

# PHARMA RECHT

11409

PharmR

Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht  
Offizielles Organ des Deutschen Pharma Recht Tages

## Inhalt

# 5/2023

S. 265–316 45. Jahrgang,  
15. Mai 2023

[www.beck.de](http://www.beck.de)  
[www.pmi-verlag.de](http://www.pmi-verlag.de)

Herausgegeben von  
RA Peter von Czettritz  
MinR Hans-Peter Hofmann  
RA Dr. Thilo Räßle  
Prof. Dr. Helge Sodan  
RA Dr. Frank A. Stebner  
Prof. Dr. Wolfgang Voit

In Zusammenarbeit mit der  
Forschungsstelle für Pharmarecht  
der Philipps-Universität Marburg



pmi Verlag

### Aufsätze

- Dr. Angela Graf (MHMM)*, Medizinprodukte: Übergangsvorschriften der MDR werden erneut geändert 265
- Dr. jur. Maximilian Gaßner* und *Dr. rer. nat. Stefan Sauer*, Diskriminierung von biologischen Referenzarzneimitteln bei Verträgen im Open-House-Verfahren  
Zur Instrumentalisierung der Komplexität des Systems 271
- Dr. Dr. Adem Koyuncu*, *Dr. Sophie Herold* und *Louisa Kern*, Sind Wettbewerber lauterkeitsrechtlich klagebefugt, um wegen DSGVO-Verstößen zivilrechtlich gegen Mitbewerber vorzugehen?  
Und wann sind DSGVO-Normen im Arzneimittelvertrieb Marktverhaltensregeln? 278

### Buchbesprechung

- Nikolai Klute*, Lampmann/Pustovalov (Hrsg.), Zur „Anspruchsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht“ 284

### Rechtsprechung

- Genehmigung zur Ausübung der Tätigkeit eines Arzneimittelgroßhändlers  
*Generalanwalt beim EuGH (Priit Pikamäe)*, Schlussantr. v. 16. 03. 2023 286
- Keine Verwechslungsgefahr zwischen Wortmarke und Bildmarke für medizinische Zwecke (PERFECT)  
*EU IPO*, Entsch. v. 09. 02. 2023 289
- Mehrfache Begründung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsbegehrens (Gelenkschmerztherapie)  
KG, Urt. v. 21. 02. 2023 294
- Grundsätze der Arzneimittelzulassung auch bei Risiken in der Schwangerschaft maßgebend  
BSG, Urt. v. 24. 01. 2023 300
- Laienwerbung für eine Mundspüllösung zur Corona-Prophylaxe (Corona-Mundspülung)  
*OLG Hamm*, Urt. v. 09. 02. 2023 305
- Keine irreführende Angabe eines Nikotingehalts in einer E-Zigarette  
*LG Düsseldorf*, Urt. v. 26. 01. 2023 309

### Bericht aus Berlin

- Dr. Christian Jäkel* 312

### Bericht aus Brüssel

- Prof. Dr. Heike Wachenhausen* und *Susanna Dienemann, LL. M.* 315



M250202305

stehenden Aufsichtsmitteln abstellen.<sup>70</sup> Duldet die Aufsichtsbehörde dies, kann die EU-Kommission ein EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleiten.

e) Für den Vertrag, der im Open-House-Verfahren abgeschlossen wird, bleibt es bei der Rechtsprechung des EuGH zu diesen Verträgen: Wird einer der Vertragsteilnehmer in irgendeiner Form vom öffentlichen Auftraggeber bevorteilt oder benachteiligt, dann ist bereits eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers gegeben, das EU-Kartellvergaberecht anwendbar und ein Open-House-Verfahren unzulässig.<sup>71</sup> Die Anwendbarkeit des EU-Kartellvergaberechts hat dabei zur Folge, dass gegebenenfalls auch ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden kann.

## V. Zusammenfassung

1. Verträge, die im Open-House-Verfahren abgeschlossen werden, unterliegen dem strikten, auch unionsrechtlich verankerten Gebot der Gleichbehandlung aller Teilnehmer am Verfahren. Dies gilt auch im Verhältnis zwischen einem biotechnologisch hergestellten biologischen Original und dem oder die Biosimilars.

2. Der strikte Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung gilt nicht nur bis zum Zustandekommen des Open-House-Vertrages, sondern während der gesamten Laufzeit des Vertrages, und zwar auch bis zum Ende der tatsächlichen Leistungserbringung und Leistungsabwicklung.

3. Vereinbaren die das Open-House-Verfahren durchführenden gesetzlichen Krankenkassen in einem § 129a SGB V-Vertrag zu Lasten eines Teilnehmers des Open-House-Verfahrens einen zusätzlichen Preisabschlag oder Rabatt, so verstoßen sie gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Teilnehmer am Open-House-Verfahren.

4. Kommt es zu dieser Diskriminierung bereits bei Abschluss des Vertrages im Open-House-Verfahren vor, sind seine Voraussetzungen entfallen. Werden im Nachhinein solche Verträge abgeschlossen, kann die diskriminierte Partei wegen positiver Vertragsverletzung ent-

sprechend §§ 280 Abs. 1 i. V. m. 241 Abs. 2 BGB Schadensersatzansprüche geltend machen.

5. § 40a AM-RL gilt vollumfänglich auch für Verordnungen von Krankenhausärzten im Rahmen der ambulanten Behandlung im Krankenhaus. Der verordnende Krankenhausarzt steht nicht außerhalb der AM-RL.

6. Damit ist einer wirtschaftlichen Ordnungsweise auch für den Krankenhausarzt, sofern keine medizinischen Gründe entgegenstehen, insbesondere dadurch zu entsprechen, dass die Patientinnen und Patienten – im Rahmen der zugelassenen Anwendungsgebiete – auf ein biologisches Arzneimittel ein bzw. umgestellt werden, „für das eine Vereinbarung nach § 130a Absätze 8 und 8a SGB V mit Wirkung für die jeweilige Krankenkasse der oder des Versicherten besteht.“ Dazu gehört auch das Referenzarzneimittel, wenn es sich dessen Hersteller am Open-House-Verfahren beteiligt hat.

7. Hierbei spielt es keine Rolle, ob der Krankenhausträger den Krankenkassen im Rahmen von § 129a SGB V-Verträgen für das Referenzarzneimittel einen zusätzlichen Abschlag gewähren muss, oder sich die Krankenhausträger das Referenzarzneimittel über einen Parallelimport zu einem für ihn günstigen Einkaufspreis beschafft, unabhängig davon, ob die parallelimportierenden Unternehmen am Open-House-Verfahren teilnehmen oder nicht.

70 Gaßner/Strömer, Der Vorrang des Unionsrechtes und der Grundsatz der Unionstreue als Maßstab mitgliedstaatlicher Aufsichtspraxis, SGB 07.22, S. 395, 396.

71 Oben IV. 1. b.

### Anschriften der Verfasser:

Dr. jur. Maximilian Gaßner  
Präsident des Bundesversicherungsamtes a. D.  
Etterschlager Str. 8  
82237 Wörthsee  
E-Mail: lex@seefeld-bayern.de

Dr. rer. nat. Stefan Sauer  
Jessner Straße 18  
10247 Berlin  
E-Mail: sauerstefan26@gmail.com

Dr. Dr. Adem Koyuncu, Dr. Sophie Herold und Louisa Kern\*

## Sind Wettbewerber lauterkeitsrechtlich klagebefugt, um wegen DSGVO-Verstößen zivilrechtlich gegen Mitbewerber vorzugehen? Und wann sind DSGVO-Normen im Arzneimittelvertrieb Marktverhaltensregeln?\*

### I. Einleitung und Hintergrund

Spätestens seit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 („DSGVO“) ist der Datenschutz für Verbraucher und Unternehmen allgegenwärtig geworden. So finden die Erfassung und Verarbeitung personenbezogener Daten heutzutage in beinahe jeder alltäglichen Situation statt. Auch pharmazeutische Unternehmen und Gesundheitsdienstleister erfassen und verarbeiten täglich eine Vielzahl personenbezogener Daten. Daher berührt das Datenschutzrecht unweigerlich auch andere Rechtsgebiete – hierzu zählen insbesondere auch das Pharma- und Lauterkeitsrecht.

Der in diesem Beitrag besprochene Beschluss des BGH mit dem offiziellen Entscheidungsnamen „Arzneimittelbestelldaten“ betrifft die besonders praxisrelevante, aber auch neuralgische Schnittstelle des Datenschutzrechts mit dem Lauterkeitsrecht. Der BGH versucht seit 2020 durch mehrere EuGH-Vorlagen, das Verhältnis

\* Dr. Dr. Adem Koyuncu ist Partner, Dr. Sophie Herold ist Rechtsanwältin und Louisa Kern ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Anwaltskanzlei Covington & Burling LLP in Frankfurt am Main.

\*\* Der Beitrag ist zugleich eine Anmerkung zu BGH, EuGH-Vorlage vom 12. 01. 2023 – I ZR 223/19 – Arzneimittelbestelldaten; PharmR 2023, 173 ff.

zwischen der DSGVO und dem Lauterkeitsrecht zu klären. Mittlerweile kann schon von einer Serie gesprochen werden.<sup>1</sup> In dem besprochenen, insoweit dritten EuGH-Vorlagebeschluss geht es nun (erneut) um die Frage, ob Wettbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt sind, um gegen Mitbewerber vorzugehen, wenn diese bei geschäftlichen Handlungen gegen die DSGVO verstoßen.

Der Fall entzündet sich zwar an dem Streit zwischen zwei Apothekern. Seine Bedeutung geht aber weit über Apotheken hinaus. Bei Bejahung einer solchen Klagebefugnis könnten z. B. auch Pharmaunternehmen wettbewerbsrechtlich nach dem UWG gegen Wettbewerber vorgehen, wenn diese gegen die DSGVO verstoßen. So sind etwa Fälle denkbar, dass Pharmaunternehmen gegen Wettbewerber zivilrechtlich vorgehen, wenn die Wettbewerber z. B. ein Patienten-Support-Programm<sup>2</sup> oder eine nichtinterventionelle Studie oder Marketingmaßnahmen durchführen und dabei gegen die DSGVO verstoßen. Dabei kommt hinzu, dass (oft unbeabsichtigte) Verstöße gegen die DSGVO bei komplexen Projekten und der Verarbeitung von Gesundheitsdaten durchaus nicht selten sind. Daher besteht hier in der Tat ein reales Szenario für UWG-Verfahren auch zwischen Pharmaunternehmen. Mithin geht die Bedeutung der besprochenen EuGH-Vorlage weit über Arzneimittelbestelltdaten und den Online-Vertrieb von Arzneimitteln hinaus.

## II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Sowohl Kläger als auch Beklagter des Verfahrens sind Apotheker und betreiben jeweils eine eigene Apotheke. Der Beklagte vertreibt seine Produkte, darunter auch apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige (OTC) Medikamente auch über die Internet-Plattform „Amazon-Marketplace“. Der Online-Vertrieb mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln ist innerhalb der letzten Jahre stark angestiegen.<sup>3</sup>

Im Ausgangsverfahren nahm der Kläger den Beklagten auf Unterlassung des Vertriebs von apothekenpflichtigen Arzneimitteln über den Amazon-Marketplace in Anspruch. Er stützte sich dabei insbesondere auf die Behauptung eines Verstoßes gegen die DSGVO. So beanstandete er konkret, dass der Beklagte Gesundheitsdaten ohne Einwilligung der Kunden verarbeite. Der DSGVO-Verstoß stelle auch einen Rechtsbruch im Sinne von § 3a UWG dar, den er als Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vor den Zivilgerichten verfolgen dürfe. Er sei nach UWG klagebefugt.

Der Kläger argumentierte in materiellrechtlicher Hinsicht, dass es sich bei den im Rahmen des Bestellvorgangs erhobenen Arzneimittelbestelltdaten um Gesundheitsdaten und damit besonders sensible personenbezogene Daten i. S. d. Art. 9 DSGVO handle. Dabei geht es bei den Arzneimittelbestelltdaten um folgende Angaben: Name des Kunden, Lieferadresse und für die Individualisierung des bestellten Medikaments notwendige Informationen. Der Kläger machte geltend, dass der Beklagte mit der Verarbeitung dieser Bestelldaten „Gesundheitsdaten“ verarbeite, ohne die dafür gem. Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO erforderliche Einwilligung der Besteller einzuholen. Damit verstoße der Beklagte gegen die DSGVO.

Der Beklagte vertrat die Auffassung, der Kläger sei schon nicht klagebefugt. Es liege auch keine Verarbeitung von Gesundheitsdaten vor. Zudem sei die Datenverarbeitung rechtmäßig.

Das LG Dessau-Roßlau hat der Klage stattgegeben.<sup>4</sup> Es hat das Datenschutzrecht als Marktverhaltensregel im Sinne von § 3a UWG angesehen, weil es auch dem Schutz der Interessen der Mitbewerber diene. Die Veräußerung apothekenpflichtiger Arzneimittel über Amazon Marketplace verletze datenschutzrechtliche und berufsrechtliche Vorschriften. Das OLG Naumburg sah dies ähnlich und wies die Berufung des Beklagten zurück.<sup>5</sup> Auch das OLG befürwortete eine Klagebefugnis des Klägers und stufte die streitgegenständlichen DSGVO-Regelungen als Marktverhaltensregeln ein. Der Beklagte verarbeite im Rahmen der Bestellungen auch Gesundheitsdaten der Kunden, hole aber nicht die dafür erforderliche Einwilligung ein. Das OLG ließ die Revision zu, da die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung habe. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Deren Ausgang hängt nun von den Antworten des EuGH ab.

Anzumerken ist ferner, dass noch ein zweites Verfahren mit einer ähnlichen Fallkonstellation beim BGH anhängig ist.<sup>6</sup> Der BGH hat dieses Verfahren vorläufig ausgesetzt, um die Antworten des EuGH auf die Vorlagefragen abzuwarten. In dem Parallelverfahren gingen die vorinstanzlichen Entscheidungen allerdings anders aus. Dort wies das LG Magdeburg die Klage wegen der fehlenden Klagebefugnis ab. Das LG stellte fest, dass die DSGVO ein abschließendes Sanktionssystem enthalte, in dem für Mitbewerber-Klagen kein Raum sei.<sup>7</sup> Das Berufungsgericht – wieder das OLG Naumburg – änderte das Urteil aber ab und entschied ähnlich wie in der o. g. Entscheidung. Das OLG bejahte auch hier die Klagebefugnis, bewertete die Regelungen der DSGVO in der konkreten Fallkonstellation als Marktverhaltensregeln i. S. v. § 3a UWG und bejahte auch den beklagten Verstoß gegen die DSGVO.<sup>8</sup>

## III. Vorlagefragen des BGH an den EuGH

Vor dem aufgezeigten Hintergrund hat der BGH das besprochene Verfahren ausgesetzt und dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

(1) Zunächst fragt der BGH den EuGH, ob die Regelungen in Kapitel VIII der DSGVO nationalen Regelungen

1 Siehe *EuGH-Vorlagen des BGH*, Beschl. v. 28. 5. 2020 – I ZR 186/17, GRUR 2020, 896 ff. – *App-Zentrum* (hierauf antwortend: *EuGH*, Ur. v. 28. 04. 2022 – C-319/20, GRUR 2022, 920 ff.); *BGH*, Beschl. v. 10. 11. 2022 – I ZR 186/17; GRUR 2023, 193 ff. – *App-Zentrum II*.

2 Vgl. *Koyuncu/Trapp*, PharmR 2023, 136 ff., zu rechtlichen Leitplanken bei Patient-Support-Programmen (PSPs).

3 <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2021/01/27/apotheken-legen-im-online-handel-zu> (letztes Aburdatum: 06. 04. 2023).

4 *LG Dessau-Roßlau*, Ur. v. 28. 03. 2018 – 3 O 29/17, BeckRS 2018, 14272.

5 *OLG Naumburg*, Ur. v. 07. 11. 2019 – 9 U 39/18, GRUR 2020, 210 = BeckRS 2019, 28384.

6 *BGH*, Beschl. v. 12. 01. 23 – I ZR 222/19.

7 *LG Magdeburg*, Ur. v. 18. 01. 2019 – 36 O 48/18, Rn. 25, PharmR 2019, 133, 134.

8 *OLG Naumburg*, Ur. v. 07. 11. 2019 – 9 U 6/19, ZD 2020, 154.

gen entgegenstehen, die – neben den Eingriffsbefugnissen der zur Überwachung und Durchsetzung der Verordnung zuständigen Aufsichtsbehörden und den Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Personen – Mitbewerbern die Befugnis einräumen, wegen Verstößen gegen die DSGVO gegen den Verletzer im Wege einer Klage vor den Zivilgerichten unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Vornahme unlauterer Geschäftspraktiken vorzugehen.

(2) Mit der zweiten Vorlagefrage fragt der BGH: Sind die Daten, die Kunden eines Apothekers, der auf einer Internet-Verkaufsplattform als Verkäufer auftritt, bei der Bestellung von zwar apothekenpflichtigen, nicht aber verschreibungspflichtigen Medikamenten auf der Verkaufsplattform eingeben (Name des Kunden, Lieferadresse und für die Individualisierung des bestellten apothekenpflichtigen Medikaments notwendige Informationen), Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO sowie Daten über Gesundheit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG?

Die erste Frage zielt darauf, ob es neben der DSGVO noch Raum für eine Klagebefugnis von Mitbewerbern aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG gibt. Sollte der EuGH feststellen, dass die DSGVO der Anwendbarkeit dieser nationalen lauterkeitsrechtlichen Regelungen nicht entgegensteht, kommt es auf die weitere Frage an, wie die streitbehafteten Arzneimittelbestelldaten nach der DSGVO einzustufen sind, da davon abhängt, ob überhaupt ein DSGVO-Verstoß vorliegt. Sollte ein Verstoß bejaht werden, dürfte die UWG-Klage erfolgreich ausgehen, da der BGH in seinem Beschluss erkennen lässt, dass er in den streitgegenständlichen DSGVO-Vorschriften auch Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG sieht.

#### IV. Rechtliche Anmerkungen zu der Entscheidung

##### 1. Steht die DSGVO einer Klagebefugnis von Mitbewerbern nach UWG entgegen?

Die erste Vorlagefrage spricht kein neues Problem an. Die Frage, inwiefern die Regelungen in Kapitel VIII der DSGVO abschließend sind und dadurch UWG-Zivilklagen von Mitbewerbern entgegenstehen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.<sup>9</sup> Vom Ergebnis dieser Frage hängt ab, ob ein Mitbewerber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG befugt ist, wegen Verstößen gegen die DSGVO unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Vornahme unlauterer Geschäftspraktiken vor den Zivilgerichten gegen den Verletzer vorzugehen.

Die Frage, ob die DSGVO ein abschließendes Sanktionssystem enthält und in welchem Verhältnis dieses System zu den nationalen lauterkeitsrechtlichen Regelungen steht, war auch schon Gegenstand der EuGH-Vorlage in dem BGH-Fall „App-Zentrum“ vom 28. Mai 2020. Hierauf antwortete der EuGH, dass das DSGVO-Sanktionssystem nationalen Regelungen nicht entgegenstehe, die Verbraucherverbänden vor nationalen Zivilgerichten eine Klagebefugnis wegen DSGVO-Verstößen gewähren.<sup>10</sup> In der Entscheidung ging es insb. um die Auslegung von Art. 80 Abs. 1 und 2 sowie Art. 84 Abs. 1 DSGVO. In demselben Urteil ließ der EuGH indes – trotz der seinerzeitigen Frage des BGH – die Frage nach der Klagebefugnis von Mitbewerbern wegen DSGVO-Verstößen offen, da dies in dem Fall

nicht entscheidungserheblich war.<sup>11</sup> Daher lässt sich aus diesem EuGH-Urteil keine belastbare Folgerung für die aktuelle Frage ableiten.

Der vorliegende Rechtsstreit wurde bereits anhängig als noch die Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG („DSRL“) galt. Die DSRL wurde erst am 25. Mai 2018 durch die DSGVO abgelöst. Unter der DSRL war (auch vom EuGH) anerkannt, dass Mitbewerber bei Datenschutzverstößen grundsätzlich nach dem UWG klagebefugt waren. Dem lag die Argumentation zugrunde, dass die DSRL keine umfassende Harmonisierung der nationalen Vorschriften über gerichtliche Rechtsbehelfe gegen mutmaßliche Verletzer von Datenschutzvorschriften bewirkte.<sup>12</sup> Die DSGVO hingegen enthält in Kapitel VIII spezifische Regelungen zu Rechtsbehelfen, zur Haftung und zu Sanktionen und überlässt diese Regelungsthemen nicht mehr den Mitgliedstaaten.

Der BGH arbeitet in seinem Vorlagebeschluss heraus, dass dem Wortlaut, dem Regelungszusammenhang und dem Regelungsziel der DSGVO keine eindeutige Antwort auf die Frage zu entnehmen sei, ob die DSGVO der nationalen UWG-Klagebefugnis von Mitbewerbern entgegensteht. Der BGH stellt in dem Beschluss den Streitstand dar und führt auch die verschiedenen Argumente auf, die für bzw. gegen die Zulässigkeit der Klagebefugnis von Mitbewerbern sprechen.<sup>13</sup>

Gegen die Zulässigkeit einer UWG-Klagebefugnis von Mitbewerbern wird angeführt, dass die DSGVO eine vollständige Harmonisierung der Rechtsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bezwecke.<sup>14</sup> Sie enthalte ein abschließendes Sanktionssystem, in dem für Mitbewerber-Klagen kein Raum sei. So fänden Verbände, die zum Schutz personenbezogener Daten tätig werden, etwa in Art. 80 DSGVO explizit Erwähnung, Mitbewerber aber nicht.<sup>15</sup> Die Gegenmeinung weist auch auf Artt. 57, 58 DSGVO hin, die für Aufsichtsbehörden umfangreiche Aufgaben und Befugnisse zur Überwachung und Durchsetzung der DSGVO vorsehen. Das spreche dafür, dass der EU-Gesetzgeber von einer Durchsetzung der DSGVO durch die Aufsichtsbehörden ausgehe.<sup>16</sup> Gegen die Klagebefugnis spreche auch die Gefahr einer Konkurrenz bei der Durchsetzung des Datenschutzrechts zwischen Aufsichtsbehörden und Zivilgerichten sowie von Unterschieden innerhalb der EU.<sup>17</sup> Allerdings gibt der BGH hiergegen zu bedenken, dass Art. 80 Abs. 2 DSGVO unter bestimmten Voraussetzungen eine solche Konkurrenz bereits vorsieht, was eine

9 Für Nachweise siehe BGH, Beschl. v. 12.01.23 – I ZR 222/19 – juris, Rn. 12 ff.

10 EuGH, Ur. v. 28.04.2022 – C-319/20, GRUR 2022, 920 – *Meta Platforms Ireland/Bundesverband*.

11 EuGH, Ur. v. 28.04.2022 – C-319/20, GRUR 2022, 920, 922.

12 EuGH, Ur. 29.07.2019 – C-40/17 – *Fashion-ID*, GRUR 2019, 977, 979.

13 BGH, Beschl. v. 12.01.2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 14 ff.

14 EuGH, Ur. v. 28.04.2022 – C-319/20, GRUR 2022, 920 – juris Rn. 57.

15 *Obly*, GRUR 2019, 686, 689.

16 BGH, Beschl. v. 12.01.2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 17; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 39. Aufl. 2021, § 3a Rn. 1.40b.

17 BGH, Beschl. v. 12.01.2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 24.

Schwäche der Argumentation gegen die Klagebefugnis aufzeigt.

Die überzeugenderen Argumente sprechen für die Zulässigkeit der UWG-Klagebefugnis von Mitbewerbern: So ist der DSGVO keine Regelung zu entnehmen, die eine Verfolgung von Verstößen gegen das Datenschutzrecht als unlautere Geschäftspraktik ausschließt.<sup>18</sup> Mit der Klagebefugnis für Mitbewerber bliebe auch eine dem Effektivitätsgrundsatz („*effet utile*“) dienende weitere Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung erhalten, um ein hohes Datenschutzniveau zu gewährleisten.<sup>19</sup> Gerade die Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber ist besonders effektiv. Sie ermöglicht, zahlreiche Rechtsverstöße zu unterbinden, und ist damit wirksamer als die Klage einer Einzelperson gegen ihren Verletzer. Zudem weist der BGH auf die Artt. 77–79 DSGVO hin: die dort in Abs. 1 genannten Rechtsschutzmöglichkeiten stehen den betroffenen Personen ausdrücklich „*unbeschadet*“ anderweitiger Rechtsbehelfe zur Verfügung.<sup>20</sup> Das spricht gegen den abschließenden Charakter des Rechtsschutzsystems der DSGVO.

Auch der deutsche Gesetzgeber geht davon aus, dass es Mitbewerbern möglich ist, Verstöße gegen die DSGVO mit den Rechtsbehelfen nach dem UWG zu verfolgen. Das belegt der Wortlaut von § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG, worauf auch der BGH zutreffend hinweist.<sup>21</sup>

Für die Zulässigkeit dieser UWG-Klagebefugnis von Mitbewerbern sprechen insbesondere auch folgende Überlegungen: Die DSGVO und das Lauterkeitsrecht regeln unterschiedliche Gegenstände und verfolgen unterschiedliche Ziele. Während die DSGVO die Datenschutzinteressen natürlicher Personen schützt, dient das UWG dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Das UWG schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Hierauf sind auch die jeweiligen Rechtsbehelfe in der DSGVO und im UWG ausgerichtet.

– Selbst wenn die DSGVO ein abschließendes Sanktionssystem enthielte, zielt dieses nur auf die Sanktionierung von Datenschutzverstößen, aber nicht auf die Sanktionierung oder Unterbindung unlauterer geschäftlicher Handlungen. Gerade um Letzteres geht es aber bei der Diskussion um die Klagebefugnis von Mitbewerbern. Dem Mitbewerber geht es nämlich nicht darum, das Datenschutzinteresse der Person durchzusetzen, deren Daten DSGVO-widrig verarbeitet wurden. Vielmehr geht es dem Mitbewerber darum, *seine eigenen Interessen* als Marktteilnehmer im Wettbewerb vor unlauteren geschäftlichen Handlungen durchzusetzen.

– Das Besondere an der vorliegenden Fallkonstellation ist, dass die lauterkeitsrechtlich angegriffene geschäftliche Handlung durch einen DSGVO-Verstoß verwirklicht wird. Der DSGVO-Verstoß beeinträchtigt dadurch nicht nur Datenschutzinteressen der betroffenen Personen, sondern auch wettbewerbsrechtliche Interessen von Mitbewerbern des Verletzers. Damit ist der Anwendungsbereich beider Rechtsgebiete mit ihren jeweiligen Rechtsbehelfen und Sanktionen eröffnet – sowohl der DSGVO als auch des UWG.

Das lauterkeitsrechtliche Interesse des Mitbewerbers wird nicht von dem Sanktionssystem der DSGVO erfasst oder geschützt, aber auch nicht ausgeschlossen

oder gesperrt. Selbst wenn also das Sanktionssystem der DSGVO abschließend sein sollte, gilt das nur für Rechtsbehelfe und Sanktionen für Beeinträchtigungen der betroffenen Datenschutzinteressen, nicht aber für die durch eine DSGVO-Verletzung verwirklichte (weitergehende) Beeinträchtigung von Wettbewerbsinteressen von Mitbewerbern. Die Rechtsbehelfe nach dem UWG bleiben in diesen Fällen daher parallel zu dem Sanktionssystem der DSGVO verfügbar. Daraus folgt:

– Wenn ein DSGVO-Verstoß eine unlautere geschäftliche Handlung verwirklicht, kann er *einerseits* datenschutzrechtlich durch die in der DSGVO genannten Akteure mit den Rechtsbehelfen/Sanktionen der DSGVO wegen der Datenschutzbeeinträchtigung verfolgt werden. *Andererseits* können *auch* Mitbewerber nach UWG gegen den Verstoß wegen der durch ihn bewirkten lauterkeitsrechtlichen Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsinteressen vorgehen.

– Würde man in diesen Fällen die UWG-Klagebefugnis von Mitbewerbern ablehnen, hätte das zur Folge, dass unlautere geschäftliche Handlungen, die durch einen DSGVO-Verstoß verwirklicht werden, lauterkeitsrechtlich weitgehend Immunität genießen würden. Dieses Ergebnis ist abzulehnen. Die DSGVO bezweckt nicht, den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts einzuschränken.

Insgesamt wirkt diese Diskussion um die UWG-Klagebefugnis bei DSGVO-Verstößen zu sehr auf das Schlagwort „*abschließendes DSGVO-Sanktionssystem*“ eingengt. Die eigentlich betroffene rechtliche Ebene wird dadurch zu wenig gewürdigt, nämlich das durch den Datenschutzverstoß gleichzeitig eröffnete lauterkeitsrechtliche Rechtsschutzbedürfnis des Mitbewerbers. Nochmal: bei der Diskussion um die „*Klagebefugnis für Mitbewerber*“ geht es nicht darum, dass der Mitbewerber das datenschutzrechtliche Interesse der von einem Datenschutzverstoß betroffenen Person durchsetzen will, sondern darum, dass der Mitbewerber sein eigenes lauterkeitsrechtliches Interesse gegen unlautere Geschäftspraktiken durchsetzen will. Diese beiden unterschiedlichen Rechtsschutzinteressen dürfen nicht vermengt werden.

Im vorliegenden Fall geht es konkret darum, dass der Beklagte durch den Arzneimittelvertrieb auf Amazon-Marketplace gegen DSGVO-Vorschriften verstoßen soll, indem er von den Kunden keine Einwilligung in die Datenverarbeitung ihrer Daten einholt. Unterstellt, dass es um Gesundheitsdaten geht, umgeht der Beklagte dadurch gesetzliche Pflichten, die für seine wirtschaftliche Tätigkeit gelten. Auf diese Weise erreicht er auch eine Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber Mitbewerbern (s. hierzu Ziff. 2 unten). Wird dem Kläger eine Klagebefugnis nach dem UWG zugestanden, höhlt dies nicht das DSGVO-Sanktionssystem aus. Der Kläger nimmt nicht die Datenschutzinteressen der Kunden des Beklagten wahr, sondern seine eigenen lauterkeitsrechtlichen Interessen als Wettbewerber, denn der Beklagte verwirklicht durch den DSGVO-Verstoß eine unlautere geschäftliche Handlung. Den Datenschutzbe-

18 BGH, Beschl. v. 12. 01. 2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 20.

19 BGH, Beschl. v. 12. 01. 2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 25, mit Hinweis auf Erwägungsgrund 10 DSGVO.

20 BGH, Beschl. v. 12. 01. 2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 18.

21 BGH, Beschl. v. 12. 01. 2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 13.

hörden und Kunden bleibt es unbenommen, gegen den Beklagten wegen des DSGVO-Verstoßes auch datenschutzrechtlich mit den Instrumenten der DSGVO vorzugehen.

Zusammenfassend ist der Auffassung zuzustimmen, dass ein Wettbewerber nach dem UWG klagebefugt ist, gegen Mitbewerber zivilrechtlich vorzugehen, wenn diese gegen die DSGVO verstoßen und dadurch eine unlautere geschäftliche Handlung verwirklichen. Angesichts der vorstehenden Argumente und der Rechtsprechung des EuGH in dem „Meta Platforms Ireland/Bundesverband“-Fall<sup>22</sup> erscheint es durchaus möglich, dass auch der EuGH die Zulässigkeit dieser Klagebefugnis von Mitbewerbern nach dem UWG befürwortet. Das wäre rechtlich zu begrüßen.

## 2. Wann sind DSGVO-Vorschriften Marktverhaltensregeln i. S. v. § 3a UWG?

Sollte der EuGH zu dem Ergebnis kommen, dass eine auf Datenschutzverstößen basierende Klagebefugnis von Mitbewerbern nach dem UWG zulässig ist, muss der BGH die Folgefrage entscheiden, ob die Regeln der DSGVO im Einzelfall als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG anzusehen sind. Das OLG Naumburg hielt diese Frage für „klärungsbedürftig“, als es die Revision zuließ.<sup>23</sup> In seinem Vorlagebeschluss hat der BGH indes ohne nähere Begründung festgestellt, dass es sich bei Art. 9 DSGVO um eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 3a UWG handelt.<sup>24</sup>

Zum Marktverhalten zählen das Anbieten und die Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen sowie das Anbahnen, der Abschluss bzw. die Durchführung von Geschäften und Verträgen. Eine Norm regelt Marktverhalten, wenn sie dieses Verhalten bestimmten Handlungs- oder Unterlassungspflichten unterwirft (z. B. durch Werbebeschränkungen, Informationspflichten).<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

Im Hinblick auf die Fallkonstellation des besprochenen Beschlusses lässt sich Folgendes festhalten:

Artikel 9 DSGVO schützt besonders sensitive Daten und stellt an ihre Verarbeitung gesteigerte Anforderungen. Sofern, wie im zugrunde liegenden Fall, Daten zum Abschluss von Verträgen erhoben werden und einem kommerziellen Zweck dienen, stehen sie auch im Zusammenhang mit der Marktteilnahme.<sup>27</sup> Die Vorinstanzen waren sich einig, dass die streitgegenständlichen DSGVO-Normen Marktverhaltensregeln darstellen. So hat das LG Dessau-Roßlau argumentiert, dass die Bestelldaten durch die Einschaltung der Amazon-Verkaufsplattform für den Arzneimittelvertrieb wie eine Ware und insb. auch für Werbezwecke oder andere kommerzielle Zwecke verwendet würden.<sup>28</sup> Insbesondere werden sie genutzt, um die Bestellungen zu prozessieren. Das OLG Naumburg hat festgestellt, dass das Einbeziehen einer populären Online-Verkaufsplattform in den Arzneimittelvertrieb und die damit einhergehende Auswertung der Absatzdaten der zielgerichteten Gewinnung und Beeinflussung von Kunden diene. Dies

beeinflusse insgesamt den Markt und berühre die Wettbewerbsinteressen der anderen Marktteilnehmer.<sup>29</sup>

Ferner lässt sich argumentieren, dass es für den Beklagten deutlich mehr Aufwand bedeuten würde, eine ordnungsgemäße Einwilligung gem. Art. 9 DSGVO von allen Kunden vor der Erhebung und Verarbeitung ihrer Bestelldaten einzuholen (unterstellt, es sind Gesundheitsdaten). Es ist auch vorstellbar, dass nicht alle Kunden diese Einwilligung erteilen und sich möglicherweise anderen Marktteilnehmern zuwenden. Insofern ist eine Wettbewerbsrelevanz in dieser Fallkonstellation anzunehmen.

Letztlich obliegt die Beantwortung dieser Frage den nationalen Gerichten, da der für § 3a UWG notwendige Marktbezug der streitgegenständlichen DSGVO-Normen keine Frage des EU-Rechts ist. Der BGH hat sich – wie zuvor das OLG Naumburg – bereits dahingehend festgelegt, dass es sich bei Art. 9 DSGVO um eine Marktverhaltensregel in diesem Sinne handelt. Diese Ansicht ist vorliegend angesichts der besonderen Fallkonstellation gut vertretbar. Das bedeutet aber nicht, dass ein Verstoß gegen diese oder andere DSGVO-Normen immer zu dem gleichen Ergebnis führt. Vielmehr ist stets auf die konkrete Fallkonstellation abzustellen und individuell zu ermitteln, ob der streitgegenständlichen Datenschutzbestimmung ein marktverhaltensregelder Charakter zukommt.

## 3. Sind die Arzneimittelbestelldaten auch Gesundheitsdaten im Sinne der DSGVO?

Schließlich kommt es auf die zweite Vorlagefrage an, ob die vom Kunden bei der Bestellung angegebenen Daten überhaupt Gesundheitsdaten im Sinne der DSGVO (bzw. der früheren DSRL) sind. Die Berechtigung für diese Frage in dem zugrundeliegenden Fall wird deutlich, wenn man sich nochmal vergegenwärtigt, um welche „Bestelldaten“ es überhaupt geht. Der Kunde muss bei der Bestellung seinen Namen, die Lieferadresse und einige für die Individualisierung des bestellten Medikaments notwendige Informationen angeben. Mithin muss der Kunde nicht angeben, dass er selbst eine bestimmte Erkrankung hat; er muss auch nicht angeben, ob er selbst die bestellten Arzneimittel einnimmt. Er muss kein Rezept beifügen, aus dem sich ergeben könnte, wer der Patient ist, für den das bestellte Medikament bestimmt ist.

Sind diese Arzneimittelbestelldaten also „Gesundheitsdaten“ im Sinne der DSGVO? Das befürwortete der Kläger des Ausgangsverfahrens. Die Antwort auf diese Frage hat erhebliche rechtliche Relevanz, und zwar weit

- 22 EuGH, Urt. v. 28. 04. 2022 – C-319/20, GRUR 2022, 920.  
 23 OLG Naumburg, Urt. v. 07. 11. 2019 – 9 U 39/18, Rn. 101, A&R 2019, 281, 286.  
 24 BGH, Beschl. v. 12. 01. 2023 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 41.  
 25 Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 3a Rn. 15.  
 26 OLG Naumburg, Urt. v. 07. 11. 2019 – 9 U 39/18, A&R 2019, 281, 284.  
 27 LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 28. 03. 2018 – 3 O 29/17, Rn. 56, BeckRS 2018, 14272.  
 28 LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 28. 03. 2018 – 3 O 29/17, BeckRS 2018, 14272, Rn. 36.  
 29 OLG Naumburg, Urt. v. 07. 11. 2019 – 9 U 39/18, A&R 2019, 281, 285.

über diesen Fall hinaus. Da die Frage anhand der DSGVO (bzw. DSRL<sup>30</sup>) zu beantworten ist und damit auf EU-Recht beruht, war die Vorlage an den EuGH durch den BGH folgerichtig.

Die DSGVO enthält verschiedene Kategorien personenbezogener Daten, für die unter Umständen ein strengeres Regelungsregime gilt. So statuiert Art. 9 DSGVO qualifizierte Anforderungen an die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, worunter auch Gesundheitsdaten fallen. Gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist es grundsätzlich untersagt, Gesundheitsdaten zu verarbeiten. Nur bei Vorliegen einer der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO genannten Voraussetzungen gilt dieses Verbot nicht. Dazu gehört gem. Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO die Einwilligung der betroffenen Person. Daher ist vorliegend entscheidend, was genau unter Gesundheitsdaten zu verstehen ist und ob die Bestelldaten wirklich darunter fallen.

– Personenbezogene Daten sind in Art. 4 Abs. 1 DSGVO definiert als „*alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person [...] beziehen*“.

– Gesundheitsdaten sind wiederum gemäß Art. 4 Nr. 15 DSGVO definiert als „*personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen*“.

Für die Annahme personenbezogener Daten und erst recht von Gesundheitsdaten muss die Person, um deren Daten es geht, also mindestens identifizierbar sein und aus den erhobenen Daten müssen „*Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen*“. Nach den Ausführungen des BGH ist es aber bei einem über eine Online-Verkaufsplattform bestellten Medikament nicht eindeutig bestimmbar, ob der Besteller das Arzneimittel selbst einnimmt oder lediglich für einen anderen bestellt.<sup>31</sup> Daher hält es der BGH zutreffend für „*fraglich, ob Informationen auch dann Gesundheitsdaten darstellen, wenn nicht mit Sicherheit, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die durch Name und Lieferadresse identifizierte oder identifizierbare natürliche Person auch das bestellte Medikament einnehmen wird und damit aus den Bestelldaten in ihrer Gesamtheit eine Information über ihren Gesundheitszustand hervorgeht*.“<sup>32</sup> Aus dem Wortlaut von Art. 4 Nr. 15 und Art. 9 Abs. 1 DSGVO und aus dem Erwägungsgrund 35 ergibt sich keine eindeutige Antwort auf diese Frage. Daher hat sie der BGH als zweite Vorlagefrage dem EuGH vorgelegt.

Mit Blick auf den Sinn und Zweck von Art. 9 DSGVO spricht es vorliegend gegen die Einstufung der streitbehafteten Bestelldaten als Gesundheitsdaten, dass aus ihnen nicht mit Sicherheit gefolgert werden kann, dass der Besteller das Medikament selbst einnehmen wird. Das ist allenfalls mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit möglich, wie der BGH feststellt. Die Bestellung kann nicht nur für eine andere Person erfolgen, es ist auch denkbar, dass der Kauf unabhängig von einer bestimmten Erkrankung erfolgt, z.B. auf Vorrat (etwa von Schmerzmitteln). Selbst wenn der Besteller das Arzneimittel für sich bestellt, lässt sich der Bestellung immer noch nicht entnehmen, für welche Indikation das Arz-

neimittel eingenommen wird, zumal Arzneimittel oft mehrere Indikationen haben oder off-label genutzt werden können. Die „Arzneimittelbestelldaten“ geben also nicht direkt Informationen über den Gesundheitszustand der Person preis, allenfalls lässt sich das mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit folgern.

Interessant ist auch der Querblick auf die Situation der Bestellung verschreibungspflichtiger Arzneimittel (etwa bei Versandapotheken). Dort wird ein Rezept vorgelegt, das die Person identifiziert, der das Medikament verschrieben wurde. Nicht erkennbar ist aber auch in dem Fall, für welche Indikation das Arzneimittel verordnet wurde. Viele Arzneimittel haben mehrere Indikationen und einige werden zudem im Wege des Off-Label-Use angewandt.<sup>33</sup> Selbst ein Rezept erlaubt also nicht immer sichere Rückschlüsse auf die Erkrankung des Patienten. Daher lassen sich auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln aus den Bestelldaten nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Informationen über den Gesundheitszustand der Person ableiten (auch wenn der Wahrscheinlichkeitsgrad hier höher ist als bei OTC-Arzneimittelbestellungen).

Insgesamt erscheint es offen, wie der EuGH die zweite Vorlagefrage entscheiden wird. Er muss prüfen, ob in der Situation von OTC-Arzneimitteln der o.g. Wahrscheinlichkeitsgrad ausreicht, um aus diesen Bestelldaten Informationen über den Gesundheitszustand des Bestellers abzuleiten. Für die Einordnung der Bestelldaten als Gesundheitsdaten könnte sprechen, dass die DSGVO das Ziel verfolgt, ein hohes Niveau des Schutzes der Grundrechte, Grundfreiheiten und des Privatlebens natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten.<sup>34</sup> Die Subsumtion der Bestelldaten unter den Gesundheitsdatenbegriff ist aber letztlich sehr sachverhaltsspezifisch. Ein weites Verständnis von Gesundheitsdaten würde sich auch in die bisherige Rechtsprechung des EuGH einreihen. Daher erscheint es – wohl auch aus Sicht des BGH<sup>35</sup> – durchaus möglich, dass der EuGH eine weite Auslegung zugrunde legt und die Arzneimittelbestelldaten doch als Gesundheitsdaten einstuft.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Das Datenschutzrecht hat viele Berührungspunkte mit dem Pharmarecht und wirft dabei komplexe Fragen auf, wie beispielsweise bei klinischen Prüfungen.<sup>36</sup> Die

30 Die DSRL ist hier insofern relevant, als dass der Rechtsstreit bereits zur Zeit der DSRL-Geltung begann und der Unterlassungsanspruch des Klägers nur besteht, wenn das beanstandete Verhalten des Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme als auch zum Zeitpunkt der Revisionsverhandlung rechtswidrig war, vgl. *BGH*, Beschl. v. 12.01.23 – I ZR 222/19 – juris, Rn. 28. Da sich durch die Einführung der DSGVO allerdings das Verständnis nicht verändert hat, sondern lediglich eine Definition ergänzt wurde, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die DSGVO.

31 *BGH*, Beschl. v. 12.01.23 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 35.

32 *BGH*, Beschl. v. 12.01.23 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 366.

33 Zum Off-Label-Use siehe umfassend *Koyuncu*, Arzneimittelversorgung im Off-Label-Use – der rechtliche Rahmen, *DMW* 2012, 1519 ff.

34 Vgl. Erwägungsgrund 4 DSGVO.

35 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 12.01.23 – I ZR 223/19 – juris, Rn. 38.

36 Zu Datenschutzfragen bei klinischen Prüfungen siehe eingehend *Koyuncu*, in *Kügel/Müller/Hofmann*, *AMG-Kommentar*, § 42a n.F. Rn. 1 ff. und § 40b Rn. 112 ff.

Schnittstelle des Datenschutzrechts mit dem arzneimittelbezogenen Lauterkeitsrecht wirft auch komplexe Fragen auf. Der oben besprochene BGH-Beschluss behandelt zwei wichtige Fragen, zu denen die Entscheidung des EuGH mit Spannung erwartet wird. Die Antworten auf beide Vorlagefragen des BGH werden weitreichende Konsequenzen für die rechtliche Praxis haben, und zwar deutlich über den Onlinevertrieb von Arzneimitteln hinaus.

Sollte der EuGH die erste Vorlagefrage nach der Zulässigkeit der lauterkeitsrechtlichen Klagebefugnis von Mitbewerbern bestätigen, ist davon auszugehen, dass die zivilrechtliche Geltendmachung und Ahndung von Datenschutzverstößen durch Wettbewerber deutlich zunehmen wird.

Die Antwort des EuGH auf die zweite Vorlagefrage des BGH zur datenschutzrechtlichen Einstufung der Arzneimittelbestelldaten hat auch über diesen Fall hinaus Praxisrelevanz. Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint es zwar zweifelhaft, die o. g. Bestelldaten als Gesundheitsdaten einzustufen. Andererseits hat der EuGH in anderen datenschutzrechtlichen Verfahren durchaus unerwartete Entscheidungen im Interesse eines hohen Datenschutzniveaus getroffen. Daher erscheint eine weite Auslegung des Begriffs der Gesundheitsdaten und die Einstufung der Bestelldaten als Gesundheitsdaten gut möglich.

Das Vorabentscheidungsersuchen ist auch für Pharmaunternehmen bedeutsam. Bejaht der EuGH beide Vorlagefragen, könnte das zu einer Zunahme von UWG-Verfahren zwischen diesen Unternehmen führen. Andererseits hätten Pharmaunternehmen dann eine eigene Klagebefugnis aus dem UWG und damit ein wirksames Instrument zur Wahrnehmung ihrer wettbewerbsrechtli-

chen Interessen. Unternehmen, die selbst DSGVO-konform arbeiten, könnten gegen Wettbewerber vorgehen, die gegen die DSGVO verstoßen und sich dadurch Vorteile im Wettbewerb verschaffen. Es sind durchaus Szenarien für derartige UWG-Verfahren zwischen Pharmaunternehmen denkbar, wenn etwa, wie eingangs aufgezeigt, Unternehmen Patienten-Support-Programme, Anwendungsbeobachtungen<sup>37</sup> oder Marketingmaßnahmen mit Ärzten durchführen und dabei gegen die DSGVO verstoßen.

Die Entscheidung des EuGH wird mit Spannung erwartet. Vom Ergebnis her betrachtet ist es auch möglich, dass der EuGH nur eine der beiden Fragen bejaht und die andere verneint. Er könnte auch eine der Fragen verneinen und die zweite Frage unbeantwortet lassen, weil sie infolge der Verneinung der ersten Frage nicht mehr entscheidungserheblich ist. In dieser Hinsicht hat der EuGH wiederholt gezeigt, dass er – salopp gesagt – nur so hoch springt, wie er muss.

<sup>37</sup> Siehe *Koyuncu*, PharmR 2009, 211 ff., zur Compliance und Vertragsgestaltung bei Anwendungsbeobachtungen und anderen nichtinterventionellen Studien.

#### Anschrift der Verfasser:

*Dr. iur. Dr. med. Adem Koyuncu*

*Partner – Rechtsanwalt und Arzt*

*Dr. iur. Sophie Herold*

*Associate – Rechtsanwältin*

*Louisa Kern*

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin – Doktorandin*

*Anwaltskanzlei Covington & Burling LLP*

*Taunusanlage 9–10*

*60329 Frankfurt am Main*

*E-Mail: akoyuncu@cov.com*

*sherold@cov.com*

*lkern@cov.com*

## Buchbesprechung

**Lampmann/Pustovalov (Hrsg.), Zur „Anspruchsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht“** (DeGruyter, Praxishandbuch, 2. Aufl. 2022) ISBN 978-3-11-078341-4

Den einen oder anderen Anwalt lässt die Umtriebigkeit des Gesetzgebers im Wettbewerbsrecht bisweilen vielleicht verzweifeln. Nicht etwa, weil sich materiellrechtliche Voraussetzungen geändert hätten; diese scheinen – abgesehen von punktuellen Änderungen mit Wirkung auf den Bereich des Wettbewerbsrechts<sup>1</sup> – nun weitgehend festgelegt. Vielmehr geht es um die Art und Weise der Durchsetzung von Ansprüchen, die den mit der Abmahnung beauftragten Anwalt zuweilen die Schweißperlen auf die Stirn treiben können.

Die Minenfelder, die allein schon mit dem Versenden einer Abmahnung betreten werden, sind mannigfaltig. Ein falsches Wort oder eine Lücke im Vortrag kann eine Abmahnung wirkungslos machen, ein falscher Satz Gegenansprüche des Abgemahnten auslösen und die eigenen Ansprüche pulverisieren. Es gibt wohl kaum noch eine streitige Auseinandersetzung, in der das Schlagwort „Rechtsmissbrauch“ nicht an irgendeiner Stelle von einer der Parteien bemüht wird und wenn denn z. B. In-

kongruenzen zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag bestehen, eröffnen sich mannigfaltige Probleme um das zu gewährende rechtliche Gehör, was den Antragssteller von dem Ziel einer raschen Beschlussverfügung weit entfernen kann.

Das Werk von Lampmann/Pustovalov schafft hier Abhilfe als ein Kompendium, das eine Handlungsanleitung zur Anspruchsdurchsetzung in guter Übersicht bereit hält.

Von der Abmahnung über das Verfügungsverfahren und das Hauptsacheverfahren bis hin zur Behandlung von Zuwiderhandlungen gegen (vertraglich vereinbarte oder gerichtliche Unterlassungs-) Verbote ist das von den drei Autoren Arno Lampmann, Evgeny Pustovalov und Dr. Mark Lerach verfasste Werk eine echte Hilfe – für den Profi ebenso wie für den Anfänger.

Gerade für letztere enthält das Buch immer wieder einblendete „Praxishinweise“ mit Tipps und Tricks für

<sup>1</sup> Etwa die Änderungen des UWG durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewererecht v. 10. 08. 2021, BGBl. 2021 Teil I Nr. 53.