



Urteil

des Zivilgerichts Basel-Stadt

vom 8. Mai 2007

Aktenzeichen: P 2004/7

Es wirken mit:

Dr. F. Beurret-Flück (Vorsitz), Prof. Dr. F. Rapp
C. Nertz-Buxtorf, Dr. B. Speiser, R. Stoffel und
Gerichtsschreiberin lic. iur. Ch. Keller

In Sachen

Documed AG

4010 Basel, Aeschenvorstadt 55

vertreten durch Dr. P. Mosimann, Advokat, Basel

Klägerin

gegen

Davatz Zeno R.R.

8006 Zürich, Winterthurerstrasse 52

vertreten durch lic. iur. Stephan Stulz, Rechtsanwalt

8023 Zürich, Hardstrasse 319, Postfach

Beklagter 1

ywesee GmbH

8006 Zürich, Winterthurerstrasse 52

vertreten durch lic. iur. Stephan Stulz, Rechtsanwalt

8023 Zürich, Hardstrasse 319, Postfach

Beklagte 2

betreffend

Urheberrecht/unlauterer Wettbewerb

zieht das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt in Erwägung:

TATSACHEN

I.

1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Ihr Geschäftszweck ist unter anderem der Betrieb eines medizinisch-pharmazeutischen Verlages.

Der Beklagte 1 ist Inhaber und Geschäftsführer der Beklagten 2, der Firma ywesee GmbH in Zürich. Zweck der Firma bildet die Gestaltung, Programmierung sowie das Hosting von Internetlösungen.

2. Die Klägerin gibt seit dem Jahre 1979 das "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz" heraus. Seit 1998 ist das Kompendium auf dem Internet über die Websites www.documed.ch sowie www.kompendium.ch online abrufbar. Daneben erscheint es weiterhin in Buchform.

Die Klägerin publiziert das Arzneimittelkompendium in Zusammenarbeit mit den Arzneimittelherstellern bzw. -importeuren, die damit einer gemäss Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 der Arzneimittelzulassungsverordnung (AMZV, SR 812.212.22) bestehenden Pflicht nachkommen. In Buchform wird das Kompendium unentgeltlich an die zur Abgabe von Medikamenten berechtigten Personen abgegeben. Es enthält einerseits Fachinformationen, das heisst Informationen über die Medikamente, die sich an die Abgabeberechtigten richten, andererseits Patienteninformationen, die den Informationen auf den Beipackzetteln der Arzneimittel entsprechen. Fach- und Patienteninformationen können unentgeltlich auch über die oben erwähnten Websites der Klägerin abgerufen werden.

Die Beklagte 2 betreibt unter der Domain "oddb.org." eine Datenbank mit Arzneimittelinformationen (Schreiben der Klägerin vom 29. Januar 2007). Über diese Website sind die im Kompendium der Klägerin enthaltenen Fach- und Patienteninformationen ebenfalls abrufbar.

Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten dadurch, dass sie systematisch die von der Klägerin betriebene Datenbank aufgerufen und dieselben Patienten- und Fachinformationen wie die Klägerin für ihre Datenbank verwendeten, die Rechte der Klägerin aus Urheberrecht sowie aus Lauterkeitsrecht verletzt.

3. Am 17. Dezember 2003 stellte die heutige Klägerin beim Zivilgericht Basel-Stadt Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung, wonach dem heutigen Beklagten 1 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme superprovisorisch unter Strafandrohung zu untersagen sei, die Daten und die Anordnung des Arzneimittelkompendiums der Schweiz ohne Zustimmung der Klägerin auf Datenträger zu übertragen, in irgendwelcher Form festzulegen und öffentlich entgeltlich oder unentgeltlich zu verbreiten, anzubieten oder sonstwie zu nutzen. Die vorsorgliche Massnahme sei mit einer Strafandrohung zu verbinden.

Mit Verfügung vom gleichen Tag entsprach das Zivilgerichtspräsidium dem Gesuch vorsorglich ohne Anhörung der Gegenseite und setzte eine Einsprachefrist an.

Mit Einsprache vom 23. Dezember 2003 verlangte der heutige Beklagte 1 die Aufhebung der superprovisorischen Verfügung. Nach einer weiteren Eingabe der Klägerin und einer Einspracheverhandlung vom 20. Januar 2004 hob das Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt mit Urteil vom selben Tag die Verfügung des Zivilgerichtspräsidiums vom 17. Dezember 2003 auf und auferlegte der heutigen Klägerin sämtliche Kosten des Verfahrens um Erlass einer vorsorglichen Verfügung.

4. Bereits vor Erlass des Einspracheentscheides vom 20. Januar 2004 hatte die Klägerin die vorsorgliche Verfügung vom 17. Dezember 2003 mit der heute zu beurteilenden Klage prosequiert. Die Klage wurde auch nach Wegfall der vorsorglichen Verfügung durch den oben erwähnten Einspracheentscheid aufrechterhalten.

II.

Mit Klage vom 16. Januar 2004 stellte die Klägerin die Rechtsbegehren, es sei dem Beklagten definitiv zu untersagen, in Verletzung von Art. 10 URG und Art. 5 lit. c UWG die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz ohne Zustimmung der Klägerin auf Datenträger zu übertragen, in irgendwelcher Form festzulegen und öffentlich entgeltlich oder unentgeltlich zu verbreiten, anzubieten oder sonstwie zu nutzen. Es sei im weiteren festzustellen, dass die Übernahme der Daten und der Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums der Schweiz ohne Zustimmung der Klägerin durch den Beklagten und die Festlegung, öffentliche entgeltliche oder unentgeltliche Verbreitung, das Anbieten oder die

sonstwie geartete Nutzung das Urheberrecht der Klägerin verletze sowie unlauteren Wettbewerb darstelle.

Das Urteil sei auf Kosten des Beklagten in im Rechtsbegehren genannten pharmazeutischen und medizinischen Zeitschriften zu publizieren. Im weiteren sei der Beklagte zur Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 20'000.— zuzüglich Zinsen an die Klägerin zu verurteilen, wobei sich die Klägerin die Geltendmachung weiteren Schadenersatzes ausdrücklich vorbehalte; alles unter o/e Kostenfolge.

Anstelle einer ausführlichen Begründung ersuchte die Klägerin um Ansetzung eines Vermittlungsverfahrens. Ausserdem beantragte sie die Sistierung des Verfahrens bis zur Erledigung des Verfahrens auf Bestätigung der superprovisorischen Verfügung vom 17. Dezember 2003.

III.

Mit Verfügung vom 22. Januar 2004 sistierte die Instruktionsrichterin das Verfahren bis zum Entscheid im Verfahren V 2003/2290 betreffend vorsorgliche Verfügung.

Mit Entscheid vom 23. März 2004 hob die Instruktionsrichterin die Sistierung des Verfahrens aufgrund des mittlerweile ergangenen Einspracheentscheides wieder auf.

IV.

Am 7. September 2004 fand ein Vermittlungsverfahren in Anwesenheit eines Vertreters der Klägerin, des Beklagten 1 persönlich und des Vertreters der Klägerin statt. Es führte zu keiner Einigung. Der Klägerin wurde daraufhin Frist zur Einreichung der Klagbegründung gesetzt.

V.

In ihrer Klagbegründung vom 11. Februar 2005 hielt die Klägerin an den mit Klage gestellten Rechtsbegehren fest.

VI.

Am 26. Mai 2005 reichten die Beklagten ihre Klagantwort ein mit den Begehren, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Im weiteren sei festzustellen, dass der elektronische Abruf im September 2003 von verschiedenen auf der Website www.kompendium.ch enthaltener Datensätze durch die Beklagten sowie die Verwendung der in diesen Datensätzen enthaltenen Rohinformationen die Rechte der Klägerin weder aus Urheberrecht noch aus Lauterkeitsrecht verletze; alles unter o/e Kostenfolge. Schliesslich stellten die Beklagten den Verfahrens Antrag, es seien die Klagbeilagen 11, 31, 32, 86 und 87 allenfalls mit abgedeckten, effektiven Geschäftsgeheimnissen offenzulegen und ihnen diesbezüglich das rechtliche Gehör in Form einer ergänzenden Stellungnahme zu gewähren; ebenso unter o/e Kostenfolge.

VII.

Am 19. September 2005 verfügte die Instruktionsrichterin nach Eingaben von beiden Seiten, dass die beklagte Seite innert Frist einen Kostenvorschuss zu leisten habe, andernfalls die Widerklage, die sich aus dem zweiten Rechtsbegehren der Klagantwort betreffend Feststellung ergab, aus dem Recht gewiesen werde. Nachdem dieser Kostenvorschuss innert Frist nicht geleistet wurde, wies die Instruktionsrichterin die Widerklage mit Verfügung vom 2. November 2005 aus dem Recht.

VIII.

Mit Replik vom 20. September 2005 verlangte die Klägerin die Gutheissung ihrer Rechtsbegehren gemäss Klagbegründung und die Abweisung des Verfahrens Antrags der Beklagten gemäss Klagantwort. Im weiteren verlangte die Klägerin, der Beklagte 1 sei anzuhalten, in der Duplik den Nachweis einer Übertragung seines Geschäfts auf die Beklagte 2 zu erbringen, und es sei der Klägerin im Anschluss daran Gelegenheit zu bieten, eine allfällige Ausdehnung des Verfahrens auf die heutige Beklagte 2 als zusätzliche Beklagte zu beantragen. Schliesslich beantragte die Klägerin, es seien ihre tatsächlichen Vorbringen gemäss Randziffer 29 ff. der Replik als Noven zuzulassen; all dies weiterhin unter o/e Kostenfolge zu Lasten der beklagten Seite.

IX.

Am 30. Januar 2006 reichte die beklagte Seite ihre Duplik ein, worin sie die Abweisung der Begehren der Klägerin beantragte. Soweit sich das Publikationsbegehren der Klägerin als zulässig erweise, sei es unabhängig vom Prozessausgang in den in der Klage erwähnten Medien zu Lasten der unterliegenden Partei zu publizieren. Ferner verlangte die beklagte Seite, es seien sämtliche in der Replik neu eingereichten Unterlagen aus den Akten zu entfernen und neu vorgebrachte Behauptungen und Ausführungen aus dem Recht zu weisen; unter o/e Kostenfolge.

X.

Mit Verfügung vom 31. Januar 2006 schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel.

Am 27. Dezember 2006 liess die Instruktionsrichterin die Parteien und ihre Vertreter zur Hauptverhandlung laden und wies den Verfahrens Antrag der Beklagten betreffend Offenlegung der Klagbeilagen ab. Die tatsächlichen Vorbringen der Klägerin in der Replik liess sie als Noven zu.

Am 8. Februar 2007 reichte die Klägerin ein Klagänderungsgesuch und eine Noveneingabe ein. Diese Eingaben wurden der Gegenseite zugestellt.

XI.

Am 12. März 2007 verfügte die Instruktionsrichterin aufgrund einer Eingabe der beklagten Partei, dass die Klägerin innert Frist mitzuteilen habe, was der Stand des vor der Wettbewerbskommission (WEKO) hängig gemachten Verfahrens sei.

Am 15. März 2007 reichte die beklagte Seite eine Stellungnahme zu Klagänderungsgesuch und Noveneingabe ein. Die Instruktionsrichterin verfügte daraufhin am 16. März 2007, dass sich die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung zur Klagänderung und zur Noveneingabe nochmals äussern könnten.

XII.

Am 19. März 2007 reichte die Klägerin eine Eingabe ein, worin sie mitteilte, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 21. Juni 2005 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Klägerin eröffnet habe (vgl. Schlussbericht der WEKO vom 1. Juni 2005, bei den Akten). Das Untersuchungsverfahren sei derzeit noch nicht abgeschlossen.

XIII.

An der Hauptverhandlung des Zivilgerichts vom 23. März 2007 nahmen Herr Baumgartner für die Klägerin, der Beklagte 1 persönlich sowie alle Vertreter beider Parteien teil.

Das Klagänderungsgesuch betreffend Ausdehnung des Verfahrens auf die jetzige Beklagte 2 wurde bewilligt.

Die Vertreter der Parteien gelangten zum Schlussvortrag.

Für sämtliche Ausführungen wird auf das Verhandlungsprotokoll und die nachfolgenden Entscheidungsgründe verwiesen.

XIV.

Die Beratung des Urteils durch die Kammer des Zivilgerichts fand am 8. Mai 2007 statt.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

1.

1.1 Die örtliche Zuständigkeit des Zivilgerichts Basel-Stadt ergibt sich aus Art. 25 GestG, wonach für Klagen aus unerlaubter Handlung, worunter auch urheber- und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche fallen, ein Gerichtsstand am Sitz der geschädigten Person besteht.

In sachlicher Hinsicht ist das Zivilgericht die für urheberrechtliche Zivilansprüche zuständige Instanz; diese Zuständigkeit erstreckt sich auch auf die mit der Urheberrechtssache in sachlichem Zusammenhang stehenden Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (Art. 12 Abs. 2 UWG).

1.2 Die Beklagten haben in ihrer Klagantwort den Antrag gestellt, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Was den damit verbundenen Nichteintretensantrag betrifft, ist mit der Klägerin darauf hinzuweisen, dass die Frage der Aktivlegitimation mit einem Sachurteil (also gegebenenfalls Klagabweisung) und nicht mit einem Prozessurteil (Nichteintretensentscheid) zu beurteilen ist (vgl. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 9 Rz 19). Die Frage der Aktivlegitimation beschlägt das materielle Recht und stellt keine Frage der Prozessvoraussetzung dar. Dasselbe gilt bezüglich der Frage des Rechtsschutzinteresses der Klägerin.

Das von der Klägerin gestellte Feststellungsbegehren wiederum ist gegenüber anderen Klagen aus Urheberrecht und aus dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb nicht subsidiär, wie die Klägerin in ihrer Replik ebenfalls zutreffend festhält. Das Publikationsbegehren der Klägerin schliesslich ist als hinreichend spezifiziert zu beurteilen, nachdem gemäss Art. 66 URG das Gericht "Art und Umfang der Veröffentlichung" bestimmt.

In formeller Hinsicht ergibt sich somit kein Grund für einen Nichteintretensentscheid; auf die Klage ist vielmehr einzutreten.

2.

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagten hätten mit der Übernahme der auf ihrer Homepage publizierten Daten des Arzneimittelkompendiums einerseits ihre Urheberrechte verletzt, andererseits unlauteren Wettbewerb begangen. Das Arzneimittelkompendium stelle ein urheber-

rechtlich geschütztes Werk dar, an dem sie die Urheberrechte innehat. Die Beklagten hätten zudem unlauter gehandelt, indem sie das marktreife Arbeitsergebnis der Klägerin durch technische Reproduktionsverfahren übernommen und verwertet hätten.

Die Beklagten ihrerseits weisen all diese Vorbringen zurück.

Im Folgenden ist somit zunächst zu prüfen, ob sich die Klägerin zu Recht auf Verletzungen ihres Urheberrechts beruft. Im weiteren ist zu untersuchen, ob die Beklagten unlauteren Wettbewerb begangen haben.

3.

3.1.1 Urheberrechtlich geschützte Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (vgl. Art. 2 Abs. 1 URG). Gemäss Art. 4 URG sind Sammlungen selbständig geschützt, sofern es sich bezüglich Auswahl oder Anordnung um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt. Gemäss Art. 2 Abs. 3 URG gelten auch Computerprogramme als Werke.

Hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung der urheberrechtlichen Ansprüche der Klägerin bestreiten die Beklagten zum einen den Bestand eines Urheberrechtsschutzes für die übernommenen Daten als solche; zum anderen machen sie geltend, die Klägerin sei nicht Inhaberin allfällig bestehender Urheberrechte, somit nicht aktivlegitimiert für entsprechende Ansprüche. Diese seien vielmehr bei den natürlichen Personen, die Urheber der Texte seien, beziehungsweise bei den vertriebsberechtigten Firmen geblieben.

Weil die letztgenannte Frage des Rechtsübergangs offen bleiben kann, wenn ein Urheberrechtsschutz verneint wird, ist zunächst die Frage der urheberrechtlichen Schutzwürdigkeit der Texte zu prüfen, die von der beklagten Seite übernommen worden sind.

3.1.2 Gemäss Art. 5 URG sind durch das Urheberrecht nicht geschützt "Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen;" (Art. 5 Abs. 1 lit. c URG) Eine Verfügung ist dabei als Entscheidung im Sinne der zitierten Bestimmung anzusehen (vgl. BARRELET/EGLOFF, N 6 zu Art. 5 URG).

In diesem Zusammenhang ist für den vorliegenden Fall relevant, dass in der neueren Fassung der Verfügungen, mit welchen die Swissmedic den Vertrieb von Arzneimitteln bewilligt, ausdrücklich erwähnt ist, dass die in

casu zur Diskussion stehenden Informationstexte als Bestandteil der Verfügung anzusehen sind. Es wird darin festgehalten: "Die Zulassungsbescheinigung (...) sowie die beiliegenden Arzneimittelinformationstexte bilden integrierenden Bestandteil dieser Verfügung" (vgl. Verfügung, Klagantwortbeilage 5, Beilage 14 zur Klagbeantwortung). Die Swissmedic ist ohne Zweifel als Behörde im Sinne von Art. 5 URG anzusehen. Die betreffenden Texte sind damit urheberrechtlich nicht schützbar.

Indessen kann diese Überlegung für den Hauptteil der Texte, um die es im vorliegenden Fall geht, nicht massgeblich sein. Die Vorgängerin der Swissmedic als Zulassungsbehörde, nämlich die Interkantonale Heilmittelkontrolle der Schweiz (IKS) hatte keinen entsprechenden Passus in ihrer Verfügung. Damit konnten die fraglichen Texte nicht zum Bestandteil der Verfügungen der Zulassungsbehörde werden. Die Ausnahmebestimmung des Art. 5 UR Abs. 1 lit. c URG ist damit nicht auf sie anwendbar.

Es ist somit im folgenden zunächst nach der Schutzwürdigkeit der einzelnen Texte der Fach- und Patienteninformationen zu fragen. Im Weiteren ist zu klären, ob die Sammlung dieser Texte als Ganzes im Sinne des Art. 4 URG Schutz erlangt hat. Drittens ist die Frage zu beantworten, ob vorliegend in die Rechte eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms gemäss Art. 2 Abs. 3 URG eingegriffen worden ist.

3.2.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Texte der Arzneimittelinformationen unter den Begriff des geschützten Werkes im Sinne des oben zitierten Art. 2 Abs. 1 URG fallen, der die Voraussetzungen der Schutzwürdigkeit umschreibt. Dabei ist vorab klarzustellen, dass es von vornherein nicht um den *Inhalt* dieser Texte gehen kann. Dieser ist vielmehr offensichtlich urheberrechtlich nicht schützbar, weil es dabei um Informationen geht, die nicht monopolisierbar sind. Dies ist auch zwischen den Parteien nicht umstritten. Nicht geltend gemacht wird auch, dass eine bestimmte äusserliche, graphische Gestaltung der Texte eine Schutzwürdigkeit begründen könnte. So wird nicht behauptet, die Beklagten hätten die von der Klägerin gewählte äusserliche Textgestaltung – also etwa das Schriftbild, die Anordnung des Textes auf den einzelnen Druckseiten, die allfällig verwendeten Farben oder weitere graphische Gestaltungsmerkmale – übernommen. Umstritten ist jedoch, ob die *Formulierung* der Texte, also deren sprachliche Gestaltung, Urheberrechtsschutz erlangen kann.

3.2.2 Unter der erstgenannten Voraussetzung der "geistigen Schöpfung" gemäss Art. 2 Abs. 1 URG ist zu verstehen, dass es sich beim geschützten Werk um ein Produkt eines menschlichen Willens handeln muss. Das Werk bildet somit "Ausdruck einer Gedankenäusserung" (BGE 130 III 172, "Bob

Marley"). Es soll damit das urheberrechtlich geschützte Werk von Produkten unterschieden werden, die zwar in der Wirkung ähnlich wie eine menschliche Schöpfung sind, jedoch nicht von Menschen geschaffen wurden, wie zum Beispiel das Konzert der Singvögel, die pittoresken Formen von Felsen, die durch den Einfluss der Meereswellen entstehen, die gemalten Bilder eines dressierten Schimpansen o.ä. (vgl. ROLAND VON BÜREN, ZBJV 2005, S. 793).

Diese Voraussetzung ist vorliegend zweifelsfrei erfüllt: Die zur Diskussion stehenden Texte wurden von Menschen formuliert. Es werden darin Gedanken geäußert, namentlich zu den Fragen der Beschaffenheit von Arzneimitteln und ihren erwünschten und nicht erwünschten Wirkungen.

3.2.3 Gemäss der zweitgenannten Voraussetzung muss ein Produkt der "Literatur und Kunst" vorliegen. Art. 2 Abs. 2 lit. a URG erläutert, was unter "Literatur" zu verstehen ist: Es gehören demnach zu den schützbaeren Werken insbesondere die "... literarischen, wissenschaftlichen und anderen Sprachwerke." Daraus erhellt, dass jedes Sprachwerk unter den Begriff der Literatur im Sinne des Gesetzes fallen kann. Es genügt also, dass ein Text vorliegt, der in irgendeiner Sprache verfasst ist. Es ist somit auch diese Voraussetzung in casu ohne Zweifel gegeben.

3.2.4 Schliesslich soll gemäss der dritten gesetzlichen Voraussetzung das Produkt einen "individuellen Charakter" haben. Die genaue Bedeutung dieser Voraussetzung ist eine der umstrittensten Fragen des Urheberrechts.

a) Es wurde in der Doktrin schon die Meinung vertreten, der Begriff des "individuellen Charakters" beinhalte im Grunde keine zusätzliche Bedingung; der Begriff "individuell" bilde als Synonym für "schützenswert" keine eigene Schutzvoraussetzung mehr, "sondern eine Tautologie" (IVAN MIJATOVIC: ein Werk erfüllt die Schutzvoraussetzung, wenn es vogelig genug ist, in: sic! 2006 S. 439; in ähnlichem Sinne: GREGOR WILD, sic! 2005 S. 88.

Folgt man diesem Gedankengang und betrachtet man die Voraussetzung des Individuellen nicht mehr als eigentliche Voraussetzung des Urheberrechtsschutzes, ergibt sich für literarische Werke somit die Schlussfolgerung, dass jedes Produkt einer sprachlichen Formulierung urheberrechtlich geschützt sei. Auf diese Weise käme man zu Resultaten, die aus dem angelsächsischen Recht bekannt sind. Dort wird aus dem Verletzungstatbestand auf den gesetzlichen Schutz geschlossen, entsprechend der Überlegung: Was kopiert wird, ist offenbar auch schützenswert (vgl. MIJATOVIC, a.a.O., S. 437.)

Das kontinentaleuropäische Urheberrecht steht in diesem Bereich allerdings im Widerspruch zum angelsächsischen Rechtsdenken. So gelangte

ein Fall aus Irland bis an den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg. Dabei ging es um einen umfassenden wöchentlichen Fernseh-Programmführer, gegen den sich verschiedene Fernsehanstalten zur Wehr setzten mit der Begründung, es stünde nur ihnen das Urheberrecht an den Daten des Fernsehprogramms zu. In der Diskussion des Falles kam es zu Kommentaren, in denen zum Beispiel das "törichte Urheberrecht an Programminformationen, wie dieses in Irland, England und den Niederlanden besteht" beklagt wurde (HERMANN COHEN JEHORAM und KAMIEL MORTELMANNS, GRUR Int. 1997, S. 12). Andere sprachen von einer "Perversion du droit d'auteur" (DESURMONT, zitiert bei JEHORAM und MORTELMANNS, a.a.O.).

b) Die schweizerische Rechtsprechung hielt sich bis jetzt an die kontinental-europäische Praxis. Nach unserem Recht gibt es sprachliche Produkte, die mangels Individualität nicht als urheberrechtlich schutzwürdig gelten. So wurden folgende Produkte nicht als geschützt angesehen: Luftdrucktafeln für Pneus (vgl. sic! 1/1997, Kantonsgerichtspräsident Schwyz), Werbe- und Geschäftsbriefe (ZR 78 (1979), Nr. 80 Obergericht Zürich); mit gleichem Ergebnis zu Geschäftsbriefen: BGE 88 IV 128, Allgemeine Geschäftsbedingungen (SMI 1988, S. 115, Cour de Justice, Genf). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in ähnlich gelagerten Fällen die Schutzfähigkeit auch schon bejaht worden ist: So etwa für Wörterbücher (vgl. sic! 1999, S. 405, Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum).

Es ergibt sich somit als Zwischenergebnis, dass im schweizerischen Recht eine Grenze existiert, welche die ungeschützten Produkte von der urheberrechtlich geschützten sog. "kleinen Münze" trennt. Die genaue Definition dieser Trennlinie und ihre Anwendung auf den konkreten Einzelfall ist aufgrund der publizierten Praxis nicht einfach. Die Begründungen für die betreffende Grenzziehung sind nicht immer kongruent und wurden teilweise auch kritisiert (vgl. etwa die Kritik von MAX KUMMER am erwähnten Bundesgerichtsentscheid zum Schutz der Geschäftsbriefe, in: Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, S. 170). Im folgenden ist auf die Praxis des Bundesgerichts näher einzugehen.

c) Das Bundesgericht nahm in zwei neueren publizierten und viel beachteten Urteilen zur Frage der Individualität im Urheberrecht Stellung. Dabei ging es in beiden Fällen allerdings nicht um Sprachwerke, sondern um Fotografien.

Im ersten Fall ging es um einen Schnappschuss, den ein Fotograf an einem Konzert des berühmten Reggaemusikers Bob Marley gemacht hatte. Von dieser Fotografie waren Kopien ohne Erlaubnis des Fotografen verwendet worden. Der Fotograf berief sich auf sein Urheberrecht an der Fotografie

und bekam vor dem Bundesgericht Recht (BGE 130 III 168 ff.; "Bob Marley").

In seinen Erwägungen zur Individualität stützte sich das Bundesgericht auf die Theorie der sogenannten "statistischen Einmaligkeit". Die betreffende Theorie war vom verstorbenen Professor Max Kummer im Jahre 1968 begründet worden. Die Theorie besagt, dass ein Werk dann einen individuellen Charakter hat, wenn es nach der Überzeugung desjenigen, der das Gesetz auslegen muss, weder in der Vergangenheit realisiert worden ist noch – aller Voraussicht nach – in der Zukunft realisiert würde. Wie die Individualität eines Menschen etwas Einzigartiges ist, soll auch der individuelle Charakter des urheberrechtlich schützbaeren Werks nur einem einzigartigen Werk zuerkannt werden. "Individuell heisst einmalig; nicht in dem Sinn wie die Prosa Kleists einmalig ist, sondern wie es die Wortfolge irgend eines Textes ist. Nach dem Individuellen fahnden heisst also nicht wägen, sondern heisst vergleichen; vergleichen mit dem, was ist, aber auch mit dem, was da sein könnte" (KUMMER, a.a.O., S. 30).

Im zweiten erwähnten Urteil ging es um eine historisch interessante Fotografie des Wachmanns Christoph Meili bei der UBS. Dieser hatte alte Akten, die vernichtet werden sollten, gesichert und wurde von einer Fotografin mit den zwei massgeblichen Folianten abgebildet. In diesem Fall verneinte das Bundesgericht den urheberrechtlichen Schutz der Fotografie. Es stellt in der Urteilsbegründung nicht mehr auf die Theorie der "statistischen Einmaligkeit" als massgeblichem Punkt ab. Vielmehr wird die Schutzwürdigkeit anders umschrieben. Das Gericht betont, die Fotografin habe in diesem Fall "den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von Christoph Meili weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt, sondern die Fotografie so gestaltet, dass sie sich vom allgemein Üblichen nicht abhebt" (BGE 130 III 714 ff.; "Wachmann Meili").

Die beiden dargestellten Bundesgerichtsentscheide und ihr Verhältnis zueinander sind seither in der Literatur viel diskutiert und kritisiert worden (vgl. etwa CHRISTOPH SCHÜTZ, Fotografie und Urheberrecht, Ein Sorgenkind im Wettstreit der Therapeuten, sic! 2006 S. 369 ff. und dort Zitierte; ferner RUTH ARNET, Die Fotografie, Sorgenkind des Urheberrechts, AJP 2005 S. 67 ff.). Sie bilden dennoch Leitlinien für die kantonale Rechtsprechung, die über die Fotografie hinaus auch für andere Werkarten, wie im vorliegenden Fall auf Sprachwerke, bezogen werden können.

d) Zur Theorie der "statistischen Einmaligkeit" ist an dieser Stelle folgendes auszuführen: Fraglich ist das Verhältnis dieser Theorie zu Alltagstexten, bei denen – wie im vorliegenden Fall – dem Autor nur ein sehr geringer Spielraum für die Ausformulierung belassen ist. Im Falle einer solchen minimalen Ausgestaltungsfreiheit lässt sich fragen, ob ein einzelner solcher Text

als statistisch einmalig angesehen werden kann. Kummer hat hiezu ausgeführt, dass auch banale Mitteilungen – wie etwa Geschäftsbriefe – schützbar sein können, sofern anzunehmen sei, die "gleiche Kombination gleicher Alltäglichkeiten könne sich zufällig kein zweites Mal ereignen" (a.a.O., S. 169); auch alltäglicher Inhalt trete in individueller Form auf, "sobald sich der Text über hinreichend viele Zeilen und Sätze hinzieht" (a.a.O., S. 170). Diese Argumentation Kummers scheint somit darauf hinauszulaufen, dass die Länge des Textes entscheidend sei: Ein langer – über "viele Zeilen und Sätze" sich hinziehender – Text müsste geschützt werden, weil anzunehmen wäre, dass sich die "gleiche Kombination ... kein zweites Mal ereigne".

Wie immer die Theorie von Max Kummer von ihm selber gemeint war, muss davon ausgegangen werden, dass er stets von einem grosszügigen Schutz der sogenannten "kleinen Münze" ausgegangen ist. Dieses Postulat müsste im Bereich der Fotografien dazu führen, praktisch jeder Fotografie den urheberrechtlichen Schutz zuzuerkennen, weil der Richter davon ausgehen kann, es sei bisher noch nie genau das gleiche fotografische Bild gemacht worden und es sei auch in Zukunft nicht zu erwarten, dass das genau gleiche Bild aufgenommen werde.

Indes kann eine solche Auffassung heute nicht mehr massgeblich sein, nachdem das Bundesgericht im Entscheid "Wachmann Meili" festgehalten hat, dass nur schützbar sei, was sich vom "allgemein Üblichen" abhebt.

e) Die vom Bundesgericht in den beiden erwähnten Urteilen "Bob Marley" und "Wachmann Meili" gesetzten Leitlinien bringen das Urheberrecht in eine begrüssenswerte Verbindung zu übrigen Teilen des Immaterialgüterrechts. So kann zum Beispiel im Bereich der sogenannten angewandten Kunst für Produkte aus diesem Bereich – etwa Möbel – Design-Schutz und Urheberrechtsschutz am gleichen Objekt bestehen. Die urheberrechtlich geschützten Werke der angewandten Kunst müssen dabei aber auch die Kriterien des Designschutzes erfüllen, das heisst sie müssen neu sein und die designrechtliche Eigenart erfüllen, sich also vom Bestehenden nicht "nur in unwesentlichen Merkmalen" unterscheiden (Art. 2 Abs. 3 DesG). Sind sie zusätzlich dann auch noch statistisch einmalig, können sie auch urheberrechtlich geschützt sein. Auch in diesem Bereich ist somit zusätzlich zur statistischen Einmaligkeit ein weiteres Kriterium erforderlich, um Schutz zu erlangen.

f) Wenn die obigen Überlegungen über den Bereich der angewandten Kunst hinaus angewendet werden, so ergibt sich als Schlussfolgerung, dass die statistische Einmaligkeit allein noch nicht genügt, um einem Produkt den urheberrechtlichen Schutz zu gewähren. Als zusätzliche Voraussetzung muss verlangt werden, dass diese Einmaligkeit einer *Unterscheidbarkeit in*

wesentlichen Merkmalen entspricht. Diese Voraussetzung ist dann nicht gegeben, wenn die Gestaltung in allen Teilen dem Alltäglichen, Üblichen entspricht. Daher ist der von Kummer vertretenen Auffassung nicht zu folgen, dass etwa Geschäftsbriefe schützbar werden können, wenn sie nur lange genug sind. Auch ein langer Text erlangt keinen urheberrechtlichen Schutz, wenn er *ausschliesslich* aus Alltäglichem, Gewöhnlichem besteht. Dem Standpunkt Kummers, wonach ein Geschäftsbrief mit einer Vielzahl alltäglicher Wendungen als Ganzes zu schützen sei, "sofern anzunehmen ist, gleiche Kombination gleicher Alltäglichkeiten könne sich zufällig kein zweites Mal ereignen", muss als unrichtig bezeichnet werden. Die Entstehung des Urheberrechtsschutzes kann nicht von solchen Zufälligkeiten abhängen.

g) Die vorstehend angestellten Überlegungen sind nun auf den konkreten vorliegenden Fall zu übertragen. Es ergibt sich dabei folgendes:

Bei den strittigen Fach- und Patienteninformationen handelt es sich um wissenschaftliche Texte, die zum Zweck haben, Fachpersonen beziehungsweise Patienten über die wesentlichen Eigenschaften eines Arzneimittels aufzuklären. Der Inhalt der betreffenden Informationen ist im Anhang zur Arzneimittelzulassungsverordnung detailliert geregelt (vgl. Anhang 4 Ziff. 3, bzw. Anhang 5.1 Ziff. 3, Anhang 5.2 Ziff. 3 und Anhang 5.3 Ziff. 4 AMZV). Es wird in den genannten Bestimmungen in Bezug auf die Fachinformation detailliert der Aufbau derselben geregelt einschliesslich der Reihenfolge der zu nennenden Eigenschaften; in Bezug auf die Patienteninformation sind darüber hinaus sogar die Formulierungen der Überschriften wie auch einzelne Textblöcke vorgegeben. Während die Fachinformationen zum Teil nur aus stichwortartigen Aufzählungen bestehen, sind die Patienteninformationen stets als vollständige Sätze formuliert, enthalten aber im wesentlichen dieselben Informationen.

Die sogenannten "Pseudo-Fachinformationen" wiederum stellen freiwillige Informationen dar, welche die Klägerin auf Wunsch der Zulassungsinhaber des Medikaments erstellt (vgl. Klagbeilagen 21-23). Dabei handelt es sich jedoch um eine reine Umgestaltung der Patienteninformationen, welche ebenfalls nach festen Regeln vorzunehmen ist. Auch hier ist der Inhalt durch Regelungen, allgemeinen medizinischen Sprachgebrauch und wissenschaftliche Fakten weitestgehend vorgegeben. Es ergibt sich somit, dass die strittigen Texte, die nach strengen Vorgaben zu formulieren sind, sich in der Regel eben nur in unwesentlichen Merkmalen unterscheiden. Es liegt damit nicht eine "geistige, vom Urheber geschaffene Sache", sondern "bloss eine mit Fleiss und dank einer besonderen Ausbildung bewerkstelligte Aneinanderreihung von ausgesuchten Wörtern oder Tatsachen" vor (vgl. ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Band 1 Basel 1959, S. 420/421; zit.

nach KUMMER, S. 168). Ein derartiges Produkt genießt nach Alois Troller keinen urheberrechtlichen Schutz (vgl. auch TROLLER, Immaterialgüterrecht, 3. Auflage Basel 1968, Band 1, S. 375).

Gerade dies ist jedoch in casu nicht der Fall. Die Autoren, die die strittigen Texte formulieren, haben kaum je eine "Einzelentscheidung" zu fällen. Sie haben sich vielmehr, wie oben aufgeführt, an die Vorgaben zu halten und den Text so zu formulieren, wie dies von der zuständigen Behörde und von den Benutzern der Textsammlung erwartet wird.

Die Texte weisen somit *keine Unterscheidbarkeit in wesentlichen Merkmalen* auf, die sie im Sinne des oben Formulierten über die rein statistische Einmaligkeit hinaus als Werke mit "individuellem Charakter" gemäss Art. 2 Abs. 1 URG qualifizieren. Damit sind die Voraussetzungen ihre urheberrechtlichen Schutzes nicht erfüllt.

h) Ergänzend ist auszuführen, dass eine Verneinung des Urheberrechtsschutzes der Arzneimittel- und Fachinformationen im vorliegenden Fall auch dem allgemeinen Rechtsempfinden entspricht. Um zu diesem Schluss zu kommen, sei auf folgende mögliche Konstellation bei einer allfälligen Bejahung des urheberrechtlichen Schutzes hingewiesen: Nach einer gewissen Zeit läuft der Patentschutz für ein Arzneimittel selber ab, womit dieses frei nachgemacht werden darf. Sollte nun eine Firma ein Generikum eines ursprünglich von einer Konkurrenzfirma auf den Markt gebrachten Mittels produzieren und verkaufen, so muss dieses wiederum von der Swissmedic zugelassen werden. Die Produktionsfirma des Generikums müsste dann auch Ärzten und Patienten mitteilen, dass ihr Mittel dem ursprünglichen Medikament der Konkurrenzfirma genau entspricht und zu diesem Zweck die Arzneimittelinformation ebenso formulieren, wie jene das getan hat. Diese Möglichkeit stünde ihr bei der Annahme des urheberrechtlichen Schutzes der entsprechenden Medikamenten- und Fachinformationen nicht offen. Es entstünde somit die absurde Situation, dass das Arzneimittel selber zwar legal nachgemacht werden dürfte, die Informationen darüber aber verschieden sein müssten. Dieses Resultat erscheint als offensichtlich widersinnig.

3.3 Wird der urheberrechtliche Schutz der einzelnen Texte gemäss dem oben Ausgeführten verneint, stellt sich die weitere Frage, ob die *Sammlung* der Texte durch die Klägerin den Schutz eines Sammelwerks im Sinne von Art. 4 URG erlangen kann. Eine schützenswerte Sammlung oder ein Sammelwerk stellt eine Zusammenstellung von Werken oder anderen Beiträgen dar, die selbst wieder als individuelle geistige Schöpfung erscheint (BARRELET/EGLOFF, Urheberrecht, N 4 zu Art. 4 URG). Dabei muss die "Auswahl oder Anordnung" originell sein (vgl. Art. 4 Abs. 1 URG).

Das strittige Arzneimittelkompendium der Klägerin ist eine *vollständige* Sammlung der Fach- und Patienteninformationen aller in der Schweiz zugelassenen Medikamente, so dass von vornherein keine geschützte Auswahl vorliegen kann (vgl. ETIENNE CALAME, Der rechtliche Schutz von Datenbanken, S. 208). In der Buchform sind *alle* Arzneimittel in alphabetischer Abfolge der Präparatebezeichnungen enthalten. Die Anordnung der einzelnen Elemente ist somit nicht originell, sondern folgt den nächstliegenden Kriterien. Auf der Homepage der Klägerin werden die Suchergebnisse einer Abfrage entweder alphabetisch oder nach der Trefferquote ("Score") dargestellt. Auch diese Anordnung stellt keine eigenständige geistige Schöpfung der Klägerin mit individuellem Charakter dar. Der urheberrechtliche Schutz der Sammlung im Sinne von Art. 4 URG ist somit ebenfalls zu verneinen.

Dass es nach geltendem schweizerischen Recht nicht möglich ist, eine vollständige Datensammlung urheberrechtlich zu schützen, mag als Lücke empfunden werden. Auf der Ebene der europäischen Union soll diese Lücke durch einen *sui generis*-Schutz gefüllt werden. In der Schweiz bleibt indessen *de lege lata* nur der lauterkeitsrechtliche Schutz gemäss Art. 5 lit. c UWG (vgl. dazu nachstehend sub 4).

3.4 Die Klägerin macht schliesslich geltend, der Beklagte greife mit seinem Vorgehen in die Rechte eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms ein (vgl. Art. 2 Abs. 3 URG). Es scheint jedoch offensichtlich, dass die Sammlung von Informationen über Arzneimittel – um deren Schutz gestritten wird – kein Computerprogramm ist. Sofern die entsprechenden Texte auf der Homepage der Klägerin mit Anwendungsmöglichkeiten versehen sind, bei welchen man auf Computerprogramme angewiesen ist (etwa bei Hyperlinks), ist in keiner Weise dargetan oder bewiesen, dass es sich bei dieser Software um solche handelt, die neu ist oder individuellen Charakter hat. Ausserdem stellen Hyperlinks selber keine Computerprogramme dar, weil sie keine Verfahren zur Lösung einer bestimmten Aufgabe (Algorithmen; vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 24 zu Art. 2 URG) sind.

3.5 Die vorstehenden Erwägungen führen insgesamt zum Schluss, dass die Klägerin sich im vorliegenden Fall gegenüber den Beklagten nicht auf eine Verletzung von Urheberrecht berufen kann. Es darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass das Urteil des Zivilgerichtspräsidenten vom 20. Januar 2004 betreffend Aufhebung der vorsorglichen Verfügung vom 17. Dezember 2003, das zum selben Schluss kam, in diesem Punkt von der Doktrin als richtig bezeichnet worden ist (vgl. sic! 2004, S. 497). Ebenso kam das Institut für geistiges Eigentum in einem Gutachten

zu Handen der Wettbewerbskommission (WEKO) zum selben Schluss (vgl. Duplikbeilage 1a).

Bei dieser Beurteilung der Frage des urheberrechtlichen Schutzes kann offen gelassen werden, ob die Klägerin überhaupt Inhaberin allfällig bestehender Urheberrechte wäre.

Zu prüfen ist im folgenden die Frage, ob die Beklagten unlauteren Wettbewerb im Sinne des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) begangen haben.

4.

4.1 Unlauter und widerrechtlich im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist jedes "täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst" (Art. 2 UWG).

Unlauter handelt gemäss Art. 5 lit. c UWG insbesondere, wer "das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet".

Im vorliegenden Fall beruft sich die Klägerin auf eine Verletzung der zitierten Bestimmung von Art. 5 lit. c UWG wie auch der Generalklausel von Art. 2 UWG durch die Beklagten.

4.2

4.2.1 Zunächst ist im Sinne der oben zitierten Bestimmung des Art. 5 lit. c UWG zu prüfen, ob die Beklagten in casu ein marktreifes Arbeitsergebnis der Klägerin übernommen haben.

Auf der Ebene des Sachverhalts kann und muss davon ausgegangen werden, dass die Beklagten die ganze Sammlung von Texten der Arzneimittelinformationen von der Website der Klägerin heruntergeladen haben. Es steht fest, dass die Beklagten allein im September 2003 mehr als 30'000 Zugriffe auf die Website der Klägerin tätigten (vgl. Zugriffsstatistik für den Monat September 2003, Beilage 47 zur Klagbegründung). Die Beklagten bestreiten denn auch nicht, dass sie auf die Datenbank der Klägerin zum Zwecke des Downloads von Informationen zugegriffen haben. Sie legen indes Wert auf die Feststellung, es habe sich dabei lediglich um die sogenannten Rohdaten, nämlich um Arzneimittelinformationen ohne irgendwelchen

HTML-Code Steuerzeichen, Verknüpfungen, Links usw. gehandelt (vgl. Klagantwort N 68).

Der Download der Daten stellt ohne Zweifel ein "technisches Reproduktionsverfahren" im Sinne des UWG dar (vgl. BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, N 49 zu Art. 5 UWG).

Entgegen der Auffassung der Beklagten stellen die von ihnen übernommenen "Rohdaten" bereits das "marktreife Arbeitsergebnis" der Klägerin im Sinne des Lauterkeitsrechtes dar (vgl. dazu auch BGE 131 III 384 ff., sog. "Such-Spider"-Fall, sic! 2005 S. 593 ff.). Dies ergibt sich auch aus der von den Beklagten nicht bestrittenen Behauptung der Klägerin, dass eine andere Firma die Daten betreffend Fachinformationen von der Klägerin für Fr. 100'000.- in Lizenz übernommen hat.

4.2.2 Als entscheidend erweist sich somit die Frage, ob die Übernahme und Verwertung der Daten durch die Beklagten im Sinne des Art. 5 lit. c UWG "ohne angemessenen eigenen Aufwand" erfolgt ist.

a) Hinsichtlich des Kriteriums des "angemessenen Aufwandes" ist grundsätzlich der Gesamtaufwand des Erstbewerbers in Relation zum Aufwand des übernehmenden Zweitbewerbers zu stellen (vgl. BAUDENBACHER, a.a.O., N 54 zu Art. 5 UWG). Vergleicht man im vorliegenden Fall den beidseitig betriebenen Arbeitsaufwand, so erscheint als offensichtlich, dass derjenige der Klägerin denjenigen der Beklagten übertrifft. So entfällt auf Seite der Beklagten die von der Klägerin übernommene Aufgabe, die ihr von den Berechtigten überlassenen Texte zu sichten, zu kontrollieren und, sofern nötig, zu übersetzen.

b) Das Bundesgericht hat sich im bereits erwähnten neueren Fall "Such-Spider", der mit dem vorliegenden Fall Ähnlichkeit aufweist, mit der Frage des angemessenen Aufwandes beschäftigt. Es ging dabei um die Publikation von Sammlungen von Immobilieninseraten im Internet, die der Beklagte im damaligen Fall herunterlud und auf seiner eigenen Website publizierte. Weil die Klägerin in jenem Fall ihren Aufwand nicht substantiiert hatte, konnte das Bundesgericht allerdings im damaligen Fall die sich stellenden Fragen weitgehend offen lassen. Das Bundesgericht führte aus, "... die Angemessenheit des Aufwands des Übernehmers im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c UWG erlaubt nach der bundesrechtlichen Botschaft, den ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil des Zweitbewerbers abzuwägen; dazu sei einerseits die Leistung des Erstkonkurrenten mit der des Zweitbewerbers und andererseits die Leistung des Zweitbewerbers mit seinem hypothetischen Aufwand bei Nachvollzug der einzelnen Produktschritte zu vergleichen. Das

Kriterium des angemessenen Aufwands ermöglicht danach auch die Berücksichtigung der Amortisierung des Aufwands des Erstkonkurrenten für die Schaffung des übernommenen Produkts (Botschaft zum UWG, 1071) In der im angefochtenen Urteil angegebenen Erwägung hatte das Amtsgericht festgestellt, dass die Klägerinnen für die Publikation ihrer Inserate im Jahre 2002 Minimalpreise zwischen Fr. 35.– und Fr. 100.– pro Inserat verlangt und besondere Dienstleistungen separat verrechnet hätten. Das Amtsgericht leitete daraus die tatsächliche Vermutung ab, dass den Klägerinnen die Amortisation ihrer Kosten zumindest möglich sei..." (Bundesgericht vom 4. Februar 2005, sog. "Such-Spider", BGE 131 III 391/392; 393).

Der zitierte Entscheid greift somit auch das *Kriterium der Amortisation* auf. Dieses Kriterium wird in der Literatur zum Lauterkeitsrecht ansonsten fast nur in Zusammenhang mit der Frage der *Dauer* des aus Art. 5c UWG fliessenden Schutzes verwendet: Es entspricht einer oft vertretenen und gut begründeten Auffassung, mittels des Kriteriums der Amortisation eine zeitliche Begrenzung des betreffenden Schutzes zu postulieren (vgl. dazu BAUDENBACHER, N 75 zu Art. 5 UWG; MARKUS FIECHTER, Der Leistungsschutz nach Art. 4 lit. c UWG, Bern 1992).

Richtig betrachtet ist der Amortisationsgedanke jedoch von allgemeiner Bedeutung und sollte nicht nur für die Frage der Dauer des lauterkeitsrechtlichen Schutzes Geltung haben. Es ist der Meinung von LUCAS DAVID beizupflichten, der ausführt "... die direkte Übernahme fremder Leistungen ist erst dann verpönt, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Aufwand des Erstentwicklers und demjenigen des Kopierers besteht. Ein solches Missverhältnis ist nicht mehr gegeben, wenn der Erstentwickler seine Kosten bereits amortisiert und einen angemessenen Gewinn kassiert hat. Konnte er somit seine Investitionen abschreiben, dürfen die von ihm erarbeiteten Marktergebnisse kopiert werden." (In: Ist der numerus clausus der Immaterialgüterrechte noch zeitgemäss?, AJP 1995 S. 1403 ff.).

Dem Amortisationsgedanken kommt somit ein für die teleologische Auslegung des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb zentrale Bedeutung zu. Sinn und Zweck des Art. 5 lit. c UWG ist es, demjenigen, der ein Arbeitsergebnis entwickelt hat, eine angemessene Amortisation seiner Kosten zu erlauben, die er für die Entwicklung eingesetzt hat. Es ist nicht das Arbeitsergebnis als solches, das geschützt ist, sondern es soll die Verhinderung einer angemessenen Amortisation durch Trittbrettfahrer erreicht werden.

Auch in der Rechtsprechung hat der Amortisationsgedanke als Grundlage des Art. 5 lit. c UWG schon Berücksichtigung gefunden (vgl. Handelsgericht Zürich, 19. September 1969, ZR 69 1970 Nr. 104, mit Verweis auf die deutsche Praxis).

c) Im Regelfall fallen die Entwicklungskosten für ein Arbeitsergebnis beim Entwickler selber an. Dieser trachtet dann danach, die entsprechenden Kosten bei der Verwertung des Arbeitsergebnisses von den Abnehmern desselben wieder "hereinzuholen" und, wenn möglich, zusätzlich eine Gewinnmarge zu erzielen. Denkbar ist jedoch auch, dass der Entwickler die Kosten bei Kunden einholt, die an der Entwicklung interessiert sind bzw. sie in Auftrag geben.

Deshalb wurde im obenerwähnten Fall der Immobilieninserate (Bundesgerichtsentscheid "Such-Spider") die Vermutung geäussert, dass die damaligen Klägerinnen ihre Entwicklungskosten schon dadurch amortisieren konnten, dass sie sich von den Datenlieferanten – den Inserenten – eine Entschädigung bezahlen liessen.

Im vorliegenden Fall liegt eine gleichartige Konstellation vor: Die Vertriebsberechtigten, die gegenüber der Swissmedic verpflichtet sind, die Arzneimittelinformationen in einer vollständigen Sammlung publizieren zu lassen, kommen nicht darum herum, mit der Klägerin einen Vertrag abzuschliessen, in welchem sie sich zu Zahlungen an Letztere verpflichten (vgl. Allgemeine Vertragsbedingungen für das Arzneimittelkompendium der Schweiz, Beilage 11 zur Klagbegründung). Mit den auf diese Verträge gestützten Zahlungen werden die Bemühungen der Klägerin, welche diese mit der Aufbereitung der Sammlung der Arzneimittelinformationen hat, abgegolten. Weil die Swissmedic verlangt, dass die Sammlung in Buchform, das Kompendium, den daran hauptsächlich Interessierten gratis abgegeben wird und dass die auf dem Internet einsehbaren Daten unentgeltlich konsultiert werden können, kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin mit den entsprechenden Zahlungen ihre gesamten Entwicklungskosten von den Lieferanten der Daten, den Vertriebsberechtigten der Medikamente, erhältlich machen kann. Wohl ist anzunehmen, dass sie mit dem Verkauf von Büchern und Datenträgern zusätzlich gewisse Erträge erzielen kann; jedoch darf davon ausgegangen werden, dass diese Einkünfte nicht derart ins Gewicht fallen, dass sie die Höhe der von den Datenlieferanten erhobenen Beiträge massgeblich beeinflussen. Diese Annahme entspricht auch den Zahlen, des – den Beklagten nicht zugänglichen – Geschäftsabschlusses der Klägerin auf Ende Dezember 2004 (Beilage 31 zur Klagbegründung).

d) Den Beklagten ist daher darin Recht zu geben, dass die Klägerin mit dem in der Klage eingenommenen Standpunkt die Möglichkeit für sich beansprucht, sich den Aufwand zur Aufbereitung der Sammlung von Arzneimittelinformationen doppelt bezahlen zu lassen: Zum einen von den Auftraggebern und zum zweiten Mal von Personen, welche die Datensammlung im Internet übernehmen und ihrerseits Interessierten zur Einsichtnahme anbieten wollen. Nun ist eine entsprechende doppelte Amortisation von Ent-

wicklungskosten – die Frage eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, somit die kartellrechtliche Fragestellung hier ausgeklammert – zwar nicht grundsätzlich unzulässig; sie entspricht jedoch nicht dem Idealbild des normal funktionierenden Wettbewerbs. Es kann daher die Verhinderung einer solchen doppelten Entschädigung nicht als unlauterer Wettbewerb betrachtet werden.

Vielmehr ist mit Entschiedenheit darauf hinzuweisen, dass es beim Grundgedanken des Lauterkeitsrechtes darum geht, ungerechtfertigtes, missbräuchliches, eben unlauteres Verhalten im Wettbewerb zu untersagen; so ist eine Übernahme fremder Leistungen grundsätzlich erlaubt und eben erst dann verpönt, wenn es sich um ein "offensichtliches Missverhältnis" zwischen dem Aufwand des Erstentwicklers und demjenigen des Kopierers handelt (vgl. oben zitierte Äusserung von LUCAS DAVID, a.a.O.) oder aber ein Mitbewerber "in *ungerechtfertigter Weise* [Hervorhebung durch das Zivilgericht] einen Wettbewerbsvorsprung einholt und den Pionier so um die Früchte seiner Arbeit bringt" (BARBARA JECKLIN, Leistungsschutz im UWG?, Bern 2003).

Wenn gemäss dem Gesagten davon ausgegangen wird, dass die Klägerin ihre Entwicklungskosten zum Zeitpunkt der Übernahme bereits angemessen amortisieren konnte, so sind diese Kosten bei der Gegenüberstellung im Sinne der Bestimmung von Art. 5 lit. c UWG nicht zu berücksichtigen. Es stehen dann die Kosten beziehungsweise der Aufwand der Übernahme der Daten durch die Beklagten nicht in einem ungemessenen Verhältnis zu einem Aufwand der Klägerin beziehungsweise zu Kosten auf ihrer Seite, die noch nicht amortisiert sind.

Damit scheidet gemäss der vorstehenden Argumentation ein unlauteres Verhalten der Beklagten im Sinne von Art. 5 lit. c UWG aus. Es darf vielmehr als sinnvoller und richtig funktionierender Wettbewerb angesehen werden, wenn die – für ihren Aufwand bereits entschädigte – Klägerin und die das Ergebnis übernehmenden Beklagten im Internet als Wettbewerber wirken und sich gegenseitig konkurrenzieren.

e) Bei der vorstehend dargelegten Argumentation erübrigen sich im vorliegenden Fall weitere Erhebungen über den beidseits betriebenen Aufwand der Parteien. Ergänzend ist indessen festzuhalten, dass nach Auffassung des Gerichtes bei einer Gegenüberstellung des Aufwandes der Klägerin einerseits und der Beklagten andererseits nicht allein der Aufwand der Übernahme, sondern auch der von den Beklagten unbestreitbar betriebene Weiterentwicklungsaufwand und Variationsaufwand zu berücksichtigen wäre (vgl. BAUDENBACHER, N 54 zu Art. 5 UWG). Auch diese Überlegung führt, ohne dass hier entscheidend darauf abgestellt werden muss, zum Ergebnis, dass die Beklagten in casu nicht "ohne angemessenen eigenen Aufwand"

übernommen und verwertet haben. Auch unter diesem Gesichtspunkt würde somit eine Verletzung der Bestimmung des Art. 5 lit. c UWG ausser Betracht fallen.

4.3 Abschliessend bleibt zu prüfen, ob das Verhalten der Beklagten als unlauteres Verhalten im Sinne der Generalklausel des Art. 2 UWG zu werten ist. Gemäss dieser Bestimmung ist "jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren" verboten.

Dass die Beklagten sich "täuschend" verhalten, wurde im vorliegenden Verfahren nicht substantiiert geltend gemacht. Eine derartige Täuschung ist auch nicht ersichtlich.

Auch ein anderweitiger Verstoss der Beklagten gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ist nicht erkennbar. Entsprechend dem vorstehend Dargelegten liegt auch keine Ausbeutung der Leistung eines Mitkonkurrenten vor, weil die betreffende Leistung auf Seiten desselben bereits amortisiert werden konnte.

4.4 Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass keine Verletzung des Lauterkeitsrechts auf Seiten der Beklagten vorliegt.

5.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass den Beklagten weder die Verletzung urheberrechtlicher Ansprüche der Klägerin noch eine Verletzung des Lauterkeitsrechts zur Last zu legen ist. Dies führt zur vollumfänglichen Abweisung der Klage in allen Punkten, sowohl hinsichtlich des beantragten Verbotes, wie auch hinsichtlich der Feststellungs- und Publikationsbegehren wie auch hinsichtlich der Leistungsklage.

Der von den Beklagten duplicando gestellte Antrag auf Publikation des vorliegenden Urteils ist verspätet. Es kann daher darauf nicht eingegangen werden.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Klägerin, die vollumfänglich unterliegt, dessen ordentliche und ausserordentliche Kosten zu tragen.

Demgemäss wird

erkannt:

://: Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die ordentlichen Kosten des Verfahrens, bestehend aus einer Prozessgebühr von Fr. 17'000.—, den Kosten für das Vermittlungsverfahren von Fr. 500.— und den Auslagen von Fr. 500.—, sowie die ausserordentlichen Kosten.

Schriftliche Urteilsbegründung versandt am 4. Sep. 2007

ZIVILGERICHT BASEL-STADT
KAMMER V

Die Gerichtsschreiberin:



BEU

→

Ke/bra/um

Ke

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Zivilsachen** erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.-- bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.-- in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.