinstanz zieht in ihrer Beurteilung eine Parallele zum Bundesgerichtsurteil in Sachen "Such-Spider" (BGE 131 III 384), wo ebenfalls die Vermutung geäussert wurde, die damaligen Klägerinnen konnten ihre Entwicklungskosten schon dadurch amortisieren, dass sie sich von den Datenlieferanten (in jenem Fall den Inserenten) eine Entschädigung bezahlen liessen. Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, beim hier zu beurteilenden Fall liege eine gleichartige Konstellation vor. Diese Auffassung - und damit die analoge Anwendung der Grundsätze von BGE 131 III 384 - sind jedoch unbegründet: In jenem Fall basierte die Amortisati-

onsvermutung massgeblich darauf, dass die dortigen Klägerinnen es versäumt hatten, ihren eigenen Aufwand zu substantzieren (a.a.O., 393, E. 4.4.3). Bei jener Konstellation rechtfertigt sich nach dem Vorgesagten (oben Rz. 54), dass über den massgeblichen Sachverhalt eine Annahme getroffen wird. Vorliegend jedoch macht die Vorinstanz nicht geltend, die Beschwerdeführerin habe ihren Aufwand nicht hinreichend substantziiert; ganz im Gegenteil hält die Vorinstanz fest, der von der Beschwerdeführerin getätigte Aufwand übertreffe denjenigen der Beschwerdegegner offensichtlich (E. 4.2.2/a). Damit bleibt aber - anders als in BGE 131 III 384 - vorliegend kein Raum für die von der Vorinstanz getroffenen und unzutreffenden Annahmen.

59. Nach dem Vorgesagten ist die von der Vorinstanz getroffene Annahme, der Aufwand der Beschwerdeführerin werde durch die Zahlungen aus den Publikationsverträgen mit den Arzneimittelherstellern vollumfänglich gedeckt, offensichtlich unrichtig und damit zu korrigieren. Die Behebung dieses Mangels kann für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein, da die Vorinstanz in ihren weiteren Erwägungen zu Art. 5 Bst. c UWG massgeblich darauf abstellt, dass der Aufwand der Beschwerdeführerin vollumfänglich amortisiert sei.

*b) Beschränkte Tragweite des Amortisationskriteriums*

60. Die Vorinstanz stellt bei der Aufwandsgegenüberstellung im Rahmen von Art. 5 Bst. c UWG (neben einem *obiter dictum*; vgl. dazu unten Rz. 67 ff.) ausschliesslich auf das so genannte Amortisationskriterium ab. Es misst hierbei dem Amortisationsgedanken eine Tragweite bei, die diesem Kriterium in Lehre und Praxis nicht zukommt.
61. In der BOTSCHAFT UWG (BBl 1983 II 1009, 1071) wird der Amortisationsgedanke lediglich mit einem Satz erwähnt: "Das Kriterium des angemessenen eigenen Aufwandes erlaubt auch die Berücksichtigung der Amortisierung des Aufwandes des Erstkonkurrenten für die Schaffung des übernommenen Produktes." Die Lehre hat den in der BOTSCHAFT UWG erwähnten Einbezug der Amortisation als verwirrend bezeichnet (BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, 2001, Rz. 53 zu Art. 5 UWG). Kann der Erstkonkurrent seine Aufwendungen nicht vollständig amortisieren, erleidet er im Umfang des Ausfalls einen Vermögensnachteil. Die Frage der Amortisierung betrifft somit den Schaden des Erstkonkurrenten, ändert

aber nichts an der Unlauterkeit des Verhaltens des Übernehmers. Im Rahmen von Art. 5 Bst. c UWG ist einzig auf Leistungs- und Aufwandskomponenten abzustellen.

62. In der Literatur ist die Berechtigung und insbesondere die Tragweite des Amortisationskriteriums stark umstritten: So äussern sich insbesondere TROLLER (a.a.O., S. 958) und PEDRAZZINI/ PEDRAZZINI (Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl. 2002, Rz. 9.45) dezidiert ablehnend gegenüber der Amortisationstheorie und insbesondere einer daraus abgeleiteten zeitlichen Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes gemäss Art. 5 Bst. c UWG. Andere Autoren vertreten demgegenüber die Auffassung, das Amortisationskriterium diene der Befristung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes (BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 75 zu Art. 5 UWG; FIECHTER, Der Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG, 1992, S. 197 f.; HILTY, Leistungsschutz - Made in Switzerland?, in: AHRENS/BORNKAMM/ KURZHALLSTEIN (Hrsg.), Festschrift EIKE ULLMANN, 2006, S. 643 ff., Fn. 50). Einzig DAVID (Ist der *Numerus clausus* der Immaterialgüterrechte noch zeitgemäss?, AJP 1995, S. 1403 ff., 1408) kann dahingehend verstanden werden, dass er dem Amortisationsgedanken eine über die Frage der Dauer des lauterkeitsrechtlichen Schutzes hinausgehende Bedeutung zumisst. Immerhin verlangt DAVID, dass der Erstentwickler über die reine Amortisation hinaus einen angemessenen Gewinn hat kassieren können.
63. In der Judikatur hat der Amortisationsgedanke bislang nur spärlich Erwähnung gefunden. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der vorinstanzliche Hinweis auf den Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 19. September 1969 (publ. in ZR 1970, Nr. 104) allein schon deshalb nicht massgeblich sein kann, weil es unter dem damaligen UWG eine mit Art. 5 Bst. c UWG vergleichbare Bestimmung nicht gab. Jener Entscheid betraf auch einen gänzlich anderen Sachverhalt, ging es dort doch darum zu prüfen, ob nach Ablauf der urheberrechtlichen Schutzdauer (!) noch ein lauterkeitsrechtlicher Schutz gewährt werden könne (a.a.O., E. 1, S. 279). Das Handelsgericht führte dort aus: "Desgleichen müsste es als gegen Treu und Glauben verstossend bezeichnet werden, wenn ein Verleger dazu überginge, Neudrucke gemeinfreier Werke sogleich fotomechanisch zu übernehmen und damit die Erstverleger zu konkurrenzieren". Es stellt damit massgebend auf den Zeitfaktor ab (a.a.O., E. 3,

S. 281). Eine darüber hinaus gehende Bedeutung des Amortisationsgedankens kann in dieser Entscheidung nicht erkannt werden. In BGE 118 II 459 hat das Bundesgericht zur Amortisationstheorie Stellung bezogen und sich letztlich dafür ausgesprochen, dass mit diesem Kriterium eine zeitliche Befristung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes aus Art. 5 Bst. c UWG einhergehe (a.a.O., 464 ff., E. 3/d und 4/b).

64. Die Vorinstanz stützt ihre Ausführungen zum Amortisationsgedanken massgeblich auf das Bundesgerichtsurteil in Sachen "Such-Spider" (BGE 131 III 384), obwohl das Bundesgericht in jenem Fall die sich stellenden Fragen weitgehend offen lassen konnte, wie auch die Vorinstanz bemerkt (E. 4.2.2/b, S. 19 unten). Namentlich äussert sich das Bundesgericht in BGE 131 III 384 nicht zur konkreten Anwendbarkeit des Amortisationsgedankens, sondern beschränkt sich darauf, den eingangs zitierten Satz aus der BOTSCHAFT UWG wiederzugeben (a.a.O., 392, E. 4.4.1). Dass die höchstrichterliche Judikatur es 17 Jahre nach Inkrafttreten von Art. 5 Bst. c UWG in Bezug auf den Amortisationsgedanken damit bewenden lässt, die entsprechende Äusserung aus der Botschaft wiederzugeben, zeigt, dass die Amortisationstheorie weder in Lehre noch Praxis Niederschlag gefunden hat. Soweit sie nicht gänzlich abzulehnen ist, muss ihre Bedeutung mit BGE 118 II 459 auf eine Befristung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes beschränkt werden. Die von der Vorinstanz praktizierte Ausdehnung des Amortisationsgedankens zur Aufwandsbemessung findet in Lehre und Rechtsprechung keine Stütze und stellt eine falsche Anwendung von Art. 5 Bst. c UWG und damit eine Rechtsverletzung dar.

c) *Fazit*

65. Die Beschwerdeführerin hat den mit der Entwicklung und Herstellung des Arzneimittelkompendiums und der Sammlung der Arzneimittelinformationen verbundenen Aufwand nicht bereits über die unter den Publikationsverträgen mit den Arzneimittelherstellern geleisteten Zahlungen amortisiert. Die diesbezüglich von der Vorinstanz getroffenen Sachverhaltsannahmen sind offensichtlich unrichtig und zu korrigieren.
66. Dessen ungeachtet kann der von der Vorinstanz beigezogene Amortisationsgedanke - wenn überhaupt - höchstens dazu dienen, den durch Art. 5 Bst. c UWG gewährten lauterkeitsrechtlichen Schutz in zeitlicher

Hinsicht zu begrenzen. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Verhalten und Vorgehen der Beschwerdegegner offensichtlich als unlauter einzustufen, haben sie die Arzneimittelinformationen doch sowohl bei der Aufschaltung des jährlich erneuerten Arzneimittelkompendiums als auch bei dessen mindestens monatlicher Aktualisierung jeweils umgehend und innert kürzester Frist übernommen (Klagebegründung, Rz. 38 ff. sowie 44 ff.; vgl. auch Änderungsgesuch und Noveneingabe der Beschwerdeführerin vom 8. Februar 2007, Rz. 9 ff.).

**6. Berücksichtigung des Weiterentwicklungs- und Variationsaufwands als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 5 Bst. c UWG**

67. In einem *obiter dictum* hält die Vorinstanz fest, beim Aufwandsvergleich im Rahmen von Art. 5 Bst. c UWG wäre auf Seiten der Beschwerdegegner nicht allein der Aufwand der Übernahme, sondern auch der von den Beschwerdegegnern "unbestreitbar betriebene Weiterentwicklungsaufwand und Variationsaufwand" zu berücksichtigen (E. 4.2.2/e). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellt die Vorinstanz damit den massgeblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest und verletzt überdies Art. 5 Bst. c UWG.

a) *Offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung*

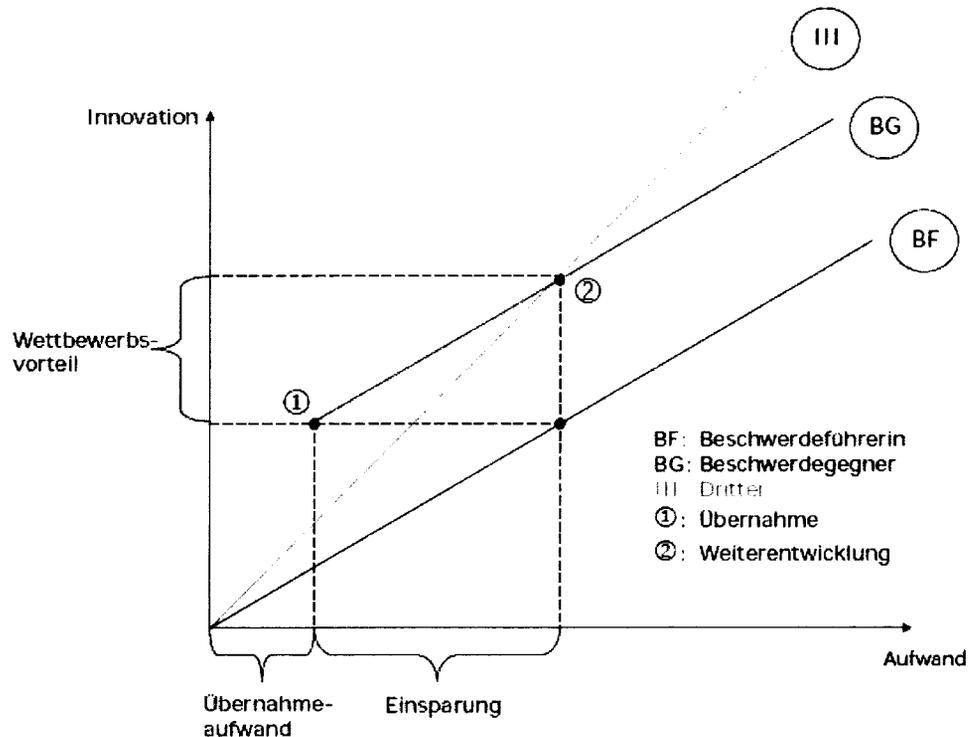
68. Weshalb der von den Beschwerdegegnern angeblich betriebene Weiterentwicklungs- und Variationsaufwand "unbestreitbar" sein soll, ist der Beschwerdeführerin schleierhaft. Die Aussage überrascht auch insofern, als die Vorinstanz an anderer Stelle (E. 4.2.2/a) in Zusammenhang mit dem Aufwandvergleich die Auffassung vertritt, es "erscheint als offensichtlich, dass derjenige der Klägerin denjenigen der Beklagten übertrifft".

69. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin den diesbezüglichen angeblichen Aufwand der Beschwerdegegner sowohl in der Klagebegründung (Rz. 53 ff.) als auch in der Replik (Rz. 90 ff., insbesondere 99 f.) nachdrücklich bestritten. Soweit die Vorinstanz das Wort "unbestreitbar" nicht bloss als inhaltsleere Floskel, sondern im Sinne von "unbestritten" versteht, hat sie den massgeblichen Sachverhalt somit offensichtlich falsch festgestellt, was zu korrigieren ist.

b) *Massgeblicher Aufwand*

70. Die Schlüsselfrage lautet, ob nur der eigentliche Übernahmeaufwand oder auch daran anschliessender weiterer Aufwand (z.B. für die Weiterentwicklung oder Verwertung der übernommenen Arbeitsergebnisse) in die Gegenüberstellung miteinbezogen wird. BGE 131 III 384 spricht sich diesbezüglich für letzteres aus (a.a.O., 392 f., E. 4.4.2), was in der Lehre kritisiert wurde (vgl. die Urteilsbesprechung von BERGER, sic! 2005, S. 598 f., 599). Dass der weitere Aufwand bei den Aufwandsbetrachtungen nicht massgeblich sein kann, hat die Beschwerdeführerin bereits in der Klagebegründung (Rz. 85 f.) sowie in der Replik (Rz. 91 f.) darge-  
tan. Sie hat namentlich darauf hingewiesen, dass der Aufwand für die Anpassung des Arbeitsergebnisses von demjenigen für die Erstellung des weitergehenden Arbeitsergebnisses zu unterscheiden ist, wobei letzterer nicht berücksichtigt werden darf (vgl. die Urteilsanmerkung von BERGER, sic! 2004, S. 497 ff., 497 f.). Auch muss der Aufwand des Übernehmers mit den übernommenen Arbeitsergebnissen in unmittelbarem sachlichem und zeitlichem Zusammenhang stehen (BERGER, sic! 2005, S. 599). Überdies schliesst der massgeblich Aufwand nur die variablen Kosten der Übernahme bzw. Verwertung mit ein (BERGER, a.a.O.; BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 5 UWG). Fixkosten sind demgegenüber nicht zu berücksichtigen. Abzustellen ist einzig auf den dem Übernehmer mit der einzelnen Reproduktion erwachsenden Aufwand (BERGER, sic! 2004, S. 497). Dieser umfasst höchstens den Aufwand zur Übernahme und zur Einbringung des übernommenen Arbeitsergebnisses in eine verwertbare Form (BERGER, sic! 2004, S. 498 sowie sic! 2005, S. 599).
71. Die BOTSCHAFT UWG (a.a.O., 1070) führt aus, die Voraussetzung "ohne eigenen Aufwand" sei zu verstehen als "ohne eigenen Erarbeitungsaufwand" (Hervorhebung der Verfasser). Aus dieser Umschreibung wird klar, dass nur der Aufwand zur Erarbeitung des übernommenen Arbeitsergebnisses gemeint sein kann. Es geht um die Erfassung der Einsparung des erforderlichen Aufwands bei Herstellung des identischen eigenen Produkts (JECKLIN, Leistungsschutz im UWG?, 2003, S. 114). An die Übernahme anschliessender Aufwand ist demgegenüber nicht massgeblich.

72. Art. 5 Bst. c UWG richtet sich gegen die übermässige Zerstörung des zeitlichen Wettbewerbsvorsprungs, den der Erstbewerber geniesst (vgl. JECKLIN, a.a.O., S. 116 f.). Im Visier der Bestimmung steht die zeitlich beschleunigte Übernahme eines Arbeitsergebnisses durch technische Reproduktionsverfahren. Als Folge davon ist die Frage nach der Angemessenheit des Aufwands ausschliesslich auf das technische Reproduktionsverfahren zu beziehen; zu vergleichen ist mithin der hypothetische Aufwand zur Herstellung in lauterer Art und Weise und der Aufwand mittels technischem Reproduktionsverfahren. Entscheidend ist, ob das angewendete Reproduktionsverfahren zu einer wesentlichen Aufwandsparnis geführt hat (JECKLIN, a.a.O., S. 126). Was im Anschluss an die Übernahme mit dem Arbeitsergebnis geschieht, tut hierbei nichts zur Sache.
73. Nach der BOTSCHAFT UWG (a.a.O., 1071) erlaubt es das Kriterium des angemessenen eigenen Aufwands, "den ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil des Zweitbewerbers abzuwägen" (ebenso BGE 131 III 384, 391 f., E. 4.4.1). Würde in den Aufwandsvergleich nicht nur der Übernahmeaufwand, sondern auch ein allfälliger Weiterentwicklungsaufwand miteinbezogen, liesse sich diese Zwecksetzung nicht mehr erfüllen. Denn der ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteil des Übernehmers bleibt auch dann bestehen, wenn dieser das übernommene Arbeitsergebnis in der Folge weiterentwickelt und hierfür zusätzlichen Aufwand betreibt.
- c) *Anwendung auf den vorliegenden Fall*
74. Dass unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten einzig der eigentliche Übernahmeaufwand massgeblich sein kann, soll anhand eines Beispiels illustriert werden, das auf den konkreten Fall Bezug nimmt:



75. Auf der oben stehenden Grafik ist der Grad innovativer Tätigkeit in Abhängigkeit des damit verbundenen Aufwands aufgezeichnet, und zwar für die Beschwerdeführerin (blau), für die Beschwerdegegner (rot) sowie für einen hypothetischen Dritten (grün). Die Beschwerdeführerin kann mit einem bestimmten Aufwand ein Arbeitsergebnis eines bestimmten Innovationsgrads erzielen, wie sie dies vorliegend mit der Sammlung, Sichtung, Kontrolle, Korrektur und Übersetzung der Arzneimittelinformationen macht. Übernehmen die Beschwerdegegner dieses Arbeitsergebnis, fällt bei ihnen nur der Übernahmeaufwand an, und sie erzielen gegenüber der Beschwerdeführerin eine erhebliche Einsparung (Situation ①; vgl. Urteil der Vorinstanz, E. 4.2.2/a). Diese Situation fällt klar unter den Tatbestand von Art. 5 Bst. c UWG, was auch durch BGE 131 III 384 nicht in Zweifel gezogen wird (a.a.O., 390 f., E. 4.3).
76. Kann sich daran nun etwas ändern, wenn die Beschwerdegegner selbst zusätzlichen Aufwand betreiben, um das übernommene Arbeitsergebnis weiterzuentwickeln? Das Bundesgericht hat in BGE 131 III 384 den Weiterentwicklungsaufwand und Verwertungsaufwand in den Aufwandsvergleich mit einbezogen und damit die Anwendung von Art. 5 Bst. c UWG im Ergebnis scheitern lassen (vgl. oben Rz. 70). Dadurch wird letztlich Gleiches mit Ungleichen verglichen, was einem allgemeinen und verfassungsmässig anerkannten Grundsatz (Art. 8 BV) widerspricht. Führt man sich

vor Augen, dass der Aufwandsvergleich dazu dienen soll, den ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil des Zweitbewerbers zu eruieren, kann diese Auffassung nicht aufrecht erhalten werden: Denn genau dieser - ungerechtfertigte! - Wettbewerbsvorteil bleibt den Beschwerdegegnern erhalten, auch wenn sie das übernommene Arbeitsergebnis weiterentwickeln und dadurch den Innovationsgehalt ihres Arbeitsergebnisses erhöhen können. Auch dies wird aus der Grafik deutlich (Situation ②).

77. Ungerechtfertigt ist ein Wettbewerbsvorteil immer dann, wenn er nicht das Ergebnis der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darstellt. Genau so verhält es sich vorliegend bei den Beschwerdegegnern. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird in der Grafik durch die Neigung der Geraden (je steiler, desto leistungsfähiger) zum Ausdruck gebracht. Im Sinne einer Hypothese (und entgegen der Überzeugung der Beschwerdeführerin) wird unterstellt, die Beschwerdegegner seien gleich leistungsfähig wie die Beschwerdeführerin (in der Grafik durch den parallelen Verlauf der Geraden zum Ausdruck gebracht). Ungeachtet der gleichen Leistungsfähigkeit profitieren die Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin von einem Wettbewerbsvorteil, was auf dessen fehlende wirtschaftliche Rechtfertigung hinweist. Dies ganz im Gegensatz zum hypothetischen Dritten, der seinen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Beschwerdeführerin durch höhere Leistungsfähigkeit (ausgedrückt durch den steileren Verlauf der Geraden) erzielt hat. Damit ist zugleich gesagt, dass der Wettbewerbsvorteil der Beschwerdegegner als Übernehmer nicht nur gegenüber der Beschwerdeführerin als Erstbewerberin, sondern auch gegenüber Dritten ungerechtfertigt ist und zu Marktverzerrungen führt. Sowohl die Behinderung des Erstbewerbers in seiner Wettbewerbsposition unter geschäftsmoralischen Gesichtspunkten als auch die Verfälschung des Wettbewerbs aus ordnungspolitischer Perspektive stellen unlauteres Marktverhalten dar (STREULI-YOUSSEF, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1: Lauterkeitsrecht, 1994, S. 77 ff., 165 f.).

d) *Fazit*

78. Unter Wertungsgesichtspunkten kann nichts darauf ankommen, ob die Beschwerdegegnerin das Arbeitsergebnis der Klägerin lediglich in unlau-

terer Weise übernommen haben oder auch in weiterentwickelter Form verwertet haben. In beiden Fällen ist der durch die Übernahme erzielte Wettbewerbsvorteil ungerechtfertigt, womit die Unlauterkeit zu bejahen ist. Im Ergebnis kann auf Seiten des Übernehmers somit nur der mit der eigentlichen Übernahme verbundene Aufwand für den Aufwandsvergleich massgeblich sein. Dass dieser Aufwand gering und im Verhältnis zu demjenigen der Beschwerdeführerin nicht angemessen ist, wurde von der Beschwerdeführerin verschiedentlich dargetan (Rz. 84 der Klagebegründung; Rz. 100 der Replik) und wird implizit auch von der Vorinstanz anerkannt, wenn sie in E. 4.2.2/a festhält, es erscheine als offensichtlich, dass der Arbeitsaufwand der Klägerin denjenigen der Beklagten übertrifft.

#### **D. Zusammenfassung und Kosten**

79. Zusammenfassend ergibt sich, dass das hier mit Beschwerde angefochtene Urteil der Vorinstanz sowohl in seinem urheberrechtlichen als auch in seinem lauterkeitsrechtlichen Teil offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen enthält und Bundesrecht, namentlich URG und UWG, sowie Staatsvertragsrecht verletzt. Das Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 2007 ist deshalb vollumfänglich aufzuheben (Rechtsbegehren 1).
80. Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Soweit das Bundesgericht in der Sache selbst entscheiden sollte, hält die Beschwerdeführerin an den mit Klagebegründung vom 11. Februar 2005 gestellten Rechtsbegehren einschliesslich Kosten- und Entschädigungsantrag fest (Rechtsbegehren 2).
81. Vorliegend hat die Vorinstanz eine Reihe von Fragen tatsächlicher Art offen gelassen (z.B. diejenigen nach dem Schaden oder nach der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin; vgl. E. 3.5, S. 18 oben). Das Bundesgericht entscheidet in der Regel kassatorisch, wenn es "im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen" (Bundesgerichtsurteil 4A.102/2007 vom 9. Juli 2007, E. 3.1; ebenso VON WERDT, in: SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 107 BGG). Even-

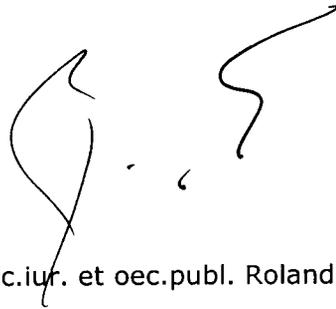
tualiter zum reformatorischen Rechtsbegehren 2 wird deshalb als kassatorisches Rechtsbegehren die Zurückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung verlangt (Rechtsbegehren 3).

82. Dem Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens entsprechend sind die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten dieses Beschwerdeverfahrens den Beschwerdegegnern in solidarischer Verbundenheit aufzuerlegen (Rechtsbegehren 4).

Mit vorzüglicher Hochachtung  
Namens der Beschwerdeführerin



Dr. Peter Mosimann



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

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>RECHTSBEGEHREN.....</b>	<b>2</b>
<b>BEGRÜNDUNG.....</b>	<b>3</b>
A. Überblick .....	3
B. Formelles.....	5
1. Vertretung .....	5
2. Beschwerdeobjekt.....	5
3. Keine Streitwertgrenze .....	5
4. Vorinstanz .....	6
5. Legitimation .....	6
6. Frist .....	6
C. Materielles .....	7
1. Fehlende urheberrechtliche Schützbarkeit der Arzneimittelinformationstexte als Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG .....	7
a) Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin .....	7
b) Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG .....	8
c) Vergleich mit anderem Anwendungsbeispiel .....	10
d) Vergleich mit der Rechtslage im Ausland.....	11
e) Fazit.....	12
2. Verneinung der Individualität der Arzneimittelinformations- texte als Verletzung von Art. 2 Abs. 1 URG .....	13
a) Massgeblichkeit der statistischen Einmaligkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung .....	13
b) Unmassgeblichkeit des Designrechts .....	15
c) Anwendung des Massstabs der statistischen Einmaligkeit auf den vorliegenden Sachverhalt .....	16
d) Fazit.....	17
3. Vermischung von Inhalt und Form der Arzneimittelinformationen als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 2 Abs. 1 URG sowie Art. 9 Abs. 2 TRIPS .....	18
a) Offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts .....	18
b) Verletzung von Art. 2 Abs. 1 URG und Art. 9 Abs. 2 TRIPS .....	19

c)	Fazit.....	20
4.	Berücksichtigung des "Gutachtens" des IGE als Verletzung von Art. 8 ZGB .....	21
a)	Qualifikation des "Gutachtens" des IGE.....	21
b)	Verspätetes Vorbringen durch den Beschwerdegegner 1 .....	22
5.	Anwendung des Amortisationskriteriums als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 5 Bst. c UWG .....	23
a)	Offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung.....	23
b)	Beschränkte Tragweite des Amortisationskriteriums .....	26
c)	Fazit.....	28
6.	Berücksichtigung des Weiterentwicklung- und Variationsaufwands als unrichtige Sachverhaltsfeststellung und als Verletzung von Art. 5 Bst. c UWG .....	29
a)	Offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung.....	29
b)	Massgeblicher Aufwand.....	30
c)	Anwendung auf den vorliegenden Fall.....	31
d)	Fazit.....	33
D.	Zusammenfassung und Kosten .....	34