

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

9 U 6/19 OLG Naumburg
36 O 48/18 LG Magdeburg

Verkündet am: 07.11.2019
Zaitz, JAuge
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Buchloh und die Richter am Oberlandesgericht Handke und Dr. Strietzel auf die mündliche Verhandlung vom 17.09.2019

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 18.01.2019 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Magdeburg abgeändert und der Beklagte verurteilt,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikamente über die Internethandels Plattform Amazon zu vertreiben, solange bei dem Anmelde- bzw. Kaufprozess über diese Internethandelsplattform nicht sichergestellt ist, dass der Kunde vorab seine Einwilligung mit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner Gesundheitsdaten (als besondere Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO) gegenüber dem Beklagten erteilt hat.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die der Beklagten mögliche Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages als Sicherheit leistet.

Der Beklagte kann die dem Kläger mögliche Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages als Sicherheit leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Streitwert: bis 30.000,-- EUR.

Gründe:

A.

Der Kläger macht gegen den Beklagten Unterlassungsansprüche, Auskunftsansprüche und die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung aus Wettbewerbsrecht wegen des Vertriebes apothekenpflichtiger rezeptfreier Medikamente über eine Internethandelsplattform geltend.

Der Kläger betreibt eine Apotheke in M. .

Der Beklagte ist ebenfalls Apotheker und betreibt in O. eine Apotheke, die auch im Internet unter der Domain „www. ...“ präsent ist. Der Beklagte handelt sein Sortiment, also auch apothekenpflichtige Medikamente, außerdem auch über die Internet-Plattform „Amazon-Marketplace“; er ist dort mit dem Verkäufer Profil „B. Apotheke“ vertreten.

Der Kläger hat den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 16.06.2017 wegen des Vertriebs über diese Plattform abmahnen lassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gefordert.

Er hat die Auffassung vertreten, dass er zur Klage befugt und berechtigt sei. Er sei Mitbewerber des Beklagten; auf den unterschiedlichen Betriebssitz komme es nicht an. Es bestehe zwischen den Parteien ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis, weil das Angebot des Beklagten über das Internet überall zugänglich sei.

Der Vertrieb über die genannte Plattform verstoße gegen Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer dazu bestimmt sind das Marktverhalten zu regeln. Konkret handele es sich um die §§ 17 Abs. 3, 3 Abs. 5 ApBetrO, 43 AMG, 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Nr. 7 und Nr. 11 HWG, § 14 Abs. 2 Nr. 1 BerufsO der Landesapothekerkammer Sachsen-Anhalt.

Auch die Vorschriften der Datenschutz Grundverordnung würden missachtet.

Mit dem Einstellen von Arzneimitteln auf der Handelsplattform Amazon Marketplace sein Inverkehrbringen durch Feilhalten und Feilbieten verbunden. Eine räumliche Anbindung an die Apotheke erfolge nicht, denn der Marktplatz basiere auf einem Informationssystem außerhalb des traditionellen Raumes. Über den virtuellen Raum habe die Handelsplattform der Herrschaft und nicht der Apotheker, so dass dieser seiner Leitungsfunktion nicht nachkommen könne.

Die Nichteinhaltung der datenschutz- bzw. berufsrechtlichen Vorgaben verschaffte dem Beklagten ein Wettbewerbsvorteil.

Der Kläger hat beantragt,

I. den Beklagten zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikamente über die Internethandels Plattform Amazon zu vertreiben.

2. dem Kläger darüber Auskunft zu erteilen, in welchem Umfang der Beklagte die vorstehend zu Ziffer I 1. bezeichneten Umstände begangen hat, wobei die Angaben insbesondere nach Umsätzen und Bundesländern und Orten aufzuschlüsseln sind;

II. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die vorstehend unter Z. I arabisch

eins bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass der Antrag des Klägers zu unbestimmt sei. Es sei nicht klar, was „Amazon“ bedeute. Die Parteien seien nicht Mitbewerber, weil eine Trennung zwischen der Versandhandelsapotheke an dem stationären Apotheker erfolgen müsse.

Das Landgericht hat die Klage mit am 18.01.2019 verkündetem Urteil abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Antrag zu I.1. hinreichend bestimmt sei. Es gebe keinen Zweifel, was unter einem Vertrieb über die Internethandelsplattform „Amazon“ gemeint sei. Dass es noch weitere Handelsplattformen im Internet gebe, mache den Antrag nicht unbestimmt.

Der Kläger sei grundsätzlich als Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt. Verbraucher, die aufgrund örtlicher Nähe zum potentiellen Kundenkreis der in M. gelegenen Apotheke des Klägers gehörten, hätten über das Internet Zugriff auf das gleiche Angebot des Beklagten.

Die Klagebefugnis bestehe allerdings nicht, soweit er sich auf die Einhaltung der Datenschutz Grundverordnung (DSGVO) stütze. Denn die DSGVO enthalte ein abschließendes Sanktionssystem, welches nur der Personen, deren Rechte auf informationelle Selbstbestimmung verletzt worden seien, oder der Aufsichtsbehörde oder der Klage eines Verbandes eine Rechtsdurchsetzung erlaube.

Die Klage sei jedoch – soweit sie zulässig sei – unbegründet. Die Vorschriften der §§ 17 Abs. 3, 3 Abs. 5 ApBetrO, 43 AMG, 14 Berufsordnung der Apothekerkammer Sachsen-Anhalt, 11 HWG hätten zwar marktverhaltensregelnden Charakter im Sinne des § 3 a UWG. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften läge jedoch nicht vor.

Das Verhalten des Beklagten verstoße nicht gegen das Selbstbedienungsverbot des § 17 Abs. 3 ApBetrO. Eine Bestellung im Internet über eine Versandapotheke unter Nutzung einer Handelsplattform sei nicht mit einer Selbstbedienung gleichzusetzen.

Auch das Verbot des § 3 Abs. 5 ApBetrO pharmazeutische Tätigkeiten von anderen Personen als pharmazeutischen Personal auszuführen oder ausführen zu lassen werde durch die Einschaltung der Handelsplattform Amazon nicht tangiert.

Der Beklagte beachte die Vorgabe des § 43 Abs. 1 S. 1 ArnzG, dass Arzneimittel nur in Apotheken ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden dürfen. Denn er betreibe eine Apotheke und besitze auch die behördliche Erlaubnis zum Versand.

Die §§ 11 HWG und 14 Berufsordnung der Apothekenkammer Sachsen-Anhalt verböten dem Apotheker zwar bestimmte Form der Werbung. Die Einhaltung dieser Vorschriften sei durch die Handelsplattform nicht gewährleistet. Dennoch gehe die Kammer davon aus, dass ein möglicher Verstoß der Handelsplattform bei dem Beklagten nicht zugerechnet werden könne.

Der Senat nimmt auf Tatbestand und Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug.

Der Kläger hat gegen die ihm am 25.01.2019 zugestellte Entscheidung am 31.01.2019 Berufung eingelegt und diese nach entsprechend gewährter Fristverlängerung am 11.03.2019 begründet.

Das Landgericht bejahe einerseits die Zulässigkeit der Klage, obwohl es die Klagebefugnis des Klägers teilweise verneine. Andererseits gehe es dann aber von teilweise Unzulässigkeit der Klage aus, wie sich aus der Urteilsbegründung ergebe. Dies sei verfahrensfehlerhaft. Im Übrigen sei die Klagebefugnis im Zivilprozess keine Sachurteilsvoraussetzung.

Eine generelle Verneinung der Marktverhaltensregelung durch die DSGVO sei rechtsfehlerhaft und widerspreche der Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg.

Er wiederholt seine Auffassung, dass der Vertrieb von apothekenpflichtigen Arzneimitteln gegen § 43 Abs. 1 AMG verstoße. Es gehe hier nicht um das Selbstbedienungsverbot, sondern darum, dass der Beklagte apothekenpflichtige Arzneimittel über Dritte in den Verkehr brächte, die nicht zum Personal seiner Apotheke gehörten, so dass das Inverkehrbringen der apothekenpflichtigen Arzneimittel nicht (ausschließlich) institutionell durch die Apotheke erfolge.

Das Landgericht verkenne, dass Information und Beratung über apothekenpflichtige Arzneimittel eine pharmazeutische Tätigkeit sei, die gemäß § 3 Abs. 5 ApBetrO pharmazeutischen Personal der Apotheke vorbehalten sei. Auf dem Amazon Marketplace fände jedoch eine Information und Beratung des Kunden schon statt, bevor dieser eine Kaufentscheidung getroffen habe. Dass die Kunden erkennen könnten, dass diese „Information und Beratung“ wie sie stattfände, nicht durch pharmazeutisches Personal des Beklagten erfolge, ändere nichts daran, dass eine solche „Information und Beratung“ stattfände, obwohl nach dem Gesetz der Apotheke des Beklagten vorbehalten sei und nur durch pharmazeutisches Personal dieser Apotheke erfolgen dürfe.

Es komme daher nicht darauf an, ob die Kundenrezensionen dem Beklagten zu-rechenbar seien.

Der Vertrieb über Handelsplattform verstoße auch gegen § 8 Abs. 2 ApoG. Diese Schutzvorschrift verböte Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für den Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonstige überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist. Amazon lasse sich das Feilbieten der vom Beklagten feilgehaltenen Arzneimittel bezahlen. Diese Bezahlung sei am Umsatz der Apotheke des Beklagten orientiert. Der Beklagte müsse pro verkauften Art. 15 % des Bruttoumsatzes an Amazon abgeben.

Am 25.03.2019 hat der Kläger seine Berufung durch einen weiteren Prozessbevollmächtigten begründen lassen:

Aus Art. 9 DSGVO lasse sich ablesen, dass grundsätzlich eine Verarbeitung personenbezogener Gesundheitsdaten verboten sei. Ausnahmen seien nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Eine Erweiterung dieser Befugnis auf

Fachpersonal sei nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Ein Apotheker sei nach § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar, wenn er nicht dafür Sorge trage, dass eine sonstige mitwirkende Person, die unbefugt ein fremdes ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes Geheimnis offenbaren, zur Geheimhaltung verpflichtet wurde.

Der Kläger stellt den Antrag,

das am 18.01.2019 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Magdeburg abzuändern und

I. den Beklagten zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikamente über die Internethandels Plattform Amazon zu vertreiben.

2. dem Kläger darüber Auskunft zu erteilen, in welchem Umfang der Beklagte die vorstehend zu Ziffer I 1. bezeichneten Umstände begangen hat, wobei die Angaben insbesondere nach Umsätzen und Bundesländern und Orten aufzuschlüsseln sind;

II. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die vorstehend unter Z. I arabisch eins bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

Der Beklagte stellt den Antrag,

die Berufung zurückzuweisen.

Er wiederholt seine Auffassung, dass die DSGVO keinen marktregelnden Charakter habe. Insoweit habe das Landgericht Magdeburg eine Klagebefugnis zu Recht verneint.

Es liege kein Verstoß gegen § 43 Abs. 1 AMG vor. Der Berufungsbeklagte brächte apothekenpflichtige Arzneimittel nicht über Dritte in den Verkehr. Die Plattform Amazon Marketplace diene dem dort angemeldeten Kunden lediglich als Hilfe im Bereich der Suche und Auswahl des richtigen Produkts und des richtigen Vertragspartners für eine dann im Anschluss stattfindende vertragliche Gestaltung und Bestellung.

In diesem Zusammenhang bestreitet der Beklagte auch ausdrücklich, dass er 15 % von seinem Bruttoumsatz an Amazon abgeben müsse und zusätzlich eine Monatsgebühr von 45 € zu zahlen habe. Die Behauptungen des Klägers erfolgten ins Blaue hinein. Er werde entsprechende Betriebsgeheimnisse in diesem Verfahren nicht offenlegen, da es hierauf nicht ankomme.

Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 5 ApBetrO scheide aus. Eine unzulässige Information und Beratung des Kunden vor der Kaufentscheidung finde nicht statt. Zwar möge es sein, dass sich der Kunde auf der Plattform Amazon auch durch das Lesen von Kunden-Rezensionen und Bewertungen informieren kann. Eine solche Informationsmöglichkeit bestünde grundsätzlich und werde von Kunden natürlich auch genutzt. Dies habe nichts damit zu tun, dass der Apotheker sicherstellen müsse, dass in seinem Regelungsbereich eine Beratung und Information nur durch pharmazeutisches Personal durchgeführt werde.

Der Kläger rüge in der Berufungsinstanz erstmals einen Verstoß gegen § 8 Abs. 2 ApoG. Ein solcher Verstoß würde bloß aufgrund von Vermutungen unterstellt.

Die Verschwiegenheitspflicht werde durch die Einschaltung der Handelsplattform nicht verletzt. Die Daten, wenn es sich überhaupt um Gesundheitsdaten handele, würden zunächst von den Kunden an den Anbieter Amazon übermittelt. Hierfür könne er nicht zur Verantwortung gezogen werden. Denn über den Beklagten gelangten keine Daten zu Amazon. Außerdem werde erneut bestritten, dass die Rücksendung über Amazon abgewickelt werde. Dies sei schlicht falsch.

B.

Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache teilweise Erfolg.

Dem Kläger steht ein Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 3a UWG wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 1 DSGVO zu.

I.

Der Kläger ist als Mitbewerber aktivlegitimiert (vgl. II.,1.). In der vorliegenden Fallkonstellation sind die Regeln der DSGVO als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 a UWG anzusehen (vgl. II., 2). Bei den erfassten Daten handelt es sich um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO (II., 3.). Der Beklagte verarbeitet die von der Handelsplattform erhobenen Daten ohne ausdrückliche Einwilligung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO (II., 4.).

Berufsrechtliche Verstöße vermag der Senat im vorliegenden Fall nicht festzustellen (vgl. III.).

Ein Schadensersatzanspruch oder ein vorgeschalteter Anspruch auf Auskunft scheidet aus, da dem Beklagten kein Verschulden vorzuwerfen ist (IV.).

II.

1. Der Kläger ist aktivlegitimiert. Die Parteien sind Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

aa) Die Eigenschaft als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erfordert ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Das ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann (BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - I ZR 241/03, BGHZ 168, 314 Rn. 14 - Kontaktanzeigen; Urteil vom 28. September 2011 - I ZR 92/09, GRUR 2012, 193 = WRP 2012, 201 Rn. 17 - Sportwetten im Internet II).

Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt (BGH, Urteil vom 29. November 1984 - I ZR 158/82, BGHZ 93, 96, 97 f. - DIMPLE, mwN; Urteil vom 10. April 2014 - I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 = WRP 2014, 1307 Rn. 32 - nickelfrei; Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Rn. 19 = WRP 2015, 1326 - Hotelbewertungsportal). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist daher ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (BGH, GRUR 2014, 1114 Rn. 32 - nickelfrei; GRUR 2015, 1129 Rn. 19 - Hotelbewertungsportal). Nicht ausreichend ist es allerdings, wenn die Maßnahme den anderen nur irgendwie in seinem Marktstreben betrifft. Eine bloße Beeinträchtigung reicht zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus, wenn es an jeglichem Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt (BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 – I ZR 217/15 –, Rn. 16, juris m.w.N.)

bb) Da das Internet auch im Einzugsbereich der Apotheke des Klägers verfügbar ist, konkurrieren die Parteien räumlich. Sachlich führen beide die gleichen Waren. Es ist daher denkbar, dass ein Kunde ein apothekenpflichtiges Medikament statt in der Apotheke des Klägers über den Amazon Marketplace bei dem Beklagten kauft.

Die Argumentation des Beklagten, dass die Kunden einer Präsenz-Apotheke an Beratung interessiert seien, während Kunden, die keine Beratung benötigten, im Internet kauften, vermag den Senat nicht zu überzeugen. Es mag sein, dass ein Kunde, der eine Beratung möchte, in der Regel eine Präsenz-Apotheke aufsuchen wird. Dagegen ist es keinesfalls zwingend, dass ein Kunde ohne Interesse an Beratung nur im Internet kauft.

2. Nach Auffassung des Senats sind die Regelungen der DSGVO in der vorliegenden Fallkonstellation als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG aufzufassen.

a) Eine Norm regelt das Marktverhalten im Interesse der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer, wenn sie einen Wettbewerbsbezug in der Form aufweist, dass sie die wettbewerblichen Belange der als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in Betracht kommenden Personen schützt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - I ZR 211/01, BGHZ 155, 301, 305 - Telefonischer Auskunftsdienst; Urteil vom 12. Juli 2007 - I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 Rn. 35 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Eine Vorschrift, die dem Schutz von Rechten, Rechtsgütern oder sonstigen Interessen von Marktteilnehmern dient, ist eine Marktverhaltensregelung, wenn das geschützte Interesse gerade durch die Marktteilnahme (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2015 - I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 Rn. 21 = WRP 2016, 586 - Eizellspende; Münch-Komm.UWG/Schaffert, 2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rn. 60), also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt wird (vgl. Großkomm.UWG/Metzger, 2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rn. 38; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 3a Rn. 1.67). Nicht erforderlich ist eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in dem Sinne, dass die Regelung die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - I ZR 189/07, GRUR 2010, 754 Rn. 20 ff. = WRP 2010, 869 - Golly Telly; Urteil vom 4. November 2010 - I ZR 139/09, GRUR 2011, 633 Rn. 34 = WRP 2011, 858 - BIO TABAK; aA Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 3a Rn. 25; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22; Scherer, WRP 2006, 401, 404). Die Vorschrift muss jedoch - zumindest auch - den Schutz der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer bezwecken; lediglich reflexartige Auswirkungen zu deren Gunsten genügen daher nicht (BGH, Urteil vom 27. April 2017 - I ZR 215/15 -, Rn. 20, juris m.w.N.)

b) Die Frage, ob Datenschutzbestimmungen nach Inkrafttreten der DSGVO Marktverhaltensregeln darstellen, ist bisher in Literatur und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.

aa) In der Literatur wird nunmehr vertreten, dass Datenschutzbestimmungen nach Inkrafttreten der DSGVO keine Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 Buchst. a UWG darstellen (Köhler in: Köhler/Dornkamp/Feddersen, UWG, 36. Aufl., 2018, § 3a Rn. 1.40a und 1.74a).

bb) Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg nimmt dagegen auch nach Inkrafttreten der DSGVO an, dass insoweit die jeweilige Norm konkret darauf überprüft werden muss, ob gerade jene Norm eine Regelung des Marktverhaltens zum Gegenstand hat (Urteil vom 25. Oktober 2018 – 3 U 66/17 –, Rn. 72, juris).

cc) Der Senat schließt sich der Auffassung des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg an. Selbstverständlich schützen Datenschutzregeln in erster Linie das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Gleichwohl verfolgt die DSGVO auch andere Zielsetzungen: In den Erwägungsgründen 6 bis 8 der DS-RL heißt es, dass die Richtlinie auch den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten auf ein einheitliches Schutzniveau heben soll (Erwägungsgründe 6 und 7), weil ein unterschiedliches Schutzniveau ein Hemmnis für die Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen und den Wettbewerb verfälschen könne (Erwägungsgrund 7 Satz 2), und die Regelungen der Richtlinie auch der Beseitigung solcher Hemmnisse diene, um einen grenzüberschreitenden Fluss personenbezogener Daten kohärent in allen Mitgliedsstaaten und in Übereinstimmung mit dem Ziel des Binnenmarktes zu regeln (Erwägungsgrund 8).

Vor Inkrafttreten der DSGVO war außerdem in der Rechtsprechung bereits anerkannt, dass die Nutzung von Daten zu Werbezwecken nach § 28 Abs. 3 BDSG a.F. als Marktverhaltensregel anzusehen ist (OLG Stuttgart, MMR 2007, 437, Rn. 27; OLG Köln, MMR 2009, 845; CR 2011, 680; ZD 2012, 421; OLG Karlsruhe, ZD 2012, 432, Rn. 34; OLG Dresden, BeckRS 2014, 15220, insoweit unklar, ob nur die dort ebenfalls allein streitige Regelung des § 28 Abs. 3 BDSG a.F. oder § 28 BDSG a.F. generell als marktverhaltensregelnd angesehen worden ist).

c) Im vorliegenden Fall hat der Beklagte die Plattform Amazon Marketplace in das Feilbieten der von ihm vertriebenen Medikamente und Medizinprodukte in der Weise einbezogen, dass er die Popularität dieser Plattform nutzt, um Kunden zu gewinnen. Er setzt damit die Plattform als Werbeträger ein. Amazon selbst wertet die Daten – wenn auch anonym – aus, um zu werben: *"Kunden, die sich Produkt A angesehen haben, interessieren sich auch für Produkte B"*. Dies zielt auf den Markt ab und berührt die wettbewerblichen Interessen der Marktteilneh-

mer. Denn durch die Auswertung der Absatzdaten können Kunden zielgerichtet angesprochen werden.

3. Bei den Bestelldaten der Kunden handelt es sich um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO.

Die Daten, die Amazon für den Bestellvorgang erfasst, stellen sicher keine Gesundheitsdaten im engeren Sinne dar, wie z.B. ärztliche Befunde. Gleichwohl können aus den Bestelldaten Rückschlüsse auf die Gesundheit des Bestellers gezogen werden. Soweit der Beklagte einwendet, dass eine Internetbestellung auch für Mitglieder der Familie und andere Personen erfolgen könne, trifft dies zu. Dies senkt aber nur die Wahrscheinlichkeit, mit der der gezogene Rückschluss zutrifft. Dies reicht nach Auffassung des Senates nicht aus, um die Gesundheitsbezogenheit der Daten entfallen zu lassen. Dies würde zu einer Absenkung des Schutzniveaus führen.

Soweit der Beklagte einwendet, dass die Datenschutzbehörden auf EU-Ebene beim Kauf von medizinischen Standardprodukten nicht von Gesundheitsdaten ausgehen, beachtet er nicht, dass hier nicht nur medizinische Standardprodukte verkauft werden, sondern eben auch apothekenpflichtige Medikamente. Insbesondere die Kombination aus mehreren apothekenpflichtigen Medikamenten lässt durchaus einen Rückschluss auf den Gesundheitszustand des Bestellers zu, wenn auch die Wahrscheinlichkeit eines zutreffenden Rückschlusses durch die Möglichkeit der Drittbestellung – wie bereits ausgeführt – an Sicherheit gemindert ist.

4. Im vorliegenden Fall liegen zwei Datenverarbeitungen im Sinne des § 9 Abs. 1 DSGVO vor.

a) Die Datenverarbeitung durch die Plattform Amazon Marketplace ist keine Auftragsdatenverarbeitung für den Beklagten im Sinne der DSGVO. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Amazon enthalten diesen Passus. Eine Auftragsdatenverarbeitung ist auch von keiner Seite behauptet worden; der Beklagte räumt sie selbst ein, dass es sich nicht um eine Auftragsdatenverarbeitung handelt.

b) Eventuelle Datenschutzverstöße der Plattform Amazon Marketplace sind nicht Teil des Rechtsstreits; der Kläger weist hierauf ausdrücklich hin (vgl. Bd. III Bl. 6

und Bl. 28 d.A. [= Schriftsatz des Klägers vom 24.09.2018]). Insoweit geht es auch nicht um die Frage, ob eventuelle Datenschutzverstöße der Plattform dem Beklagten zugerechnet werden können.

c) Entscheidend ist hier die Datenverarbeitung durch den Beklagten selbst. Hierfür fehlt eine wirksame Einwilligung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO.

aa) Nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO kommt es nicht auf die Erhebung, sondern auf die Verarbeitung der dort genannten personenbezogenen Daten an.

bb) An einer Einwilligung für die Verarbeitung durch den Beklagten im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO fehlt es hier.

α) Eine ausdrückliche Einwilligung der Kunden beim Bestellvorgang ist von keiner Seite behauptet worden.

β) Angesichts des Wortlauts des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO ("ausdrücklich eingewilligt") dürfte eine konkludente Einwilligung die Voraussetzung dieser Vorschrift nicht erfüllen. Darüber hinaus ist die Verpflichtung des Apothekers zur Einholung einer schriftlichen Einwilligung berufsrechtlich durch die Berufsordnung der Apothekerkammer Sachsen-Anhalt konkretisiert.

§ 15 Abs. 2 dieser Berufsordnung lautet:

"Die Speicherung und Nutzung patientenbezogener Daten bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Betroffenen, sofern sie nicht nach dem Bundesdatenschutzgesetz und anderen Ermächtigungsgrundlagen zulässig sind oder von gesetzlichen Bestimmungen gefordert werden."

III.

Abgesehen von § 15 Abs. 2 der zitierten Berufsordnung hat der Beklagte nicht gegen Berufsrecht der Apotheker verstoßen.

1. Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung des Klägers, dass der Beklagte durch das gewählte Vertriebsmodell Arzneimittel unter Verstoß gegen § 43

Abs. 1 AMG in Verkehr bringe und die Einbeziehung von Personen zu verantworten habe, die nicht der Geheimhaltungspflicht des § 203 StGB unterliegen.

a) Bei Anpreisung im Internet handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig nur um die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots. Der Senat sieht keine Veranlassung, für den Bereich des Apothekenrechts von dieser Grundregel abzuweichen.

b) Damit setzt der Kunde die Verkaufsplattform zur Übermittlung seines Angebots auf Abschluss eines Kaufvertrages zivilrechtlich als Bote ein. Er offenbart damit seine Gesundheitsdaten der Verkaufsplattform selbst.

c) Die Entscheidung diesen Weg zu wählen, um ein Medikament zu erwerben, trifft der Kunde eigenverantwortlich.

Es kommt daher weder ein Verstoß nach § 43 Abs. 1 AMG noch gegen § 203 StGB in Betracht. Denn der Apotheker setzt die Verkaufsplattform nur zur Reichweitenerhöhung, nicht aber für den Vertrieb ein. Nach der Übermittlung der Bestelldaten durch Amazon ist die Situation mit einer direkten Bestellung bei der Online-Apotheke des Beklagten – von der bereits ausgeführten datenschutzrechtlichen Problematik abgesehen – vergleichbar. Den Betrieb von Online-Apotheken hat der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich zugelassen.

Damit scheidet auch ein Verstoß gegen § 3 Abs. 5 ApBetrO aus. Denn die pharmazeutischen Tätigkeiten beginnen erst nach der Übermittlung der Daten durch Amazon an den Beklagten.

2. Ein Verstoß gegen das Selbstbedienungsverbot gemäß § 17 Abs. 3 ApBetrO scheidet aus den vom Landgericht genannten Gründen aus. Der Senat nimmt auf die entsprechenden Ausführungen im angegriffenen Urteil ausdrücklich Bezug.

3. Die Werbemaßnahmen auf der Handelsplattform gehen erkennbar – wie das Landgericht zutreffend ausführt - auf Amazon bzw. mittelbar auf die Kunden zurück, die Rezensionen schreiben. Die Werbemaßnahmen beziehen sich auf das Produkt und nicht auf eine konkrete Online-Apotheke und kommen daher nicht einem, sondern allen auf der Plattform vertretenen Apothekern zugute. Der Senat

sieht daher keinen Verstoß gegen § 11 HWG oder § 14 Berufsordnung der Apothekerkammer Sachsen-Anhalt.

4. Die behauptete Umsatzbeteiligung von Amazon beruht auf Vermutungen. Es liegt außerdem weder ein partiarisches Darlehen oder einen am Umsatz ausgerichteter Mietvertrag vor. Ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 ApoG scheidet daher aus.

IV.

Ein möglicher Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG und ein vorbereitender Auskunftsanspruch setzen ein Verschulden voraus. Angesichts der bisher noch nicht abschließend von der Rechtsprechung geklärten Rechtslage zum marktregelnden Charakter der DSGVO billigt der Senat dem Beklagten einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 17 S. 1 StGB analog zu.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

II. Die Entscheidung über die Höhe des Gebührenstreitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf den §§ 39 Abs. 1, 47, 63 GKG, 3 ZPO. Der Senat hat den Unterlassungsanspruch einerseits und den Schadensersatzanspruch mit Nebenansprüchen andererseits wegen der wirtschaftlich gering ausgeprägten Konkurrenzsituation als gleich bewertet.

III. Die Revision war zuzulassen.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen vor; denn diese Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung.

1. Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an

einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts herrührt (BGHZ 151, 221).

2. Aus Sicht des Senates ist klärungsbedürftig, ob die Regeln der DSGVO im Einzelfall als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 a UWG anzusehen sind. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der hier involvierten Internethandelsplattform dürfte ein abstraktes Interesse der Allgemeinheit an der Klärung der Frage bestehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Handel mit apothekenpflichtigen Medikamenten über eine solche Internethandelsplattform möglich ist.

Buchloh

Dr. Strietzel

Handke