



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 222/19

vom

27. März 2025

in dem Rechtsstreit

Nachschatzwerk:	ja
BGHZ:	nein
BGHR:	ja
<u>JNEU:</u>	<u>nein</u>

Arzneimittelbestelldaten III

Verordnung (EU) 2016/679 Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a und h, Abs. 3; Richtlinie 95/46/EG Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a, Abs. 3; BDSG § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b; UWG § 3 Abs. 1, §§ 3a, 8 Abs. 2, § 9 Abs. 1; AMG § 4 Abs. 17, § 43 Abs. 1 Satz 1; ApoG § 8 Satz 2, § 11a Abs. 1; ApBetrO § 1a Abs. 3 Nr. 4, § 3 Abs. 5, § 4 Abs. 2a Satz 2 und 3, § 17 Abs. 1a, Abs. 2a Nr. 7, Abs. 3, § 20 Abs. 1 Satz 2; HWG §§ 3, 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 7 und 11

Bietet ein Apotheker apothekenpflichtige Arzneimittel über die Internet-Plattform "Amazon-Marketplace" (Amazon) an und erfolgt die Bestellabwicklung dergestalt, dass im Anschluss an die Bestellung und die Übermittlung der Bestelldaten der Apotheker die Bestellung freigibt, das Arzneimittel verpackt und versendet, bringt der Apotheker und nicht Amazon das Arzneimittel im Sinne von § 43 Abs. 1 AMG in den Verkehr.

BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 222/19 - OLG Naumburg  
LG Magdeburg

ECLI:DE:BGH:2025:270325UIZR222.19.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 2025 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schmaltz, den Richter Odörfer und die Richterin Wille für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels des Klägers im Übrigen sowie unter Zurückweisung der Revision des Beklagten das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 7. November 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht hinsichtlich der auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichteten Klageanträge, soweit diese auf einen Verstoß gegen die Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 DSGVO gestützt sind, zum Nachteil des Klägers erkannt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird auf die Berufung des Klägers das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Magdeburg vom 18. Januar 2019 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

- I. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikamente über die Internethandelsplattform Amazon zu vertreiben, solange bei dem Anmelde- bzw. Kaufprozess über diese Internethandelsplattform nicht sichergestellt ist, dass der Kunde vorab seine Einwilligung mit einer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner Gesundheitsdaten (als besondere Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO) gegenüber dem Beklagten erteilt hat.

- II. Dem Beklagten wird für jeden Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung gemäß Ziffer I ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.
- III. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang er die unter Ziffer I bezeichneten Handlungen begangen hat, wobei die Angaben insbesondere nach Umsätzen und Bundesländern und Orten aufzuschlüsseln sind.
- IV. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die vorstehend unter Ziffer I bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 60 % und der Beklagte 40 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger betreibt eine Apotheke in M. . Der Beklagte ist ebenfalls Apotheker und betreibt in O. B. eine Apotheke. Er ist Inhaber einer Versandhandelserlaubnis und vertreibt sein Sortiment auch im Internet unter der Adresse "www.bo -apotheke.de". Darüber hinaus handelte der Beklagte sein Sortiment, das apothekenpflichtige Medikamente einschließt, im

Jahr 2017 über die Internet-Plattform "Amazon-Marketplace" (im Folgenden auch: Amazon); er ist dort mit dem Verkäuferprofil "Bo. Apotheke" vertreten.

2 Der Beklagte stellt dabei apothekenpflichtige Medikamente auf Amazon ein. Wenn der Kunde sich für einen Kauf bei dem Beklagten entschieden hat, legt er das Medikament in den Warenkorb und bezahlt. Anschließend erhält der Beklagte eine Nachricht über das bestellte Medikament und den Namen nebst Anschrift des Kunden (Bestelldaten). Der Beklagte gibt sodann die Bestellung frei, verpackt das Medikament und versendet es.

3 Amazon bewirbt die vom Beklagten angebotenen sowie andere Produkte, veröffentlicht zu den Produkten Kundenanfragen und -antworten sowie Kundenbewertungen. Darüber hinaus bewirbt Amazon weitere Produkte, zum Beispiel unter der Überschrift "Gesponserte Produkte zu diesem Artikel". Auch gibt es Empfehlungen für andere Medikamente mit Formulierungen wie "Kunden, die diesen Artikel gekauft haben, kauften auch...".

4 Bei Amazon werden Kundendaten gespeichert. Eine Einwilligung zur Speicherung und Verarbeitung von gesundheitsbezogenen Daten geben die Kunden nicht ab. Die Daten werden von Amazon auch an Dritte, wie zum Beispiel verbundene Unternehmen, Partnerunternehmen und Dienstleister, weitergegeben.

5 Der Kläger beanstandet den Vertrieb apothekenpflichtiger Medikamente über Amazon als unlauter unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wegen Verstoßes gegen gesetzliche Anforderungen an die Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Kunden. Außerdem macht der Kläger Verstöße gegen Bestimmungen des Berufsrechts der Apotheker sowie Vorschriften geltend, die den Vertrieb von Arzneimitteln reglementieren.

6                   Der Kläger hat beantragt, dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikamente über die Internethandelsplattform Amazon zu vertreiben.

7                   Er hat den Beklagten ferner auf Auskunftserteilung in Anspruch genommen und die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung beantragt.

8                   Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Magdeburg, CR 2019, 434). Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht (OLG Naumburg, WRP 2020, 110) dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikamente über die Internethandelsplattform Amazon zu vertreiben, solange bei dem Anmelde- bzw. Kaufprozess über diese Internethandelsplattform nicht sichergestellt ist, dass der Kunde vorab seine Einwilligung mit einer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner Gesundheitsdaten (als besondere Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO) gegenüber dem Beklagten erteilt hat.

9                   Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

10                  Das Berufungsgericht hat die Revision gegen sein Urteil zugelassen. Beide Parteien haben Revision eingelegt, der Kläger überdies Anschlussrevision. Der Beklagte begeht die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Kläger verfolgt mit seinen Rechtsmitteln seine auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung gerichteten Klageanträge weiter und wendet sich zudem gegen die vom Berufungsgericht dem beantragten Verbotsausspruch hinzugefügten Einschränkung ("solange ..."). Beide Parteien beantragen, die jeweiligen Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

11 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, der gegen den Vertrieb von apothekenpflichtigen Medikamenten über Amazon gerichtete Unterlassungsantrag sei unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß § 3a UWG begründet. Hierzu hat es ausgeführt:

12 Der beanstandete Vertrieb stelle eine unlautere und damit gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässige geschäftliche Handlung dar, weil er gegen eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 3a UWG verstöße. In dem Vertrieb apothekenpflichtiger Medikamente über Amazon liege eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO). Diese Datenverarbeitung sei unzulässig, solange die Kunden - wie im Streitfall - nicht gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO ausdrücklich eingewilligt hätten. Eine konkludente Einwilligung sei nicht ausreichend. Aus den erfassten Bestelldaten könnten Rückschlüsse auf die Gesundheit des Bestellers gezogen werden, so dass es sich um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO handele. Damit sei eine ausdrückliche Einwilligung in ihre Verarbeitung erforderlich (Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO). Die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung seien in der vorliegenden Fallkonstellation als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG anzusehen. Der Kläger sei als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG berechtigt, den Unterlassungsanspruch im Wege der Klage durchzusetzen.

13 Die vom Kläger geltend gemachten Verstöße gegen berufsrechtliche Vorschriften habe das Landgericht hingegen mit Recht als nicht gegeben erachtet. Der Beklagte habe die Vorgabe gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG beachtet, wonach Arzneimittel nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im

Wege des Versands in den Verkehr gebracht werden dürften. Durch sein Vertriebsmodell bringe nicht Amazon, sondern der Beklagte selbst die Arzneimittel in den Verkehr. Er setze Amazon nicht für den Vertrieb, sondern nur zur Reichweitenerhöhung ein. Der Beklagte beziehe auch keine Personen in den Vertrieb ein, die keiner Geheimhaltungspflicht im Sinne von § 203 StGB unterlägen. Ein Verstoß gegen das Selbstbedienungsverbot gemäß § 17 Abs. 3 ApBetrO liege ebenfalls nicht vor. Die Bestellung im Internet über eine Versandapotheke unter Nutzung einer Handelsplattform sei nicht mit einer Selbstbedienung gleichzusetzen. Dem Beklagten könne auch nicht vorgeworfen werden, gegen Vorschriften verstoßen zu haben, die die Werbung für Arzneimittel regeln. Die auf Amazon zu findende Werbung und die Kundenrezensionen seien dem Beklagten nicht zuzurechnen. Ein Verstoß gegen das Verbot einer Vereinbarung über Umsatzbeteiligungen mit Apotheken gemäß § 8 Satz 2 ApoG scheide ebenfalls aus. Die vom Kläger behauptete Umsatzbeteiligung von Amazon beruhe auf bloßen Vermutungen.

14 Schließlich seien die Anträge auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung sowie Auskunftserteilung abzuweisen, weil dem Beklagten kein Verschulden vorgeworfen werden könne. Angesichts der bisher noch nicht abschließend von der Rechtsprechung geklärten Rechtslage zum marktregelnden Charakter von Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung sei dem Beklagten ein unvermeidbarer Verbotsirrtum analog § 17 Satz 1 StGB zuzubilligen.

15 B. Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg (dazu C). Die Revision des Klägers hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Berufung des Klägers auch hinsichtlich der auf den Verstoß gegen gesetzliche Anforderungen an die Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Kunden gestützten Anträge auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht zurückgewiesen hat (dazu D I). Soweit die Revision des Klägers geltend macht, das Berufungsgericht habe dem Unterlassungsantrag rechtsfehlerhaft nur mit einem

"solange"-Zusatz stattgegeben, hat sie keinen Erfolg (dazu D II). Vergeblich wendet sich die Revision des Klägers außerdem dagegen, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Klageanträge könnten nicht mit Erfolg auf einen Verstoß gegen das Berufsrecht der Apotheker sowie Vorschriften gestützt werden, die den Vertrieb von Arzneimitteln reglementieren (dazu D III).

- 16                   C. Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.
- 17                   I. Der vom Kläger gestellte Unterlassungsantrag genügt den auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachtenden (BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 - I ZR 267/15, GRUR 2019, 813 [juris Rn. 23] = WRP 2019, 1013 - Cordoba II, mwN) Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
- 18                   1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht klar umrisse sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist. Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, oder wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehr an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien kein Streit darüber besteht, dass das beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Die Wiedergabe

des gesetzlichen Verbotstatbestands in der Antragsformulierung ist auch unschädlich, wenn sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht infrage gestellt ist, sondern sich ihr Streit ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann im Übrigen hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Juli 2021 - I ZR 194/20, GRUR 2021, 1534 [juris Rn. 34] = WRP 2021, 1556 - Rundfunkhaftung I, mwN).

19            2. Nach diesen Grundsätzen sind der Unterlassungsantrag und der darauf beruhende landgerichtliche Verbotsausspruch als hinreichend bestimmt anzusehen.

20            a) Soweit der Antrag auf Medikamente bezogen ist, die "apothekenpflichtig" sind, ist dieser Rechtsbegriff durch die Legaldefinition in § 43 Abs. 1 und 2 AMG konkretisiert. Über den Sinngehalt des Begriffs besteht zwischen den Parteien auch kein Streit.

21            b) Die Anforderungen an die Bestimmtheit nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sind außerdem erfüllt, soweit der Verbotsausspruch den Begriff "Gesundheitsdaten" mit dem in Klammern gesetzten Zusatz "als besondere Daten im Sinne von Art. 9 DSGVO" und damit auf den Wortlaut des Gesetzes bezugnehmende Begriffe enthält.

22            Allerdings besteht zwischen den Parteien Streit über die Frage, ob es sich bei den Kundendaten, die beim Anmelde- bzw. Kaufprozess über diese Internet-handelsplattform verarbeitet werden, um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 DSGVO handelt. Dieser Streit betrifft jedoch nur die rechtliche Qualifikation der

angegriffenen Verhaltensweise. Die für die angegriffene Verhaltensweise selbst relevanten Umstände und damit das im Tatsächlichen vom Verbotsausspruch zum Ausdruck Gebrachte ist zwischen den Parteien nicht im Streit. Es umfasst nach dem Sachvortrag des Klägers eindeutig die Daten, die Kunden des Beklagten bei der Bestellung von apothekenpflichtigen Medikamenten auf der Internet-Verkaufsplattform "Amazon-Marketplace" einzugeben haben, nämlich den Namen des Kunden, die Lieferadresse und die für die Individualisierung des bestellten apothekenpflichtigen Medikaments notwendigen Informationen (Bestelldaten, vgl. EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024 - C-21/23, GRUR 2024, 1721 [juris Rn. 79 und 84] = WRP 2024, 1318 - Lindenapotheke; BGH, Beschluss vom 12. Januar 2023 - I ZR 223/19, GRUR 2023, 264 [juris Rn. 8 und 35] = WRP 2023, 324 - Arzneimittelbestelldaten I). Damit sind der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis der Gerichte hinreichend klar umrissen.

23

II. Das Berufungsgericht hat außerdem zutreffend angenommen, dass der Kläger als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG befugt ist, den auf einen Rechtsbruch durch Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen zum Schutz von Gesundheitsdaten gestützten Unterlassungsantrag im Wege der Klage vor den Zivilgerichten unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Vornahme unlauterer Geschäftspraktiken gemäß § 3 Abs. 1, § 3a UWG geltend zu machen.

24

1. Unter Geltung der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Richtlinie, DSRL) ergab sich die Prozessführungsbefugnis für den Kläger als Mitbewerber aus den allgemeinen Vorschriften (§ 51 ZPO, vgl. Köhler/Feddersen in Köhler/Feddersen, UWG, 43. Aufl., § 8 Rn. 3.8a; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl., § 8 Rn. 86). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union stehen die in Kapitel III der Datenschutz-Richtlinie getroffenen Regelungen einer nationalen Regelung, die es Verbänden zur Wahrung

von Verbraucherinteressen erlaubt, gegen die mutmaßlichen Verletzer von Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten Klage zu erheben, nicht entgegen (vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 - C-40/17, GRUR 2019, 977 [juris Rn. 43 bis 63] = WRP 2019, 1146 - Fashion ID). Nichts anderes gilt für die hier in Rede stehende Klage eines Mitbewerbers (BGH, GRUR 2023, 264 [juris Rn. 9] - Arzneimittelbestelldaten I). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat angenommen, dass die Artikel 22 bis 24 DSRL keine umfassende Harmonisierung der nationalen Vorschriften über gerichtliche Rechtsbehelfe, die gegen mutmaßliche Verletzer von Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten eingelegt werden können, vornehmen (EuGH, GRUR 2019, 977 [juris Rn. 57] - Fashion ID).

25                   2. Diese Prozessführungsbefugnis des Klägers als Mitbewerber des Beklagten ist nicht mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung am 25. Mai 2018 (Art. 99 Abs. 2 DSGVO) entfallen. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass auch die in Kapitel VIII der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Regelungen zur Durchsetzung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Verordnung nicht abschließend sind. Sie stehen den Vorschriften des deutschen Rechts nicht entgegen, die - neben den Eingriffsbefugnissen der zur Überwachung und Durchsetzung der Verordnung zuständigen Aufsichtsbehörden und den Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Personen - dem Mitbewerber des mutmaßlichen Verletzers von Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten die Befugnis einräumen, wegen Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung gegen den Verletzer im Wege einer Klage vor den Zivilgerichten unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Vornahme unlauterer Geschäftspraktiken vorzugehen (EuGH, GRUR 2024, 1721 [juris Rn. 73] - Lindenapotheke).

26                   III. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass der Vertrieb von apothekenpflichtigen Medikamenten über die Internetplattform "Amazon-

Marketplace" ohne vorherige Einwilligung des Kunden in die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Bestelldaten (der Name des Kunden, die Lieferadresse und die für die Individualisierung des bestellten apothekenpflichtigen Medikaments notwendigen Informationen) gemäß § 3 Abs. 1, § 3a UWG eine unlautere geschäftliche Handlung darstellt.

- 27           1. Nach § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.
- 28           2. Das mit dem Klageantrag beanstandete Verhalten verstößt gegen die besonderen Vorschriften zum Schutz von Gesundheitsdaten gemäß § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 und 3, § 28 Abs. 7 Satz 1 BDSG in der bis zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (aF) sowie Art. 9 Abs. 1 und 2 Buchst. a und h DSGVO und damit gegen gesetzliche Vorschriften im Sinne von § 3a UWG.
- 29           a) Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten sowohl nach dem zum Zeitpunkt seiner Vornahme geltenden Recht rechtswidrig war als auch nach dem zur Zeit der Revisionsentscheidung geltenden Recht rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - I ZR 128/21, GRUR 2022, 729 [juris Rn. 10] = WRP 2022, 727 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II; BGH, GRUR 2023, 264 [juris Rn. 28] - Arzneimittelbestelldaten I). So liegt es im Streitfall.
- 30           Zwar haben sich die datenschutzrechtlichen Vorschriften, die für die Beurteilung des mit dem Unterlassungsantrag unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs beanstandeten Verhaltens des Beklagten erheblich sind, nach der geltend gemachten Verletzungshandlung durch das Inkrafttreten der Datenschutz-

Grundverordnung am 25. Mai 2018 (Art. 99 Abs. 2 DSGVO) geändert. Diese Rechtsänderung wirkt sich aber auf die Begründetheit der Klage nicht aus. Das beanstandete Verhalten des Beklagten verstößt sowohl gegen die zum Zeitpunkt seiner Vornahme geltenden Bestimmungen zur Zulässigkeit der Verarbeitung von Gesundheitsdaten gemäß § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 und 3, § 28 Abs. 7 Satz 1 BDSG aF (dazu C III 2 b) als auch gegen die nunmehr geltenden Vorschriften gemäß Art. 9 Abs. 1 und 2 Buchst. a und h DSGVO (dazu C III 2 c).

- 31                   b) Der mit dem Klageantrag beanstandete Bestellvorgang verstieß vor Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung gegen die Bestimmungen gemäß § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 und 3, § 28 Abs. 7 BDSG aF.
- 32                   aa) Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG aF ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene einwilligt. Stehen besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG aF wie etwa Daten über die Gesundheit in Rede, ist eine Einwilligung nur wirksam, wenn sie über die in § 4a Abs. 1 BDSG aF geregelten Anforderungen hinaus ausdrücklich auf die besondere Art der personenbezogenen Daten bezogen ist (§ 4a Abs. 3 BDSG aF). Soweit der Betroffene nicht nach Maßgabe des § 4a Abs. 3 BDSG aF eingewilligt hat, ist das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Gesundheitsdaten für eigene Geschäftszwecke nur in Ausnahmefällen zulässig. Insoweit kommt im Streitfall allenfalls die Verarbeitung der Daten zum Zwecke der Gesundheitsversorgung gemäß § 28 Abs. 7 Satz 1 BDSG aF in Betracht, die zulässig ist, wenn die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen.
- 33                   Mit diesen Vorschriften sind die Bestimmungen gemäß Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a und Abs. 3 DSRL ins deutsche Recht umgesetzt worden. Nach

Art. 8 Abs. 1 DSRL untersagen die Mitgliedstaaten die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftsgehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über die Gesundheit. Gemäß Art. 8 Abs. 2 Buchst. a DSRL findet Absatz 1 dieser Vorschrift keine Anwendung, wenn die betroffene Person ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt hat, es sei denn, nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden. In Art. 8 Abs. 3 DSRL ist bestimmt, dass Art. 8 Abs. 1 DSRL nicht gilt, wenn die Verarbeitung der Daten zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal erfolgt, das nach dem einzelstaatlichen Recht, einschließlich der von den zuständigen einzelstaatlichen Stellen erlassenen Regelungen, dem Berufsgeheimnis unterliegt, oder durch sonstige Personen, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen.

34                   bb) Der Klageantrag richtet sich gegen die Erhebung und Verarbeitung besonderer personenbezogener Daten (Angaben über die Gesundheit) im Sinne dieser Vorschriften.

35                   (1) Der im Lichte der Klagebegründung auszulegende, auf das Verbot des Vertriebs von apothekenpflichtigen Medikamenten über die Internethandelsplattform Amazon gerichtete Klageantrag wendet sich dagegen, dass die Kunden des Beklagten dort bei der Bestellung von apothekenpflichtigen Medikamenten ihren Namen, die Lieferadresse und die für die Individualisierung des bestellten Medikaments notwendigen Informationen eingeben müssen, ohne dass sie im Rahmen der Eingabe ihre Einwilligung mit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten erteilen können. Das zu beurteilende Verhalten des Beklagten besteht mithin darin, dass er eine Bestellmöglichkeit anbietet, die die Eingabe von

Bestelldaten verlangt, und diese Daten sodann zum Zwecke der Ausführung der Bestellung benutzt werden, ohne dass vor diesen vom Kläger als Verarbeitung von Gesundheitsdaten angesehenen Handlungen eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Einwilligungserklärung des Kunden eingeholt wird.

36 (2) Bei dem Namen des Kunden, der Lieferadresse und den für die Individualisierung des bestellten Medikaments notwendigen Informationen handelt es sich um Angaben über die Gesundheit (Gesundheitsdaten) und damit um besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 und § 4a Abs. 3 BDSG aF.

37 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass es sich bei den bei der Bestellung von apothekenpflichtigen Medikamenten vom Kunden anzugebenden Daten (der Name des Kunden, die Lieferadresse und die für die Individualisierung des bestellten apothekenpflichtigen Medikaments notwendigen Informationen) unbeschadet des Umstands, dass zu den antragsgegenständlichen apothekenpflichtigen Medikamenten auch nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel und damit solche Medikamente gehören, bei denen es nicht ausgeschlossen ist, dass der Käufer das Medikament nicht für sich, sondern für einen beim Bestellvorgang noch unbestimmten Dritten erwirbt (vgl. BGH, GRUR 2023, 264 [juris Rn. 35] - Arzneimittelbestelldaten I), um Angaben über die Gesundheit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 DSRL handelt (vgl. EuGH, GRUR 2024, 1721 [juris Rn. 81 und 94] - Lindenapotheke). Entsprechendes gilt im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung im Hinblick auf § 3 Abs. 9 BDSG aF, mit dem Art. 8 Abs. 1 DSRL in deutsches Recht umgesetzt worden ist.

38 (3) Bestellt ein Kunde über den Account des Beklagten beim "Amazon-Marketplace" apothekenpflichtige Medikamente, findet eine Erhebung und Verarbeitung dieser Gesundheitsdaten im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG aF statt.

39 (a) Unter Erheben ist das Beschaffen von Daten (§ 3 Abs. 3 BDSG aF), unter Verarbeiten das Speichern, Verändern, Übermitteln und Löschen personenbezogener Daten zu verstehen (§ 3 Abs. 4 BDSG aF).

40 (b) Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts zu den Umständen des Streitfalls beschafft sich der Beklagte im Sinne von § 3 Abs. 3 BDSG aF die Gesundheitsdaten der Besteller, indem er eine Bestellung von der Eingabe der Bestellangaben auf Amazon abhängig macht. Diese Daten werden nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Durchführung der Bestellung von Amazon an den Beklagten weitergeleitet. Darin liegt jedenfalls eine Übermittlung im Sinne von § 3 Abs. 4 BDSG aF. Auch die Revision hat nicht in Abrede gestellt, dass im Rahmen des angegriffenen Bestellvorgangs die Bestelldaten beschafft und übermittelt werden.

41 (4) Der Beklagte ist sowohl für den Vorgang der Erhebung als auch für die nachfolgende Verarbeitung der Gesundheitsdaten der Besteller wettbewerbsrechtlich verantwortlich.

42 Vorliegend kann mit Blick auf den mit dem Klageantrag geltend gemachten lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG offenbleiben, welche dieser als Erhebung und Verarbeitung der Bestelldaten in Betracht kommenden Handlungen Amazon oder aber (auch) der Beklagte selbst vorgenommen hat. Soweit im Rahmen des Bestellvorgangs ein Verhalten Amazons in Rede steht, ergibt sich die Verantwortlichkeit des Beklagten aus § 8 Abs. 2 UWG (BGH, GRUR 2023, 264 [juris Rn. 40] - Arzneimittelbestelldaten I). Danach ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet, wenn Zu widerhandlungen von einem Beauftragten des Unternehmens begangen werden. Dem Inhaber eines Unternehmens werden nach dieser Vorschrift Zu widerhandlungen seiner Beauftragten wie eigene Handlun-

gen zugerechnet, weil die arbeitsteilige Organisation des Unternehmens die Verantwortung für die geschäftliche Tätigkeit nicht beseitigen soll. Beauftragter kann auch ein selbständiges Unternehmen sein, das in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zugutekommt und der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens hat, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt. Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern darauf, welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2023 - I ZR 155/21, GRUR 2023, 732 [juris Rn. 39] = WRP 2023, 705 - Rundfunkhaftung II, mwN). Der Unternehmensinhaber haftet daher gegebenenfalls auch für ohne sein Wissen und gegen seinen Willen von einem Beauftragten begangene Rechtsverstöße (BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 [juris Rn. 21] = WRP 2009, 1529 - Partnerprogramm).

43

Nach diesen Grundsätzen ist Amazon als Beauftragter des Beklagten anzusehen. Der Beklagte hat durch die Einrichtung und den Betrieb eines Verkäuferaccounts bei der Internet-Verkaufsplattform "Amazon-Marketplace" gemäß den insoweit bestehenden Regeln und technischen Abläufen bei der Erhebung der Bestelldaten und deren Verarbeitung im Rahmen der Abwicklung der Bestellung diese Plattform in seinen Onlinevertrieb von apothekenpflichtigen Medikamenten eingebunden. Diese arbeitsteilige Organisation seines Vertriebs kann die wettbewerbsrechtliche Verantwortung des Beklagten für seine auf diese Weise gestaltete geschäftliche Tätigkeit nicht beseitigen, so dass die im unmittelbaren Einflussbereich von Amazon vorgenommenen datenschutzrechtlich relevanten Handlungen dem Beklagten wie eigene Handlungen zugerechnet werden.

44                   Der Annahme einer wettbewerbsrechtlichen Verantwortlichkeit des Beklagten gemäß § 8 Abs. 2 UWG steht nicht entgegen, dass das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf schriftsätzliches Vorbringen des Klägers ausgeführt hat, eventuelle Datenschutzverstöße der Plattform "Amazon-Marketplace" seien nicht Teil des Rechtsstreits. Dem Vorbringen des Klägers kann nicht entnommen werden, die in der Einflusssphäre von Amazon stattfindenden Vorgänge seien vom Kläger generell und damit auch mit Blick auf die von ihm gerade geltend gemachte wettbewerbswidrige Verantwortlichkeit des Beklagten für den Vertrieb von apothekenpflichtigen Medikamenten über den "Amazon-Marketplace" für die Begründetheit des Klageantrags außer Betracht zu lassen.

45                   cc) Die mit dem Klageantrag angegriffene Erhebung und Verarbeitung von Bestelldaten auf Amazon stellt eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten dar, die nicht durch eine wirksame Einwilligung im Sinne von § 4 Abs. 1 und § 4a Abs. 3 BDSG aF oder den in § 28 Abs. 7 BDSG aF geregelten Erlaubnistarbestand ge- rechtfertigt ist.

46                   (1) Eine den Anforderungen der Bestimmungen gemäß § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 3 BDSG aF und Art. 8 Abs. 2 Buchst. a DSRL genügende ausdrückliche Einwilligung der Kunden in die Erhebung und Verarbeitung ihrer Gesundheitsdaten liegt nicht vor.

47                   (a) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich aus dem Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung, dass eine konkludente Einwilligung nicht ausreicht (vgl. BeckOK.Datenschutzrecht/Kühling, 23. Edition [Stand 1. Februar 2018], § 4a BDSG aF Rn. 55). Überdies folgt aus dem von § 4a Abs. 3 BDSG aF geforderten Bezug der Einwilligung auf die besondere Art der Daten, dass die zu verwendenden sensiblen Daten genau zu benennen sind und der konkrete Verwendungszusammenhang aufzuzeigen ist, weil das Risiko der Verwendung ei-

nes besonders sensiblen Datums erst mit Blick auf die konkrete Verwendung beurteilt werden kann (BeckOK.Datenschutzrecht/Kühling aaO § 4a BDSG aF Rn. 56; vgl. auch Hoeren, VersR 2005, 1014, 1020).

48 (b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die von der Revision nicht angegriffen werden, fehlt es an einer diesen Anforderungen entsprechenden eindeutig erklärten Einwilligung der Kunden des Beklagten.

49 (2) Die Erhebung, Nutzung und Verarbeitung der vom Besteller anzugebenden Gesundheitsdaten sind außerdem nicht gemäß § 28 Abs. 7 BDSG aF erlaubt.

50 (a) Nach dieser Bestimmung ist das Erheben von Daten über die Gesundheit im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG aF zulässig, wenn dies zum Zwecke der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen (§ 28 Abs. 7 Satz 1 BDSG aF). Aus dem Merkmal "entsprechenden" ergibt sich, dass diese sonstigen Personen einer Geheimhaltungspflicht unterliegen müssen, die derjenigen von Ärzten vergleichbar ist, was beispielsweise bei Gesundheitsberufen wie Heilpraktikern, Logopäden, Krankengymnasten, Masseuren, Optikern, Produzenten von Heilmitteln und Fachhändlern von orthopädischen Hilfsmitteln sowie Apothekern angenommen werden kann (vgl. BeckOK.Datenschutzrecht/Wolff, 23. Edition [Stand 1. August 2015], § 28 BDSG aF Rn. 264 mwN). Das Erfordernis einer auf den Beruf des Arztes bezogenen Vergleichbarkeit der Geheimhaltungspflicht folgt auch aus § 28 Abs. 7 Satz 3 BDSG aF. Werden danach zu einem in Satz 1 dieser Bestimmung genannten Zweck Daten über die Gesundheit von Personen durch Angehörige

eines anderen als in § 203 Abs. 1 und 3 StGB genannten Berufs, dessen Ausübung die Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten oder die Herstellung oder den Vertrieb von Hilfsmitteln mit sich bringt, erhoben, verarbeitet oder genutzt, ist dies nur unter den Voraussetzungen zulässig, unter denen ein Arzt selbst hierzu befugt wäre.

51 (b) Im Streitfall erfolgt die Erhebung und Verarbeitung der Gesundheitsdaten bei Amazon weder durch ärztliches Personal noch durch sonstige Personen, die im Sinne der vorstehenden Grundsätze einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. Nach den Feststellungen des Landgerichts gibt der Kunde beim Bestellvorgang seine Daten zunächst an Amazon. Von dort werden sie an den im Marketplace ausgewählten Verkäufer - hier den Beklagten - weitergeleitet. Es ist weder vom Land- oder Berufungsgericht festgestellt worden noch hat die Revision geltend gemacht, dass der Beklagte, den in Bezug auf die Voraussetzungen des von ihm in Anspruch genommenen Erlaubnistarbestands und aufgrund des Umstands, dass die Organisation des Bestellvorgangs auf der von ihm zum Zwecke des Onlinevertriebs beauftragten Verkaufsplattform seiner Wahrnehmungssphäre zuzurechnen ist, die Darlegungslast trifft, vorgetragen hat, bei Amazon würden die Gesundheitsdaten von ärztlichem Personal oder von Personen erhoben, verarbeitet und genutzt, die einer den ärztlichen Pflichten "entsprechenden" Geheimhaltungspflicht unterliegen.

52 (c) Das Bestehen einer für jedermann geltenden Geheimhaltungspflicht gemäß § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB reicht nicht aus. Diese Bestimmung betrifft gerade keine Personen, die einer originär berufsbezogenen Geheimhaltungspflicht unterliegen, die derjenigen von Ärzten und anderen Gesundheitsberufen vergleichbar ist. Durch § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB wird vielmehr im Interesse eines verlängerten strafrechtlichen Geheimnisschutzes die Strafbarkeit auch auf alle mitwirkenden Personen ausgedehnt, denen als Gehilfen von originär aufgrund ihrer beruflichen Stellung zur Geheimhaltung verpflichteten Personen bei der

Ausübung oder Gelegenheit ihrer Tätigkeit Geheimnisse bekannt werden (vgl. Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 203 Rn. 96). Bei diesen Personen fehlt mithin die in dem Merkmal "entsprechenden" zum Ausdruck kommende berufsspezifische Vergleichbarkeit mit ärztlichem Personal im Sinne von § 28 Abs. 7 Satz 1 BDSG aF.

53                   c) Der angegriffene Bestellvorgang verstößt ferner gegen die nunmehr geltende Vorschrift gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO.

54                   aa) Art. 9 Abs. 1 DSGVO untersagt die Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten, zu denen auch die Gesundheitsdaten einer natürlichen Person gehören.

55                   Die Eingabe von Bestelldaten und deren Benutzung zum Zwecke der Ausführung der Bestellung stellt eine Verarbeitung im Sinne von Art. 4 Nr. 1, Art. 9 Abs. 1 DSGVO dar. Für diese Verarbeitung ist der Beklagte gemäß § 8 Abs. 1 und 2 UWG wettbewerbsrechtlich verantwortlich (vgl. BGH, GRUR 2023, 264 [juris Rn. 41] - Arzneimittelbestelldaten I). Auf die Ausführungen zu den Voraussetzungen nach dem Bundesdatenschutzgesetz alter Fassung (dazu C III 2 b bb [3] und [4]), die hier inhaltlich entsprechend gelten, kann Bezug genommen werden.

56                   Die im Streitfall in Rede stehenden Bestelldaten sind zudem als Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO anzusehen (vgl. EuGH, GRUR 2024, 1721 [juris Rn. 94] - Lindenapotheke).

57                   bb) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass eine den Anforderungen an Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO genügende Einwilligung der Kunden in die Verarbeitung der Bestelldaten im Streitfall nicht vorliegt.

- 58 (1) Das in Art. 9 Abs. 1 DSGVO im Hinblick auf Gesundheitsdaten angeordnete Verarbeitungsverbot gilt gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO nicht, soweit die betroffene Person in die Verarbeitung der Gesundheitsdaten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt hat.
- 59 (2) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine solche Einwilligung nicht vorliegt. Nach seinen Feststellungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, fehlt es an einer vor oder im Rahmen des Bestellvorgangs ausdrücklich erklärten Einwilligung der Kunden. Das Berufungsgericht ist ferner mit Recht davon ausgegangen, dass eine konkludente Einwilligung nicht ausreichend ist. Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO fordert - abweichend von Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DSGVO - eine ausdrückliche Einwilligung. Damit genügt eine konkludente Einwilligung nicht den Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO (vgl. Petri in Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmann, Datenschutzrecht, 2. Aufl., Art. 9 DSGVO Rn. 33; Schiff in Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl., Art. 9 Rn. 34; Schulz in Gola/Heckmann, DSGVO, 3. Aufl., Art. 9 Rn. 23; Weichert in Kühling/Buchner, DSGVO, 4. Aufl., Art. 9 Rn. 47; Albers/Veit in BeckOK.DatenschutzR, 50. Edition [Stand 1. August 2024], Art. 9 DSGVO Rn. 61; BeckOK.IT-Recht/Borges, 17. Edition [Stand 1. Juli 2021], Art. 9 DSGVO Rn. 9).
- 60 (3) Ein Einverständnis mit der Verarbeitung gesundheitsbezogener Daten kann auch nicht allein aus der Bestellung eines Medikaments auf der Handelsplattform "Amazon-Marketplace" abgeleitet werden. Eine wirksame Einwilligung erfordert, dass die fraglichen Daten konkret benannt werden und der Betroffene über die gesamte beabsichtigte Verwendung der Daten informiert und so in die Lage versetzt wird, eine rationale Entscheidung zu treffen, ob er seine Daten für diese Zwecke zur Verfügung stellen möchte (vgl. Frenzel in Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 3. Aufl., Art. 9 DSGVO Rn. 23; Schiff in Ehmann/Selmayr aaO Art. 9 Rn. 34; Weichert in Kühling/Buchner aaO Art. 9 Rn. 47). Handelt es sich bei den

erhobenen Daten um Gesundheitsdaten, ist darüber hinaus ein ausdrücklicher Hinweis auf das Vorliegen von Gesundheitsdaten erforderlich (Schulz in Gola/Heckmann aaO Art. 9 Rn. 23; Weichert in Kühling/Buchner aaO Art. 9 Rn. 47; BeckOK.IT-Recht/Borges aaO Art. 9 DSGVO Rn. 9). Durch diesen besonderen Hinweis auf die Schutzwürdigkeit der erhobenen Daten soll ein Warneffekt erreicht werden (Weichert, DuD 2017, 538). Dieser Schutzzweck würde verfehlt, würde man allein in der Bestellung eines Medikaments auf der Handelsplattform "Amazon-Marketplace" ein Einverständnis mit der Verarbeitung gesundheitsbezogener Daten sehen.

61 cc) Der Beklagte kann sich zudem nicht mit Erfolg auf den Erlaubnistarbeitsstand gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. h, Abs. 3 DSGVO berufen.

62 (1) Nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. h DSGVO gilt das Verarbeitungsverbot nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO nicht, wenn die Verarbeitung für Zwecke der Versorgung oder Behandlung im Gesundheitsbereich aufgrund eines Vertrags mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs und vorbehaltlich der in Art. 9 Abs. 3 DSGVO genannten Bedingungen und Garantien erforderlich ist. Gemäß Art. 9 Abs. 3 DSGVO dürfen Gesundheitsdaten zu den in Art. 9 Abs. 2 Buchst. h DSGVO genannten Zwecken verarbeitet werden, wenn diese Daten von Fachpersonal oder unter dessen Verantwortung verarbeitet werden und dieses Fachpersonal nach dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats oder den Vorschriften nationaler zuständiger Stellen dem Berufsgeheimnis unterliegt, oder wenn die Verarbeitung durch eine andere Person erfolgt, die ebenfalls nach dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats oder den Vorschriften nationaler zuständiger Stellen einer Geheimhaltungspflicht unterliegt.

63 (2) Vorliegend kann dahinstehen, ob mit Blick auf die Erhebung der Bestelldaten auch eine Datenverarbeitung im vorvertraglichen Bereich "aufgrund eines Vertrags" erfolgt und damit von Art. 9 Abs. 2 Buchst. h DSGVO erfasst ist.

Denn jedenfalls sind die an die die Verarbeitung vornehmende Person gestellten Anforderungen im Hinblick auf die vom Beklagten in seinen Vertrieb eingebundene Verkaufsplattform "Amazon-Marketplace" nicht erfüllt.

- 64 (a) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die die Annahme rechtfertigen könnten, dass die in Rede stehende Datenverarbeitung bei Amazon durch dem Berufsgeheimnis unterliegendes Fachpersonal vorgenommen wird. Die Revision macht nicht geltend, dass das Berufungsgericht insoweit Vortrag des insoweit darlegungsbelasteten (dazu C III 2 b cc [2] [b]) Beklagten unberücksichtigt gelassen hat.
- 65 (b) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Datenverarbeitung sei gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. h in Verbindung mit Abs. 3 DSGVO zulässig, weil Amazon als "andere Person" im Sinne dieser Bestimmung anzusehen sei (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 223/19 [juris Rn. 58 bis 64] - Arzneimittelbestelldaten II).
- 66 (c) Die in Rede stehende Datenverarbeitung bei Amazon wird auch nicht unter der Verantwortung einer dem Berufsgeheimnis unterliegenden Fachperson im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BDSG (und Art. 9 Abs. 3 DSGVO) vorgenommen (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 223/19 [juris Rn. 65 bis 67] - Arzneimittelbestelldaten II).
- 67 3. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass es sich bei den Bestimmungen zur Verarbeitung von Gesundheitsdaten als besondere Kategorie personenbezogener Daten gemäß §§ 4a und 28 Abs. 7 BDSG aF und Art. 9 Abs. 1 DSGVO um Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG handelt.

68 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. Eine Vorschrift, die dem Schutz von Rechten, Rechtsgütern oder sonstigen Interessen von Marktmitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern dient, stellt eine Marktverhaltensregelung dar, wenn das geschützte Interesse gerade durch die Marktteilnahme, also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt wird. Nicht erforderlich ist dabei eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in dem Sinne, dass die Regelung die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützt. Die Vorschrift muss aber zumindest auch den Schutz der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer bezeichnen; lediglich reflexartige Auswirkungen zu deren Gunsten genügen daher nicht (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2015 - I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 [juris Rn. 21] = WRP 2016, 586 - Eizellspende; Urteil vom 27. April 2017 - I ZR 215/15, GRUR 2017, 819 [juris Rn. 20] = WRP 2017, 941 - Aufzeichnungspflicht; Urteil vom 18. November 2021 - I ZR 106/20, GRUR 2022, 175 [juris Rn. 25] = WRP 2022, 165 - Kabel-TV-Anschluss; Urteil vom 10. November 2022 - I ZR 16/22, GRUR 2023, 416 [juris Rn. 19] = WRP 2023, 447 - Stickstoffgenerator).

69 b) Die Frage, ob es sich bei Normen zum Schutz personenbezogener Daten um Marktverhaltensregelungen handelt, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern jede Vorschrift muss konkret darauf überprüft werden, ob sie eine Regelung des Marktverhaltens zum Gegenstand hat (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 223/19 [juris Rn. 71] - Arzneimittelbestell Daten II; OLG Hamburg, WRP 2018, 1510 [juris Rn. 72]; MünchKomm.UWG/Schaffert,

3. Aufl., § 3a Rn. 81; Götting/Hetmark in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., § 3a UWG Rn. 80; Büscher/Meinhardt, UWG, 3. Aufl., § 3a Rn. 277 f.; Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 451; Galetzka, K&R 2015, 77, 80; Metzger, GRUR Int. 2015, 687, 691; Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 372; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 12; Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 6; Apel/Bosman, K&R 2020, 73, 74).

70 c) Die Bestimmungen zum Einwilligungserfordernis in Bezug auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten gemäß §§ 4a und 28 Abs. 7 BDSG aF sowie Art. 9 DSGVO sind danach Marktverhaltensregelungen im Interesse der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer (BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 223/19 [juris Rn. 72 bis 75] - Arzneimittelbestelldaten II, mwN).

71 4. Ein Verstoß gegen § 4a Abs. 1 und 3 BDSG aF sowie Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist außerdem geeignet, die Interessen von Verbrauchern im Sinne von § 3a UWG spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 223/19 [juris Rn. 76 bis 78] - Arzneimittelbestelldaten II).

72 5. Der Verfolgung eines Verstoßes gegen § 4a Abs. 1 und 3 BDSG aF sowie Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a DSGVO als unlautere geschäftliche Handlung steht nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt die Vorschriften der Mitgliedstaaten über solche unlauteren Geschäftspraktiken vollständig harmonisiert (Art. 3 Abs. 1, Art. 4 der Richtlinie 2005/29/EG). Die Richtlinie lässt nach ihrem Art. 3 Abs. 3 die Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt. Die im Streitfall maßgeblichen datenschutzrechtlichen Vorschriften zur Regulierung der Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten in Bezug auf den Handel mit apothekepflichtigen Arzneimitteln sind solche

Rechtsvorschriften. Die in Rede stehenden Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes haben überdies ihre Grundlage im Unionsrecht (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 61/14, GRUR 2016, 516 [juris Rn. 13] = WRP 2016, 581 - Wir helfen im Trauerfall, mwN; Köhler/Odörfer in Köhler/Feddersen aaO § 3a Rn. 1.8 mwN).

73 6. Die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund der festgestellten Verletzungshandlung tatsächlich vermutet (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2023 - I ZR 49/22, GRUR 2023, 742 [juris Rn. 14] = WRP 2023, 709 - Unterwerfung durch PDF, mwN).

74 IV. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 [juris Rn. 21] = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rn. 43] - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 [juris Rn. 32 f.] - Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi). Es stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

75 D. Die zulässige Revision des Klägers wendet sich mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht die Berufung des Klägers auch hinsichtlich der auf den Verstoß gegen gesetzliche Anforderungen an die Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Kunden gestützten Anträge auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht zurückgewiesen hat (dazu D I). Soweit der Kläger mit seiner Revision überdies geltend macht, das Berufungsgericht habe dem Unterlassungsantrag rechtsfehlerhaft nur mit dem

"solange"-Zusatz stattgegeben, hat sie dagegen keinen Erfolg (dazu D II). Vergeblich wendet sich die Revision des Klägers außerdem dagegen, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Klageanträge könnten nicht mit Erfolg auf einen Verstoß gegen das Berufsrecht der Apotheker gestützt werden (dazu D III).

76

I. Die Revision des Klägers hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Anträge auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht könnten nicht mit Erfolg auf den Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Einholung einer Einwilligung des Kunden gestützt werden.

77

1. Die Revision des Klägers ist unbeschränkt zulässig (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Damit unterliegt die Zurückweisung seiner Berufung sowohl im Hinblick auf den geltend gemachten Verstoß gegen datenschutzrechtliche Anforderungen an die Einwilligung der Kunden als auch in Bezug auf den darüber hinaus geltend gemachten Verstoß gegen berufs- und arzneimittelrechtliche Vorschriften und das insoweit begehrte einschränkungslose Vertriebsverbot, jeweils nebst Annexanträgen auf Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung, der revisionsgerichtlichen Überprüfung.

78

a) Der Tenor des Berufungsurteils enthält keine Beschränkung der Zulassung. Zwar kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung, die nicht schon in der Entscheidungsformel des Berufungsurteils enthalten ist, auch aus den Entscheidungsgründen ergeben. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Entscheidungsformel im Lichte der Urteilsgründe auszulegen und deshalb von einer beschränkten Revisionszulassung auszugehen ist, wenn sich dies aus den Gründen des Urteils klar ergibt. Nach dem Grundsatz der Rechtsmittelklarheit müssen die Parteien jedoch zweifelsfrei erkennen können, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist. Die bloße Angabe des Grundes

für die Zulassung des Rechtsmittels reicht nicht, um von seiner nur beschränkten Zulassung auszugehen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 [juris Rn. 11] = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen I, mwN).

79

b) Das Berufungsgericht hat in den Entscheidungsgründen zwar ausgeführt, dass es die Frage, ob die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung im Einzelfall als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG anzusehen sind, für klärungsbedürftig hält. Es hat aber auch für klärungsbedürftig gehalten, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Handel mit apothekepflichtigen Medikamenten über die Internethandelsplattform Amazon möglich ist. In diesem Zusammenhang kommt es nicht nur auf etwaige Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung, sondern auch auf die anderen vom Kläger gerügten Verstöße gegen berufs- und arzneimittelrechtliche Vorschriften an. Insofern ist der Kläger durch das Berufungsurteil ebenfalls beschwert.

80

c) Da die Revision des Klägers danach im Streitfall als unbeschränkt zugelassen anzusehen ist, ist seine vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde gegenstandslos (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 2016 - I ZR 86/13, BGHZ 209, 302 [juris Rn. 8] - Himalaya Salz, mwN). Gegenstandslos ist damit außerdem die nach den Umständen ebenfalls vorsorglich für den Fall eingelegte Anschlussrevision, dass der Senat von einer wirksamen Beschränkung der Zulassung der Revision des Klägers ausgeht und die vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde keinen Erfolg hat (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 2025 - I ZR 138/24, juris Rn. 10, mwN).

81

2. Die Revision des Klägers hat in der Sache Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Berufung des Klägers hinsichtlich der auf den Verstoß gegen das datenschutzrechtliche Einwilligungserfordernis gestützten Anträge auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht zurückgewiesen hat.

82 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, angesichts der zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung noch nicht abschließend von der Rechtsprechung geklärten Rechtslage zum marktregelnden Charakter der Datenschutz-Grundverordnung sei von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum in entsprechender Anwendung von § 17 Satz 1 StGB auszugehen.

83 b) Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

84 aa) Allerdings setzt der als Grundlage des Auskunfts- und Feststellungsantrags geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz zumindest Fahrlässigkeit voraus (§ 9 Abs. 1 UWG). Ein das Verschulden ausschließender Rechtsirrtum setzt jedoch voraus, dass der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage, zu der sich noch keine einheitliche Rechtsprechung gebildet hat und die insbesondere nicht durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt ist, geht das Sorgfaltserfordernis zwar nicht so weit, dass aus der Sicht des rechtsirrig Handelnden die Möglichkeit einer für ihn ungünstigen gerichtlichen Klärung undenkbar gewesen sein müsste. Durch strenge Anforderungen an seine Sorgfalt muss aber verhindert werden, dass er das Risiko der zweifelhaften Rechtslage dem anderen Teil zuschiebt. Fahrlässig handelt daher, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2013 - I ZR 187/12, GRUR 2014, 479 [juris Rn. 19] = WRP 2014, 568 - Verrechnung von Musik in Werbefilmen, mwN).

85 bb) Mit diesen Grundsätzen steht die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht im Einklang. Es hat - insoweit mit Recht - angenommen, dass zum Zeitpunkt der hier maßgeblichen Verletzungshandlung in Rechtsprechung und Literatur

streitig war, ob es sich bei Normen zum Schutz personenbezogener Daten um Marktverhaltensregelungen handelt (vgl. zum Meinungsstreit BGH, Urteil vom 27. März 2025 - I ZR 223/19, juris Rn. 70 f. - Arzneimittelbestelldaten II). Aus diesem Umstand ergibt sich jedoch zugleich, dass der Beklagte sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt hat, weil er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen musste.

86                   c) Da der Beklagte mithin zumindest fahrlässig eine gemäß § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat, ist er gegenüber dem Kläger gemäß § 9 Abs. 1 UWG in Verbindung mit § 831 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Dem Kläger steht zur Vorbereitung seiner Bezifferung ein unselbständiger Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB zu (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 68/08, GRUR 2010, 623 [juris Rn. 43] = WRP 2010, 927 - Restwertbörse I, mwN).

87                   II. Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht dem Unterlassungsantrag nur mit dem "solange"-Zusatz ("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") stattgegeben hat.

88                   1. Entgegen der Ansicht der Revision fehlt dem Verbotsausspruch durch den "solange"-Zusatz nicht die vollstreckungsrechtlich unverzichtbare Bestimmtheit.

89                   a) Enthält ein Vollstreckungstitel bei isolierter Betrachtung seines Wortlauts Unklarheiten, muss er ausgelegt werden. Dies kann der Fall sein, wenn der

Unterlassungstitel einen sogenannten "solange"-Zusatz enthält (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2015 - I ZR 250/12, GRUR 2016, 406 [juris Rn. 32 f.] = WRP 2016, 331 - Piadina-Rückruf). Enthält der Verbotsausspruch nach der gebotenen Auslegung keine konditionale Verknüpfung ("nur wenn") oder zeitliche Begrenzung ("bis"), sondern drückt er allein die Selbstverständlichkeit aus, dass das Verbot nicht (mehr) gelten soll, wenn das Verhalten des Beklagten nicht (mehr) der zum Gegenstand des Unterlassungsantrags gemachten konkreten Verletzungsform entspricht, erweist sich der "solange"-Zusatz für die Beschreibung des durch die konkrete Verletzungsform bestimmten Verbotsumfangs als unschädliche und verzichtbare Überbestimmung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 183/09, GRUR 2011, 340 [juris Rn. 21] = WRP 2011, 459 - Irische Butter; Urteil vom 17. März 2011 - I ZR 81/09, GRUR 2011, 1151 [juris Rn. 13] = WRP 2011, 1587 - Original Kanchipur; BGH, GRUR 2016, 406 [juris Rn. 34 f.] - Piadina-Rückruf; BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - I ZR 2/21, GRUR 2022, 665 [juris Rn. 90] = WRP 2022, 601 - Tina Turner, mwN).

90

b) Vorliegend stellt die Wendung "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 Verbotsausspruch des Berufungsgerichts eine solche unschädliche Überbestimmung dar. Sie bringt vor dem Hintergrund der zur Auslegung heranzuziehenden Entscheidungsgründe des Berufungsurteils lediglich zum Ausdruck, dass das Berufungsgericht dem Unterlassungsantrag nur insoweit entsprochen hat, als der Kläger den Vertrieb apothekenpflichtiger Medikamente über die Internetplattform "Amazon-Marketplace" in einer konkreten Verletzungsform angegriffen hat, die dadurch geprägt ist, dass der Vertrieb ohne vorherige Einwilligung der Kunden in einer Form geschieht, die den für Gesundheitsdaten bestehenden gesetzlichen Anforderungen widerspricht. Es

hat damit bereits im Verbotsausspruch deutlich machen wollen, dass es das auf eine Verletzung berufs- und arzneimittelrechtlicher Vorschriften gestützte Schlechthinverbot des Vertriebs apothekenpflichtiger Medikamente über Amazon nicht für begründet erachtet.

91           2. Da der Verbotsausspruch des Berufungsgerichts bei sachgerechter Auslegung dem Klageantrag entspricht und auf dem vom Kläger zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt beruht, liegt entgegen der Ansicht der Revision auch kein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO vor, wonach das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist.

92           III. Die Revision des Klägers bleibt außerdem erfolglos, soweit sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, das beantragte Schlechthinverbot des Vertriebs von apothekenpflichtigen Medikamenten über Amazon könne nicht mit Erfolg auf den Verstoß gegen Bestimmungen des Berufsrechts der Apotheker und Vorschriften gestützt werden, die den Vertrieb von Arzneimitteln reglementieren.

93           1. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, der in Rede stehende Vertrieb von Arzneimitteln über den "Amazon-Marketplace" verstoße nicht gegen die Apothekenpflicht gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG.

94           a) Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen Arzneimittel, die nicht für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind (apothekenpflichtige Arzneimittel), außer in den - hier nicht einschlägigen - Fällen des § 47 AMG berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbraucher nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versands in den Verkehr gebracht werden.

95                   b) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass bei dem im Streitfall angegriffenen Vertriebsmodell nicht Amazon, sondern der Beklagte die apothekenpflichtigen Arzneimittel in den Verkehr bringt. Die Anpreisung im Internet sei nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, so dass der Kunde die Verkaufsplattform Amazon zur Übermittlung seines Kaufangebots einsetze. Nach der Übermittlung der Bestelldaten durch Amazon an den Beklagten sei die Situation mit einer rechtlich zweifelsfrei zulässigen direkten Bestellung bei der Online-Apotheke des Beklagten vergleichbar. Der Apotheker setze die Verkaufsplattform daher nur zur Reichweitenerhöhung, nicht aber für das Inverkehrbringen ein. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

96                   aa) Die Revision macht zu Unrecht geltend, das Berufungsgericht habe den Begriff des Inverkehrbringens im Sinne von § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG verkannt.

97                   (1) Gemäß § 4 Abs. 17 AMG ist Inverkehrbringen das Vorrätigthalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe, das Feilhalten, das Feilbieten und die Abgabe an andere.

98                   (2) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, dass im Streitfall ein Inverkehrbringen in der Form des Feilbietens durch Amazon erfolge.

99                   (a) Die Revision ist der Ansicht, ein Feilbieten in diesem Sinne liege bereits bei einer zum Kauf anregenden Handlung vor. Damit stelle auch eine verkaufsfördernde Tätigkeit, zu der der Beklagte Amazon auch nach Ansicht des Berufungsgerichts eingesetzt habe, eine Maßnahme des Feilbietens dar, die der Apotheker keinem Dritten überlassen dürfe. Dieser Beurteilung kann nicht zugesimmt werden.

- 100 (b) Ein Inverkehrbringen setzt voraus, dass das Arzneimittel an den Endverbraucher abgegeben und ihm die Verfügungsgewalt darüber eingeräumt wird. Erfasst werden danach alle Handlungen auf verschiedenen Vertriebsstufen, deren Zweck es ist, dem Empfänger des Arzneimittels die Verfügungsgewalt darüber einzuräumen (BGH, Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 121/17, GRUR 2018, 1271 [juris Rn. 45] = WRP 2019, 1271 - Applikationsarzneimittel, mwN). Die Handlung des Inverkehrbringens setzt in allen Fällen des Inverkehrbringens gemäß § 4 Abs. 17 AMG eine Lager- oder Vorratshaltung von Arzneimitteln voraus. Das bloße Anbieten ohne Vorratshaltung ist kein Inverkehrbringen (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2013 - 2 StR 535/12, BGHSt 59, 16 [juris Rn. 12] mwN).
- 101 (c) Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufsgerichts ist es allein der Beklagte und nicht Amazon, der die Lager- und Vorratshaltung von Arzneimitteln vornimmt und den Kunden im Rahmen des Vertriebs nach einer Bestellung über Amazon die Verfügungsgewalt einräumt.
- 102 bb) Entgegen der Ansicht der Revision kommt es für einen Verstoß gegen § 43 Abs. 1 AMG auch nicht darauf an, ob dem Beklagten die von Amazon durchgeführten Werbemaßnahmen zugerechnet werden können und ob die Funktion von Amazon entgegen der Annahme des Berufsgerichts über eine bloße Botentätigkeit hinausgehe. Selbst wenn dies jeweils der Fall wäre, hielte im Sinne der vorstehenden Grundsätze allein der die Vorratshaltung betreibende Beklagte die Medikamente feil.
- 103 2. Die Revision macht ferner zu Unrecht geltend, der Beklagte überschreite mit dem angegriffenen Anbieten von Arzneimitteln bei Amazon seine Versandhandelserlaubnis im Sinne von § 11a Abs. 1 ApoG.
- 104 a) Gemäß § 11a Abs. 1 ApoG ist dem Inhaber einer Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke unter im Einzelnen bestimmten Voraussetzungen auf Antrag die

Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln zu erteilen. Mit der seit 2004 geltenden Regelung des Versandhandels mit Arzneimitteln verzichtet das Gesetz zwar auf die räumliche Bindung der Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel an die Apotheke, hält aber gleichwohl am Erfordernis fest, dass die Abgabe solcher Arzneimittel institutionell allein durch eine Apotheke erfolgen darf. Dieses Erfordernis hindert den Apotheker, der über eine Versandhandels-erlaubnis verfügt, allerdings nicht daran, in seinen Vertrieb etwa Logistikunter-nehmen einzuschalten oder auch mit Drogerien zusammenzuarbeiten, deren Niederlassungen als Abholstationen fungieren, solange diese Unternehmen sich nicht so verhalten, wie wenn sie selbst Arzneimittelhandel betrieben (BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 - I ZR 40/11, GRUR 2013, 421 [juris Rn. 52] = WRP 2013, 479 - Pharmazeutische Beratung über Call-Center, mwN).

105                   b) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts bestehen entgegen der Ansicht der Revision keine Zweifel, dass die Abgabe der Arzneimittel auch bei einem Angebot über Amazon institutionell allein durch den Beklagten erfolgt. Die insoweit geäußerten Zweifel der Revision beruhen auf ihrer unzutreffenden Ansicht, im Streitfall sei von einem Inverkehrbringen durch Amazon auszugehen.

106                   3. Mit Recht hat das Berufungsgericht außerdem einen Verstoß gegen § 3 Abs. 5 ApBetrO verneint.

107                   a) Nach dieser Bestimmung ist es verboten, pharmazeutische Tätigkeiten von anderen Personen als pharmazeutischem Personal ausführen zu lassen. Zu den pharmazeutischen Tätigkeiten gehören neben dem Inverkehrbringen der Arzneimittel (§ 17 Abs. 1a ApBetrO) auch die Information und Beratung über Arzneimittel (§ 1a Abs. 3 Nr. 4 ApBetrO). Die Information und Beratung über Arzneimittel muss durch Apotheker der Apotheke ausgeübt werden und kann durch andere Angehörige des pharmazeutischen Personals der Apotheke übernommen

werden, wenn der Apothekenleiter dies zuvor schriftlich oder elektronisch festgelegt hat (§ 20 Abs. 1 Satz 2 ApBetrO). Diese Pflichten gelten auch beim Versandhandel mit Arzneimitteln (vgl. BGH, GRUR 2013, 421 [juris Rn. 20] - Pharmazeutische Beratung über Call-Center).

108                   b) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass Amazon hier keine pharmazeutischen Tätigkeiten ausführe, weil diese erst nach der Übermittlung der Bestelldaten durch Amazon an den Beklagten begännen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

109                   aa) Die Revision hält dem entgegen, das Berufungsgericht habe das Vorbringen des Klägers übergegangen, wonach eine Information und Beratung über die Arzneimittel bereits vor Vertragsschluss durch die bei Amazon veröffentlichten Kundenrezensionen stattfinde. Damit hat sie keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts dargelegt.

110                   bb) Das als übergeangen gerügte Vorbringen ist nicht entscheidungserheblich. Die Revision lässt unberücksichtigt, dass § 3 Abs. 5 ApBetrO dem Apotheker verbietet, pharmazeutische Tätigkeiten von anderen Personen als pharmazeutischem Personal ausführen zu lassen. Es ist aber weder vom Berufungsgericht festgestellt worden noch sonst ersichtlich, dass die von der Revision angeführten Kundenrezensionen objektiv vom Beklagten veranlasst wurden, noch sind Umstände festgestellt worden, die eine konkrete Rechtspflicht des Beklagten begründen könnten, solche Kundenrezensionen zu unterbinden, so dass dem Beklagten ein Unterlassungsvorwurf gemacht werden könnte.

111                   (1) Ein Ausführenlassen der pharmazeutischen Tätigkeit der Information und Beratung im Sinne von § 3 Abs. 5 ApBetrO durch aktives Tun des Beklagten liegt nicht vor. Der Beklagte hat weder auf Amazon selbst in Form von Kundenrezensionen über die von ihm angebotenen Arzneimittel informiert oder beraten,

noch hat das Berufungsgericht festgestellt beziehungsweise ist von der Revision geltend gemacht worden, dass der Beklagte die Kundenrezensionen veranlasst habe. Es kann nach den festgestellten Umständen auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beklagte die Kundenrezensionen zu eigen gemacht hätte. Hierfür ist nach den allgemeinen, auch im Bereich der dem Strengeprinzip unterliegenden Äußerungen mit Gesundheitsbezug anzuwendenden Grundsätzen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 2024 - I ZR 98/23, GRUR 2024, 1122 [juris Rn. 23] = WRP 2024, 928 - klimaneutral, mwN) maßgeblich, ob die in Anspruch genommene Person nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die Äußerungen Dritter übernimmt oder den zurechenbaren Anschein erweckt, sie identifiziere sich mit ihnen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2020 - I ZR 193/18, GRUR 2020, 543 [juris Rn. 16 f.] = WRP 2020, 574 - Kundenbewertungen auf Amazon, mwN). Im Streitfall ist aber weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich, dass Umstände vorliegen, die den Schluss zulassen, dass der Beklagte nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die Äußerungen der Kunden übernommen oder den zurechenbaren Anschein erweckt hat, er identifiziere sich mit ihnen.

112 (2) Nach den Umständen des Streitfalls ist der Beklagte auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines pflichtwidrigen Unterlassens verantwortlich. Es sind wiederum weder Umstände festgestellt worden noch sonst ersichtlich, die eine Rechtspflicht des Beklagten begründen könnten, Kundenrezensionen abzuwenden, die vom Durchschnittsnutzer als Information und Beratung durch den Beklagten angesehen werden (zu den Voraussetzungen der Haftung unter dem Gesichtspunkt eines pflichtwidrigen Unterlassens im Einzelnen vgl. BGH, GRUR 2020, 543 [juris Rn. 34 f.] - Kundenbewertungen auf Amazon).

113 c) Soweit der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der Revisionsverhandlung überdies geltend gemacht hat, der Beklagte halte die Vorgaben gemäß § 17 Abs. 2a Nr. 7 ApBetrO nicht ein, wonach bei dem erlaubten Versand der

Apothekenleiter sicherzustellen hat, dass die behandelte Person darauf hingewiesen wird, dass sie als Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung mit ihrer Bestellung eine Telefonnummer anzugeben hat, unter der sie durch pharmazeutisches Personal der Apotheke mit Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation ohne zusätzliche Gebühren beraten wird, handelt es sich um ein erstmals in der Revisionsinstanz gehaltenes und damit grundsätzlich unbeachtliches Vorbringen (§ 559 Abs. 1 ZPO).

114           4. Ohne Erfolg wendet sich die Revision außerdem gegen die Annahme des Berufungsgerichts, das Anbieten von Arzneimitteln bei Amazon verstöße nicht gegen das Verbot der Selbstbedienung gemäß § 17 Abs. 3 ApBetrO.

115           a) Nach dieser Bestimmung darf der Apothekenleiter Arzneimittel und Medizinprodukte, die der Apothekenpflicht unterliegen, nicht im Wege der Selbstbedienung in den Verkehr bringen. Selbstbedienung im Sinne der Apothekenbetriebsordnung meint jede Form der Warenauslage, bei der der Kunde - anders als bei der Aushändigung durch das Apothekenpersonal über die Ladentheke - Arzneimittel selbst aussuchen, frei entnehmen und zur Bezahlung vorlegen kann (BVerwGE 144, 355 [juris Rn. 10]).

116           b) Das Landgericht hat in seinem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Urteil ausgeführt, es fehle vorliegend an einem Inverkehrbringen im Wege der Selbstbedienung, weil es auch bei einer Bestellung über Amazon der Apotheker sei, der prüfen könne, ob eine Beratung erforderlich sei, und der in eigener Verantwortung die Auslieferung und Aushändigung freigebe.

117           c) Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg. Wie bereits dargelegt, setzt ein Inverkehrbringen und damit auch ein Inverkehrbringen im Wege der Selbstbedienung voraus, dass das vorrätig gehaltene Arzneimittel

an den Endverbraucher abgegeben und ihm die Verfügungsgewalt darüber eingeräumt wird (dazu unter D III 1 b aa [2] [b]). Daran fehlt es im Streitfall, weil allein der Beklagte, der die Lager- und Vorratshaltung von Arzneimitteln vornimmt, dem Kunden die Verfügungsgewalt einräumt. Soweit die Revision geltend macht, der Begriff des Inverkehrbringens sei weit auszulegen und umfasse auch das Feilbieten, legt sie wiederum ihre bereits im Rahmen der Prüfung des § 43 Abs. 1 AMG vertretene rechtsfehlerhafte Auslegung des Begriffs des Feilbietens zu grunde (vgl. dazu unter D III 1 b aa [2] [a] und [b]).

118                   5. Der Beklagte verstößt zudem nicht gegen § 4 Abs. 2a Satz 3 ApBetrO.

119                   a) Gemäß § 4 Abs. 2a Satz 3 ApBetrO muss die Offizin so eingerichtet sein, dass die Vertraulichkeit der Beratung so gewahrt wird, dass das Mithören des Beratungsgesprächs durch andere Kunden weitestgehend verhindert wird.

120                   b) Die Revision macht zu Unrecht geltend, diesen Anforderungen werde mit Blick auf den Umstand, dass die Kunden des Beklagten im Wege der Kundenrezensionen durch andere Kunden beraten würden, bei einem Vertrieb von apothekenpflichtigen Arzneimitteln über den "Amazon-Marketplace" nicht Genüge getan.

121                   aa) Die Revision übersieht, dass das Verkäuferprofil des Beklagten auf dem "Amazon-Marketplace" nicht mit einer Offizin gleichgestellt werden kann. Die Offizin ist der Raum einer Apotheke, der einen Zugang zu öffentlichen Verkehrsflächen hat (vgl. § 4 Abs. 2a Satz 1 ApBetrO). Sie muss so gestaltet werden, dass der Vorrang des Arzneimittelversorgungsauftrags nicht beeinträchtigt wird und für die in der Offizin ausgeübten wesentlichen Aufgaben, insbesondere die Beratung von Patienten und Kunden, genügend Raum bleibt (§ 4 Abs. 2a Satz 2 ApBetrO). Die Offizin ist danach die Verkaufsstelle einer Apotheke für Arzneimittel (vgl. § 4 Abs. 2a Satz 3 ApBetrO). Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ApBetrO

muss die Apotheke mindestens aus einer Offizin, einem Laboratorium, ausreichendem Lagerraum und einem Nachtdienstzimmer bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 2025 - I ZR 20/24, juris Rn. 41 - Sonntäglicher Apotheken-Lieferservice).

122           bb) Im Übrigen können die Kundenrezensionen dem Beklagten nicht zugerechnet werden (dazu D III 3 b bb [1] und [2]) und sind damit keine Beratung des Apothekers.

123           6. Im Ergebnis mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger seinen Unterlassungsantrag sowie die darauf bezogenen Annexanträge nicht mit Erfolg auf das Verbot irreführender Werbung (§ 3 HWG), der Werbung mit der Wiedergabe von Krankengeschichten oder mit Aussagen, die nahelegen, dass die Gesundheit durch die Nichtverwendung des Arzneimittels beeinträchtigt oder durch die Verwendung verbessert werden könnte, sowie mit Äußerungen Dritter (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 7 und 11 HWG) stützen kann.

124           Diese Vorschriften verbieten konkrete Werbeaussagen und können mithin das vom Kläger beantragte Schlechthinverbot des Vertriebs apothekenpflichtiger Arzneimittel über Amazon nicht tragen. Im Übrigen stützt der Kläger seinen Angriff insoweit auf den Inhalt von Kundenrezensionen, die dem Beklagten nicht zugerechnet werden können (dazu D III 3 b bb [1] und [2]).

125           7. Das begehrte Vertriebsverbot kann schließlich auch nicht auf § 8 Satz 2 ApoG gestützt werden.

126           a) Nach § 8 Satz 2 ApoG sind Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für den Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte

am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, insbesondere auch am Umsatz oder Gewinn ausgerichtete Mietverträge, unzulässig.

127        Auf diese Weise sollen sogenannte partiarische Rechtsverhältnisse, in denen sich der Gläubiger die beruflichen und wirtschaftlichen Fähigkeiten des Apothekeninhabers zu Nutze macht und an den Erlösen der Apotheke partizipiert, ausgeschlossen werden. Die Regelung des § 8 Satz 2 ApoG ist - ebenso wie das Verpachtungsverbot des § 9 ApoG - Ausdruck der gesetzgeberischen Zielvorstellung, dem Apotheker die eigenverantwortliche Führung und Leitung seines Betriebs sowohl in fachlicher, also wissenschaftlich-pharmazeutischer, als auch in betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu ermöglichen, ohne (auch nur indirekt) bei seinen Entscheidungen von Dritten beeinflusst oder bestimmt zu werden. Die berufliche Verantwortung und Entscheidungsfreiheit des Apothekers sollen nicht durch unangemessene vertragliche Bedingungen, die ihn in wirtschaftliche Abhängigkeit von Dritten bringen, beeinträchtigt werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass er seiner öffentlichen Aufgabe, eigenverantwortlich an der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung mitzuwirken, in sachgerechter Weise nachkommt. Zur Beurteilung eines partiarischen Rechtsverhältnisses ist das Gesamtgefüge der Vereinbarungen zu betrachten (BGH, Urteil vom 20. Februar 2025 - I ZR 46/24, WRP 2025, 460 [juris Rn. 68 bis 70] - Partnervertrag, mwN).

128        b) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, entgegen der Ansicht des Klägers könne nicht davon ausgegangen werden, dass Amazon unter Verstoß gegen § 8 Satz 2 ApoG am Umsatz des Klägers beteiligt sei.

129        aa) Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe unter Überspannung der Darlegungsanforderungen und damit unter Verletzung des Rechts des Klägers auf rechtliches Gehör seinen Vortrag unberücksichtigt gelassen, wonach Amazon sich das Feilbieten der vom Beklagten feilgehaltenen Arzneimittel

bezahlen lasse und diese Bezahlung am Umsatz der Apotheke orientiert sei. Der Beklagte müsse pro verkauften Artikel 15 % des Bruttoumsatzes an Amazon abgeben.

130                   bb) Mit diesem Vortrag hat der Kläger nicht schlüssig einen Verstoß gegen das Beteiligungsverbot gemäß § 8 Satz 2 ApoG dargelegt.

131                   (1) Eine Vergütung, die sich - wie vom Kläger behauptet - am Umsatz oder am Gewinn einzelner Geschäfte ausrichtet, kann nur dann als im Sinne von § 8 Satz 2 ApoG am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet angesehen werden, wenn Umsatz und Gewinn der Apotheke zu einem wesentlichen Teil auf den auf diese Weise getätigten Geschäften beruhen und die beanstandete Beteiligung geeignet ist, die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Apotheke zu gefährden. Dies setzt konkrete Feststellungen insbesondere dazu voraus, welchen Anteil an Umsatz und Gewinn der Vertrieb von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln insgesamt ausmacht, so dass ermittelbar ist, welcher Anteil auf die vom Kläger behauptete fünfzehnprozentige Beteiligungsgebühr entfällt (vgl. BGH, WRP 2025, 460 [juris Rn. 77 f.] - Partnervertrag).

132                   (2) Die Revision zeigt keinen vom Berufungsgericht übergangenen Vortrag des insoweit darlegungsbelasteten Klägers auf, wonach die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Apotheke des Beklagten durch die behauptete Umsatzbeteiligung im Sinne der dargelegten Grundsätze gefährdet ist. Dies gilt umso mehr, als der Verkauf über Amazon für den Beklagten nach den unangegriffen gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die einzige Einnahmequelle darstellt, sondern dieser sein Sortiment auch in seiner Präsenzapotheke und auf der eigenen Internetseite verkauft.

133                   E. Danach ist unter Zurückweisung der Revision des Beklagten das angefochtene Urteil auf die Revision des Klägers unter Zurückweisung seines Rechtsmittels im Übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht die Berufung des Klägers auch bezüglich der auf den Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 DSGVO gestützten Anträge auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung zurückgewiesen hat. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung der Entscheidung nur wegen einer Rechtsverletzung auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt, weitere Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

134                   F. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Löffler

Schmaltz

Odörfer

Wille

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 18.01.2019 - 36 O 48/18 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 07.11.2019 - 9 U 6/19 -

Verkündet am:

27. März 2025

Hemminger, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle