

Gericht:	LG Magdeburg 4. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsdatum:	18.01.2019
Aktenzeichen:	36 O 48/18
ECLI:	ECLI:DE:LGMAGDE:2019:0118.36O48.18.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 3 UWG, § 3a UWG, § 8 Abs 1 UWG, § 8 Abs 3 Nr 1 UWG, § 8 Abs 9 S 1 UWG ... mehr
Zitiervorschlag:	LG Magdeburg, Urteil vom 18. Januar 2019 – 36 O 48/18 –, juris

Wettbewerbsverstoß: Verkauf von apothekenpflichtigen Medikamenten über eine Internethandelsplattform; Klagebefugnis eines Mitbewerbers hinsichtlich der Durchsetzung von Datenschutzrechten

Leitsatz

1. Ein Apotheker mit Versandhandelserlaubnis verstößt weder gegen § 43 AMG, noch gegen §§ 3 Abs. 5, 17 Abs. 3 ApBetrO oder § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG, wenn er über die Handelsplattform Amazon apotheken-, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel (OTC-Arzneimittel) anbietet.(Rn.24)
2. Verstöße gegen die Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) können von Mitbewerbern im Wege des Wettbewerbsrechts nicht geltend gemacht und durchgesetzt werden.(Rn.21)

Fundstellen

A&R 2019, 45-47 (red. Leitsatz und Gründe)
Pharma Recht 2019, 133-135 (red. Leitsatz und Gründe)
MedR 2019, 479-481 (Leitsatz und Gründe)
MMR 2019, 402-404 (red. Leitsatz und Gründe)
CR 2019, 434-435 (red. Leitsatz und Gründe)
Verfahrensgang

nachgehend Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 9. Zivilsenat, 7. November 2019, 9 U 6/19, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Hendrik Schöttle, BRAKMagazin 2019, Nr 5, 6 (Aufsatz)
Clarissa Katharina Julia Zentgraf, DVBl 2020, 167-172 (Aufsatz)

Zeitschriften

Ingemar Kartheuser, ITRB 2019, 158-159

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

- 1 Der Klägerin macht gegen den Beklagten Unterlassungsansprüche aus Wettbewerbsrecht wegen des Vertriebs apothekenpflichtiger, aber rezeptfreier Medikamente geltend.
- 2 Die Parteien sind Apotheker und betreiben als eingetragene Kaufmänner eine Apotheke.
- 3 Der Beklagte, der eine Versandhandelserlaubnis nach § 11 ApoG besitzt, betreibt zudem eine Versandapotheke im Internet unter www.B-apotheke.de, deren Leistungen jedoch nicht streitgegenständlich sind. Darüber hinaus bietet der Beklagte mit dem Verkäuferprofil "B Apotheke" unter Amazon apothekenpflichtige Medikamente an. Dies geschieht in der Weise, dass der Beklagte sein Medikament unter www.amazon.de auf der Handelsplattform einstellt. Er liefert die dazugehörigen Daten und Bilder und erhält eine eigene ASIN (für Amazon geltenden Produktnummer zur Identifizierung). Wenn das Medikament bereits vorhanden ist, tritt der Beklagte dem schon mit einer ASIN und Produktbeschreibung versehenen Auftritt bei. Wenn der Kunde sich für einen Kauf bei dem Beklagten entschieden hat, legt er das Medikament in den Warenkorb und bezahlt. Anschließend geht die Nachricht an den Beklagten, der die Bestellung freigibt, das Medikament verpackt und versendet.
- 4 Neben diesem Auftritt bewirbt die Handelsplattform dieses Produkt und andere Produkte. Sie veröffentlicht zu dem Produkt Kundenanfragen und -antworten, Kundenbewertungen und Rezensionen von Kunden. Darüber hinaus bewirbt sie weitere Produkte, z.B. unter der Überschrift "Gesponserte Produkte zu diesem Artikel". Auch gibt es Empfehlungen für andere Medikamente mit Formulierungen, "Kunden, die diesen Artikel gekauft haben, kauften auch ...".
- 5 Bei Amazon werden Kundendaten gespeichert. Eine Genehmigung zur Speicherung und Verarbeitung von gesundheitsbezogenen Daten geben die Kunden nicht ab. Die Daten werden von Amazon auch an Dritte, wie z.B. verbundene Unternehmen, Partnerunternehmen und Dienstleister weitergegeben.
- 6 Der Kläger vertritt die Ansicht, dass das Handeln des Beklagten gesetzlichen Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer dazu bestimmt seien, das Marktverhalten zu regeln, zuwiderlaufe, und zwar §§ 17 Abs. 3, 3 Abs. 5 Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO), § 43 AMG, 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 7 und 11 HWG, § 14 Abs. 2 Nr. 1 Berufsordnung der Landesapothekerkammer Sachsen-Anhalt.

- 7 Auch die Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung würden missachtet.
- 8 Mit dem Einstellen von Arzneimitteln auf der Handelsplattform Amazon sei ein Inverkehrbringen durch Feilhalten und Feilbieten verbunden. Eine räumliche Anbindung an die Apotheke erfolge nicht, denn der Marktplatz basiere auf einem Informationssystem außerhalb des dreidimensionalen Raumes. Über den virtuellen Raum habe die Handelsplattform die Herrschaft und nicht der Apotheker, so dass dieser seiner Leitungsfunktion nicht nachkommen könne.
- 9 Der Kläger beantragt,
- 10 I. den Beklagten zu verurteilen,
- 11 1. unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,
- 12 im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken apothekenpflichtige Medikament über die Internet-Handelsplattform „Amazon“ zu vertreiben;
- 13 2. dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang der Beklagte die vorstehend zu Ziffer I.1. bezeichneten Umsätze begangen hat, wobei die Angaben insbesondere nach Umsätzen und Bundesländern und Orten aufzuschlüsseln sind;
- 14 II. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger all denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die vorstehend unter Ziffer I.1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.
- 15 Der Beklagte beantragt,
- 16 die Klage abzuweisen.
- 17 Er hält den Antrag für unbestimmt, weil er meint, es sei nicht klar, was Handelsplattform "Amazon" bedeute. Er ist der Ansicht die Parteien seien nicht Mitbewerber, weil eine Trennung zwischen dem Versandhandelsapotheker und dem stationären Apotheker erfolgen müsse.

Entscheidungsgründe

I.

- 18 Die Klage ist zulässig.

- 19 1. Insbesondere ist der Antrag zu I.1. hinreichend bestimmt. Es gibt keinen Zweifel, was unter einem Vertrieb über die Internet-Handelsplattform "Amazon" gemeint ist. Die Antragstellung verdeutlicht, dass es nicht um das Unternehmen "Amazon" geht, sondern um einen Internethandelsplatz namens Amazon. Unter welcher Internetadresse die Handelsplattform erreicht werden kann, ist unwesentlich. Entscheidend ist, dass es sich um den virtuellen Marktplatz namens "Amazon" handelt. Dass es noch weitere Handelsplattformen gibt, macht den Antrag nicht unbestimmt.
- 20 2. Der Kläger ist grundsätzlich als Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt. § 2 Abs. 1 UWG definiert den Mitbewerber als einen Unternehmer, der mit anderen Unternehmern als Anbieter von Waren in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis wird angenommen, wenn zwei Parteien gleichartige Waren innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen suchen. Kläger und Beklagter verkaufen jeweils die hier streitgegenständlichen rezeptfreien, aber apothekenpflichtigen Medikamente. Sie richten sich an den gleichen Endverbraucherkreis, nämlich Personen, die dieser Medikamente bedürfen. Selbst wenn der Kläger keine Internetapotheke betreibt, findet eine örtliche Überschneidung statt. So haben die Verbraucher, die aufgrund örtlicher Nähe zum potentiellen Kundenkreis der in M befindlichen Apotheke des Klägers gehören, über das Internet Zugriff auf das gleiche Angebot des Beklagten. Die Versandapotheken stehen daher mit den stationären Apotheken in einem Wettbewerbsverhältnis.
- 21 Die Klagebefugnis des Klägers besteht allerdings nicht, soweit er sich auf die Nichteinhaltung der Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) stützt. Denn die DS-GVO enthält ein abschließendes Sanktionssystem, welches nur der Person, deren Rechte auf informationelle Selbstbestimmung verletzt worden sind, oder der Aufsichtsbehörde oder der Klage eines Verbandes eine Rechtsdurchsetzung erlaubt (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, Rn. 1.74 b zu § 3 a, zitiert nach beck-online, Stand 37. Auflage 2019).
- 22 Die ab dem 22.05.2018 geltende Verordnung regelt selbst umfassend die Durchsetzung der Datenschutzrechte. Sie weist diese Aufgabe in Art. 57 Abs. 1 a DS-GVO den Aufsichtsbehörden die Überwachung und Durchsetzung zu. Sie räumt auch den betroffenen Personen in Art. 79 Abs. 1 DS-GVO das Recht der Beschwerde bei den Aufsichtsbehörden ein. In Art. 80 Abs. 1 DS-GVO kann die von der Rechtsverletzung betroffene Person auch Dritte beauftragen, ihre Rechte durchzusetzen. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO erlaubt schließlich auch den Mitgliedstaaten, Regelungen zu schaffen, die diesen Dritten im eigenen Namen und unabhängig von einem Auftrag erlauben, Datenschutzrechte durchzusetzen. Die in Betracht kommenden Organisationen werden in der Norm näher definiert als Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ordnungsgemäß nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist, deren satzungsmäßige Ziele im öffentlichen Interesse liegen und die im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig ist. Damit umschreibt der Ordnungsgeber sehr präzise, wer - im öffentlichen Interesse - als nicht unmittelbar Betroffener gegen die Verletzung der Daten vorgehen kann. Er legt fest, welchen Anforderungen derjenige genügen muss, der das Recht erhält, gegen Rechtsverletzungen vorzugehen. Es entspräche daher nicht mehr dem Willen des

Verordnungsgebers, wenn über das Wettbewerbsrecht nun noch weitere Dritte klageberechtigt wären. Etwas anderes lässt sich auch nicht daraus schließen, dass in Art. 77 - 79 DS-GVO den betroffenen Personen auch andere nationale verwaltungsrechtliche oder gerichtliche Rechtsbehelfe erhalten bleiben sollen (so aber OLG Hamburg, Urteil vom 25.10.2018 - 3 U 66/17 -, Rn. 57, welches aber letztlich bei den auch hier zu beurteilenden gesundheitsbezogenen Datenschutz keine Marktverhaltensregelung sieht und damit einen Verstoß gegen § 3 a UWG ablehnt). Gerade das ausdrückliche Offenhalten dieser weiteren Optionen ausschließlich für die betroffenen Personen spricht dafür, dass der Verordnungsgeber im Übrigen von einem abschließenden System ausgeht. Schließlich überzeugt auch nicht der Hinweis auf Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, der jeder Person Schadensersatzansprüche zuspricht, denn der Erwägungsgrund 146 macht deutlich, dass hiermit doch wiederum nur die vorher angesprochenen "betroffenen Personen" gemeint sind.

- 23 Schließlich bietet Art. 58 DS-GVO den Aufsichtsbehörden einen abgestuften Katalog verschiedener behördlicher Maßnahmen, die von einem bloßen Hinweis bis zu einer Geldbuße reichen. Es besteht die Gefahr, dass dieses am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte System unterlaufen wird, wenn daneben das Wettbewerbsrecht mit den erheblichen Streitwerten und Vertragsstrafen Anwendung fände (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., Rn. 1.40 g).

II.

- 24 Soweit die Klage zulässig ist, ist sie jedoch unbegründet. Dem Kläger steht kein Unterlassens- und Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten nach § 8 Abs. 1 und 9 S. 1 UWG zu. Der Verkauf von rezeptfreien, apothekenpflichtigen Medikamenten durch den Beklagten unter Nutzung der Internethandelsplattform Amazon ist nicht wettbewerbswidrig nach § 3 a UWG, denn der Beklagte handelt damit nicht Vorschriften zuwider, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.
- 25 Allerdings hat das Gericht keine Zweifel, dass die Vorschriften des § 17 Abs. 3, 3 Abs. 5 ApBetrO, 43 AMG, § 14 Betriebsordnung der Apothekenkammer Sachsen-Anhalt, § 11 HWG das Marktverhalten regelnde Vorschriften im Sinne des § 3 a UWG sind. Das Gericht sieht jedoch keinen Verstoß gegen diese Vorschriften.
- 26 1. Ein Verstoß gegen § 17 Abs. 3 ApBetrO erkennt das Gesetz bei dem Verkauf über die Handelsplattform Amazon nicht. Diese Vorschrift verbietet dem Apothekenleiter apothekenpflichtige Arzneimittel und Medizinprodukte im Wege der Selbstbedienung in den Verkehr zu bringen. Die Bestellung im Internet über eine Versandapotheke unter Nutzung einer Handelsplattform ist jedoch nicht mit einer Selbstbedienung gleichzusetzen.
- 27 Wie das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 18.10.2012 - 3 C 25/11 -, Rn. 15, zitiert nach juris) ausführt, dient das Selbstbedienungsverbot dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, indem es eine unkontrollierte Arzneimittelabgabe verhindert und eine fachkundige Information und Beratung durch den Apotheker und sein pharmazeutisches Personal sicherstellt. Doch hat das Bundesverwaltungsgericht zugleich dargelegt (BVerwG, a.a.O., Rn. 20 ff.), dass die Vertriebsform des Versandhandels mit einer Selbstbedienung

nicht vergleichbar ist. Zum einen schließt sich an die Bestellung über das Internet eine Kontrolle durch den Apotheker an, der auch prüfe, ob eine pharmazeutische Information oder Beratung geboten ist. Erst nach seiner Freigabe erfolge Auslieferung und Aushändigung. Zum anderen verweist das Gericht auf die Überlegungen des Gesetzgebers, der davon ausgegangen sei, dass der Versandhandel in der Regel von chronisch Kranken oder bei wiederholten Medikationen genützt werde, und daraus auf einen geringeren Beratungsbedarf geschlossen habe. Hinzu komme, dass gerade bei akuten gesundheitlichen Beschwerden, die zu einem erhöhten Informationsbedarf führen, doch eher die Apotheke vor Ort aufgesucht werde.

- 28 Diese Überlegungen, die in dem vom Gesetzgeber zugelassenen Versandhandel mit apothekenpflichtigen Medikamenten keinen Verstoß gegen das Selbstbedienungsverbot sehen, lassen sich auch auf den Verkauf von Medikamenten über eine Internetplattform anwenden. Denn auch der über eine Handelsplattform bestellende Kunde gelangt schließlich an den Apotheker, der prüfen kann, ob Beratung erforderlich ist und der in eigener Verantwortung Auslieferung und Aushändigung freigibt. Einen Unterschied zwischen der Bestellung unmittelbar bei einer Versandapotheke und einer Bestellung durch Vermittlung einer Internetplattform vermag das Gericht an dieser Stelle nicht zu erkennen.
- 29 2. Ebenso wenig ist ein Verstoß gegen § 3 Abs. 5 ApBetrO gegeben. Das Verbot, pharmazeutische Tätigkeiten von anderen Personen als pharmazeutischem Personal auszuführen oder ausführen zu lassen, wird durch die Einschaltung der Handelsplattform "Amazon" nicht tangiert. Zwar vermittelt die Handelsplattform quasi als Wegweiser dem Verbraucher für das vom Kunden gewünschte Medikament einen Verkäufer, aber an der eigentlichen pharmazeutischen Tätigkeit, die sich nur im Rahmen des Vertragsschlusses über den Kauf des Medikaments abspielen kann, sind die Mitarbeiter der Handelsplattform nicht beteiligt.
- 30 3. Auch § 43 Abs. 1 S. 1 AMG ist nicht verletzt. Die Vorgabe, dass Arzneimittel nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden dürfen, beachtet der Beklagte. Er betreibt eine Apotheke und besitzt die behördliche Erlaubnis zum Versand. Wie oben dargelegt ist es gerade nicht die Handelsplattform, die die Arzneimittel freigibt, sondern der Beklagte, der diese auch versendet.
- 31 3. Wesentlicher Unterschied zwischen dem Einstellen eines Angebots in den eigenen Internet-Shop des Apothekeninhabers und der Nutzung der Handelsplattform Amazon ist die Tatsache, dass die Handelsplattform Einfluss auf den Auftritt und die Präsentation des Medikaments nimmt.
- 32 Soweit hierbei die Präsentation des Medikaments selbst betroffen ist, ist aus Sicht des Gerichts eine Verletzung rechtlicher Vorschriften nicht ersichtlich. Der Beklagte verweist zu Recht darauf, dass er als Verkäufer über die Präsentation selbst entscheidet, indem er entweder die Bilder und Informationen liefert oder sich dem von einem anderen Verkäufer - der notwendigerweise auch Apotheker ist - gestalteten Auftritt anschließt. Dass hierbei rechtliche Vorgaben nicht eingehalten worden sind, wird nicht behauptet. Der

Beklagte kann bei unzutreffenden Beschreibungen sich entscheiden, das Produkt nicht mehr über "Amazon" anzubieten.

- 33 Ein deutlicher Unterschied zu dem von einem durch einen Apothekeninhaber betriebenen Internetshop ist jedoch, dass die Handelsplattform neben dieser vom Verkäufer gestalteten oder gewählten Produktbeschreibung zusätzliche Werbeelemente einbaut. § 11 HWG und § 14 Berufsordnung der Apothekerkammer Sachsen-Anhalt verbieten dem Apotheker bestimmte Formen der Werbung, deren Einhaltung von der Handelsplattform jedoch nicht gewährleistet wird. So wirbt Amazon über die Kundenrezensionen mit Äußerungen Dritter (Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG). Auch das Bewerben weiterer Medikamente kann zu einem Mehr- oder Fehlgebrauch begünstigen (Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Nr. 1 Berufsordnung der Apothekerkammer Sachsen-Anhalt). Dennoch geht die Kammer davon aus, dass ein Verstoß des Beklagten gegen die die Werbung des Apothekers regulierenden Vorschriften nicht vorliegt, weil es sich insoweit um Aussagen handelt, die dem Beklagten selbst nicht zuzurechnen sind. Dies ist auch für den Verbraucher zu erkennen. Die Kundenbewertungen sind als solche gekennzeichnet und werden von dem Internetnutzer auch nicht dem Verkäufer zugerechnet. Schließlich liegt die Werbewirksamkeit dieser Rezensionen gerade in ihrer (eventuell nur vermeintlichen) Neutralität der anderen Käufer. Auch die gesponserten und sonstigen empfohlenen Produkte sind deutlich von der vom Verkäufer zu verantwortenden Produktbeschreibung abgesetzt, so dass auch hier eine Zurechnung zum Verkäufer gerade nicht erfolgt. Ohne eine Zurechnung kann jedoch dem Beklagten nicht vorgeworfen werden, gegen die Vorschriften der Werbung für Medikamente verstoßen zu haben.

III.

- 34 Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 S. 1 und 2 ZPO.