

Oberlandesgericht Naumburg*

Urteil vom 07. November 2019, Az. 9 U 39/18

(Vorinstanz: Landgericht Dessau-Roßlau, Urteil vom 28.03.2018, Az. 3 O 29/17)

Tenor:

- Die Berufung des Beklagten gegen das am 28.03.2018 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Dessau-Roßlau wird zurückgewiesen.
- Die Anschlussberufung des Klägers wird als unzulässig verworfen.
- Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. 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 zu 30.000,-- €

Gründe:

A. [Tatbestand]

Der Kläger betreibt eine Apotheke in M....

Der Beklagte ist ebenfalls Apotheker und betreibt in G... 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 „R...“ vertreten.

* **Anmerkungen:** Das Urteil ist von WERNER RI verarbeitet; die Seitenzahlen dieses Dokumentes stimmen daher mit den Seitenzahlen des Originals nicht überein. Auch ist der Wortlaut des Tenors und der Entscheidungsgründe sprachlich angepasst.

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 Datenschutzrecht und die Berufsordnung der Apotheker und sei daher wettbewerbswidrig.

Für die im Zusammenhang mit dem Erwerb apothekenpflichtige Medikamente einhergehende Erhebung/Speicherung/Verarbeitung gesundheitsbezogener Daten des Kunden fehle es an einer vorherigen schriftlichen Einwilligung; denn diese werde beim Bestellprozess nicht eingeholt.

Beim Kauf von Medikamenten würden besondere personenbezogene Daten gemäß § 9 Abs. 3 BDSG Daten erhoben. Der Umgang mit diesen Daten sei nur besonderen Berufsgruppen erlaubt. Hierzu zählten grundsätzlich auch die Mitarbeiter einer Apotheke, die einer Geheimhaltungspflicht unterlägen. Die Mitarbeiter von Amazon gehörten nicht zu diesem besonderen Personenkreis. Es liege ein Verstoß gegen die §§ 4, 4 a Abs. 3, 28 BDSG vor; die Ausnahmetatbestände der §§ 28 Abs. 7 bzw. 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG sei nicht einschlägig.

Außerdem verstoße diese Praxis gegen die Vorschriften der Berufsordnung der Apotheker. Die Nichteinhaltung der datenschutz- bzw. berufsrechtlichen Vorgaben verschaffe dem Beklagten ein Wettbewerbsvorteil.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

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 § 3 Abs. 9 des Bundesdatenschutzgesetzes) gegenüber einer Person oder einer Institution erteilen kann, die zum Umgang mit diesen gesundheitsbezogenen Daten berechtigt ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass der Kläger nicht aktivlegitimiert bzw. zur Klage befugt sei. Als Mitwettbewerber könne er sich nicht auch auf die Bestimmung aus § 2 UKlaG berufen.

Die Vorschriften des Datenschutzrechts dienen nur dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und damit dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, sowie dem freien Datenverkehr in der EU. Den Vorschriften werde zwar ein gewisser marktverhaltensregelnder Charakter zugesprochen soweit es um die Datenverarbeitung zu Werbezwecken gehe. Dies sei hier nicht der Fall. Das Datenschutzrecht schütze das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen als individuelle Rechtsposition nicht in der Rolle als Marktteilnehmer. Bei dem Kauf apothekenpflichtiger Medikamente fielen keine besonderen personenbezogenen Daten an. Dies ergebe sich jedenfalls nicht daraus, dass die Produkte im Zusammenhang mit der Gesundheit stünden. An die Apotheke würden nur die relevanten Bestelldaten übermittelt.

Amazon ermögliche nur den Vertragsschluss zwischen Käufer und Verkäufer auf dem Amazon Marketplace. Dies setze die Registrierung des Kunden bei Amazon voraus. Zugleich bestehe ein Nutzungsverhältnis zwischen Amazon und dem Verkäufer. Nach Ziffer 12 der AGB bestehe mit dem Beklagten keine Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung. Der Kunde entscheidet sich, gegenüber Amazon bestimmte personenbezogene Daten offen zu legen. Ihm sei bewusst, dass Amazon nicht dem Berufsgeheimnis eines Apothekers unterliege, sondern nur den allgemeinen Vertraulichkeitsverpflichtungen wie dem Datenschutzrecht. Amazon übermittele an den vom Kunden ausgesuchten Verkäufer die zur Vertragsabwicklung

erforderlichen und vom Kunden offengelegten Daten: Name, Anschrift, Angaben zum Produkt. Diese Daten verarbeite Amazon rechtmäßig.

Selbst wenn es sich um gesundheitsbezogene Daten handeln würde, sei die Datenverarbeitung durch § 28 Abs. 7 BDSG a.F. gedeckt. Die Erhebung der Daten durch Amazon sei dem Kunden bewusst und der Kunde werde auf die Datenschutzbestimmungen von Amazon gesondert hingewiesen. Der Beklagte erhebe die von Amazon übermittelten Daten dann als verantwortliche Stelle und verarbeitete und nutze sie. Darüber hinaus sei der Kunde über die Datenschutzerklärung von Amazon informiert. Die Bestimmung des §§ 28 Abs. 7 i.V.m. 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG a.F. ermächtige den Beklagten zu Erhebung der Daten.

Das Landgericht hat den Beklagten mit am 28.03.2018 verkündetem Urteil antragsgemäß verurteilt.

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Kläger klagebefugt sei. Die Parteien seien Mitbewerber. Der Beklagte habe unlauter im Sinne der §§ 3, 7 UWG gehandelt. Die Datenschutzregeln dienten auch dem Schutz der Interessen der Mitbewerber und seien daher eine Regelung im Sinne des § 3 a UWG. Die Veräußerung apothekenpflichtiger Produkte durch den Beklagten über die Internet Handelsplattform Amazon verletze datenschutzrechtliche Vorschriften des BDSG und damit zugleich berufsrechtlichen Vorschriften. Die Daten, die bei der Bestellung von Medikamenten anfielen, stellten personenbezogene Daten besonderer Art dar. Die Verarbeitung dieser Daten setze die vorherige Einwilligung durch den Betroffenen voraus. Daran fehle es hier. Der Beklagte selbst verlange eine solche konkrete Einwilligung von den Kunden nicht. Er trage auch nicht vor, dass er sie über die Handelsplattform Amazon bekäme. Ausnahmetatbestände seien hier nicht einschlägig.

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

Der Beklagte hat gegen die ihm am 03.04.2018 zugestellte Entscheidung am 23.04.2018 Berufung eingelegt und diese nach entsprechend gewährter Fristverlängerung am 28.06.2018 begründet.

Das Landgericht berufe sich auf einen Sachverhalt, der weder im Tatbestand des Urteils festgestellt noch Streitgegenstand sei. Hinsichtlich der angeblichen

Marktrelevanz stützte es sich auf die potentielle Werbung, die anhand der hier infrage stehenden Daten erfolgen könnte. Diese Argumentation gehe am Fall vorbei. Denn hier stelle sich nur die Frage, ob die zur bloßen Vertragsdurchführung erforderliche Verarbeitung personenbezogener Daten eine Einwilligung erfordere oder nicht.

Durch das Inkrafttreten der DS-GVO nach Erlass des Urteils trete noch klarer hervor, dass das Datenschutzrecht nur das Recht des der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, nicht aber die Lauterkeit des Wettbewerbs schütze. Die DS-GVO sei daher abschließend.

Auch träge die Argumentation, wonach die angeblichen Datenschutzverstöße gleichzeitig Verletzungen marktverhaltensregelnder Normen des Apothekenrechts darstellten, nicht zu. Das Apothekenrecht befasse sich nicht mit datenschutzrechtlichen Themen. Im Übrigen seien auch keine anderen apothekenrechtlichen Normen verletzt und wären auch nicht vom Streitgegenstand umfasst.

Das Landgericht habe sich nicht mit dem Tatbestandsmerkmal der Interessenbeeinträchtigung und deren Spürbarkeit (§ 3 a UWG) befasst. Selbst wenn man einen Datenschutzverstoß unterstelle, hätte dieser keine spürbare Auswirkung auf Mitbewerber.

Weiter habe es zu Unrecht Bestelldaten als Gesundheitsdaten qualifiziert, ohne auf die damit zusammenhängenden Rechtsfragen einzugehen. Bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln sei regelmäßig kein zweifelsfreier Rückschluss vom Käufer auf den tatsächlichen Konsumenten möglich. Deshalb gehe aus den bloßen Bestelldaten keine Information über den Gesundheitszustand des Käufers hervor. Dies sei jedoch nach der Definition in Art. 4 Nr. 15 DS-GVO erforderlich. Da es sich nicht um Gesundheitsdaten handle, sei die zur Vertragsdurchführung erforderliche Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO gerechtfertigt.

Das Landgericht habe sich mit den Rechtsbeziehungen der am Amazon Marketplace Beteiligten (Kunden, Amazon und Verkäufer) in keiner Weise auseinandergesetzt und die Datenverarbeitung durch Amazon begründungslos dem Beklagten zugerechnet.

Schließlich gehe der Tenor zu weit und enthalte Tatbestandsmerkmale, die das Gesetz gar nicht vorsehe.

Der Beklagte stellt den Antrag,

das am 28.03.2018 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Dessau- Roßlau abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Senatsvorsitzende hat dem Kläger mit Verfügung vom 03.07.2018 eine Frist zur schriftlichen Berufungserwiderung bis zum 24.08.2018 gesetzt und auf die mit der Versäumung der Erwiderungsfrist einhergehenden Nachteile hingewiesen. Eine Verlängerung der Berufungserwiderungsfrist bis zum 24.09.2018 hat er gewährt.

Der Kläger stellt mit Schriftsatz vom 24.09.2018 den Antrag,

die Berufung zurückzuweisen.

Er tritt den Auffassungen der Berufung entgegen.

Mit diesem Schriftsatz hat der Kläger außerdem angezeigt, dass für ihn zukünftig ein weiterer Prozessvertreter auftreten werde.

Mit Schriftsatz vom 25.09.2018 (Bd. III, Bl. 52 der Akten) zeigten weitere Prozessbevollmächtigte die Vertretung des Klägers an und beantragte in dessen Namen

den Beklagten zu verurteilen, unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen 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 Arzneimittel über die Internet Handelsplattform Amazon zu vertreiben.

Er sieht den eigentlichen Kern des wettbewerbswidrigen Verhaltens des Beklagten darin, dass er über eine Nicht-Apotheke Arzneimittel in den Verkehr bringe, deren Inverkehrbringen das Gesetz den Apotheken vorbehalte.

Der Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung des Klägers als unzulässig zu verwerfen, höchst hilfsweise zurückzuweisen.

Der Senat hat die Parteien mit Beschluss vom 10.01.2019 darauf hingewiesen, dass es sich bei dem „Angebot“ des Beklagten auf der Internetplattform Amazon Marketplace es nicht um ein Angebot im Rechtssinn, sondern nur um eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (invitatio ad offerendum) handele. Das Angebot zum Abschluss eines Vertrages gehe daher von dem jeweiligen Kunden aus.

Außerdem hat der Senat darauf hingewiesen, dass er die nunmehr vom zweiten Prozessbevollmächtigten des Klägers vorgebrachten apothekenrechtlichen Erwägungen nicht vom Streitgegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits als umfasst ansähe.

B. [Rechtliche Würdigung]

Die Berufung ist **zulässig**, hat in der Sache jedoch **keinen Erfolg**.

I. [Übersicht]

1. Im Berufungsverfahren sind Entscheidungen des ersten Rechtszugs nach § 513 Abs. 1 ZPO nur noch darauf überprüfbar, ob die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung nach § 546 ZPO beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Dabei ist grundsätzlich von den durch das Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen auszugehen. Das Berufungsgericht hat nur zu überprüfen, ob konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen bestehen (§ 529 Abs.1 Nr. 1 ZPO).

2. Im vorliegenden Fall hat das Landgericht die Streit entscheidenden Rechtsfragen nach Auffassung des Senats im Ergebnis zutreffend beantwortet:

- Der Kläger ist als Mitbewerber **aktivlegitimiert** (vgl. II. 1.).
- In der vorliegenden Fallkonstellation sind die Regeln der **DS-GVO als Marktverhaltensregeln** im Sinne des § 3a UWG anzusehen (vgl. II. 2.).
- Bei den erfassten Daten handelt es sich um **Gesundheitsdaten** im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO (vgl. II. 3.).

- Der Beklagte verarbeitet die von der Handelsplattform erhobenen **Daten ohne ausdrückliche Einwilligung** im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO (vgl. II. 4.)

Auch konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen sieht der Senat nicht.

II. [Berufung unbegründet]

1. [Aktivlegitimation des Mitbewerbers]

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 13.07.2006, Az. I ZR 241/03, BGHZ 168, 314 Rn. 14 - Kontaktanzeigen; Urteil vom 28.09.2011, Az. 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 29.11.1984, Az. I ZR 158/82, BGHZ 93, 96, 97 f. - DIMPLE, m.w.N.; Urteil vom 10.04.2014, Az. I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 = WRP 2014, 1307 Rn. 32 - nickelfrei; Urteil vom 19.03.2015, Az. 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 26.01.2017, Az. 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 der 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. [DS-GVO als Marktverhaltensregeln]

Nach Auffassung des Senats sind die Regelungen der DS-GVO in der vorliegenden Fallkonstellation als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 a 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 03.07.2003, Az. I ZR 211/01, BGHZ 155, 301, 305 - Telefonischer Auskunftsdienst; Urteil vom 12.07.2007, Az. 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 08.10.2015, Az. I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 Rn. 21 = WRP 2016, 586 - Eizellspende; MünchKomm.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., § 3 a 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 10.12.2009, Az. I ZR 189/07, GRUR 2010, 754 Rn. 20 ff. = WRP 2010, 869 - Golly Telly; Urteil vom 04.11.2010, Az. I ZR 139/09, GRUR 2011, 633 Rn. 34 = WRP 2011, 858 - BIO TABAK; a.A. Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 3 a 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 27.04.2017, Az. I ZR 215/15 -, Rn. 20, juris m.w.N.)

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

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

bb) Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg nimmt dagegen auch nach Inkrafttreten der DS-GVO an, dass insoweit die jeweilige Norm konkret darauf überprüft werden muss, ob gerade jene Norm eine Regelung des Marktverhaltens zum Gegenstand hat (Urteil vom 25.10.2018, Az. 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 DS-GVO auch andere Zielsetzungen: In den ErwG 6 bis 8 der DS-RL heißt es, dass die Richtlinie auch den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten auf ein einheitliches Schutzniveau heben soll (ErwG 6 und 7), weil ein unterschiedliches Schutzniveau ein Hemmnis für die Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen und den Wettbewerb verfälschen könne (ErwG 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 (ErwG 8).

Vor Inkrafttreten der DS-GVO war außerdem in der Rechtsprechung bereits anerkannt, dass die Nutzung von Daten zu Werbezwecken nach § 28 Abs. 3 BDSG a.F. als Marktverhaltensregeln anzusehen sind (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 Marktteilnehmer. Denn durch die Auswertung der Absatzdaten können Kunden zielgerichtet angesprochen werden.

3. [Gesundheitsdaten]

Bei den Bestelldaten der Kunden handelt es sich um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO.

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. [Keine ausdrückliche Einwilligung]

Im vorliegenden Fall liegen zwei Datenverarbeitungen im Sinne des § 9 Abs. 1 DS-GVO vor.

a) Die Datenverarbeitung durch die Plattform Amazon Marketplace ist keine Auftragsdatenverarbeitung für den Beklagten im Sinne der DS-GVO. 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 der Akten [= 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) DS-GVO.

aa) Nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO 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 lit. a) DS-GVO fehlt es hier.

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

β) Angesichts des Wortlauts des Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO („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.“

5. Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung des Klägers, dass der Beklagte durch das gewählte Vertriebsmodell 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.

III. [Unzulässige Anschlussberufung]

Die Anschlussberufung des Klägers ist gemäß § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO unzulässig.

1. Die Frist für die Berufungserwiderung endete am 24.09.2018 (vgl. Fristverlängerung durch den Vorsitzenden am 14.08.2018 [Bd. II Bl. 153 der Akten]). Die Anschlussberufung ging jedoch erst am 09.10.2018 (vgl. Bd. III Bl. 52 der Akten) ein.

2. Der mit der Anschlussberufung geltend gemachte Antrag des Klägers betrifft im

Übrigen einen anderen Streitgegenstand, so dass die allgemeinen apothekenrechtlichen Überlegungen nicht im Rahmen des erstinstanzlich gestellten Antrags geprüft werden können.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist grundsätzlich nicht maßgebend, ob sich der Kläger ausdrücklich auf bestimmte Normen beruft; entscheidend ist vielmehr, ob er sich gegen ein davon erfasstes Verhalten wendet. Abweichendes gilt nur dann, wenn der Kläger den Streitgegenstand dadurch begrenzt, dass er seinen Antrag nach seinem Vorbringen erkennbar allein auf bestimmte Normen stützt (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.1998, Az. I ZR 77/96, GRUR 1999, 272, 274 = WRP 1999, 183 - Die Luxusklasse zum Nulltarif; Urteil vom 06.10.1999m, Az. I ZR 242/97; BGH, Urteil vom 02.06.2005, Az. I ZR 215/02, Rn. 19, juris m.w.N.).

b) So liegt der Fall hier: Durch die Einschränkung in seinem Antrag

„... 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 § 3 Abs. 9 des Bundesdatenschutzgesetzes) gegenüber einer Person oder einer Institution erteilen kann, die zum Umgang mit diesen gesundheitsbezogenen Daten berechtigt ist.“

erkennbar allein auf Datenschutzrecht gestützt. Die Fassung des Antrags stellt daher kein einfaches Minus im Verhältnis zu einem umfassenden Verbot dar. Denn die Einschränkung machte keinen Sinn, wenn das Verhalten des Beklagten zwar datenschutzrechtlich erlaubt aber apothekenrechtlich verboten wäre.

C. [Nebenentscheidungen]

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.

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 DS-GVO im Einzelfall als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a 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.