

---

**Datum:** 16.06.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 4. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 U 22/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2009:0616.4U22.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bochum, 13 O 126/08

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30. Dezember 2008 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, insgesamt jedoch höchstens zwei Jahre

zu unterlassen,

selbst oder durch Dritte in Telefonbüchern unter der Rubrik „Notrufe“ oder „Ärztlicher Notdienst“ mit der Angabe

- „Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)“,
- „Allgemeiner zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)“,
- „Akut-Zahnärztlicher Notdienst für E“ oder

· „Zahnärztlicher Notdienst ZPN“

zu werben,

wie geschehen im örtlichen Telefonbuch E, im Online-Telefonbuch E, in der Rubrik Ärztlicher Notdienst bei H, im Telefonbuch und in den H1 gemäß dem Anlagekonvolut S & J 1 (Bl. 11 bis 15 d. A.)

2.

an den Kläger 189,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13. Juli 2008 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

---

<b>Gründe:</b>	1
<b>I.</b>	2
Die Klägerin, zu deren Mitgliedern die Zahnärztekammer X gehört, wendet sich gegen Werbung des Beklagten unter seiner Nummer ##### in Telefonbüchern, H1 und entsprechenden Verzeichnissen im Internet, die E betreffen.	3
Dort inseriert er im örtlichen Telefonbuch unter der Rubrik "Notrufe" :	4
<b>Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen).</b>	5
Im Online-Telefonbuch E ist er in der Rubrik "Notrufe" eingetragen als	6
<b>Allgemeiner Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen).</b>	7
Bei H inseriert er in der Rubrik "Ärztlicher Notdienst":	8
<b>Zahnärztlicher Notdienst ZPN.</b>	9
In DasTelefonbuch erscheint der Beklagte in der Rubrik "Notrufe" als	10
<b>Zahnärztlicher Notdienst.</b>	11
In den H1 ist er schließlich unter "Ärztliche Notdienste" eingetragen als	12

## Akut-Zahnärztlicher Notdienst für E.

13

Der Beklagte, der in insgesamt 15 Städten mit zahnärztlichen Notdienstangeboten wirbt, lässt den in E beworbenen Notdienst von der Praxis des Zahnarztes Dr. G wahrnehmen, der weitere angestellte Zahnärzte beschäftigt. Die Praxis des Dr. G steht in der Woche in der Zeit von 8.00 bis 22.00 Uhr und am Wochenende und an Feiertagen von 8.00 bis 20.00 Uhr zur Behandlung von Patienten zur Verfügung. 14

Die Klägerin hat den Beklagten mit Schreiben vom 30. Januar 2008 (Bl.17) erfolglos wegen irreführender Werbung abgemahnt und sich zunächst nur gegen die Bezeichnung "Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)" gewandt. Mit der Klage hat die Klägerin den Beklagten auf Unterlassung der eigenen oder der Werbung durch Dritte in Telefonbüchern unter der Rubrik "Notrufe" oder "Ärztlicher Notdienst" mit den Angaben "Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)", "Allgemeiner Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)", "Akut-Zahnärztlicher Notdienst für E" und "Zahnärztlicher Notdienst ZPN" sowie auf die Zahlung eines Aufwendersersatzes in Höhe von 189,- € in Anspruch genommen. Sie hat eine Wettbewerbshandlung des Beklagten darin gesehen, dass dieser mit der Werbung in den Telefonverzeichnissen jedenfalls fremden Wettbewerb gefördert habe. Sie hat gemeint, die Werbung sei irreführend, weil der Verbraucher bei einem unter der Rubrik "Notrufe" oder "Ärztlicher Notdienst" verzeichneten Notdienst davon ausgehe, dass dieser rund um die Uhr erreichbar sei. Er erwarte nämlich insoweit die umfassende Versorgung, die ihm vom allgemeinen Notdienst der Zahnärztekammer bekannt sei. Der Beklagte könne eine solche ständige Erreichbarkeit aber nicht gewährleisten, weil eine einzelne Praxis wie die von Dr. G in E eine solche Versorgung nicht gewährleisten könne. Diese sei nur zwischen 8.00 und 22.00 Uhr erreichbar. Auf diese Einschränkung müsse der Beklagte ebenso hinweisen wie auf die Tatsache, dass der Notdienst entgegen dem üblichen Zusammenschluss mehrerer Ärzte nur von einer Einzelpraxis wahrgenommen werde. Die durch die Bezeichnung als "Notdienst" geweckte Fehlvorstellung sei auch wettbewerbsrechtlich relevant. Dem Notfall-Patienten gehe es in erster Linie um einen Notdienst, bei dem die Verfügbarkeit eines Zahnarztes rund um die Uhr gewährleistet sei. 15

Darüber hinaus hat die Klägerin ihren Unterlassungsanspruch auch darauf gestützt, dass es durch die beanstandete Werbung bei den Verbrauchern zu einer Verwechslung zwischen dem Beklagten und dem öffentlich-rechtlich organisierten zahnärztlichen Notfalldienst kommen könnte. Da der Beklagte ohne jeden Hinweis auf seine privatrechtliche Organisation werbe, erwecke er bei den angesprochenen Verkehrskreisen den Eindruck, er sei der öffentlich-rechtlich organisierte Notdienst, mit dem er sich aber nicht vergleichen könne. In der Zeit nach 22.00 Uhr verweise der Beklagte die Patienten an die zentrale Notrufnummer des öffentlich-rechtlichen Notdienstes und erbringe somit keine eigenen Leistungen. Um einen Notdienst handele es sich bei der Praxis des Dr. G nur für allenfalls vier Stunden am Tag. Während der Nacht stelle der sogenannte Notdienst in Wirklichkeit eine Telefonvermittlung dar. 16

Der Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt. Er hat darauf verwiesen, dass der Betrieb eines privat organisierten Notdienstes zulässig sei und gegenüber den öffentlich-rechtlichen Notdiensten nicht benachteiligt werden dürfe. Seine Werbung sei nicht irreführend, denn er erfülle sämtliche Erwartungen, die ein hilfeschender Patient habe und gehe sogar über das hinaus, was üblicherweise von einem staatlich organisierten Notdienst erwartet und geboten werde. Auch in diesem Bereich sei eine Behandlungsmöglichkeit nicht 24 Stunden am Tag gewährleistet. In der Praxis Dr. G seien zur Zeit fünf Zahnärzte dauerhaft tätig, von denen nur einer beaufsichtigt werden müsse. Außerdem würden Zahnärzte aus anderen Praxen zu 17

einzelnen Notdienstzeiten als Aushilfen tätig. Der den Notdienst anrufende Patient werde jederzeit, also 24 Stunden täglich, an einen diensthabenden Zahnarzt oder an eine ortsansässige ärztliche Einrichtung weitergeleitet. Die Patienten sähen in einer Beteiligung von mehreren Praxen an einem Notdienst keinen Vorteil und erwarteten sie auch nicht. Der Beklagte hat auch gemeint, dass keine Gefahr bestünde, dass Patienten seinen Notdienst mit dem öffentlich-rechtlichen Notdienst verwechselten. Der Patient mache sich vielmehr bei der Kontaktaufnahme keine Gedanken darüber, wie der Notdienst organisiert sei. Es sei mittlerweile die Regel, dass eine Notfallnummer sowohl an private als auch an öffentlich-rechtliche Notdienste verweise. Wenn in den entsprechenden Rubriken der Telefonbücher mindestens zwei zahnärztliche Notdienste zu finden seien, erkenne der Verbraucher, dass nur einer davon der öffentlich-rechtliche Notdienst sein könne. Selbst wenn aber eine solche Verwechslungsgefahr bestehen sollte, bewirke eine entsprechende Fehlvorstellung noch keine Irreführung, weil niemand durch sie Nachteile erleide oder Wettbewerbsvorteile erhalte.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Werbung des Beklagten nicht wettbewerbswidrig sei. Der angesprochene Patientenkreis gehe nicht davon aus, dass ein Notdienst 24 Stunden am Tag erreichbar sei. Vielmehr sei den Mitgliedern der Kammer aufgrund eigener Erfahrung bekannt, dass auch öffentlich-rechtlich organisierte Notdienste nur zu bestimmten Zeiten Behandlungen von Schmerzpatienten anböten. Die Praxis Dr. G sei täglich zwischen 8.00 und 22.00 Uhr erreichbar. Eine darüber hinausgehende Erreichbarkeit erwarte der betroffene Patient ebenso wenig wie einen Zusammenschluss mehrerer Arztpraxen. Es bestehe auch nicht die Gefahr, dass die angesprochenen Patienten den vom Beklagten angebotenen Notdienst mit einem von der Zahnärztekammer organisierten Notdienst verwechseln könnten. In der Regel werde sich der Patient keine Gedanken darüber machen, wie der Notdienst organisiert sei. Darauf, dass der Beklagte in der nicht von der Praxis Dr. G abgedeckten Zeit Patienten an andere Notdienste verweise, komme es deshalb nicht mehr an.

18

Die Klägerin greift das Urteil mit der Berufung an. Sie verfolgt ihre erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche weiter. Sie wendet sich weiter dagegen, dass der Beklagte in E unter den genannten Rubriken mit den beanstandeten Schlagwörtern werbe, ohne darauf hinzuweisen, dass es sich um einen privatrechtlich organisierten Notdienst handle und dass dieser Notdienst in E nur mit einer einzelnen Praxis kooperiere, deren Ärzte allenfalls in der Zeit von 8.00 bis 22.00 Uhr erreicht werden könnten. Die Klägerin kritisiert, dass das Landgericht eine unrichtige Verbrauchervorstellung zugrunde gelegt habe. Selbst wenn die angesprochenen Patientenkreise nicht annehmen sollten, der vom Notdienst gestellte Notarzt sei 24 Stunden persönlich erreichbar, erwarteten sie doch jedenfalls, dass der Notdienst 24 Stunden täglich telefonisch erreichbar sei. Selbst wenn dann Sammelbehandlungen zu bestimmten Zeiten stattfinden sollten, ändere das nichts an der genannten Erwartungshaltung. Der Beklagte biete aber eine solche telefonische Erreichbarkeit der über ihn organisierten Ärzte nicht an. Er verweise seine Anrufer außerhalb der Praxiszeiten des Herrn Dr. G lediglich an den öffentlich-rechtlichen Notdienst. Diese Telefonweiterleitung stelle keinen zahnärztlichen Notdienst dar. Gerade weil der Notdienst sich nicht auf eine Vielzahl von Ärzten stützen könnte, sei eine entsprechende Erreichbarkeit und Versorgung der Patienten durch ihn nicht gewährleistet. Vorsorglich macht die Klägerin auch noch geltend, dass die Patienten auch dann, wenn sie nicht von einer Erreichbarkeit über 24 Stunden täglich ausgingen, jedenfalls eine Erreichbarkeit erwarteten, die erheblich über den Zeitraum von 8.00 bis 22.00 Uhr hinausgehe. Es sei auch nicht richtig, dass die Patienten keinen Zusammenschluss von mehreren Zahnarztpraxen erwarteten. Sämtliche ihnen bisher bekannten Notdienste verfügten über eine Organisationsstruktur, an der eine Vielzahl von Praxen oder Apotheken teilnähmen. Nur durch solche Zusammenschlüsse seien in den

19

Augen der Patienten die nötige Erreichbarkeit der Ärzte, Zahnärzte und Apotheker und eine besondere Qualität der Dienstleistung gewährleistet. Es sei auch unzutreffend, dass sich die Patienten keine Gedanken darüber machten, ob es sich um einen privaten oder öffentlich-rechtlichen Notdienst handle. Der Patient gehe allenfalls wie früher davon aus, dass nur ein öffentlich-rechtlich organisierter Notdienst in Betracht komme. Von diesem erwarte er eine besondere Qualität und diesem bringe er immer noch ein besonderes Vertrauen entgegen. Wenn der Beklagte in den Telefonbüchern mit den beanstandeten Bezeichnungen werbe, sei das schon deshalb irreführend, weil für den Patienten daraus nicht hervorgehe, dass der Notdienst privat organisiert sei. Die Klägerin bezieht sich insoweit auf Beschlüsse des VG H und des OVG N im Verfahren der Zahnärztekammer gegen Dr. G, in dem beanstandet wurde, dass dieser der berufswidrigen Werbung des Beklagten nicht mit der Klarstellung entgegen gewirkt habe, dass es sich um einen privaten Notdienst handle. Nach den Ausführungen des OVG N verbinde der verständige Durchschnittspatient mit der Vorstellung des "öffentlichen" Notdienstes die Erwartung, dass dieser schnell und unter einem gebräuchlichen Begriff in den Medien ausfindig gemacht werden könne. Er werde deshalb unter dem Stichwort "Zahnärztlicher Notdienst" suchen und darauf vertrauen, dass er es auch mit dem "öffentlichen" Notdienst zu tun habe, wenn dort ein Notdienst aufgeführt sei.

Die Klägerin stützt den Unterlassungsanspruch vorsorglich auch auf einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 21 Abs. 1 Satz 3 BO. 20

Die Klägerin beantragt: 21

Unter Abänderung des am 30.12.2008 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, XX:XX-XXX O 126/08, wird der Beklagte verurteilt, 22

1. 23

es bei Meidung eines für jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung festgesetzten Ordnungsgelds bis zu 250.000,00 EUR – ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, insgesamt jedoch höchstens zwei Jahre, 24

zu unterlassen, 25

selbst oder durch Dritte in Telefonbüchern unter der Rubrik "Notrufe" oder "ärztlicher Notdienst" mit der Angabe 26

- "zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)", 27

- "allgemeiner zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen), 28

- "akut-zahnärztlicher Notdienst für E" oder 29

- "zahnärztlicher Notdienst ZPN" 30

zu werben, 31

wie geschehen im örtlichen Telefonbuch E, im Online-Telefonbuch E, in der Rubrik Ärztlicher Notdienst bei H, im Telefonbuch und in den H1 gemäß dem Anlagekonvolut S & J 1 (Bl. 11 bis 15 d.A.). 32

2. 33

34

an die Klägerin 189,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 35

die Berufung zurückzuweisen. 36

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe zutreffend 37  
angenommen, dass der angesprochene Patientenkreis nicht davon ausgehe, dass ein  
Notdienst 24 Stunden am Tag erreichbar sei. Dem entspreche es auch, dass die Behandlung  
von Schmerzpatienten zu bestimmten Zeiten in den meisten Städten üblich sei. Dazu trägt  
der Beklagte Beispiele vor. Der Service der Praxis Dr. G biete gerade auch am Wochenende  
eine umfassende Betreuung an. Hinzu komme, dass den anrufenden Patienten auch in der  
übrigen Zeit ein notdienstleistender Zahnarzt vermittelt werde. Ob dieser in einem  
Vertragsverhältnis zum Notdienst stehe, sei für die Patienten gleichgültig, die sich auch den  
behandelnden Arzt im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Notdienstes nicht aussuchen  
könnten. Es treffe auch zu, dass sich die betreffenden Patienten keine Gedanken über die Art  
der Organisation eines Notdienstes machten und dass es ihnen, die ohnehin nur von einem  
Zahnarzt behandelt würden, gleichgültig sei, ob es sich bei dem Notdienst um einen  
Zusammenschluss von Zahnärzten handele oder um einen einzelnen Zahnarzt. Deshalb  
würden die Patienten auch seinen Notdienst nicht mit dem öffentlich-rechtlichen Notdienst  
verwechseln. Es sei auch unrichtig, dass ein Patient im Zweifel davon ausgehe, dass ein  
Notdienst öffentlich-rechtlich organisiert ist. Bei ihm, dem Beklagten, nehme das der Patient  
schon deshalb nicht an, weil die Firmierung als e.V. die privatrechtliche Organisation  
erkennen lasse. Er verbinde mit einem öffentlich-rechtlich organisierten Notdienst auch keine  
besondere Qualität. Gerade der Betrieb des Dr. G sei ein zuverlässiger Vertragspartner, der  
auch die Notfallbehandlungen gut organisiert hätte. Die Klägerin könne keinen Beispielsfall  
nennen, bei dem die Erwartungen der Patienten im Hinblick auf die Qualität der Behandlung  
enttäuscht worden wären. Der Beklagte rügt vorsorglich auch den Umfang des  
Verbotsantrags. Das Verbot könne sich nicht auf die gesamte Bundesrepublik erstrecken,  
wenn nur eine Irreführung der Patienten in der Stadt E aufgrund der konkreten  
Verletzungshandlung behauptet werde. Der beanstandete Service der Praxis des Dr. G sei  
nur ein wesentlicher Teil der Dienstleistung des Beklagten und das auch nur in E. Soweit die  
Klägerin nunmehr im Hinblick auf die verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren neuen Vortrag in  
den Rechtsstreit einführe, sei dieser schon nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Im  
Übrigen hätten die vorläufigen Entscheidungen andere Parteien betroffen und könnten  
keinerlei Bindungswirkung für den vorliegenden Fall entfalten.

**II.** 38

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Ihr steht der geltend gemachte Anspruch auf 39  
Unterlassung in der ergänzten Fassung des Klageantrags gegen den Beklagten zu, weil  
dieser in den betreffenden Telefonbüchern irreführend geworben hat.

1) Nach der Einbeziehung der Werbung in den E Telefonverzeichnissen als der konkreten 40  
Verletzungshandlung ist der Antrag bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es  
geht um die E Verhältnisse. Zu diesen hat die Klägerin ausreichend vorgetragen und auf  
diese hat die Klägerin im Hinblick auf den Aspekt der Verbrauchervorstellung von der  
24stündigen Erreichbarkeit des Notdienstes entscheidend abgestellt. Für die Frage der  
Verwechslungsgefahr des Notdienstes des Beklagten mit einem öffentlich-rechtlichen  
Notdienst, auf die die Klägerin die Irreführung auch noch gestützt hat, ist gleichfalls von  
erheblicher Bedeutung, in welchem Zusammenhang der "Zahnärztliche Notdienst", der

"Allgemeine Zahnärztliche Notdienst", der Akut-Zahnärztliche Notdienst für E" oder der "Zahnärztliche Notdienst ZPN" beworben wird. Denn für die Frage der Irreführung kommt es auf den Gesamtzusammenhang der Werbeaussage an. Bei der Ergänzung handelt es sich um eine kostenunschädliche Klarstellung, weil es der Klägerin von Anfang an um die Unterlassung der Werbung in den entsprechenden Verzeichnissen in E ging.

2) Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3, 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. und 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG n.F. zu. Denn der Beklagte hat mit den beanstandeten Bezeichnungen relevante irreführende Angaben über die Art, die Ausführung, die Zwecktauglichkeit und insbesondere den Zeitpunkt seiner Dienstleistungen gemacht. Damit hat er eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 3 UWG a.F. und eine unzulässige geschäftliche Handlung im Sinne des neuen UWG begangen. 41

a) Die sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ergebende Klagebefugnis der Klägerin wird in diesem Verfahren nicht gesondert angegriffen. Es reicht insoweit aus, dass der Klägerin die Zahnärztekammer Westfalen-Lippe angehört. Über diese Mitgliedschaft vertritt die Klägerin mittelbar auch die Interessen der in der Kammer vertretenen Zahnärzte. Die Kammer erbringt Dienstleistungen gleicher Art wie der Beklagte und der von ihm eingesetzte Dr. G mit seiner Praxis bietet im Rahmen des Notdienstes ähnliche Dienstleistungen an wie die in der Kammer vertretenen Zahnärzte im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Notdienstes. Insoweit sind auch zahnärztliche Notdienstleistungen keine anderen als die üblichen zahnärztlichen Dienstleistungen. Sie werden nur zu einer anderen Zeit ausgeführt. 42

b) Die Präsentation des "Allgemeinen Zahnärztlichen Notdienstes" des Beklagten in der beanstandeten Weise in den Telefonbüchern ist selbst dann, wenn sie nur für den die Behandlung ausschließlich durchführenden Zahnarzt bestimmt sein sollte, Wettbewerbsbehandlung im früheren Sinne und geschäftliche Handlung. Denn auch die Förderung fremden Wettbewerbs im Rahmen eines eigenen Notdienstes reicht unter den gegebenen Umständen dafür aus. Im Übrigen trägt der Beklagte auch selbst vor, dass er die Notfallpatienten in den Zeiten an diensthabende Zahnärzte vermittelt, in denen die Praxis Dr. G nicht besetzt ist. 43

c) In der Verwendung der beanstandeten Bezeichnungen in den Rubriken "Notdienst" und "Ärztlicher Notdienst" in den Telefonverzeichnissen ist unter verschiedenen Aspekten eine Irreführung zu sehen. Zum einen werden die angesprochenen Patienten dadurch irregeführt, dass sie als Folge der Werbung irrig annehmen, der Notdienst des Beklagten sei 24 Stunden erreichbar. Sie glauben ferner fälschlicherweise, der Notdienst sei ein Zusammenschluss von mehreren, wenn nicht vielen Zahnarztpraxen wie das beim öffentlich-rechtlichen Notdienst der Fall ist. Schließlich ist eine Irreführung auch in der Fehlvorstellung der Patienten zu sehen, der von dem Beklagten angebotene Notdienst sei der öffentlich-rechtliche Notfalldienst, den die zuständige Zahnärztekammer organisiert habe. 44

aa) Die verwendeten Bezeichnungen des Allgemeinen Zahnärztlichen Notdienstes in den genannten Verzeichnissen sind irreführend, wenn sie jedenfalls von einer nicht unerheblichen Zahl der angesprochenen Verkehrskreise falsch verstanden wird. Entscheidend ist dafür, welchen Inhalt die angesprochenen Verkehrskreise der Werbeaussage entnehmen und ob dieser mit der Wirklichkeit übereinstimmt (BGH GRUR 1998, 949, 950 –D-Netz-Handtelefon). Auch objektiv zutreffende Angaben können dabei irreführend sein, wenn ein beachtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise damit eine unrichtige Vorstellung verbindet (BGH GRUR 2007, 805, 806 –Irreführender Kontoauszug). 45

bb) Die von der Werbung des Beklagten angesprochenen Verkehrskreise sind die Patienten, die einen solchen Notdienst in Anspruch nehmen könnten oder müssten, also die allgemeinen Verkehrskreise. Es kommt somit darauf an, welche Vorstellung sich die durchschnittlich informierten, situationsbedingt aufmerksamen und angemessen verständigen Patienten von einem unter den unterschiedlichen Bezeichnungen angebotenen Notdienst machen. Die Vorstellung dieser angesprochenen Verkehrskreise können die Senatsmitglieder als möglicherweise betroffene Patienten und auch aufgrund ihrer Lebenserfahrung selbst beurteilen.

cc) Den durchschnittlich informierten Patienten ist bekannt, dass für Notfälle außerhalb der üblichen Sprechstunden ein ärztlicher und zahnärztlicher Notdienst zur Verfügung steht. Dabei kann dahinstehen, ob sie auch wissen, dass die zuständige Heilberufskammer diesen Notfalldienst nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 HeilBerG organisieren muss. Es besteht jedenfalls die Vorstellung eines "öffentlichen" Notdienstes, an den man sich in Notfällen wenden kann (vgl. OVG N, Beschluss vom 19. September 2008 (13 B 1070 / 08), S. 3 –Bl.130). Jedenfalls eine nicht unbedeutende Anzahl dieser Verkehrskreise versteht gerade auch in Anbetracht dieser Vorkenntnis den Hinweis in den entsprechenden Telefonbüchern auf den "Zahnärztlichen Notdienst", den "Allgemeinen Zahnärztlichen Notdienst" und den **Akut-Zahnärztlichen Notdienst für E** des Beklagten so, dass es sich unter der angegebenen Telefonnummer um einen Notdienst handelt, der 24 Stunden am Tag **erreichbar** ist. Entsprechend dieser Vorstellung verbindet der entsprechende Patient mit einem solchem Notdienst auch nicht einen einzelnen Zahnarzt oder eine einzelne Zahnarztpraxis, sondern zumindest einen Zusammenschluss mehrerer Ärzte. Denn nur dieser kann sicherstellen, dass die ständige Erreichbarkeit ermöglicht wird. Bei ärztlichen und zahnärztlichen Notdiensten ist die Erreichbarkeit rund um die Uhr auch immer noch üblich, was die Verbrauchervorstellung entscheidend beeinflusst (vgl. dazu Senat GRUR-RR 2006, 105; Hefermehl/Bornkamm, UWG, 27. Auflage, § 5 Rdn. 145 b). Dies gilt jedenfalls solange, wie nicht –wie in einigen Städten wie N2- ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass ein Bereitschaftsdienst nur für ganz bestimmte Zeiten außerhalb des üblichen Praxisbetriebes besteht. Gerade die Hinweise machen deutlich, dass Patienten ohne sie davon ausgehen können, dass eine ständige Rufbereitschaft besteht. Von der Rufbereitschaft ist allerdings die ständige Behandlungsbereitschaft zu unterscheiden, die der Patient auch aufgrund früherer Erfahrungen tatsächlich nicht immer erwarten mag.

47

dd) Daneben geht auch eine erhebliche Anzahl von Patienten aufgrund ihrer oben angesprochenen Vorkenntnis und ihrer teils jahrelangen Erfahrungen mit den "öffentlichen" Notdiensten der Ärzte, Zahnärzte und Apotheker davon aus, dass der in einer Rubrik "Notruf" oder "Ärztlicher Notdienst" in der beanstandeten Weise erwähnte Notdienst der öffentlich-rechtlich organisierte regionale Notdienst ist, der von verschiedenen Praxen in der Stadt E bedient wird, also ein klassischer Notdienst in der tradierten Form. Er sieht dann in der Bezeichnung "Allgemeiner Zahnärztlicher Notdienst (alle Kassen)" auch nicht nur die Abgrenzung zu einem Privaten Notdienst, den nur Privatpatienten in Anspruch nehmen können. Es besteht bei der Verwendung der Bezeichnungen "Zahnärztlicher Notdienst" und "Allgemeiner Zahnärztlicher Notdienst" und auch "Akut-Zahnärztlicher Notdienst für E" jedenfalls die Gefahr, dass der private Notdienst des Beklagten mit dem öffentlich-rechtlichen Notdienst der Zahnärztekammer als dem klassischen Notdienst in der Vorstellung der Patienten verwechselt wird. Denn die Patienten, die die Einrichtung des öffentlichen Notdienstes kennen, erwarten gerade im Fall einer Inanspruchnahme, dass dieser schnell und unter einem gebräuchlichen Begriff wie etwa "Zahnärztlicher Notdienst" auffindig gemacht werden kann (vgl. OVG N, a.a.O. S. 4 (Bl.131). Wenn sie danach unter den Begriffen "Notruf" oder "Ärztlicher Notdienst" suchen, stoßen sie auf den Beklagten und

48

dessen Rufnummer und meinen, sie hätten es mit dem öffentlichen Notdienst zu tun. Es ist auch gerade nicht so, dass sich die von Schmerzen geplagten Patienten überhaupt keine Gedanken darüber machen, wie der Notdienst organisiert ist, der ihnen helfen kann. Das mag bei einem Teil der Betroffenen so sein, aber jedenfalls ein nicht unerheblicher anderer Teil hält es für wichtig, aus welchem Umfeld der Zahnarzt kommt, gerade weil dem öffentlich-rechtlich organisierten Notdienst immer noch ein erheblich größeres Vertrauen entgegen gebracht wird als einem privaten Notdienst unbekannter Art. Gerade die Tatsache, dass der Beklagte sich als "Allgemeiner Zahnärztlicher Notdienst" bezeichnet und auf die beanstandete Weise geworben hat, spricht auch dafür, dass er sich an die übliche Präsentation öffentlich-rechtlicher Notdienste und damit verbundene Wettbewerbsvorteile anlehnen wollte. Entgegen seinem Vortrag hat der Beklagte bei den hier beanstandeten Bezeichnungen auch auf seine Rechtsform (e.V.) gerade nicht hingewiesen. An dieser Einschätzung ändert sich auch nichts dadurch, dass es vorkommen kann, dass in einer Stadt zwei "Zahnärztliche Notdienste" in der entsprechenden Rubrik auftauchen, wenn der öffentlich-rechtliche Notdienst sich dort neben dem Beklagten eintragen lässt. Dann nimmt der Patient aber möglicherweise an, beides seien die entsprechenden klassische Notdienste aus Verbundpraxen. Wenn er erkennt, dass einer der Notdienste ein privater sein müsste, kann er aber immer noch nicht erkennen, welcher der beiden Notdienste der bevorzugte klassische Notdienst ist. Wenn tatsächlich nur der Beklagte in bestimmten Medien als "Zahnärztlicher Notdienst" auftaucht, wie es in der Online-Telefonauskunft in E der Fall ist (Bl.13), wird die Möglichkeit, dass die Patienten den Beklagten für den öffentlichen Notdienst halten, sogar noch vergrößert.

ee) Diese Verbrauchervorstellung entspricht im doppelten Sinne nicht der Wirklichkeit. Der Beklagte ist als eigener Notdienst in E nicht rund um die Uhr erreichbar, sondern nur von 8.00 bis allenfalls 22.00 Uhr (in der Woche), da er dort ausschließlich mit der Praxis Dr. G zusammenarbeitet. Insofern wird auch die weitergehende Verbrauchervorstellung, der Notdienst werde von mehreren Zahnärzten wahrgenommen, enttäuscht. Selbst wenn also Patienten nur bis 24.00 Uhr einen ständig erreichbaren Notdienst erwarten würden, wie der Beklagte annimmt, würden sie immer noch enttäuscht. Denn außerhalb der Zeit von 8.00 h. bis 22.00 h. wird der anrufende Patient vom Beklagten an einen anderen Zahnarzt, der Notdienst hat, verwiesen. Das kann der Arzt des öffentlich-rechtlichen Notdienstes sein, aber auch ein diensthabender Arzt in einer zahnärztlichen Klinik. Insofern geht es dann aber um keinen eigenen Notdienst mehr, wie ihn sich der Verbraucher vorstellt, sondern um die **Vermittlung** eines anderen Notdienstes. Ferner handelt es sich bei dem Notdienst des Beklagten auch tatsächlich nicht um einen öffentlich-rechtlich organisierten Notdienst der klassischen Art. Der Notdienst ist privat organisiert und wird in E –wie ausgeführt– auch allein von der Praxis Dr. G wahrgenommen. 49

ff) Diese Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise ist auch wettbewerbsrechtlich relevant. Eine Werbeaussage, durch die eine Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise ausgelöst wird, ist erst dadurch wettbewerbsrechtlich relevant, dass sie geeignet ist, das Marktverhalten der Gegenseite zu beeinflussen (BGH GRUR 2003, 628, 630 –Klosterbrauerei; BGH GRUR 2000, 239, 241 – Last-Minute Reise). Das ist der Fall, wenn es nach der Lebenserfahrung nahe liegt, dass die erzeugte Fehlvorstellung für die Marktentscheidung eines nicht unbeträchtlichen Teils des Verkehrs von Bedeutung ist. Das ist hier der Fall. Wie oben schon ausgeführt worden ist, ist es nicht so, dass es den angesprochenen Patienten, auch dann, wenn sie Schmerzen haben, nur auf die Dienstleistung ankommt, egal wer sie erbringt. Trotz der Notlage wird eine Behandlung durch einen Zahnarzt erwartet, zu dem man Vertrauen im Hinblick auf eine gewisse Fürsorge und einen Erfolg der Behandlung hat. Den Patienten erscheint ein öffentlich-rechtlicher 50

zahnärztlicher Notdienst in diesem Zusammenhang immer noch vertrauenswürdiger, und zwar wegen der größeren Nähe zum eigenen Arzt des Vertrauens und wegen der zumindest für möglich gehaltenen Kontroll- und Beschwerdemöglichkeit bei den zuständigen Kammern. Die Patienten gehen auch davon aus, dass vom Notdienst eine bessere Qualität im Rahmen der erforderlichen Behandlung zu erwarten ist, und zwar unabhängig davon, ob die Vorstellung immer richtig ist. Der getäuschte Patient hätte angesichts seiner Bevorzugung des klassischen Notdienstes den Notruf des Beklagten nicht angerufen, wenn er gewusst hätte, dass dieser ein privater Notdienst ist, der nur mit einer bestenfalls bis 22.00 Uhr erreichbaren Praxis zusammenarbeitet. Der von dem Beklagten geförderten Praxis Dr. G entsteht ein erheblicher Wettbewerbsvorteil, weil sie über den Notdienst mit Patienten in Kontakt kommt, die sie sonst auch als Notfallpatienten nie aufgesucht hätten. Ist das so, ist nicht entscheidend, ob der entsprechende Patient in E die erforderliche Behandlung genauso gut vom privaten Notdienst über die Praxis Dr. G erhalten hat und ob diese Praxis an den Wochenende sogar sehr viel länger für eine Notfallbehandlung zur Verfügung stehen kann als der öffentlich-rechtliche Notdienst. Schließlich kommt auch noch ein gewisser Nachahmungseffekt hinzu. Wenn ungeachtet der möglichen Verwechslung eine solche Bezeichnung privater Notdienste in den betreffenden Verzeichnissen an der Stelle gestattet wird, wo der Patient den Hinweis auf den öffentlichen Notdienst erwartet, können sich die gleich bezeichneten privaten Notdienste mehren und es würde für den Patienten dadurch immer schwerer, den klassischen Notdienst zu finden, den er bevorzugt und deshalb sucht.

5) Aus oben Gesagtem folgt zugleich, dass der Wettbewerbsverstoß des Beklagten keine Bagatelle, sondern nach § 3 UWG unzulässig ist, weil er die Interessen der Marktteilnehmer nicht nur unwesentlich beeinträchtigt. Bei einer irreführenden Werbung wird gerade auch die Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Interessen der anderen Marktteilnehmer in Gestalt des Tatbestandsmerkmals der wettbewerblichen Relevanz geprüft, so dass eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung entbehrlich ist (vgl. Köhler, GRUR 2005, 1, 7). 51

6) Eine Haftung des Beklagten aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit § 21 Abs. 1 Satz 3 der BO der Zahnärzte kommt dagegen nicht in Betracht. Insoweit handelt es sich um einen neuen Streitgegenstand, der nur im Wege der Klageerweiterung in den Rechtsstreit eingeführt werden könnte und dessen Einführung § 533 Satz 2 ZPO entgegen steht. Über die Frage, ob es sich um eine berufswidrige Werbung durch Dritte handelt, könnte nicht auf der Tatsachengrundlage entschieden werden, die der Senat seiner Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hätte. 52

7) Da der Unterlassungsanspruch besteht, kann die Klägerin nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG für die berechtigte Abmahnung auch pauschalen Aufwendungsersatz in der nicht angegriffenen Höhe von 189,-- € verlangen. 53

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 54

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 55