

BUNDESKARTELLAMT

3. Beschlussabteilung

B 3 – 129/03

Bußgeldbescheid

In dem Kartellordnungswidrigkeitenverfahren

gegen

Herrn [Betroffener A]

- Betroffener zu 1. -

geboren am [...] in [...]

wohnhaft [...]

- Verteidiger des Betroffenen zu 1.:

RA [...],

Herrn [Betroffener B]

- Betroffener zu 2. -

geboren am [...] in [...]

wohnhaft [...]

- Verteidiger des Betroffenen zu 2.:

RA [...],

[GH A]

- Nebenbetroffene -

- Verteidiger der Nebenbetroffenen:

RA [...]-

hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 28. August 2006 beschlossen:

I.

1. Dem Betroffenen zu 1. wird zur Last gelegt, durch eine selbständige Handlung vorsätzlich gegen das Verbot des § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der ab dem 01. Januar 1999 geltenden Fassung (GWB a.F.) verstoßen zu haben, indem er sich als [...] der Nebenbetroffenen an dem Abschluss und der Durchführung wettbewerbsbeschränkender Absprachen auf dem Markt des Pharmagroßhandels beteiligt hat.

Dem Betroffenen zu 2. wird zur Last gelegt, durch eine selbständige Handlung vorsätzlich gegen das Verbot des § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB a.F. verstoßen zu haben, indem er sich an der Durchführung wettbewerbsbeschränkender Absprachen auf dem Markt des Pharmagroßhandels beteiligt hat.

2. Gegen die Betroffenen werden folgende Geldbußen festgesetzt:

2.1 gegen den Betroffenen zu 1. wegen der oben aufgeführten Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße in Höhe von

[...] €

(in Worten: [...] Euro),

2.2 gegen den Betroffenen zu 2. wegen der oben aufgeführten Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße in Höhe von

[...] €

(in Worten: [...] Euro).

3. Gegen die Nebenbetroffene wird nach § 30 Abs. 1 OWiG als Nebenfolge der von den Betroffenen zu 1. und zu 2. begangenen Ordnungswidrigkeiten eine Geldbuße in Höhe von

[...] €

(in Worten: [...] Euro)

festgesetzt.

4. Die Betroffenen und die Nebenbetroffene haben die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zu tragen (§ 105 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 464 Abs. 1, 464 a Abs. 1, 465 Abs. 1 StPO).

Die Gebühren betragen nach § 107 Abs. 1 OWiG

für den Betroffenen zu 1. wegen der unter 2.1 festgesetzten Geldbuße

[...] €

(in Worten: [...] Euro),

für den Betroffenen zu 2. wegen der unter 2.2 festgesetzten Geldbuße

[...] €

(in Worten: [...] Euro),

für die Nebenbetroffene wegen der unter 3. festgesetzten Geldbuße

[...] €

(in Worten: [...] Euro).

Die Auslagen betragen insgesamt

[...] €

(in Worten: [...] Euro [...])

und sind von den Betroffenen und der Nebenbetroffenen als Gesamtschuldner zu tragen (§ 105 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 466 StPO).

II.

Die Betroffenen und die Nebenbetroffene werden aufgefordert, spätestens zwei Wochen nach Rechtskraft dieses Bußgeldbescheides die Geldbußen, die Gebühren sowie die Auslagen unter Angabe des Verwendungszwecks „[...]“ und unter Verwendung des Kassenszeichens

[...]

auf das Gebührenkonto

[...]

zu zahlen.

Im Fall der Zahlungsunfähigkeit haben die Betroffenen und die Nebenbetroffene schriftlich oder zur Niederschrift darzutun, warum ihnen die fristgerechte Zahlung nach den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zumutbar ist (§ 66 Abs. 2 Nr. 2b OWiG).

Wenn dieser Verpflichtung nicht nachgekommen wird, kann das Oberlandesgericht in Düsseldorf nach Ablauf einer Frist von zwei Wochen nach Eintritt der Fälligkeit auf Antrag des Bundeskartellamtes Erzwingungshaft anordnen (§§ 95 Abs. 1, 96 Abs. 1, 99 OWiG; §§ 83, 86 GWB).

III. Beweismittel

A. Urkunden und Augenscheinsobjekte

Beweismittelsammlungen 1 bis 24 aus den Durchsuchungsobjekten zum Verfahren B3- 129/03 (Zitierweise: Beweismittelsammlung – Stück (=Asservatenummer) – Blatt, z.B. 1-5 Bl. 7), aufgefunden im Rahmen der Durchsuchungsaktionen des Bundeskartellamtes am 14.11.2003 und am 05.07.2004, sowie die Verfahrensakte.

B. Aussagen von Zeugen

1. [Zeuge A], ehemaliger [Vertriebsverantwortlicher der Nebenbetroffenen] [GH A],

Unterakte III.1.1.

2. [Zeuge B], als Zeuge benannt von der weiteren Nebenbetroffenen [GH B] und bei dieser als [Vertriebsverantwortlicher] tätig,

Unterakte III.1.2.

3. [Zeuge C], als Zeuge benannt von der weiteren Nebenbetroffenen [GH B] und bei dieser als [Vertriebsverantwortlicher] tätig,

Unterakte III.1.3.

4. [Zeuge D], als Zeuge benannt von der weiteren Nebenbetroffenen [GH B] und bei dieser als [Vertriebsverantwortlicher] tätig,

Unterakte III.1.4.

C. Einlassungen

Die Betroffenen und die Nebenbetroffene hatten Gelegenheit, sich zu den erhobenen Vorwürfen zu äußern. Die Verteidigung der Nebenbetroffenen hat mit Schriftsätzen vom

30.06.2005 und vom 06.03.2006 sowie in einer Telefonkonferenz am 03.08.2006 zu den Vorwürfen Stellung genommen. Der Betroffene zu 1. hat sich der Stellungnahme der Nebenbetroffenen vom 30.06.2005 angeschlossen.

Auch die weiteren Betroffenen und Nebenbetroffenen des Verfahrens¹ hatten Gelegenheit zur schriftlichen und mündlichen Stellungnahme und haben davon Gebrauch gemacht.

IV. Begründung

A. Sachverhalt

1. Die Betroffenen und die Nebenbetroffene

1. Der Betroffene [A] ist seit August 2003 [...] der Nebenbetroffenen.
2. Der Betroffene [B] ist das für die Bereiche Rechnungswesen und Finanzen zuständige Mitglied des Vorstandes der Nebenbetroffenen. Im Jahr 2003 war er Leiter des Ressorts Controlling der Nebenbetroffenen.
3. Das Geschäftsfeld der Nebenbetroffenen ist der Großhandel mit Arzneimitteln. Der Konzernumsatz betrug im Geschäftsjahr 2003/2004 [...] Mrd. Euro, im Geschäftsjahr 2004/2005 [...] Mrd. Euro; der Konzernumsatz wird fast ausschließlich im Pharmagroßhandel in Deutschland erzielt.
4. Die Aktionärsstruktur der börsennotierten [GH A] stellt sich wie folgt dar: die [GH C] hält 24,99% der [GH A]-Aktien. Der [GH C]-Vorstandsvorsitzende sitzt traditionell dem [GH A]-Aufsichtsrat vor, so auch der weitere Betroffene [C], der jetzige Vorstandsvorsitzende der [GH C]; weitere Aufsichtsratsmitglieder sind der [GH C] zuzurechnen. Knapp über 25 % der Aktien wurden von der [...] -Bank gehalten; die [...] -Bank beabsichtigte, diese Aktien an die [GH C] zu veräußern, wodurch [GH C] eine knappe Aktienmehrheit an [GH A] erworben hätte. Dies wurde vom Bundeskartellamt untersagt; die dagegen eingelegte Beschwerde ist noch anhängig. Die [...] -Bank veräußerte ihre Anteile daraufhin je zur Hälfte an die [GH B] und die [GH E], die bereits einen kleinen Anteil an der Nebenbetroffenen hielt –[GH C], [GH B] und [GH E] halten somit zusammen knapp über die Hälfte der [GH A]-Aktien. [GH C] verfügt indirekt über eine Option auf den Erwerb der ehemals von der [...] -Bank ge-

1 Mit "weiteren Nebenbetroffenen" sind die [GH C], die [GH B] und die [GH D] gemeint, gegen die sich das vorliegende Verfahren ebenfalls richtet; Entsprechendes gilt für die "weiteren Betroffenen".

haltenen [GH A]-Aktien. Weitere Anteilseigner sind das britische Pharmagroßhandelsunternehmen [GH F] mit knapp 30% und die [GH G], ebenfalls eine apotheker-eigene Pharmagroßhandelsgenossenschaft, mit rund 5%. Eine niederländische Apothekergenossenschaft hält knapp 6%.

2. Hintergrund

- Die Marktteilnehmer

5. Auf dem deutschen Pharmagroßhandelsmarkt sind insgesamt vier Unternehmen bundesweit tätig. Es sind dies:
 - die [GH B] (19 Niederlassungen, bundesweit² rund 28% Marktanteil)
 - die über die [GH E] zum [...]Konzern gehörende [GH D](19 Niederlassungen, bundesweiter Marktanteil: rund 18%),
 - die [GH A] (23 Niederlassungen, Marktanteil rund 16,5%)
 - die [GH C], deren Kapital mehrheitlich von der [...] e.G. gehalten wird (15 Niederlassungen; Marktanteil rund 12%).
6. Weitere Pharmagroßhändler sind die [GH G] (5 Niederlassungen; Marktanteil rund 10%) sowie [GH H] und die sonstigen sog. privaten Pharmagroßhändler (insgesamt rund 10 Unternehmen mit etwa 15 Niederlassungen und 15,5% Marktanteil). Diese Unternehmen sind jeweils nur regional tätig.

- Der Markt: wenige Anbieter, jahrelang stabile Marktanteile, hohe Transparenz

7. Der Pharmagroßhandelsmarkt zeichnet sich durch wenige Anbieter, eine hohe Stabilität der (bundesweiten) Marktanteile und eine von den Marktteilnehmern hergestellte hohe Transparenz aus.
8. Es gibt lediglich vier bundesweit tätige größere Anbieter mit (bundesweiten) Marktanteilen zwischen etwa 12% und 28%. Die weiteren Anbieter sind jeweils nur in einigen Regionen tätig und haben zudem auch dort oft nur eine begrenzte Marktstellung inne. Auch wenn die Eigentümerstruktur der Unternehmen unterschiedlich ist, ähneln sich diese Unternehmen stark: Sie operieren alle von regionalen Vertriebszentren aus, beliefern ihre Kunden – die Apotheken – mehrmals täglich und finden

2 Die Marktanteile der Pharmagroßhändler sind regional sehr unterschiedlich; die hier wiedergegebenen Angaben zur Zahl der Niederlassungen und zum bundesweiten Marktanteil sollen nur einen Eindruck über die Unternehmensgrößen geben.

dieselben Marktbedingungen vor, die stark von der Regulierung des Gesundheitswesens geprägt sind.

9. Die Marktanteile schwanken zwar in den einzelnen Regionen, zeichnen sich aber bei bundesweiter Betrachtung durch eine große Stabilität aus. Selbst bei langjähriger Betrachtung sind die bundesweiten Marktanteile weitgehend stabil.
10. Die Markttransparenz wird zum einen durch das Marktforschungsunternehmen IMS hergestellt, das die Fläche der Bundesrepublik in etwa 3000 sog. IMS-Segmente unterteilt hat und für die Pharmagroßhändler monatlich die (auf zwei Nachkommastellen genauen) Marktanteile je IMS-Segment ermittelt. Den Unternehmen sind zum Teil auch die genauen Marktanteile der anderen Großhändler bekannt³. Zudem führen die Großhändler sog. Kundenfluktuationslisten⁴. In diesen Listen wird aufgeführt, welche Apotheke von welchem anderen Großhändler gewonnen und welche an wen verloren wurde. Das monatliche Einkaufsvolumen und weitere Daten – wie der vermutete Wechselgrund – sind erfasst. Auch der Phagro⁵ bietet eine Plattform für Kontakte unter Pharmagroßhändlern. Im Rahmen des Phagro findet ein reger Informationsaustausch statt, der sich z. B. in häufigen Rundschreiben, Statistiken, der Zusammenarbeit innerhalb der Datenfernübertragungsgeräte Gesellschaft mbH (DATEG) oder in regelmäßigen Treffen manifestiert. Auf regionaler Ebene gibt es in unregelmäßigen Abständen Treffen auf Ebene der Regionalleiter, in denen u. a. über die Auswirkungen von Gesetzesänderungen, bundeslandspezifische Themen, technische Fragen usw. diskutiert wird⁶. Auch auf lokaler Ebene gibt es in unregelmäßigen Abständen Kontakte zwischen den Vertriebsmitarbeitern, z. B. Tage der Offenen Tür oder gegenseitige Betriebsbesichtigungen.
11. Neben der Häufigkeit und Zuverlässigkeit der Belieferung sind die Rabatte (und Skonti) der wichtigste Wettbewerbsparameter. Zum hier relevanten Zeitpunkt⁷ entfiel über die Hälfte des Einkommens der Apotheker auf von den Pharmagroßhändlern gewährte Rabatte.

3 Asservate Büro [Betroffener F] ([GH D]), 2-204, Bl. 22 ff.; Vorz. [...] ([GH E]) 1-2. Bl. 32 ff.; [Betroffener E] ([GH B]) 16-3. Bl. 27 ff.; EDV-Asservat [GH A]/[Betroffener A], undatierte Marktanteilsübersicht für den Zeitraum 0/2002 bis 07/2003.

4 "Kufli-Listen", auch "Wanderungslisten" oder "Wanderungsstatistiken" genannt.

5 Bundesverband des Pharmazeutischen Großhandels e.V.

6 Zeugenvernehmung [Zeuge B], Unterakte III.1.2., Bl. 22 ff.

7 Vor In-Kraft-Treten des GMG; inzwischen hat die Bedeutung der Rabatte für das Apothekereinkommen abgenommen.

12. Angesichts der wenigen bedeutsamen Unternehmen, der hohen Markttransparenz und der starken Regulierung ist die Branche für Absprachen anfällig. So hat das Bundeskartellamt bereits im Jahr 1991 gegen 12 Pharmagroßhandelsunternehmen und deren verantwortliche Personen Bußgeldbescheide wegen verbotener Absprachen erlassen⁸. Insgesamt beliefen sich die festgesetzten Geldbußen auf umgerechnet rd. 19 Mio. Euro. Den Feststellungen der Beschlussabteilung zufolge hatten die Pharmagroßhändler Ende 1986 zunächst einen sofortigen "Akquisitionsstop" und die "Abgleichung" von Kunden mit den Wettbewerbern vorgenommen. Im folgenden Zeitraum 1987 bis 1990 wurden dann zwischen Pharmagroßhändlern Absprachen über eine einheitliche Kürzung der den Apotheken gewährten Rabatte, über die gegenseitige Gewährung von Kundenschutz, über die Beschränkung des Wettbewerbs um die Belieferung neuer Kunden sowie über den Ausgleich von Kunden bei nicht zu verhindernden Kundenwechseln getroffen. Die Bußgeldbescheide wurden bestandskräftig.

- 1. Jahreshälfte 2003: Vorwärtsstrategie

13. Ende 2002 rief der damalige Vorstandsvorsitzende von [GH A], Herr [...] ([GH A])⁹, die sog. "Vorwärtsstrategie" aus. Ziel war eine Ausweitung des Marktanteils von etwas über 16 % auf 18%; um dieses Ziel zu erreichen, war Herr [...] ([GH A]) bereit, einen großen Teil des Jahresgewinns in Form von erhöhten Rabatten zu investieren. Hintergrund war folgende Überlegung:
14. Zum 01.01.2003 trat das Beitragssatzsicherungs-Gesetz (BSSichG) in Kraft, mit dem Zwangsrabatte eingeführt wurden, die die Apotheker an die gesetzlichen Krankenkassen abzuführen hatten. Herr [...] ([GH A]) hoffte, dass viele Apotheken vor diesem Hintergrund besonders empfänglich für die Gewährung zusätzlicher Rabatte und dadurch leichter von den anderen Pharmagroßhändlern abzuwerben seien.
15. Anfang 2004 trat das Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) in Kraft. Durch das GMG wurde auch die Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) geändert. Die geänderte AMPreisV sah eine deutliche Reduzierung der durchschnittlichen Spanne des Großhandels (von rund 12,5% auf rund 6,2%) vor. Herr [...] ([GH A]) ging daher nach Bekanntwerden der vorgesehe-

8 Gesch.-Z.: B 3 - 171/89, siehe Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes (TB) 1989/90, S. 79, und TB 1991/92, S. 97.

9 Mitarbeiter der Nebenbetroffenen werden im Folgenden mit „[GH A]“ gekennzeichnet; entsprechend Mitarbeiter von ([GH B]) mit ([GH B]), solche von [GH D] mit ([GH D]), von [GH C] mit ([GH C]). Auch wörtliche Zitate werden im Folgenden entsprechend ergänzt.

nen Neuregelungen des GMG davon aus, dass ab 2004 der bis dahin wichtigste Wettbewerbsparameter, der Rabatt, nicht mehr im bisherigen Umfang eingesetzt werden könne, so dass die Marktanteile ab 2004 praktisch zementiert würden¹⁰. Eine Ausweitung des Marktanteils während des Jahres 2003 würde daher, so seine Annahme, zu einem dauerhaft erhöhten Marktanteil führen. Um dies zu erreichen, war Herr [...] ([GH A]) bereit, einen großen Teil des für 2003 erwarteten Jahresgewinnes einzusetzen und in Form erhöhter Rabatte an die Apotheker zu "bezahlen". Eine einmalige Investition von knapp 60 Mio. Euro an zusätzlich gezahlten Rabatten im Jahr 2003 würde so (dauerhaft) zu einem zusätzlichen Jahresgewinn von etwa 20 Mio. Euro pro Jahr führen¹¹.

- Folgen der Vorwärtsstrategie

16. H. [...] ([GH A]) beabsichtigte, die erhofften Marktanteilsgewinne zu einem großen Teil zu Lasten der privaten Großhändler zu erzielen. Dieses Ziel wurde jedoch nicht erreicht, stattdessen wurde über die Hälfte der hinzu gewonnenen Marktanteile von [GH D] und [GH B] abgeworben. Nach einer [GH A]-internen Aufstellung¹² hatte [GH A] im Geschäftsjahr 2003 (09/02 bis 08/03) insgesamt Umsatzerlöse von monatlich 23,6 Mio. Euro hinzugewonnen, von denen 7,3 Mio. auf (GH B], 6,3 Mio. auf [GH D] und 1,0 Mio. auf [GH C] entfielen. Dies führte zu Gegenreaktionen von [GH D] und [GH B], die ihrerseits mit erhöhten Rabattangeboten an den Markt gingen und so auch einen Teil der Marktanteilsverluste wettmachen konnten. Jedenfalls führte die Vorwärtsstrategie zu einer "Rabattschlacht", die Ertragsverschlechterungen bei den Pharmagroßhändlern nach sich zog.

- Ablösung [...] – Ausrufung der Aufwärtsstrategie

17. Im April 2003 kam es schließlich unter maßgeblicher Mitwirkung von [Betroffener C] (Vorstandsvorsitzender [der weiteren Nebenbetroffenen GH C]) und den anderen [GH C]-Vertretern im [GH A]-Aufsichtsrat zur Ablösung von Herrn [...] ([GH A]) als

10 Ebenso die (damalige?) Einschätzung [vom Betroffenen C] (SC) auf der gemeinsamen Wirtschaftsausschuss-Sitzung vom 13.08.03 und TOP 03: Bericht aus dem Ressort Finanzen: "BE [Betroffener C]: Es gibt zur Zeit akuten Steuerungsbedarf. Der Wettbewerb wird schärfer. Mit dem GMG wird es Rabattwettbewerb in der bisherigen Form nicht mehr geben.", Ass. Büro [...] 3-10, Bl. 10.

11 So die Einschätzung von Herrn [...] ([GH A]) und des Betroffenen B([GH A]), s. [...], "Dokumentation der Umsatz- und Ergebnisentwicklung von November 2002 bis März 2003 unter besonderer Berücksichtigung der sog. Vorwärtsstrategie", Ass. Wohnung [...], 12-3, Bl. 14.

12 "Saldo Akquisitionstätigkeit GJ 2003 gem. Kundenfluktuationsmeldungen", JK/Vertriebscontrolling, elektronisches Asservat [GH A].

Vorstandsvorsitzendem. Sein Nachfolger wurde, nachdem der Posten einige Monate unbesetzt geblieben war, zum 1. August 2003 [Betroffener A] ([GH A]). Er leitete einen Strategiewechsel ein, der zu einer Kürzung von Rabatten und damit zu einer Steigerung des Ertrages führen sollte. Der Verlust von Kunden wurde eingeplant; in die neue Planung wurden demgemäß niedrigere Marktanteilsziele eingestellt. Die neue Politik wurde von [Betroffener A] ([GH A]) als "Aufwärtsstrategie" bezeichnet.

3. Die Grundabsprache

18. Bereits kurz nach der Ablösung von Herrn [...] ([GH A]) gab es verschiedene Kontakte zwischen Vertretern von [GH A] und der anderen Pharmagroßhändler im Hinblick auf eine Beendigung des durch die Vorwärtsstrategie ausgelösten Rabattkrieges. So heißt es in einem Telefonvermerk von Herrn [...] ([GH A]) vom 25.04.2003¹³:

*"Rückruf H. [...] ([GH A]) 13:00 Uhr
Am 24.4. meldete sich H. [...] ([GH B]) bei H. [...] ([GH A]), nachdem er H. [...] ([GH A]) nicht erreichen konnte.
H. [...] ([GH B]) hatte folgendes Anliegen.
Ab 1. 5. 03 hätte [GH B] einen KD an uns verloren. **Nachdem H. [...] ([GH A]) ausgeschieden sei, sollte doch Ruhe im Markt herrschen.**
H. [...] ([GH A]) sollte dies mit H. [...] ([GH A]) klären.
Des Weiteren informierte mich H. [...] ([GH A]) über ein Telefonat zwischen H. [...] ([GH B]) und H. [...] ([GH A]).
H. [...] ([GH B]) traf ggb. H. [...] ([GH A]) die Aussage, dass [Betroffener D] ([GH B]) von ihm eine Aufstellung der KD verlange, welche [GH B] an [GH A] verloren hätte. Diese sollten im Mai/Juni zurückgeführt werden, da man ab Juli die Rabatte senken wolle".*

19. Diesem Ansinnen hat sich Herr [...] ([GH A]) – jedenfalls bis zum Amtsantritt vom [Betroffenen A] ([GH A]) - widersetzt.
20. Spätestens im September 2003 wurde zwischen [Betroffener A] ([GH A]) und Vertretern von Wettbewerbern verabredet, dass die durch die Vorwärtsstrategie ausgelöste Rabattschlacht beendet und Marktanteilsgewinne, die [GH A] im Zuge der Vorwärtsstrategie realisiert hatte, wieder an die Absachepartner zurückgeführt werden sollten. So sollte die jahrelang im Pharmagroßhandel gegebene „Marktruhe“ wieder hergestellt werden. Diese Vereinbarung über die Wiederherstellung der Marktruhe wird im Folgenden als „Grundabsprache“ bezeichnet.

13 Ass. Wohnung [...], 12-2, Bl. 150. Zu diesem Zeitpunkt war Herr [...] ([GH A]) zwar noch Vorstandsvorsitzender, aber im Urlaub; sein Ausscheiden aus dem Amt war bereits im Markt bekannt geworden.

21. [GH A] hat die Rückführung der Marktanteilsgewinne mit den Wettbewerbern [GH C], [GH D] und [GH B] vereinbart. Dies ergibt sich aus den durch Urkunden nachgewiesenen Handlungen zur Durchführung der koordinierten Rückführung (siehe dazu sogleich unter 5.).
22. Zur Vereinbarung einer Grundabsprache hatten die Verantwortlichen der an der Absprache beteiligten Unternehmen, insbesondere auch die jeweiligen Vorsitzenden, die tatsächliche Möglichkeit, da sie untereinander mehrfach persönlich und telefonisch Kontakt hatten¹⁴. Insbesondere hält es die Beschlussabteilung für höchstwahrscheinlich, dass die Grundabsprache anlässlich eines Treffens des Branchenverbands Phagro in Lindau am Bodensee am 10.09.2003 getroffen wurde. An diesem Treffen nahmen [Betroffener A] für [GH A] sowie die Vorsitzenden der Geschäftsführung von [GH C], [GH B] und [GH D] sowie Herr [...] ¹⁵ teil.
23. Die nachfolgend unter 4. und 5. dargestellten Einzelmaßnahmen zur koordinierten Rückführung von Marktanteilen und also Apothekenkunden lassen keinen anderen Schluss zu, als dass sie in Erfüllung einer vorherigen Grundabsprache zur koordinierten Rückführung der von [GH A] gewonnenen Marktanteile getroffen wurden.

- Vorab-Absprache im Verhältnis [GH C] – [GH A]

24. Bereits zuvor, nach der Ablösung des Vorstandsvorsitzenden [...] im April 2003¹⁶, hatte es aufgrund des besonderen Verhältnisses zwischen [GH A] und ihrer Hauptgesellschafterin [GH C] einen abgesprochenen Wettbewerbsverzicht zwischen [GH A] und [GH C] gegeben.
25. Zu einer Besprechung am 10.04.2003, kurz nach der Entscheidung über das Ausscheiden von Herrn [...] ([GH A]), mit [Betroffener C] (als Aufsichtsratsvorsitzenden von [GH A]) und Herrn [...] ¹⁷ ([GH A]) notierte das weitere Vorstandsmitglied [...] ([GH A]) Folgendes¹⁸:

"[Betroffener C] ([GH C]) informiert Herrn [...] ([GH A]) und Herrn [...] ([GH A]), dass der Vertrag mit Herrn [...] ([GH A]) im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst worden ist und dass der Aufsichtsrat der [GH A] dem Wunsch von Herrn [...]"

14 Nachweise im ersten Beschuldigungsschreiben der Beschlussabteilung vom Januar 2005, Bl. 26 – 40, Gliederungspunkte 8. bis 10.

15 [...], [GH I] , damals Vorsitzender des Phagro.

16 Herr [...] ([GH A]) war bis April 2003 Vorstandsvorsitzender der Nebenbetroffenen [GH A]; sein Nachfolger, der [Betroffene A] ([GH A]) übernahm den Vorsitz zum 01.08.2003.

17 Herr [...] war damals das für die Ressorts Handel und Services zuständige Mitglied des [GH A]-Vorstands.

18 Asservat Wohnung [...], 12-1, Bl. 158.

([GH A]) zur Auflösung des Vertrages gefolgt ist.

...

Herr [...] ([GH A]) weist [Betroffenen C] ([GH C]-[GH A]¹⁹) darauf hin, dass er bitte darauf einwirken soll, dass die [GH C] jetzt nicht als Sieger ein Dominanzverhalten entwickelt und glaubt bei der [GH A] Umsatz akquirieren zu können. [Betroffener C] (SC-A) sagt zu dafür Sorge zu tragen, **dass innerhalb der [GH C] absolut Ruhe gegenüber [GH A] entstehen wird**. Auch wurde von Seiten Herrn [...] ([GH A]) und Herrn [...] ([GH A]) nochmals darauf hingewiesen, dass von Seiten der Wettbewerber jetzt wahrscheinlich schon morgen losgeschlagen wird, um verlorene Marktanteile zurückzugewinnen."

26. Sofern von der Verteidigung darauf hingewiesen wird, dass dies gerade ein Zeichen von Wettbewerb sei, ist dem zu entgegnen, dass der Hinweis auf "wahrscheinlich schon morgen [losschlagende] Wettbewerber" gerade die Situation zu Zeiten der Vorwärtsstrategie und vor der diesem Bußgeldbescheid zugrundeliegenden Absprache kennzeichnet.
27. Dass auch [GH A] auf Wettbewerbshandlungen zu Lasten von [GH C] verzichtete, ergibt sich aus einer handschriftlichen Notiz des Beschuldigten [Betroffener A] ([GH A]) an Herrn [...] ([GH A])²⁰, die lautet:

"H. [...] ([GH A]),
tun Sie mir den Gefallen und starten Sie einen Rundruf. Unsere Leute sollen **um Himmels Willen die [GH C] in Ruhe lassen**.
mfG [Betroffener A]" ([GH A])

28. Diese Notiz beweist, dass [Betroffener A] ([GH A]) für [GH A] bereits zu diesem Zeitpunkt einen Wettbewerbsverzicht zugunsten von [GH C] angeordnet hatte. Dabei handelte es sich nicht um eine einseitige Maßnahme von [Betroffener A]. Die Notiz findet sich auf dem Ausdruck einer [GH C]-internen E-Mail vom 13.08.2003. In dieser E-Mail berichtet ein [GH C]-Mitarbeiter über ein Angebot von [GH A], das um mindestens 2% über²¹ dem [GH C]-Angebot liegt. Der Umstand, dass diese [GH C]-interne E-Mail²² von [GH C] an [GH A] weitergeleitet wurde, ist nur so zu verstehen, dass [GH C] sich über dieses für den Apotheker günstige Angebot bei [GH A] beschwert hat, was wiederum voraussetzt, dass es eine Absprache zwischen beiden Unternehmen gegeben hat.

19 [Betroffener C], Vorstandsvorsitzender von [GH C] und Aufsichtsratsvorsitzender von [GH A], nahm in der letztgenannten Eigenschaft an der Besprechung mit dem [GH A]-Vorstandsmitgliedern teil.

20 Asservat Wohnung [Betroffener B], 12-2, Bl. 186.

21 "Über" bedeutet hier, dass der von [GH A] angebotene/gewährte Rabatt um 2% höher liegt, als von [GH C] gewährt wurde.

22 Ebenso wie eine ähnliche E-Mail vom 29.08.2003, die am 01.09.2003 vom [Betroffenen C] (SC) an [Betroffener A] ([GH A]) mit der Bemerkung "Hallo [Betroffener A], sowas erhalte ich jeden zweiten Tag ... Gruß, [Betroffener C]" weitergeleitet wurde; Asservat Wohnung [...], 12-2, Bl. 179.

4. Weitere Maßnahmen zur Wiederherstellung der Marktruhe

29. Zu den Maßnahmen zur Wiederherstellung der Marktruhe, die die Pharmagroßhändler neben der Marktanteilsrückführung vereinbart hatten, zählen die Ende 2003 vorgenommene Skontosenkung sowie die gemeinsame Abrede, ab Januar 2004 auf rezeptpflichtige Arzneimittel keine Rabatte, sondern allenfalls ein Skonto von 2% zu gewähren.
30. Die Beschlussabteilung verfügt ferner über Hinweise u.a. zu Absprachen über Maßnahmen zur Begrenzung von Vorratskäufen zum Jahreswechsel 2003/2004 sowie zur Regelung von Retouren.
31. Die koordinierte Rückführung von Apothekenkunden durch [GH A] an andere Pharmagroßhändler, die Gegenstand dieses Bußgeldbescheides ist, fügt sich in diese Maßnahmen zur Marktberuhigung ein. Die anderen koordinierten Maßnahmen zur Herstellung der Marktruhe sind nicht Gegenstand des vorliegenden Bußgeldbescheids. Sie werden hier lediglich dargestellt, um den Hintergrund für die Marktanteilsrückführung zu beleuchten. Zudem zeigen diese Maßnahmen, dass [GH A] bzw. [Betroffener A] ([GH A]) die Marktruhe nicht mit einseitigen Maßnahmen wiederherstellen wollten, sondern dass sich die Rückführung der vorwärtsstrategiebedingten Marktanteilsgewinne vielmehr in den Rahmen von Absprachen mit den anderen großen Pharmagroßhändlern einfügt.
32. Die erstrebte „Marktruhe“ sollte eine Situation kennzeichnen, in der der „Rabattkrieg“ des Jahres 2003 beendet und der Wettbewerb zwischen den großen Großhändlern gedämpft ist.

a) Skontosenkung

33. Die Beendigung des Rabattkrieges durch die Pharmagroßhändler wurde den anderen Marktteilnehmern zunächst durch eine Skontosenkung signalisiert. Die Beschlussabteilung verfügt über belastbare Hinweise, dass es sich bei der Skontosenkung nicht um ein einseitiges Signal von [GH A] handelte, auf das die anderen Pharmagroßhändler dann autonom reagieren konnten, dass die Skontosenkung vielmehr mindestens von [GH A], [GH D] und [GH B] abgesprochen wurde. [GH A] und [GH B] senkten die Skonti zum 01.10.2003, [GH D] und [GH C] folgten zum 01.11.2003.

b) Rabatt 0% auf RX – nur maximal 2% Skonto

34. Die Marktruhe sollte ferner dadurch erreicht werden, dass für das Jahr 2004 auf rezeptpflichtige Arzneimittel (sog. RX-Produkte) kein Rabatt, sondern maximal 2% Skonto gewährt wird. Dies wurde auf Verbandsebene vom Phagro vorbereitet, der u.a. in einem Rundbrief an die Apotheker darauf verwies, dass ab dem 01.01.2004 eine Gewährung von Rabatten wegen der durch das GMG geänderten Großhandelsspanne nicht mehr möglich sei²³. Aus Gesprächsnotizen, die der Beschlussabteilung vorliegen, ergeben sich Hinweise dafür, dass die neue Rabattgestaltung mindestens zwischen den Großhändlern [GH A] und [GH B] abgesprochen war.

5. Die Durchführung der abgesprochenen Rückführung der Marktanteilsgewinne von [GH A] an die anderen Großhändler

35. Aus den der Beschlussabteilung vorliegenden Unterlagen ergibt sich, dass die koordinierte Rückführung von [GH A]'s Marktanteilsgewinnen detailliert geplant war²⁴. Das Vorgehen war wie folgt festgelegt:
36. In einem ersten Schritt war von den an der Absprache beteiligten Unternehmen festzustellen, in welcher Höhe welchem Großhändler in einer bestimmten Region Umsätze zurückzugewähren waren. Hierzu wurde in jeder Region ein sog. "offenes Saldo" ermittelt. Um die offenen Salden in den jeweiligen Regionen zu bestimmen, sollten von [GH B], [GH D] und [GH C] Listen mit denjenigen Apotheken erstellt werden, die im Zuge der Vorwärtsstrategie von diesen Unternehmen zur [GH A] "gewandert" waren, sowie Listen mit denjenigen Apotheken, die im selben Zeitraum umgekehrt von [GH A] zu den Wettbewerbern "gewandert" waren. Diese Listen sollten mit entsprechenden, von [GH A] angefertigten Listen, abgeglichen werden. Anschließend sollten sich die Regional- und Vertriebsleiter von [GH A] und dem jeweiligen Wettbewerber auf eine bestimmte auszugleichende Summe einigen. Die Absprache sah des Weiteren vor, dass diese Summe dadurch ausgeglichen werden sollte, dass Apothekenkunden von einem Großhändler zum anderen "verschoben" werden sollten. Die eigentliche Rückführung sollte in aller Regel in der Weise geschehen, dass [GH A] in Absprache mit dem jeweiligen Wettbewerber Angebote mit ungünstigeren Konditionen als dieser abgibt, um so den Apotheker zu veranlassen, zu dem jeweiligen anderen Großhändler zu wechseln. Das Vorgehen sollte von Koordinatoren in den jeweiligen Unternehmen überwacht werden.

23 Apotheken-Info-Brief Nr. 1: „Großhandelsspanne ab Januar halbiert: Was kommt auf die Apotheken zu?“ Entwurf in Asservat 22-10, Bl. 67.

24 Bestätigt durch die Zusammenfassung der Vernehmung von [Zeuge A], S. 3 ff.

37. Wenn beispielsweise festgestellt wurde²⁵, dass sich der [GH A]-Regionalverkaufsleiter [Zeuge A] ([GH A]) und sein Kollege beim Wettbewerber [GH D], Herr [...], auf einen "offenen Saldo" von 100.000 Euro geeinigt haben, bedeutete dies, dass in der entsprechenden Region (hier: Nordrhein-Westfalen)²⁶ ein Umsatz von 100.000 Euro auszugleichen war. Gemeint war, dass Apotheken mit einem monatlichen Einkaufsvolumen von 100.000 Euro veranlasst werden sollten, von [GH A] zu [GH D] zu wechseln. Dabei bestand Einigkeit darüber, dass nicht unbedingt dieselben Apotheken, die [GH A] im Zuge der Vorwärtsstrategie von [GH D] abgeworben hatte, an [GH D] zurückgeführt werden sollten, sondern irgendwelche Apotheken mit dem genannten Einkaufsvolumen. Dementsprechend waren die Angebote an passende Apotheken zu unterbreiten.
38. Im Grundsatz entspricht diese Vorgehensweise dem Verhalten, das schon dem Bußgeldverfahren im Jahr 1990 zugrunde lag: auch dort sollten Kundenfluktuationen nach Möglichkeit verhindert werden, und bei doch stattgefundenener Fluktuation (was durch die Aufstellung von Fluktuationssalden festgestellt wurde) sollte ein Ausgleich erfolgen; Ziel war auch dort schon die Begrenzung der Rabatte.

- Durchführung der koordinierten Rückführung

39. Die koordinierte Rückführung wird vor allem durch eine Vielzahl von Belegen dokumentiert, in denen die konkreten Einzelmaßnahmen zur Durchführung der Rückführung festgehalten wurden, und zwar:
- zwei Papiere mit der Anordnung eines allgemeinen Akquisitionstopps für [GH A] durch [den Betroffenen A] ([GH A]) (dazu sogleich unter a)),
 - Vermerke über Telefonate [des Betroffenen B] ([GH A]) und den [GH A]-Regionalvertriebsleitern mit Wettbewerbern zur Saldenfeststellung (dazu unter b)),
 - Vermerke über Telefonate [des Betroffenen B] ([GH A]) und den [GH A]-Regionalvertriebsleitern zu einzelnen Apotheken (dazu unter c)),
 - einer Notiz von Herrn [...] ([GH A]) über ein Gespräch mit Herrn [...] ([GH A]) (dazu unter d)),

25 S. u. Fn. 35, Notiz von [Betroffener B] vom 7.10.2003.

26 Genauer: das Zuständigkeitsgebiet der Herren [Zeuge A] (Regionalleiter für die [GH A]-Niederlassungen [...], [...] und [...]) und [...] ([GH D]-Regionalleiter für die [GH D]-Niederlassungen [...], [...], [...] und [...]); dieses Gebiet entspricht nicht genau dem Bundesland Nordrhein-Westfalen.

- einer Notiz von Herrn [...] ([GH A]) über ein Gespräch mit [dem Zeugen A] ([GH A]) (dazu unter e)),
- einer vom [Zeugen A] ([GH A]) übergebenen Saldenliste von [GH H] (dazu unter f)),
- einer vom [Zeugen A] ([GH A]) übergebenen Saldenliste von [GH D] (dazu unter g)),
- einer vom [Zeugen A] ([GH A]) übergebenen Notiz zu einem Gespräch mit dem [Zeugen C] ([GH B]) (dazu unter h)),
- der Zeugenaussage [Zeuge A] ([GH A]) (dazu unter i)).

40. Die sichergestellten Dokumente alleine reichen aus, um die Absprache und Maßnahmen zu ihrer Umsetzung und damit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. i.V.m. § 1 GWB nachzuweisen. Die Aussagen des [Zeugen A] ([GH A]) werden lediglich zur Bestätigung herangezogen.

a) Sofortiger Akquisitionsstopp

41. Die ersten Maßnahmen, die [der Betroffene A] ([GH A]) nach seinem Amtsantritt im August 2003 ergriff, dienten der Beendigung der von seinem Vorgänger ausgerufenen Vorwärtsstrategie, die aus seiner Sicht zu einem Rabattkrieg und einem nicht akzeptablen Einbruch des Ertrages geführt hatte. In zwei Papieren [des Betroffenen A] ([GH A]) vom 12.09.2003 – zwei Tage, nachdem er sich im Rahmen des Verbandstreffens mit seinen Kollegen in Lindau am Bodensee getroffen hatte, – wurde die neue Unternehmensstrategie niedergelegt. In einem Aktenvermerk²⁷ vom 12.09.2003 heißt es:

"Zur unmittelbaren Ertragsverbesserung im Jahre 2003 müssen ab 1. Oktober 2003 folgende Maßnahmen umgesetzt werden:

1. *Im preisaktiven Sortiment (ca. 60 Indikator-Artikel) müssen diese Artikel im Verkaufspreis um 3% hochgesetzt werden.*
2. *Ende September muss allen Apotheken per Rundbrief mitgeteilt werden, dass wir das Skonto um 0,2%-Punkte kürzen. Einen entsprechenden Briefentwurf werde ich veranlassen.*
3. *Per 1. Oktober müssen alle Rabatte, die oberhalb der Handelsspanne liegen, die also zu einem Verlust führen, zurückgefahren werden.*
4. *Im Vertrieb ist ein sofortiger **Akquisitionsstopp** aufzuerlegen, mit der gleichzeitigen Bitte, unmittelbar per Fax dem Vorstand mitzuteilen, wo konkret Wettbewerber Akquisitionsangebote künftig veranlassen. ...*

(gez. [Betroffener A])²⁸

42. Ähnlich in der Notiz²⁹ [des Betroffenen A] ([GH A]) vom gleichen Tag zu dem Gespräch mit Herrn [...] ([GH A]). Die ausgedruckte Fassung lautet:

"... Ich ergreife deshalb folgende Maßnahmen:

...

- 3. Es erfolgt ein sofortiger **Akquisitionsstopp**.*
- 4. Es werden alle Rabatte zurückgeführt, die oberhalb der Spanne liegen*
- 5. **Es werden Marktanteile an die Wettbewerber zurückgeführt.***
Für letztere Maßnahme habe ich [Betroffenen B] beauftragt.

(gez. [Betroffener A])"

43. Nr. 4 und Nr. 5 wurden später wie folgt handschriftlich geändert:

"4. Es werden alle Rabatte zurückgeführt, die oberhalb der Spanne liegen, auch wenn die Gefahr Marktanteile an die Wettbewerber zurückgeführt."³⁰

44. Aus diesen beiden Vermerken geht Folgendes hervor:

45. Zu den ersten Maßnahmen [des Betroffenen A] als Vorstandsvorsitzender von [GH A] gehörte ein "sofortiger Akquisitionsstopp". Dieser betraf nicht nur, was betriebswirtschaftlich sinnvoll gewesen wäre, Akquisitionen, bei denen den Apotheken ein Rabatt oberhalb der Handelsspanne des Großhandels gewährt werden würde, sondern alle Akquisitionen. Die [GH A]-Mitarbeiter hatten also ihr Werben um Kunden komplett einzustellen. Aus der Anweisung ergibt sich, dass selbst solche Kunden, die die Erträge von [GH A] gesteigert hätten, nicht akquiriert werden durften. Die Erklärung der Verteidigung, nach der der Akquisitionsstopp eine "Übertreibung" darstelle, mit der der durch die Vorwärtsstrategie übermotivierte Außendienst von [GH A] umgepolt werden sollte, ist nicht glaubhaft.

46. Für einen allgemeinen Akquisitionsstopp, also einen Verzicht auf jegliche wettbewerbliche Aktivität gegenüber potentiellen Neukunden, gibt es keine betriebswirtschaftlich einleuchtende Begründung, es sei denn, dass vorher mit den Wettbewerbern eine Absprache über die Marktanteilsrückführung getroffen wurde.

47. Ein Indiz dafür, dass der Akquisitionsstopp nicht nur internen Zwecken diene, ist auch, dass der Akquisitionsstopp Ende September zum Gegenstand von Gesprä-

28 Hervorhebungen durch Fettdruck sind hier und im Folgenden Hervorhebungen durch die Beschlussabteilung.

29 Asservat Büro [Betroffener A] 4-1, Bl. 2.

30 So der Wortlaut der geänderten Fassung.

chen mit Wettbewerbern gemacht wurde, wie eine Notiz³¹ [des Betroffenen B] ([GH A]) über ein Gespräch mit Herrn [...] ([GH A])³² zeigt:

*"22.9.03 – H. [...] ([GH A])
[GH C] – Treffen vereinbart mit [...] ([GH C])
Akquisitionsstop"*

48. Aus den Vermerken [des Betroffenen A] ([GH A]) vom 12.09.2003 geht zudem hervor, dass der Vorstand über alle Angebote von Wettbewerbern unmittelbar per Telefax zu informieren war. In einem von Wettbewerb geprägten Markt bemühen sich Wettbewerber ständig, Kunden zu gewinnen. In Deutschland gibt es 21.000 Apotheken, also 21.000 potentielle Kunden. Es ist in höchstem Maße ungewöhnlich, dass sich der Vorstand eines großen Unternehmens über jede Wettbewerbsaktivität gegenüber 21.000 Kunden per Fax unmittelbar informieren lässt. Dies ergibt nur dann Sinn, wenn es eine Absprache mit Wettbewerbern gab, solche Angebote zu unterlassen, also die wettbewerbliche Aktivität einzuschränken. Dann wären Angebote an Kunden nämlich unübliche und (in der Logik der Absprache) unzulässige Verstöße gegen eine Absprache.
49. Schließlich geht aus der ausgedruckten Version des Vermerks hervor, dass die Rückführung von Marktanteilen an Wettbewerber vorgesehen war und [Betroffener B] bei [GH A] mit der Koordination dieser Maßnahmen beauftragt war. Wann und warum die handschriftliche Änderung dieser Passage erfolgte, ist nicht bekannt. Festzustellen ist aber, dass [Betroffener A] ([GH A]) die geänderte Formulierung am 12.09.2003 so vorgesehen hatte.

b) Telefonliste des [Betroffenen B]– Gespräche zur Saldenfeststellung

50. [Betroffener B] ([GH A]) hat ab Mitte September fast täglich telefonische "Abstimmungsgespräche" mit Vertretern der an der Absprache beteiligten Wettbewerbern geführt. Seine Gesprächspartner waren [der Betroffene E], der "Kordinator" bei [GH B], [der Betroffene F], der "Kordinator" bei [GH D] sowie Mitarbeiter von [GH A] (v.a. die Regionalverkaufsleiter), die über Kontakte zu "Kollegen" bei den Wettbewerbern berichteten. Dies belegen die nachfolgend wiedergegebenen Notizen. Vor diesen Notizen finden sich weitere handschriftliche Aufzeichnungen. Beim 15.09.03 ist u.a. vermerkt " [Betroffener A] ... Sonderauftrag"³³. Unter dem 17.09.03 findet sich eine Übersicht über die Namen der Vertriebs- und Regionalleiter der

31 Ass. Büro [Betroffener B] 4-6, S. 88.

32 Bei [GH A] Regionalverkaufsleiter für die Region [...].

33 Büro [Betroffener B] 4-6, Bl. 61.

Wettbewerber. Offenbar hatte sich [Betroffener B] zur Vorbereitung auf seinen "Sonderauftrag" von den Regionalverkaufsleitern diese Namen geben lassen³⁴. Da die Notizen den Zeitraum von Mitte September bis zum Zeitpunkt der Durchsuchung am 14. November 2003 umfassen, also in die Zeit unmittelbar nach der Grundabsprache fallen, waren Inhalt eines großen Teils dieser Gespräche Fragen, die mit der Feststellung der Salden im Verhältnis zu den Wettbewerbern [GH D], [GH B] und [GH C] in Zusammenhang standen. Die intensiven Kontakte zwischen den Großhändlern mit dem Ziel der Rückführung von Umsätzen und Marktanteilen wurden, wie sich aus einem bei [dem Betroffenen B] ([GH A]) sichergestellten Schreibblock ergibt, mindestens bis zum Zeitpunkt der Durchsuchung am 14. November 2003 fortgesetzt³⁵.

51.Bl. 84

"18.9.03:

[...] ([GH A])³⁶

Kontaktaufnahme mit [...] ³⁷ ([GH D]) am 17.9.03. [...] ([GH D]) hatte noch keine Info von [...] ([GH D]).

Stimmung zum Schluss durchaus positiv.

[...] ³⁸ ([GH C]) war nicht zu erreichen (Apothekertag)

[den Betroffenen A] ([GH A]) über aktuelles Thema informiert"

52. Dies ist die erste Notiz [des Betroffenen B] ([GH A]) über ein Telefonat im Rahmen seiner Tätigkeit als [GH A]-Koordinator der Marktanteilsrückführung. [...], Regionalverkaufsleiter (RVL) [...] bei [GH A], berichtet dort über eine (erste) Kontaktaufnahme mit [...], bei [GH D] Verkaufsleiter (VL) der Niederlassung [...]. [...] ([GH D]) war offenbar von dem Koordinator bei [GH D], [dem Betroffenen F] ([GH D]), noch nicht über die Absprache zur Marktanteilsrückführung informiert worden. Er ging daher davon aus, sich weiterhin in einem „Rabattkrieg“ mit [GH A] zu befinden und die verlorengegangenen Marktanteile (im Wettbewerb) „zurückholen“ zu müssen. Daher überrascht es nicht, wenn die Stimmung erst zum Schluss des Gespräches „durchaus positiv“ wurde. Zudem hatte [...] auch versucht, den zuständigen Vertriebsleiter von [GH C] zu kontaktieren. Die nächste Notiz lautet:

.....Bl. 84

34 Die Namen sind nach [GH A]-Vertriebsverbänden geordnet und beginnen mit den Namen der jeweiligen Regionalverkaufsleiter.

35 Büro [Betroffener B], 4-6 Bl. 83 – 94, Büro [Betroffener B], 4-8 Bl. 1 ff. Die folgenden Zitate entstammen dem Asservat Büro [Betroffener B], 4-6, Bl. 83 ff.; die Seiten sind im Text durch gepunktete Linien markiert.

36 [...] ist bei [GH A] Regionalverkaufsleiter für die Region [...].

37 [...] ist Vertriebsleiter der Niederlassung [...] von [GH D].

38 [...] ist bei [GH C] Vertriebsleiter für die Niederlassung [...].

"Thema [...]

[Betroffener E] ([GH B]) Information ist, dass wir [...] ... (unleserlich), da wir kein positives **Saldo**³⁹ haben. [Betroffener E] ([GH B]) befürchtet Marktunruhe. Mein Vorschlag, dass "wir" uns über die **Aufteilung der Umsätze einigen sollten**".

Unabhängig vom Inhalt des [vom Betroffenen B] ([GH A]) gemachten Vorschlages und der Frage, ob [der Betroffene E] ([GH B]) diesen angenommen hat oder nicht, zeigt dieser Eintrag, dass [der Betroffene B] ([GH A]) bereit war, mit einem Wettbewerber über die Aufteilung von Umsätzen zu sprechen.

53.Bl. 85

"22.9.03

[...] ([GH A])

[...] ⁴⁰ ([GH D]) krank – Ersatz ? ([GH D])

[GH C]– Treffen vereinbart mit [...] ⁴¹

Akquisitionsstop

[GH B]

[...] ([GH B]) -> Meeting"

[...] (RVL [für die Region ...] bei [GH A]) berichtet [Betroffener B] ([GH A]) hier über seine Bemühungen, mit den Kollegen von [GH D], [GH C] und [GH B] Kontakt aufzunehmen. Mit einem Vertreter von [GH D] konnte aus Krankheitsgründen bislang kein Treffen verabredet werden, wohl aber mit den Mitarbeitern von [GH C], [...], und [GH B], [...].

54. Einen Tag später berichteten auch [...] ([GH A]-RVL [...]) und [...] ([GH A]-RVL [...]) über ihre ersten Bemühungen, mit den Wettbewerbern in Kontakt zu treten und diese zwecks Vorbereitung der abgesprochenen Rückführung zur Vorlage von Saldenlisten aufzufordern:

"23.9.03 – [...] ([GH A]) ⁴²

[GH D]

[...] ⁴³ ([GH D]) am 23.9.03 gesprochen

Saldo⁴⁴ -> **wird seine Forderung vorlegen**.

39 Unterstreichungen auch im Original.

40 [...] ist bei [GH D] als Regionalleiter [...] tätig und für die Niederlassungen [...], [...], [...] und [...] zuständig.

41 In der von [Betroffener B] angefertigten Übersicht (Fn. 33) wird [...] der [GH D]-Niederlassung [...] zugeordnet (allerdings schwer leserlich).

42 [...] ist bei [GH A] Regionalverkaufsleiter für die Region [...].

43 [...] war bei [GH D] Regionalleiter der Region [...] und als solcher für die Niederlassungen [...], [...] und [...] zuständig.

44 Im Original durchgestrichen.

[...]([GH A])

hat Kontakt mit [...] ⁴⁵([GH D]) aufgenommen

war bereits von [...] ⁴⁶([GH D]) informiert worden, [...] ([GH D]) hat dann [...] ([GH A]) angerufen.

.....Bl. 90

29.9.03

[...]

1) [...]

2) [...]

3) [...] ⁴⁷([GH A]) wird Kontakt zu [...] ⁴⁸([GH D]) aufnehmen (**Saldenabgleich**)"

55. Auch [...] ([GH A] RVL [...]) meldet Gespräche mit den Wettbewerbern:

"[...] ⁴⁹([GH A])

Gespräche mit Wettbewerber haben stattgefunden + Termin nächste Woche

.....Bl. 91

1.10.03

Gespräch [...] ([GH A]) + [...] ([GH D]) hat stattgefunden, bisher wurden **noch keine Salden** auf Seiten [...] ([GH D]) genannt.

[Betroffener E] ([GH B]) (14:00) sein Assistent war am Telefon, um dringenden Rückruf gebeten.

.....Bl. 92

2.10.03

[Betroffener E] ([GH B])

sein Assistent war am Telefon, richtet es noch mal aus"

.....Bl. 93

56. [...] ⁵⁰([GH A]) war der erste der [GH A]-Regionalverkaufsleiter, der Salden mit den Wettbewerbern abgestimmt und damit die Voraussetzung für die koordinierte Rückführung von Marktanteilen geschaffen hatte:

"6.10.03

[...] ([GH A]) (17:45)

Salden mit "Kollegen" abgestimmt

NL [...]	[GH B] 0	[GH D] 0	[GH C] 0 ⁵¹
----------	-------------	-------------	---------------------------

45 [...] ist bei [GH D] Vertriebsleiter der Niederlassung [...].
46 [...] ist bei [GH D] Regionalleiter [...] und als solcher für die Niederlassungen [...] und [...] zuständig.
47 [...] ist Verkaufsleiter der Niederlassung [...] der Nebenbetroffenen [GH A].
48 [...] ist bei [GH D] Regionalleiter [...] und Verkaufsleiter der Niederlassung [...].
49 [...] ist bei [GH A] Regionalverkaufsleiter für die Region [...].
50 [...] ist Regionalverkaufsleiter des Vertriebsverbundes [...] der Nebenbetroffenen [GH A].

[...]	0	0	0
[...]		noch offen	
[...]		80 "evtl. nach Gegenforderung Magdeburg"	
[...]		0"	

57. Der [Zeuge A] ([GH A]), als Regionalverkaufsleiter für die Region West zuständig, war der letzte der fünf Regionalverkaufsleiter, die in der Liste [des Betroffenen B] ([GH A]) erscheinen. Auch er hatte bereits die Salden mit [GH D] und z. T. mit [GH B] abgeglichen ([GH C] war zum damaligen Zeitpunkt in dem damaligen Zuständigkeitsbereich des [Zeuge A] ([GH A]) nicht tätig):

"7.10.03
 [Zeuge A] ([GH A]) (9:00 Uhr)
 [GH D] ([...], RL für [...], [...], [...], [...])
100 Tsd. € offen
 nächste Woche findet persönliches Treffen statt

[GH B] ([...]) [GH B] [...] (am 6.10.03 getroffen)
250 Tsd. € offen
 [GH B] [...]
 ist noch unklar"

58. Wenige Tage später meldete auch [...] ([GH A]) für die Region [...] die offenen Salden, wobei allerdings die Zahlen für die Niederlassung [...] noch nicht vollständig vorlagen:

.....Bl. 95

"9.10.03
 [...] ([GH A])

	[...]	[...]	[...]	[...]
[GH C][...]	(370)	0	0	
[GH D]	(250)	(230)	(250)	(250)
[GH B]	<u>+110</u>	<u>(110)</u>	<u>(980)</u>	
	(510)	(340)	(1230)"	

59. Die Liste wird fortgesetzt in Asservat 4-8 [Betroffener B], S. 1 ff.:

"27.10.03
 [...] ([GH A])

51 Später hat [GH C] aber doch noch eine Ausgleichsforderung vorgelegt. Dies ergibt sich aus dem Asservat [...] 5-1, Bl. 29, in dem es heißt: "Umsatzforderungen der [GH C] wurden geltend gemacht (26.11.03)". Dieser Satz ist in dem Originaldokument, einem Bericht des Vertriebsleiters der [GH A]-Niederlassung [...], [...] ([GH A]), handschriftlich durchgestrichen. Die Durchstreichung zeigt, dass der zuständige Regionalverkaufsleiter [...] ([GH A]), bei dem das Dokument aufgefunden wurde, diesen Satz gestrichen haben wollte, da er eine kartellrechtswidrige Absprache dokumentieren würde.

Termin Freitag 24.10.
an [GH C] 250 Tsd € Berlin
-> [GH D] / [GH B] / [GH C]
[...] Liste liegt vor Inhalt
[...]
[...] offen
Angebot 3 % in [...] wird zurückgezogen

[...] ([GH A])
hat was bekommen 50"

Wieder einige Tage später ist [der Betroffene E] ([GH B]) zu einem ausführlichen Gespräch mit [dem Betroffenen B] ([GH A]) bereit. Offenbar hatte es zuvor Meinungsverschiedenheiten bei der Feststellung der Salden gegeben, obwohl grundsätzlich die Vorgehensweise abgestimmt war:

"7.10.03
[Betroffener E] ([GH B])
Themen

Aktuelle Situation

Welche Salden in welcher Region (NL)

Erreichbarkeit MA

Wo ist Konsens wo nicht?	weg	geholt
[...]		250
[...]	130	85
[...]	ca. 100	90
[...]		> 100

obwohl Termin und Vorgehen abgestimmt.

.....Bl. 8

10.11.03
[...] ([GH A])

Info

-> Mittwoch gibt es Salden"

Zusammenfassung

60. Die vorstehenden Notizen dokumentieren Gespräche zwischen den Regionalleitern und Vertriebsleitern von [GH A] einerseits und den entsprechenden Vertriebsmanagern der anderen drei Großhändler andererseits über die zur koordinierten Rückführung notwendige vorherige Abstimmung der auszugleichenden „Salden“. Die Notizen betreffen Gespräche in der Zeit von Mitte September 2003 bis zur Durchsichtung am 14. November 2003. Soweit hier von einem Saldenabgleich die Rede ist oder (offene) Salden einem anderen Pharmagroßhändler mitgeteilt werden, werden die Salden und die zugrunde liegenden Fluktuationslisten nicht als Instrument der

unternehmensinternen Steuerung benutzt, sondern im Rahmen der Durchführung der Absprache zur koordinierten Rückführung von Marktanteilen eingesetzt. Erklärungen in den Einlassungen, dass Salden und Kundenfluktuationslisten *auch* für unternehmensinterne Zwecke aufgestellt werden gehen daher an der Sache vorbei, da es hier nicht um die (unternehmensinterne) Aufstellung von Salden, sondern um den Austausch dieser Salden unter Wettbewerbern geht, um damit gegenüber Anzag die Forderungen zur koordinierten Rückführung von Umsätzen bzw. Marktanteilen zu begründen. Wären die Salden lediglich unternehmensintern genutzt worden, hätte es keiner Abstimmung und keines Austauschs mit den „Kollegen“ bedurft. Da es sich um eine wettbewerblich relevante Information zur Planung der Geschäftsstrategie handelt, wird diese Information üblicher Weise gegenüber Wettbewerbern als Geschäftsgeheimnis behandelt. Ein Austausch mit Wettbewerbern kommt nur in Betracht, wenn es diesbezüglich eine Absprache gibt.

c) Telefonliste des [Betroffenen B] – Gespräche zu einzelnen Apotheken

61. Zur Aufteilung der Marktanteile und zur Vorbereitung der koordinierten Rückführung wurde zum Teil sogar auch über einzelne Apotheken gesprochen. Intensive Kontakte gab es beispielsweise zwischen [Betroffener B] ([GH A]) und dem Vertriebsvorstand von [GH B], [dem Betroffenen E], zur Neuen Apotheke in[...]⁵²:

"18.9.03 –[Betroffener E] ([GH B])

1) Apotheke in [...] Angebot bestätigt

...

2) [GH A] hat am 17.9. Angebot abgegeben

"Neue Apotheke [...]"

14,5% Rabatt auf alles + Vivesco

[den Betroffenen A] ([GH A]) über aktuelles Thema informiert

19.9.03 [...] ([GH A])

Neue Apotheke [...]

Die [GH B] hat [unleserlich] im Jan. 03 uns abgenommen.

Im Juni wurde von NL [...] ein Angebot abgegeben. In der 37. KW fand ein Kontakt statt (8.9.-12.9.). Wegen rechtlicher Probleme MVDA wurde noch keine Zusage des Kunden gemacht.

[...] [Anm: Name unleserlich] wird Kontakt zu [...] direkt und unverzüglich aufnehmen.

Hierbei auch gleich das Thema Salden diskutieren und in diesem Kontext das Thema einvernehmlich klären".

[Betroffener E] ([GH B]) / 9:45

-> Neue Apotheke, [...],

*Vorschlag unterbreitet wie von [...] ([GH A]) vorgeschlagen
[Betroffener E] ([GH B]) fand dieses o.k."*

62. Diese Notiz belegt nicht nur, dass zwischen Vertretern von [GH A] und [GH B] "das Thema Salden" diskutiert und einvernehmlich geklärt wurde, sondern auch, dass konkrete Angebote an einzelne Apotheken diskutiert wurden.
63. Der Hinweis der Verteidigung, dass die Apotheke bis Ende 2002 ihren Bezug etwa hälftig zwischen [GH A] und [GH B] aufgeteilt habe, dass es [GH B] im Januar 2003 gelungen sei, den [GH B]-Lieferanteil auf 90 % zu erhöhen (also, dass die Apotheke im Sinne des Zitats von [GH B] der [GH A] "abgenommen" wurde), und dass es auch im September 2003 keine Rückführung (zu [GH A]) gegeben habe, entkräftet den Vorwurf einer abgesprochenen Rückführung von Apothekenkunden nicht. Im Gegenteil, [GH A] hatte hier ein Angebot abgegeben, über das [GH B] informiert wurde und mit dem [GH B] ihr Einverständnis erklärt hat. Dass die Apotheke anschließend nicht zu [GH A] zurückgekehrt ist⁵³, überrascht unter diesem Umständen nicht.
64. Auch über eine konkrete Apotheke in [...] wurde im Einzelnen zwischen [dem Betroffenen B] ([GH A]) und [dem Betroffenen E] ([GH B]) diskutiert. So findet sich unter dem 23.9.03 folgender Eintrag⁵⁴:

"[Betroffener E] ([GH B])

Thema

Apotheke "[...]" Neu

*[Betroffener E] (**[GH B]**) über das Angebot informiert.*

Er wird sich darum kümmern"

65. [Betroffener E] ([GH B]) hat sich auch tatsächlich gekümmert und teilte zwei Tage später mit:

"25.9.03

Info von [Betroffener E] – NL [...] hat Stapel zu 200 Tsd. € abgewickelt (Apo. nicht bekannt)"

66. Mit dieser Auskunft war [Betroffener B] ([GH A]) aber nicht zufrieden, denn einige Tage später heißt es⁵⁵:

"6.10.03

Anruf von [Betroffener E] (8:10)

200 Tsd. In [...] war Einrichter, kein Stapel"

53 Was wiederum den "offenen Saldo" zugunsten von [GH A] vergrößert hätte.

54 Büro [Betroffener B], 4-6, Bl. 87.

55 Asservat Büro [Betroffener B], 4-6, Bl. 93.

67. Die gegenseitige Information über Angebote zeugt nicht, wie die Verteidigung⁵⁶ meint, vom "auch Ende September 2003 weiter bestehenden Konkurrenzkampf zwischen den Pharmagroßhändlern". Vielmehr belegt das Beispiel, dass die Großhändler bemüht waren, den Wettbewerb durch gegenseitigen Austausch über die Konditionen der Angebote zumindest zu dämpfen, um die Marktruhe soweit wie möglich zu erhalten, und dass daher die Notwendigkeit gesehen wurde, sich für im Einzelfall abgegebene günstige Angebote gegenüber den anderen Großhändlern zu rechtfertigen.
68. Ähnliches gilt auch für die in den Telefonnotizen [des Betroffenen B] ([GH A]) mehrfach erwähnte Marienapotheke in [...] und die Apotheke "Stadt [...]".

"Von Seiten [des Betroffenen E] ([GH B]) noch 2 Apotheken genannt, wo wir am 16.9.03 ein Angebot gemacht haben sollen"

1) Marienapotheke [...] ⁵⁷
-> 15 % Netto

2) Stadt [...]
60 TDM 15 % Netto

Allgemein

Habe [Betroffener E] ([GH B]) über das Gespräch mit [dem Betroffenen F] ([GH D]) bezüglich Äußerungen [des Betroffenen D] ([GH B])(Anm. unleserlich) informiert.

Habe nochmals auf mögliche Konsequenzen bezüglich Kartellamt in der Verbindung Skontosenkung/Beteiligung [GH D] / [GH B] an [GH A] hingewiesen.

24.9.03

[...]

-> zu den genannten Angeboten

a) Marienapotheke [...]

-> **"waren wir nicht" -> wird jedoch noch genau geklärt**

b) Stadt [...]

-> **bestätigt** -> Anstoß war Schreiben von Pharmaconsult

25.9.03

[Betroffener E] ([GH B])/[...] (8:45)

über Punkt a) und b) informiert

[noch 25.9.03]

[Betroffener E] ([GH B])

ca. 18:00 Uhr

1) Sachverhalt der 2 Apotheken dargestellt gem. Notiz [...] ⁵⁸ ([GH A])

2) [...]"

56 Einlassung [Betroffener E] [...], Rz. 18.

57 Im Original der Notiz von [Betroffener B] fälschlich als "Marienapotheke [...]" bezeichnet; die Korrektur im Zitat wird hier und an weiteren Stellen durch eckige Klammern kenntlich gemacht.

69. Insgesamt hat es also zu diesen beiden Apotheken mindestens vier Telefonate zwischen [dem Betroffenen B] ([GH A]) und [dem Betroffenen E] ([GH B]) gegeben. Der Vortrag der Verteidigung⁵⁹, [Betroffener E] ([GH B]) habe [den Betroffenen B] ([GH A]) lediglich über vergangene Angebote informiert, ist eine nicht haltbare Interpretation dieser Notizen⁶⁰. Vielmehr belegen diese Telefonate eindeutig, dass die Herren [Betroffener B] ([GH A]) und [Betroffener E] ([GH B]) bemüht waren, solche Angebote, die von der anderen Seite als die Marktruhe störend empfunden wurden, zu rechtfertigen. Eine solche Praxis wiederum ist nur erklärbar, wenn es eine Absprache gibt, die Marktruhe zu erhalten.
70. Auch Kontakte zwischen Vertretern der Wettbewerber [GH A] und [GH D] hinsichtlich verschiedener Apotheken in Norddeutschland belegen die Absprache:

"29.9.03

[...](GH A)

Firma [GH D] ([...]) hat am 29.9.03 folgende Angebote gemacht:

1) Sonnenapotheke [...] 20 % brutto

2) Leineapotheke [...] für 6.000,- € 11 % Netto

(dieses Angebot kann auch [unleserlich] gemacht worden sein)

[Betroffener F] (GH D)

1) [Betroffener F] über Angebot in [...] informiert er will den Fall klären

2) Nach Meinung von [Betroffenem F] (GH D) haben nur wenige Kunden einen Skontobrief von [GH A] erhalten, und es seien nur "0,2 % pkte". Habe [Betroffenem F] (GH D) widersprochen > 50 % der Kunden haben Brief erhalten. Die Höhe war so von [dem Betroffenen A] bestimmt worden.

[Betroffener A] (GH A)

Habe [den Betroffenen A] über Gespräch mit [Betroffenem F] (GH D) tel. informiert.

2.10.03

[Betroffener F] (GH D)

-> zum Thema Sonnenapotheke informiert

will sofort dort anrufen und Bescheid geben"

71. Angebote an Apotheken wurden aber nicht nur bilateral abgesprochen. Vielmehr diskutierten die Herren [Betroffener B] ([GH A]) und [Betroffener E] ([GH B]) auch über Angebote dritter Pharmagroßhändler⁶¹:

58 Gemeint ist offenbar Bl. 99 des Asservates 4-6 ([Betroffener B]).

59 Einlassung [Betroffener E] [...], Rz. 21.

60 Dies erscheint allerdings fernliegend, da die in der Einlassung genannten Kontakte zwischen den beiden Apothekern und dem zuständigen [GH B]-Vertreter im August 2003 stattgefunden haben sollen, die Notiz von [dem Betroffenen B] jedoch ein Telefonat vom 23.09.2003 betrifft, in dem [der Betroffene E] [...] sich bei [dem Betroffenen B] über ein Angebot, das am 16.09. von [GH A] abgegeben worden sein soll, beschwert.

61 AaO., Bl. 93.

"6.10.03
Anruf von [Betroffener E] ([GH B]) (8.10.).
Info über [GH D] -Angebot erst 20% dann 25%"

d) Abgesagtes Gespräch [...]

72. Dass [Betroffener A] ([GH A]) Herrn [...], bei [GH A] Regionalvertriebsleiter für die Region [...], angewiesen hat, sich mit einem Wettbewerber zum Zwecke der Rückführung von Umsätzen und Marktanteilen von [GH A] an [GH B] in der betreffenden Region zu treffen, belegt eine Gesprächsnotiz von [...] ([GH A])⁶²:

"Gespräch mit [...] ([GH A])

*[...] ([GH A]) bat um Unterredung, da er sich aufgrund der **Anweisung durch [den Betroffenen A], Kontakt mit [...] ([GH B] -RVL-[...]) aufzunehmen**, nicht wohl fühlt. Es sollte in einem bilateralen Gespräch der **Umsatz-Saldo** festgestellt ([GH A] - [GH B]) werden um anschließend **Maßnahmen des Ausgleichs** zu definieren.*

Anruf erfolgte am 10.10. durch [den Betroffenen A] ([GH A]) mit dem Hinweis, dass er von [...] ⁶³ auf der PHAGRO-Sitzung angesprochen worden wäre – auf [...] ([GH A]) könne man sich nicht verlassen. [...] ([GH B]) hätte koordinierende Funktion übernommen.

*T. am 7.11. 12.00 Uhr in [...], Anglo-German-Club. Von [...] ([GH B]) als auch von [...] ([GH D]) wurden **Forderungen nach Umsatzrückführung** zum Ausdruck gebracht. **"Ich krieg Umsätze"**. [...] ([GH A]) angewiesen, an dem T. am 7.11. nicht teilzunehmen. Auf die **Kartellproblematik** hingewiesen und vor einem rechtswidrigen Verhalten gewarnt."*

e) Gespräch [...] - [Zeuge A]

73. Aus einer Notiz von [...] ([GH A]) über ein Gespräch mit [dem Zeugen A] ([GH A]) ergibt sich, dass auch das Unternehmen [GH H]⁶⁴ an [GH A] mit der Forderung nach der koordinierten Rückführung von Umsätzen und Marktanteilen herantreten ist⁶⁵, wobei [Zeuge A] ([GH A]) einen Ausgleich abgelehnt hat. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass [GH A] mindestens einigen seiner Wettbewerber eine Rückführung von Marktanteilen zugesagt hat.

f) Liste [des GH H]

74. Dass [GH H] sich dann auch tatsächlich mit Ausgleichsforderungen an [GH A] wandte, belegt eine interne Liste⁶⁶ des Unternehmens [GH H] ("Umsatzwechsel-Statistik"), die dem Bundeskartellamt ebenfalls vom [Zeugen A] ([GH A]) übergeben wurde. Diese Liste hat den Stand Oktober 2003 und führt eine Reihe von Apothe-

62 Wohnung [...], 12-2, Bl. 119.

63 Fn. 15.

64 [GH H] ist ein regional tätiger Pharmagroßhändler mit Niederlassungen [...] und [...].

65 Wohnung [...], 12-2, Bl. 122.

66 Unterakte III.1.1., Vernehmung [Zeuge A], dort in Bl. 17, 18 des vom Zeugen übergebenen Konvoluts von Unterlagen.

ken auf, die zu Daten zwischen dem 01.01.2003 und dem 01.09.2003 entweder von [GH A] zu [GH H] oder von [GH H] zu [GH A] gewechselt sind⁶⁷. [GH H] hat dabei ein Wanderungssaldo zugunsten von [GH A] in Höhe von 1,335 Mio. € pro Monat errechnet und geht damit von einem "Anspruch" auf Rückführung von Umsätzen in der gleichen Höhe aus. Die Liste wurde vom [Zeugen A] ([GH A]) überprüft, der einzelne Angaben als korrekt mit einem Haken versah, andere dagegen korrigierte und so einen "Ausgleichsanspruch" von „nur“ 1,158 Mio. € errechnete.

75. Auch diese Liste und die vom [Zeuge A] ([GH A]) eingefügten handschriftlichen Korrekturen passen zu dem dargelegten Gang der Geschehnisse: Im Zuge der Vorwärtsstrategie hatte [GH A] auch von [GH H] Umsätze gewonnen, und nach Aufgabe der Vorwärtsstrategie hatte sich auch [GH H] an [GH A] mit der Forderung gewandt, Umsätze zurückzuführen⁶⁸. [Zeuge A] ([GH A]) als der für das Tätigkeitsgebiet von [GH H] zuständige Regionalvertriebsleiter hatte jedoch den Auftrag, die geltend gemachten Ansprüche nur teilweise anzuerkennen (und nicht oder nicht vollständig zu erfüllen). Auch hier ist das Datum der von [GH H] an [GH A] übergebenen Liste ("Stand: Oktober 2003") nicht überraschend: Die Liste umfasst alle seit Beginn der Vorwärtsstrategie zwischen [GH H] und [GH A] eingetretenen Kundenwanderungen und hat den Stand vom Oktober 2003, wurde also von [GH H] offenbar zu einem Zeitpunkt kurz nach der Grundabsprache an [GH A] übergeben.

g) Liste [GH D]

76. Dem Bundeskartellamt liegt eine interne Kundenfluktuationsliste von [GH D] vor⁶⁹, die von dem Telefax-Anschluss der [GH A] -Niederlassung [...] aus versendet wurde, und zwar laut der Fax-Zeile am 30. September 2003. Diese Liste wurde dem Bundeskartellamt vom [Zeugen A] ([GH A]) übergeben. Dass es sich um eine interne Liste von [GH D] (und nicht um eine Liste von [GH A] oder eine Liste "über" [GH D]) handelt, ergibt sich daraus, dass die in dieser Liste genannten Apotheken mit Kundennummern von [GH D] versehen sind; auch die Eintragungen "[GH A] [Niederlassung X]" und "[GH A] [Niederlassung Y]" in den Spalten "Zugang – von Wettbewerber" bzw. "Abgang – an Wettbewerber" belegen, dass es sich nicht um ein [GH A] -internes Dokument handelt. Anrufe der Beschlussabteilung bei drei der dort

67 Bei zwei Apotheken war [GH H] offenbar nicht sicher, ob sie zu [GH A] oder zu [GH G] gewechselt waren.

68 Vgl. Asservat 12-2 (Wohnung [...]), Bl. 122.

69 Unterakte III.1.1., Vernehmung [Zeuge A], Bl. 24, 25 des vom [Zeugen A] übergebenen Konvoluts von Unterlagen.

aufgeführten Apotheker haben ergeben, dass die in der Liste aufgeführten Wechsel von [GH A] zu [GH D] und umgekehrt tatsächlich wie dort angegeben stattgefunden haben⁷⁰. Dass diese Liste mit einer Fax- (Absender-) Kennung der [GH A] - Niederlassung in [...] versehen ist, beweist, dass die Niederlassung [X] in den Besitz der internen [GH D]-Liste gelangt ist. Aus der Liste ergibt sich, dass zwischen Januar und August 2003⁷¹ Apotheken mit einem monatlichen Einkaufsvolumen von 585 T€ von den [GH A]-Niederlassungen [X] und [Y] zu [GH D] gewechselt sind, während umgekehrt Apotheken mit einem Umsatzvolumen von 698 T€ monatlich von [GH D] zu den beiden genannten [GH A] -Niederlassungen gewechselt sind.

77. Die Existenz dieser zum damaligen Zeitpunkt aktuellen Liste im Besitz von [Zeuge A] ([GH A]) ist nur so zu erklären, dass im September 2003 im Verhältnis [GH A] - [GH D] eine Absprache mit dem Inhalt getroffen wurde, dass Apothekenkunden zurückgeführt werden, und dass die regional für den Vertrieb zuständigen Manager die vereinbarte Rückführung umsetzen. Mit Hilfe dieser Liste wollte [GH D] gegenüber [GH A] ihren Anspruch auf "Rückgewähr" von Apotheken mit einem monatlichen Einkaufsvolumen von rund (698 T€ - 585 T€ =) 113 T€ begründen. Da die meisten der in der Liste aufgeführten Apotheken sich im Bereich der [GH A] - Niederlassung [X] befinden, wandte sich der betreffende [GH D] -Mitarbeiter an [...], den Regionalvertriebsleiter von [GH A] in [X]. Da sich aber auch eine Reihe von Apotheken im Bereich der [GH A] -Niederlassung [Y] auf der Liste befanden, wurde diese zur Überprüfung "zuständigkeitshalber" an [den Zeugen A] ([GH A]), dem für die Niederlassung [Y]⁷² zuständigen Regionalvertriebsleiter der [GH A], per Telefax übersandt. Zu dieser Erklärung passt auch das Datum der Faxzeile (30.09.2003). Die Vorlage der Saldenlisten durch die Wettbewerber war der erste Schritt für die Abstimmung der Wanderungssalden und damit der koordinierten Rückführung. Insofern ist es nicht erstaunlich, dass die Liste von [GH D] kurze Zeit nach der Grundabsprache vorgelegt wurde. Eine andere Erklärung hierfür gibt es nicht.

h) Notiz des [Zeugen A] zu Gespräch mit dem [Zeugen C]

78. Ein weiterer Beleg dafür, dass es im Verhältnis [GH A] – [GH B] Absprachen über eine Umsatzrückführung gegeben hat, die auf Ebene der Regionalverkaufsleiter

70 Und dass die Bemerkung "bei uns" als "bei [GH D]" zu interpretieren ist, vgl. Ss. der Verteidigung der weiteren Nebenbetroffenen [GH D] vom 21.07.06.

71 Bei einigen der aufgeführten Wechsel von Apotheken von [GH D] zu [GH A] oder umgekehrt ist allerdings kein Datum verzeichnet.

72 Sowie für die Niederlassungen [...] und [...].

beider Unternehmen, nämlich zwischen den [Zeugen A] ([GH A]) und [Zeugen C] ([GH B]), umgesetzt wurden, findet sich auf Bl. 2 der vom [Zeugen A] ([GH A]) übergebenen Unterlagen⁷³. Dort heißt es am oberen Rand:

"[Zeuge C]⁷⁴ offene Summe 230 genannt (ohne [...] berücksichtigt)"

79. Darunter befinden sich zwei Spalten mit Bezeichnungen von Apotheken und das monatliche Einkaufsvolumen dieser Apotheken in Tausend Euro. Eine der Spalten ist mit "Verlust", die andere mit "Gewinn" überschrieben. Weiter unten heißt es⁷⁵:

"≈ 200 v. [Zeuge C] akzeptiert"

80. Dieses Blatt dokumentiert Verhandlungen zwischen dem [Zeugen A] ([GH A]) und dem [Zeugen C] ([GH B]) über den zwischen [GH A] und [GH B] bestehenden offenen Saldo. Der [Zeuge C] ([GH B]) hat bestätigt, dass die Apotheken in der Spalte "Verlust" diejenigen sind, die von [GH A] zu [GH B] gewechselt sind; die Apotheken der Spalte "Gewinn" sind diejenigen, die von [GH A] zulasten von [GH B] gewonnen worden. Offenbar hat [Zeuge C] ([GH B]) für [GH B] zunächst einen Saldo (und damit einen "Ausgleichsanspruch") in Höhe von 230 T€ reklamiert, der vom [Zeugen A] ([GH A]) dann auf 200 T€ "heruntergehandelt" wurde.
81. Der [Zeuge B] ([GH B]) hat zwar die Vermutung geäußert, dass dieses Blatt vom [Zeugen A] ([GH A]) in der Absicht fabriziert worden sei, die beteiligten Unternehmen zu belasten. Dafür bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Die Unterlagen sind vom [Zeugen A] ([GH A]) nicht anlässlich seiner Vernehmung, sondern erst später übergeben worden. In dem vom [Zeugen A] ([GH A]) übergebenen Konvolut befinden sich auch andere, neutrale Dokumente und sogar solche, die von anderen Unternehmen stammen und die deshalb nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand zu fälschen gewesen wären. Die Beschlussabteilung geht daher von der Echtheit der Unterlage in dem Sinne aus, dass sie vom [Zeugen A] ([GH A]) im Frühjahr 2004 angefertigt wurden, als er – unbestritten – zwei Gespräche mit dem [Zeugen C] ([GH B]) hatte. Für die Echtheit des Dokuments spricht auch, dass die Summe der Größenordnung nach derjenigen entspricht, die nach den Notizen⁷⁶ [des Betroffenen B] ([GH A]) gegenüber [Zeuge A] ([GH A]) zunächst genannt wurde (€ 250 000).

73 Unterakte III.1.1.

74 [Zeuge C] ist Leiter des Vertriebsinnendienstes der [GH B] -Niederlassung [...].

75 Mit einem anderen Stift, also offenbar später geschrieben.

76 Oben S. 21.

82. In ihrer Überzeugung von der Echtheit des Dokuments wird die Beschlussabteilung auch von der Aussage des [Zeugen C] ([GH B]) bestärkt, der - nachdem er anfänglich bestritten hatte, mit dem [Zeugen A] ([GH A]) über einzelne Apotheken gesprochen zu haben - schließlich einräumte, über die Burg-Apothek in [...] und „den einen oder anderen Namen“ auf der Liste gesprochen zu haben⁷⁷.

i) Zeugenaussage [des Zeugen A]

Inhalt der Aussage

83. Der bis 15. September 2004 bei [GH A] tätige [Zeuge A] ([GH A]) war im relevanten Zeitraum Regionalvertriebsleiter der [GH A] für die Niederlassungen [...], [...], [...] und war direkt dem Vorstand berichtspflichtig.
84. Er hat detailliert die hier dargestellten Aktivitäten beschrieben und bestätigt, dass
- bei einer Regionalverkaufsleitertagung in [...] vom 25. bis 28. September 2003 [der Betroffene A] ([GH A]) mitgeteilt habe, er habe sich mit seinen Kollegen von [GH B], [GH D] und [GH C] auf eine Rückführung der Marktanteile an diese geeinigt;
 - [Betroffener B] bei [GH A] mit der Koordination der Rückführung beauftragt wurde;
 - die [GH A] -Regionalverkaufsleiter zunächst durch Abgleich der Kunden- und Marktanteilsgewinne und -verluste mit Regionalverkaufsleitern der anderen Pharmagroßhändler Saldenlisten zu erstellen hatten;
 - über den Stand der Gespräche Herrn [Betroffener B] ([GH A]) zu berichten war;
 - die Rückführung durch eine entsprechende Abgabe von Angeboten an die Apotheken gesteuert wurde;
 - dass diese Gespräche "bis weit in das Jahr 2004" andauerten.
85. Der [Zeuge A] ([GH A]) berichtete für seinen eigenen Zuständigkeitsbereich auch von entsprechenden Gesprächen mit den zuständigen Kollegen bei anderen Pharmagroßhändlern, die sich in den oben benannten Aufzeichnungen spiegeln.

[Zeuge A] ist Zeuge; seine Aussagen unterliegen keinem Verwertungsverbot

86. Die Aussagen von [Zeuge A] ([GH A]) sind als Zeugenaussagen zu qualifizieren und unterliegen entgegen der Ansicht der Verteidigung keinem Beweisverwertungsverbot. Die Verteidigung weist zutreffend darauf hin, dass es im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht keine formelle verbindliche Einstellung von Ermittlungen gibt. Es mag auch zutreffen, dass [Zeuge A] ([GH A]) selbst als Täter eines Verstoßes gegen § 1 GWB in Betracht kommt. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass [Zeuge A] ([GH A]) als "Hauptbetroffener" nicht als Zeuge vernommen werden könnte. Eine Vernehmung als Zeuge kommt nur dann nicht in Betracht, wenn der zu Vernehmende (hier: [Zeuge A] [A]) in einem Verfahren aussagen soll, in dem er selbst Betroffener ist. Fehlt es an dieser prozessualen Klammer, entfällt auch das Hindernis für die Zeugenrolle⁷⁸. Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf in dem Verfahren "Papiergroßhandel" auch Kartellteilnehmer als Zeugen gehört⁷⁹. Dies trifft auf Kartellteilnehmer zu, die in Anwendung des Opportunitätsgrundsatzes nicht verfolgt wurden, und insbesondere auch auf Kartellteilnehmer, die im Rahmen der Bonusregelung eine Aussage machten. In seinem Urteil vom 27.03.2006 führt das Gericht aus⁸⁰:

"Beides steht nach den Aussagen der Zeugen Schl. (Kartellteilnehmer von ... bis ...), H. (Kartellteilnehmer zumindest von ... bis ...), Schm. (Kartellteilnehmer von ... bis ...) und G. (Teilnehmer eines Kartelltreffens im 1. Halbjahr ...) fest. Die Zeugen haben den Bestand des Kartells und die Kartellteilnehmer jeweils für den Zeitraum ihrer eigenen Kartellbeteiligung bestätigt."

87. Zudem ist Herr [Zeuge A] ([GH A]) nicht als "Hauptbetroffener"⁸¹ zu qualifizieren. Das Verfolgungskonzept des Bundeskartellamtes sieht hier – ähnlich wie in anderen Fällen – vor, in Ausübung des Opportunitätsgrundsatzes (§ 47 OWiG) nur diejenigen Personen als Betroffene zu verfolgen, die in führender Stellung an dem Wettbewerbsverstoß beteiligt waren. Hierzu gehören die Vorsitzenden des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung der betroffenen Unternehmen sowie die "Koordinatoren", die in zentraler Position an der Umsetzung der Absprache beteiligt waren, nicht dagegen die Regionalverkaufsleiter, Vertriebsleiter oder sonst auf regionaler

78 Senge, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl., Vor § 48, Rn. 8.

79 Gesch.-Z.: VI – Kart 3/05 (OWi) – *Papiergroßhandel*, dort unter III.D.1. der Gründe, Bl. 33 f. der Urteilsausfertigung.

80 AaO., unter II.D.10. der Gründe, Bl. 48 f. der Urteilsausfertigung.

81 Im Sinne der von der Verteidigung (Schriftsatz der Verteidigung der Nebenbetroffenen Anzag vom 26.03.2006) herangezogenen Literaturmeinung von *Dannecker/Biermann in Immen- ga/Mestmäcker*, Rn. 158 von § 81 GWB, oder i.S.v. Punkt A.d) der Bonusregelung a.F. (Bekanntmachung 68/2000 des Bundeskartellamtes).

oder lokaler Ebene tätiger Unternehmensmitarbeiter, die lediglich an der Umsetzung der Kartellabsprache beteiligt waren. Dies war dem [Zeugen A] ([GH A]) bekannt; er konnte davon ausgehen, dass er, wenn er sich nicht zur Aussage bereit erklärt hätte, ebenso wie die von [GH B] benannten Zeugen [Zeuge B] ([GH B]), [Zeuge D] ([GH B]) und [Zeuge C] ([GH B]) und andere in vergleichbarer Stellung tätigen Vertriebsmanager bei [GH A] und der anderen Nebenbetroffenen dieses Verfahrens nicht verfolgt worden wären. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass er sich eine Verfahrenseinstellung mit einer besonders belastenden Aussage "erdienen" wollte, wie die Verteidigung gemutmaßt hat.

88. Dementsprechend wurden auch die anderen, bei den betroffenen Unternehmen tätigen Regionalleiter, Vertriebsleiter und in ähnlicher Stellung tätigen Vertriebsmanager nicht verfolgt. Dies gilt auch für die [GH B]-Mitarbeiter [Zeuge D], [Zeuge B] und [Zeuge C], die als Zeugen von [GH B] benannt und vom Bundeskartellamt gehört wurden.
89. Daraus folgt auch, dass die Zusage der Nichteinleitung eines Verfahrens gegen [Zeuge A] ([GH A]) entgegen der Ansicht der Verteidigung kein Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils im Sinne des § 136a StPO darstellt; die Aussage kann daher verwertet werden.
90. Von der Verteidigung⁸² wurde ferner bemängelt, dass im Protokoll der Zeugenaussagen Angaben zu den Umständen der Vernehmung fehlen, die für die Würdigung der Aussage bedeutsam seien; ferner wurde gerügt, dass die ursprünglichen Angaben des Zeugen nachträglich konkretisiert und ergänzt wurden. Entscheidend ist jedoch, dass der [Zeuge A] ([GH A]) seine Aussage, so wie sie sich in der Verfahrensakte befindet, unterzeichnet hat. Er hat damit diese Fassung des Vernehmungsprotokolls zu seiner Aussage gemacht, unabhängig davon, ob vorher andere Fassungen existierten. Der [Zeuge A] ([GH A]) hat diese letzte Fassung des Dokuments nochmals gelesen, geprüft und handschriftlich ergänzt bzw. klar gestellt. Gleiches gilt für die Zusammenfassung der Vernehmung von Herrn [Zeuge A] ([GH A]). Diese wurde zwar von einem Mitarbeiter des Bundeskartellamtes formuliert, sie wurde jedoch vom [Zeugen A] ([GH A]) gelesen, mit einer handschriftlichen Veränderung versehen und so genehmigt und unterschrieben. Auch bei dieser Zusammenfassung handelt es sich daher um ein Vernehmungsprotokoll.

82 Schriftsatz der Verteidigung der Nebenbetroffenen [GH A] vom 6.3.2006, S. 12.

Beweiswürdigung

91. Die Beschlussabteilung verkennt nicht, dass [Zeuge A] ([GH A]) ein besonderes Interesse haben könnte, seinen ehemaligen Arbeitgeber zu belasten. Sie stimmt daher mit der Verteidigung überein, dass seine Aussage vorsichtig zu würdigen ist und hat die Aussage des [Zeugen A] ([GH A]) intensiv auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft. Dabei wurde berücksichtigt, dass die Zeugenaussage [Zeuge A] ([GH A]) für die Beurteilung lediglich insoweit von Bedeutung ist, als sie die Überzeugung, die die Beschlussabteilung bereits anhand der schriftlichen Beweismittel⁸³ gewonnen hatte, bestätigt. Darüber hinaus hat der [Zeuge A] ([GH A]) lediglich Details genannt, die das Bild abrunden, aber für die Verwirklichung des Tatbestandes nicht essentiell sind. So hat er z.B. erläutert, dass Herr [Betroffener A] ([GH A]) die Regionalverkaufsleiter von [GH A] am Rande der Nationalen Verkaufstagung der [GH A] in Arnsberg im September 2003 ansprach und aufforderte, sich mit den (regionalen) Verkaufsleitern der anderen Großhändler in Kontakt zu treten und als ersten Schritt die Salden abzugleichen. Auch ohne diese Aussage würde für die Beschlussabteilung jedoch feststehen, dass es eine Anweisung vom Vorstand von [GH A] gegeben haben muss, mit den anderen Großhändlern in Verhandlungen über eine Saldenrückführung zu treten. Anders ließen sich die von Herrn [Betroffenen B] ([GH A]) geführten Gespräche nicht erklären. Gleiches gilt etwa auch für die Koordinatorenrolle von Herrn [Betroffenen B] ([GH A]).
92. Die Aussage des [Zeugen A] ([GH A]) dient allerdings insoweit nicht nur zur Bestätigung der Schlüsse, die aus den in Schriftform vorliegenden Dokumenten gezogen werden, als er ausgesagt hat, dass die Gespräche über die Rückführung der Marktanteile über das Datum der Durchsuchung im November 2003 hinaus bis weit in das Jahr 2004 hinein andauert haben. Hierfür gibt es auch keine Dokumente, die diese Aussage belegen. Die "vorsichtige Würdigung" seiner Aussage führt insoweit dazu, dass dieser Umstand bei der Bemessung der Bußgeldhöhe nicht berücksichtigt wird.
93. Die Aussage des [Zeugen A] ([GH A]) steht insoweit in vollem Einklang mit den gefundenen Dokumenten, die dem Zeugen nicht bekannt waren. Er machte auf alle mit seiner Vernehmung betrauten Mitarbeiter der Beschlussabteilung einen sachlichen, nicht von Rache oder Belastungseifer getriebenen Eindruck. Die Beschluss-

83 Oben Gliederungspunkte IV.A.5. a) bis h).

abteilung schenkt seiner Aussage daher mindestens insoweit Glauben, als sie die sachlichen Beweismittel bestätigt.

94. Die Zeugen [Zeuge D] ([GH B]), [Zeuge B] ([GH B]) und [Zeuge C] ([GH B]) waren zu dem Beweisthema des Inhalts der Gespräche, die der [Zeuge A] ([GH A]) mit ihnen geführt hatte, benannt worden. Sie haben bestätigt, dass die Treffen stattgefunden haben, haben jedoch angegeben, dass andere Themen besprochen wurden, als von [Zeuge A] ([GH A]) angegeben. Insbesondere haben sie bestritten, dass, wie von [Zeuge A] ([GH A]) vorgetragen, ein Saldenabgleich und ein anschließender Ausgleich von Salden Gesprächsthema gewesen sei. Der [Zeuge B] ([GH B]) hat darüber hinaus ausdrücklich bestritten, von seinem Vorstand entsprechende Anweisungen erhalten zu haben oder an [Zeuge D] ([GH B]) oder [Zeuge C] ([GH B]), die ihm unterstellt sind, entsprechende Anweisungen gegeben zu haben. Begründet hat er dies damit, dass in seiner Region ein Bedarf für einen Ausgleich nicht bestanden habe, da seine Marktanteile in Ordnung gewesen seien.
95. Die Aussagen von [Zeuge D] ([GH B]), [Zeuge B] ([GH B]) und [Zeuge C] ([GH B]) waren ersichtlich von dem Bestreben geprägt, ihren Arbeitgeber [GH B] sowie [die Betroffenen D und E] [GH B] zu schützen. Herr [Betroffener D] ([GH B]) war zum Zeitpunkt des hier relevanten Verhaltens ihr Vorgesetzter und ist derzeit Aufsichtsratsvorsitzender von [GH B]. Herr [Betroffener E] ([GH B]) ist derzeit ihr Vorgesetzter. Als „Zeugenbeistand“ wohnte den Vernehmungen ein Rechtsanwalt aus der Kanzlei bei, die in diesem Verfahren das Unternehmen [GH B], also die Arbeitgeberin der Zeugen, verteidigt. Die Aussage dieser drei Zeugen ist aber für die Beschlussabteilung vor allem deshalb wenig glaubhaft, weil sie im Gegensatz zu Dokumenten steht, die zahlreiche Kontakte zwischen Mitarbeitern von [GH A] und von [GH B] dokumentieren, insbesondere auch die oben⁸⁴ wiedergegebene Notiz von Herrn [Betroffener B] ([GH A]) über ein Gespräch mit Herrn [Zeuge A] ([GH A]), dass für den Bereich [...] ein offener Saldo von € 250.000 genannt wurde, während der Saldo für [...] „noch“ unklar sei.
96. Dem [Zeugen B] schenkt die Beschlussabteilung auch deshalb wenig Glauben, weil er in seiner Vernehmung den Eindruck erweckte, dass es für ihn deshalb keinen Anlass gegeben habe, sich mit [GH A] abzusprechen, weil er in dem relevanten Zeitraum kein Marktanteilsproblem hatte und ein etwaiger Verlust von Kunden an

[GH A] unerheblich sei, soweit dies durch einen Gewinn von Kunden an anderer Stelle kompensiert werde⁸⁵; daher habe es auch keinen Anlass gegeben mit [dem Betroffenen E], bei [GH B] das für den Vertrieb zuständige Vorstandsmitglied, zu sprechen. Demgegenüber heißt es in einem Schreiben⁸⁶ von Herrn [Betroffenen D] ...] ([GH B]) an Herrn [Zeugen B] ([GH B]) u.a.:

" ... anbei erhalten Sie den Umsatzwanderungssaldo mit der [GH A]. Er liegt kumuliert für die Periode Januar – September bei –247.000 EUR. Ich erwarte, dass Sie den Saldo weitestgehend bis zum Jahresende glattstellen. ... Bitte besprechen Sie die zu ergreifenden Maßnahmen unverzüglich mit Herrn [Betroffenen E] ...]."

6. Zu einzelnen Verteidigungsargumenten

97. In einigen Punkten interpretiert die Verteidigung den Sachverhalt anders als die Beschlussabteilung. Die wichtigsten Gegenargumente und die Ansicht der Beschlussabteilung hierzu werden im Folgenden dargestellt. Weitere Argumente, die von der Verteidigung vorgetragen wurden, hat die Beschlussabteilung ebenfalls geprüft, ohne dass hier im Einzelnen darauf eingegangen wird.

a) Kein einseitiges Handeln

98. Von der Verteidigung wurde unter anderem vorgetragen, dass die Ausrufung der Aufwärtsstrategie und die folgende Rückführung von Marktanteilen eine einseitige Maßnahme von Herrn [Betroffenen A] ([GH A]) bzw. von [GH A] gewesen sei. Auch wenn die Abkehr von der Vorwärtsstrategie als solche kein Gegenstand einer Absprache zwischen Herrn [Betroffenen A] ([GH A]) einerseits und den anderen Vorsitzenden andererseits gewesen sein sollte, stellt jedoch in jedem Falle die koordinierte Rückführung von Marktanteilen zugunsten der anderen Großhändler eine Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB dar. Denn [GH A] hat nicht nur einseitig darauf verzichtet, einzelnen Apotheken attraktive Angebote zu machen, oder einseitig gegenüber Kunden, bei denen die Erlösschmälerungen/Rabatte höher sind als die Großhandelsspanne, die Konditionen verschlechtert. Vielmehr hat Herr [Betroffener A] ([GH A]) mit den anderen Vorsitzenden eine Rückführung der Marktanteile abgesprochen. Hätte er eine Reduzierung der Marktanteile lediglich (einseitig) als Folge der Aufwärtsstrategie in Kauf genommen, wären weder der allgemeine Akquisitionsstop, noch die zahlreichen von Herrn [Betroffenen B] ([GH A]) koordinierten Abstimmungen auf der Arbeitsebene mit Vertretern der anderen Großhändler erforder-

85 Protokoll der Vernehmung [Zeuge B] S. 76 – 78.

86 Asservat [...] -L 16-20, Bl. 28.

lich gewesen, genauso wenig wie es ohne Absprache nicht verständlich ist, dass ein Unternehmen von einem Wettbewerber die Rückgabe von Marktanteilen fordert. Die häufigen, Ende September 2003 beginnenden Kontakte zwischen den Koordinatoren [Betroffener B] ([GH A]), [Betroffener E] ([GH B]) und [Betroffener F] ([GH D]), aber auch auf der Ebene der Vertriebs- und Regionalvertriebsleiter lassen sich⁸⁷ nicht durch einen einseitigen Strategiewechsel von [GH A] erklären, sondern nur auf Basis einer Vereinbarung mit den anderen Pharmagroßhandlungen.

b) Anweisungen des [Betroffenen A] : "keine Abgabe von Marktanteilen"

99. Von der Verteidigung wurde ferner darauf hingewiesen, dass in den Akten verschiedene Anweisungen von Herrn [Betroffenen A] ([GH A]) enthalten seien, in denen dieser Anweisung gibt, keine Marktanteile abzugeben. Die Beschlussabteilung hatte zunächst die Ansicht geäußert, dass es sich dabei um Äußerungen handelte, die der [Betroffene A] ([GH A]) seinen Vertriebsmitarbeitern und dem Betriebsrat gegenüber abgegeben hatte, um diese zu beruhigen, da das Personal in der Zeit von Herrn [...] ([GH A]) Vorwärtsstrategie auf Wachstum "gepolt" worden war, und er Widerstand gegen seine neue Aufwärtsstrategie befürchtete. Die Motivation für die genannten Äußerungen von Herrn [Betroffenen A] ([GH A]) kann jedoch letztlich offen bleiben. Die oben (unter den Punkten a) bis h)) wiedergegebenen Belege zeigen jedenfalls eindeutig, dass er schließlich doch Anweisungen gegeben hat, Marktanteile zurückzuführen.

c) Kein vorheriger Ausgleich der offenen Salden im Wettbewerb

100. Von der Verteidigung der Unternehmen [GH D] und [GH B] wurde vorgetragen, dass es für diese beiden Unternehmen keinen Anlass gegeben habe, sich mit [GH A] über die Rückführung von Umsätzen zu einigen, da es in der zweiten Hälfte des Jahres 2003 keine auszugleichenden offenen Salden gegeben habe; denn die von diesen beiden Unternehmen im Zuge der Vorwärtsstrategie an [GH A] verlorenen Marktanteile seien im September 2003 bereits wieder ausgeglichen gewesen. Auch der [Zeuge B] ([GH B]) hat angegeben, dass es für seinen Bereich, die [GH B] - Niederlassungen [...], [...] und [...], keinen Anlass für die Forderung nach Rückführung von Marktanteilen gegeben habe⁸⁸.

87 Entgegen dem Vortrag der Verteidigung von [GH A] (Einlassung vom 6.3.2006, S. 14 ff., 19 ff.).

88 Mindestens für das Gebiet der [GH B] -Niederlassungen [...] und [...] stimmt dies jedoch nicht, wie der oben (Rz. 96) auszugsweise wiedergegebene Brief [des Betroffenen D ([GH B])] zeigt. Ähnliche Briefe (meist mit höheren "offenen Salden") liegen auch für die [GH B] -Vertriebszentren [...]

101. Es mag zutreffen, dass [GH D] und [GH B] im Laufe des Jahres 2003 durch einseitige Reaktionen auf die Vorwärtsstrategie bereits einen Teil der verlorenen Marktanteile zurückgewonnen hatten. Da die Pharmagroßhandelsmärkte regional strukturiert sind, kann ferner nicht ausgeschlossen werden, dass im Verhältnis zu einzelnen Wettbewerbern und in einzelnen Regionen kein ausgleichender „offener Saldo“ bestand. Es ist jedoch ausgeschlossen, dass dies für alle drei bundesweit tätigen Wettbewerber und für alle Regionen Deutschlands galt. Ansonsten wäre nicht erklärbar, weshalb vereinbart wurde, bundesweit die Salden im Verhältnis zu allen drei großen Wettbewerbern festzustellen. Dies ist unzweifelhaft geschehen.

d) Andere Gründe für Umsatz- und Marktanteilsverschiebungen in den Jahren 2003 und 2004

102. Von der Verteidigung wurde vorgetragen, dass es für die in den beiden Beschuldigungsschreiben vom 25. Januar 2005 und vom 6. Dezember 2005 genannten Umsatz- und Marktanteilsverschiebungen im IV. Quartal 2003 sowie im Jahre 2004 auch andere Gründe als die Absprache gegeben hat. Es mag sein, dass es neben der Absprache zur Rückführung von Marktanteilen auch andere Entwicklungen gegeben haben könnte, die zu Kunden- und Umsatzverschiebungen geführt haben können. Zu nennen wären etwa das zum Jahresanfang 2004 in Kraft getretene GMG, das zu gewissen Marktanteilsverschiebungen geführt hat, oder auch einseitige Maßnahmen von [GH A]. Insofern ist es schwierig, diejenigen Umsatzbewegungen zu isolieren oder zu quantifizieren, die direkte Folge der Absprache waren. Dies ist jedoch auch nicht notwendig. Fakt ist jedenfalls, dass der Marktanteil von [GH A] Ende 2004 wieder eine Größenordnung erreicht hatte, die derjenigen entsprach, die [GH A] vor der Ausrufung der Vorwärtsstrategie hatte. Wie dieser Marktanteilsrückgang im Einzelnen zustande gekommen ist (und in welchem Umfang er Folge der Absprache war), ist hier nicht relevant. Entscheidend ist alleine, dass spätestens im September 2003 eine Rückführung von Marktanteilen abgesprochen wurde.

(Asservat [...] -L 16-20, Bl. 14), [...] (aaO., B. 16), [...] (Bl. 18), [...] (Bl. 20), [...] (Bl. 22), (Bl. 24), [...] (Bl. 26) und [...] (Bl. 30) vor. Insgesamt summieren sich die dort genannten "glattzustellenden" Wettbewerbssalden [GH A] auf 4,363 Mio. EUR. Zur Bedeutung dieser Summe siehe oben Rz. 37. Diejenigen Vertriebsleiter, die nicht im Verhältnis zu [GH A], aber z.B. im Verhältnis zu [GH D] "offene Salden" hatten, erhielten übrigens keine solchen Briefe.

B. **Rechtliche Würdigung**

1. Anwendbares Recht

Nach 6. GWB-Novelle, § 4 Abs. 3 OWiG

103. Nach § 4 Abs. 3 OWiG ist das mildeste Gesetz anzuwenden, wenn das Gesetz, das bei Beendigung der Handlung gilt, vor der Entscheidung geändert wird. Nach der Beendigung der Tat ist die 7. GWB-Novelle in Kraft getreten, die den hier angewendeten Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB unverändert lässt (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB n. F.), und lediglich die angedrohte Geldbuße erhöht (§ 81 Abs. 4 GWB n. F.). Dies gilt für die betroffenen natürlichen Personen uneingeschränkt und für die Nebenbetroffene als Unternehmen jedenfalls dann, wenn kein Mehrerlös berechnet und als Grundlage für eine Bußgeldfestsetzung nach § 81 Abs. 2 Satz 1, 2. Teilsatz GWB a.F. (Festsetzung eines Bußgeldes bis zum dreifachen Mehrerlös) herangezogen wird. Dies geschieht hier nicht. Im konkreten Fall ist daher auch für die Nebenbetroffene § 81 GWB a.F. das mildere Gesetz. Es folgt, dass § 81 GWB a. F. zur Anwendung kommt.

Keine Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag

104. Milderes Recht i.S. v. § 4 Abs. 3 OWiG ist auch nicht das europäische Recht. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der VO 1/2003, der als Verfahrensvorschrift auch auf das vorliegende Verfahren anzuwenden ist, wenden die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten auch das europäische Wettbewerbsrecht auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag an, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können, wenn auf diese Vereinbarungen das nationale Wettbewerbsrecht angewendet wird. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und der Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, die den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels weit auslegen, sind horizontale Kartelle, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstrecken, in der Regel geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen⁸⁹. Obwohl das dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Verhalten das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland betrifft, ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel vorliegend

89 Bekanntmachung der Kommission - Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, Tz. 78.

nicht erfüllt. Der betroffene Markt und der Fall weisen Besonderheiten auf, die dazu führen, dass der zwischenstaatliche Handel im vorliegenden Fall nicht spürbar beeinträchtigt wird: die betroffenen Märkte sind in räumlicher Hinsicht regional abzugrenzen; das bebußte Verhalten führt nicht zu einer Verfestigung der Aufteilung der Märkte nach nationalen Grenzen; die von den Großhändlern zu erbringende Distributionsleistung ist als solche nicht handelbar, insbesondere kommen ausländische Unternehmen derzeit nicht als Alternative für die Belieferung einer inländischen Apotheke in Betracht; die Rückführung von Marktanteilen hatte auch keinen Einfluss auf die Einfuhren von Arzneimitteln und hat auch nicht die Marktzutrittsschranken für ausländische Unternehmen erhöht⁹⁰. Es kann ausgeschlossen werden, dass sich die Handelsströme ohne die Vereinbarung zur Rückführung anders als ohne sie entwickelt hätten.

105. Die Beschlussabteilung hat jedenfalls Art. 81 EG-Vertrag geprüft und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Absprache über die Rückführung von Kunden / Umsätzen / Marktanteilen – bei unterstellter Berührung des zwischenstaatlichen Handels - auch gegen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag verstößt und nicht nach Abs. 3 der Vorschrift freigestellt ist. Das europäische Recht widerspricht einer Anwendung des § 1 GWB daher nicht. Der vorliegende Beschluss wird jedoch ausschließlich auf einen Verstoß gegen § 1 GWB gestützt, da die Beschlussabteilung davon ausgeht, dass Art. 81 EG-Vertrag mangels Zwischenstaatlichkeit nicht berührt ist, und zum Tatzeitpunkt § 81 GWB n.F. noch nicht in Kraft war.

2. Verstoß des [Betroffenen A] gegen § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 1 GWB a.F.

Objektiver Tatbestand

106. Herr [Betroffener A] ([GH A]) hat in zweifacher Weise gegen § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB a.F. verstoßen: Zum einen durch die Absprache über die koordinierte Rückführung von Apothekenkunden und damit Umsatzerlösen und Marktanteilen von [GH A] zugunsten der drei anderen großen Pharmagroßhändler [GH B], [GH D] und [GH C], und zum anderen durch seine Mitwirkung bei der Umsetzung (Praktizierung) der abgesprochenen Rückführung.
107. Die Absprache selbst stellt eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern dar, in der [GH A] einen Verzicht auf Wettbewerb erklärt und erfüllt damit den objektiven Tatbestand des § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB a.F. Dass eine solche Vereinbarung

90 Vgl. die Erwägungen in Tz. 77 ff. der Leitlinien.

mit dem Ziel, die „Marktruhe“ wiederherzustellen, unter den genannten Pharmagroßhändlern getroffen wurde, ergibt sich aus den oben im Einzelnen dargestellten Beweismitteln: Sie enthalten zahlreiche Belege für Kontakte zwischen den Wettbewerbern, bei denen Saldenlisten und „Forderungen“ ausgetauscht wurden mit dem Ziel, die von [GH A] im Wettbewerb gewonnenen Umsätze und Marktanteile zurückzuführen und belegen so die Existenz einer Grundabsprache. Es gibt keine andere plausible Erklärung für diese Kontakte unter den Wettbewerbern ab September 2003. Die Aussage des [Zeugen A] ([GH A]) bestätigt diese Schlussfolgerungen.

108. Der [Betroffene A] ([GH A]) leistete einen wesentlichen Tatbeitrag. Die Grundabsprache wurde im Rahmen der Bemühungen von Herrn [Betroffenen A] als neuem [...] der Nebenbetroffenen [GH A] vereinbart, den durch die Vorwärtsstrategie seines Vorgängers ausgelösten Rabattkrieg zu beenden und die Marktruhe wiederherzustellen. Die oben aufgeführten Beweismittel belegen, dass der [Betroffene A] ([GH A]) selbst die Anordnung traf, die wettbewerblichen Bemühungen von [GH A] durch Akquisition neuer Kunden zu beenden. Er ordnete an, dass über Angebote von Wettbewerbern unmittelbar der Vorstand informiert wird. Er ordnete an, Marktanteile an Wettbewerber zurückzuführen und beauftragte den [Betroffenen B] ([GH A]) mit der Durchführung. Der [Betroffene A] ([GH A]) nahm auch persönlich an dem Treffen in Lindau teil, bei dem mutmaßlich die Grundabsprache vereinbart wurde. Der [Betroffene A] ([GH A]) war somit bei [GH A] der strategische Leiter für die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung.
109. Der [Betroffene A] war zudem an der Durchführung der Absprache im Sinne von § 14 OWiG beteiligt. Die Notizen des [Betroffenen B] ([GH A]) beweisen, dass er stets aktuell über die Umsetzung der Vereinbarung informiert wurde. Die oben auf S. 18 ff. aufgeführten Kontakte des Vertriebspersonals geschahen nicht "auf eigene Faust"⁹¹, sondern auf Anordnung der beiden persönlich Betroffenen.
110. Sowohl bei der Absprache selbst als auch bei ihrer Umsetzung handelte der [Betroffene A] ([GH A]) als Vorstandsvorsitzender der Nebenbetroffenen und damit als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. Er war damit tauglicher Täter eines Verstoßes gegen § 81 i.V.m. § 1 GWB.

111. Gemäß § 14 Abs. 1 OWiG handelt jeder Täter ordnungswidrig, wenn sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit beteiligen.

Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit

112. Der [Betroffene A] ([GH A]) handelte vorsätzlich. Die Beteiligung an einer Absprache über die Rückführung von Marktanteilen zugunsten von Wettbewerbern war von ihm eine bewusste und gewollte Entscheidung. Auch über die praktische Umsetzung der Absprache (die nicht in seinen Aufgabenbereich als Vorstandsvorsitzender fiel) wurde er laufend in Kenntnis gesetzt. Der [Betroffene A] ([GH A]) hat also auch von der Umsetzung gewusst und diese gewollt. Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht erkennbar.
113. Die Kenntnis kartellrechtlicher Kernregelungen ist beim Vorstandsvorsitzenden eines solchen Unternehmens vorauszusetzen. Dass Absprachen der hier vorliegenden Art gegen § 1 GWB verstoßen, war dem [Betroffenen A] auch deshalb bekannt, weil das Bundeskartellamt bereits im Jahr 1991 gegen zwölf Unternehmen des pharmazeutischen Großhandels und deren verantwortliche Geschäftsleitungen Geldbußen (in Höhe von knapp 19 Mio. Euro) festgesetzt hatte. Die Unternehmen hatten sich im Dezember 1986 auf einen grundsätzlichen Akquisitionsstop zum Zweck einer fortlaufenden Senkung der den Apothekern eingeräumten Rabatte geeinigt. Auf dieser Basis hatten anschließend die örtlichen Niederlassungsleiter mit konkreten Rabattabsprachen, der Unterlassung von Abwerbungen, dem Kundenausgleich bei dennoch stattgefundenener Kundenfluktuation und weiteren Maßnahmen den Wettbewerb untereinander beschränkt. Zu den damals bebußten natürlichen Personen gehörte auch der [Betroffene A], zu den Unternehmen, gegen die eine Geldbuße festgesetzt wurde, gehörte auch die Nebenbetroffene [GH A].

Einheitliche Tat

114. Die Absprache selbst sowie die verschiedenen Tathandlungen zu ihrer Durchführung stellen eine einheitliche Tat dar; es wird daher nur eine Geldbuße verhängt.

3. Verstoß des [Betroffenen B] gegen § 1 GWB

Objektiver Tatbestand

115. Die Koordination der Rückführung wurde im Unternehmen [GH A] dem [Betroffenen B] übertragen. Dies ergibt sich aus:

- den Dokumenten über den vom [Betroffenen A] ([GH A]) erteilten Auftrag zur Umsetzung der Absprache⁹²,
- der schriftlichen Notiz von Herrn [...] ([GH A]) über ein Gespräch mit dem [Betroffenen A] ([GH A])⁹³,
- der E-Mail⁹⁴ vom 15.09.2003 des [Betroffenen A] an Herrn [Betroffenen C] ([GH C]), in dem er diesem gegenüber erklärt, weshalb er [den Betroffenen B] ([GH A]) mit der Aufgabe betraut hat ("Einbindung in das Programm 'Ergebnisverbesserung'"),
- den Belegen über die zahlreichen Gesprächen, die Herr [Betroffener B] ([GH A]) entweder selbst mit den "Koordinatoren" bei [GH D] und [GH B], den [Betroffenen F] ([GH D]) und [Betroffenen E] ([GH B]) geführt hat, oder über die Vertriebsmanager von [GH A] ihm berichtet haben,
- der Zeugenaussage [des Zeugen A] ([GH A]).

116. Das Bundeskartellamt verfügt über keinen Nachweis darüber, dass Herr [Betroffener B] ([GH A]) selbst an der Grundabsprache beteiligt war. Er war jedoch an leitender Stelle als „Koordinator“ mit der Umsetzung dieser Absprache betraut. Er hat insoweit im Sinne des § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. der Vorschrift des § 1 GWB über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung zuwider gehandelt und damit den objektiven Tatbestand erfüllt. Er hat dem Verbot des § 1 GWB zuwider gehandelt, indem er Maßnahmen zur Umsetzung der verbotenen Vereinbarung traf. Zu diesen Maßnahmen, die unter dem Oberbegriff der Koordination der Marktanteilsrückführung zusammengefasst werden können, gehören insbesondere die Gespräche zur Saldenfeststellung sowie über einzelne Apotheken, die er selbst mit den [Betroffenen E] ([GH B]) und [Betroffenen F] ([GH D]) geführt hat. Auch die koordinierende Tätigkeit im Hinblick auf Gespräche, die die Regionalverkaufsleiter der [GH A] mit den Vertriebsmanagern der anderen Pharmagroßhändler führten, erfüllt den objektiven Tatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB, da sie eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen im Sinne des § 1 GWB darstellt. Ohne die Tathandlungen des [Betroffenen B] hätte die Vereinbarung nicht oder nicht so effektiv umgesetzt werden können.

92 Asservat Büro [Betroffener B], 4-1, Bl. 1. (oben Rz. 42); Ass. Wohnung [...], 12-2, Bl. 177 ("Steuerung der Maßnahmen Herr [Betroffener B] ").

93 Oben Fn. 29 sowie Asservat Wohnung [...], 12-2, Bl. 242, 243.

94 EDV-Asservat [GH A] / [Betroffener A], E-Mail vom 15.9.2003.

117. Der [Betroffene B] ([GH A]) war zum Tatzeitpunkt noch kein Mitglied des Vorstandes der Nebenbetroffenen. Bei der Ausübung seiner koordinierenden Tätigkeit war er jedoch von dem [Betroffenen A] ([GH A]), der für die Nebenbetroffene handelte, im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 2 OWiG ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung betriebsbezogene Aufgaben wahrzunehmen, und er hat aufgrund dieses Auftrages gehandelt. Auch er war daher tauglicher Täter einer Ordnungswidrigkeit nach § 81 i.V.m. § 1 GWB.

Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit

118. Auch [der Betroffene B] ([GH A]) handelte vorsätzlich. Er übte seine koordinierende Tätigkeit bewusst aus. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind auch bei [ihm] nicht erkennbar. Dass er mit seiner koordinierenden Tätigkeit gegen Kartellrecht verstieß, war ihm als Ressortleiter [...] eines großen Unternehmens in der Branche des Pharmagroßhandels bewusst. Dass ihm die Kartellrechtswidrigkeit seines Tuns bewusst war, zeigt auch die Notiz über ein Telefonat, in dem er [den Betroffenen E] "nochmals auf mögliche Konsequenzen bezüglich Kartellamt in der Verbindung Skontosenkung/Beteiligung [GH D]/[GH B] an [GH A] hingewiesen" hat⁹⁵.

Einheitliche Tat

119. Die verschiedenen Tathandlungen zur Durchführung der Absprache stellen eine einheitliche Tat dar; es wird daher nur eine Geldbuße verhängt.

4. Festsetzung einer Geldbuße gegen die Nebenbetroffene

120. Gemäß § 30 Abs. 1 OWiG war auch eine Geldbuße gegen die Nebenbetroffene festzusetzen. Der [Betroffene A] ([GH A]) hat als vertretungsberechtigtes Organ der Nebenbetroffenen (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG) Ordnungswidrigkeiten begangen, durch die Pflichten der juristischen Person verletzt wurden. Die vorsätzliche Teilnahme an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen durch die Verantwortlichen der Nebenbetroffenen stellt einen Verstoß gegen § 1 GWB a.F. bzw. § 1 GWB n.F. dar. Zugleich wurden hierdurch betriebsbezogene Pflichten der Nebenbetroffenen verletzt. Betriebsbezogen sind dabei alle Pflichten, die nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen im Zusammenhang mit dem Wirkungskreis des Unternehmens stehen und die-

ses als Normadressat treffen⁹⁶. Diese Voraussetzungen werden durch § 1 GWB a.F. und § 1 GWB n.F. erfüllt, da auch die Nebenbetroffene Normadressat des Kartellverbots ist.

121. Der [Betroffene B] ([GH A]) war zum Tatzeitpunkt noch nicht Mitglied des Vorstandes der Nebenbetroffenen [GH A]. Auch sein Verhalten ist der Nebenbetroffenen jedoch zuzurechnen. Zum Tatzeitpunkt war er als Leiter des Ressorts Controlling dem Vorsitzenden des Vorstandes unmittelbar untergeordnet und somit in leitender Stellung tätig. Da er auch Prokurist war, ist sein Handeln der Nebenbetroffenen gem. § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG zuzurechnen.

C. Bußgeldhöhe

1. Bußgeldrahmen

122. Die Geldbußen wurden aufgrund des Bußgeldrahmens des § 81 Abs. 1 GWB in der bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung unter Beachtung von § 17 Abs. 1 bis 3 OWiG festgesetzt. Die Ordnungswidrigkeiten konnten danach mit einer Geldbuße bis zu 500.000 Euro geahndet werden, wobei Grundlage für die Zumessung der Geldbuße die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf sind, der den Täter trifft; auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht.

2. Bußgeldzumessung im Einzelnen

a) Generelle Erwägungen

123. Bei der Bemessung der Geldbuße gegen die Betroffenen war zu ihren Lasten zu berücksichtigen, dass die Absprache ihrem Wesen nach ein Quotenkartell ist, das generell einen besonders schwerwiegenden Fall des Eingriffes in die Marktverhältnisse darstellt⁹⁷. Der Wettbewerbsbeschränkung lag die Idee eines dauerhaft statischen Markts zugrunde, bei dem Marktanteile und Umsätze der Wettbewerber auf lange Zeit festgelegt sein sollten. Zudem sollte die Absprache letztlich dazu dienen, die Marktruhe wiederherzustellen und den durch die Vorwärtsstrategie ausgelösten Rabattkrieg zu beenden. Die Absprache kommt dadurch in die Nähe eines Preiskartells, der schärfsten Form der Wettbewerbsbeschränkung.

96 Vgl. *Kollmorgen*, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Rz. 83 f. zu § 81 GWB.

97 *Dannecker/Biermann*, in *Immenga/Mestmäcker*, Rz. 349 zu § 81 GWB.

124. Die Absprache ist auch deshalb als besonders gravierend einzustufen, weil alle vier großen Pharmagroßhändler an ihr beteiligt waren und sie das gesamte Bundesgebiet umfasste. Die Salden wurden bundesweit abgeglichen, auch wenn eine Marktanteilsrückführung nur dann erfolgen sollte, wenn sich in dem jeweiligen Gebiet ein positiver Wanderungssaldo zugunsten von [GH A] ergab.
125. Die Wettbewerbsbeschränkung ist zudem deshalb als besonders schädlich einzustufen, da es sich um einen bereits konzentrierten und stark regulierten Markt handelt, in dem ohnehin mehrere, in anderen Branchen übliche Wettbewerbsparameter durch gesetzgeberische Vorgaben eingeschränkt sind; umso schutzbedürftiger ist hier der Restwettbewerb.
126. Der Umstand, dass die Gespräche zwischen Vertriebsmitarbeitern der Nebenbetroffenen und der anderen Pharmagroßhändler nach der Aussage des [Zeugen A] ([GH A]) über das Datum der Durchsuchung am 14. November 2003 hinaus bis in das Jahr 2004 angedauert haben, wurde nicht als bußgelderhöhender Umstand gewertet⁹⁸.
127. Zulasten der Betroffenen wurde aber der relativ hohe Organisationsgrad des Kartells berücksichtigt, der häufige Treffen auf den verschiedenen Hierarchiestufen notwendig machte und auch einen Rahmen für Gespräche über Angebote an einzelne Kunden und gegenseitige Vorhaltungen über zu weitgehende Zugeständnisse an die Abnehmer, d.h. die Apotheken, möglich machte.
128. Bußgeldmindernd war lediglich zu berücksichtigen, dass es sich um eine einmalige Rückführung handelte und der Verstoß daher von relativ kurzer Dauer war. Allerdings wirkt sich dieser Umstand nur schwach aus, da die Absprachen auf eine dauerhafte Regelung abzielten.

b) Bußgeld gegen den [Betroffenen A]

129. Die Geldbuße gegen den [Betroffenen A] wurde aufgrund des Bußgeldrahmens des § 81 Abs. 1 GWB a.F. unter Beachtung von § 17 Abs. 1 bis 3 OWiG und der soeben genannten Faktoren festgesetzt. Das Bußgeld des [Betroffenen A] ([GH A]) war deutlich höher anzusetzen als das für den [Betroffenen B] ([GH A]), da Herr [Betroffener A] ([GH A]) der strategische Kopf im Unternehmen [GH A] war, der an der Grundabsprache beteiligt war und [dem Betroffenen B] ([GH A]) erst den Auftrag

⁹⁸

Siehe oben Tz. 92.

zum Kartellrechtsverstoß gab. Herr [Betroffener B] ([GH A]) hatte im Unternehmen eine Herrn [Betroffener A] ([GH A]) untergeordnete Stellung inne.

130. Der dreiköpfige Vorstand des Unternehmens [GH A] bezog im Geschäftsjahr 2005 insgesamt [...] Mio. Euro. Im Hinblick auf § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG geht die Beschlussabteilung für den [Betroffenen A] ([GH A]) von einem Einkommen über einem Drittel dieser Summe aus.

c) Bußgeld gegen den [Betroffenen B]

131. Die Geldbuße gegen den [Betroffenen B] wurde aufgrund des Bußgeldrahmens des § 81 Abs. 1 GWB a.F. unter Beachtung von § 17 Abs. 1 bis 3 OWiG und der soeben genannten Faktoren festgesetzt. Die Beschlussabteilung hat gegen den [Betroffenen B] ein deutlich niedrigeres Bußgeld verhängt, da er nicht an der Absprache selbst, sondern nur an ihrer Durchführung beteiligt war. Für den [Betroffenen B] geht die Beschlussabteilung von einem Einkommen unter einem Drittel der Gesamtvergütung des Vorstandes der Nebenbetroffenen aus.

d) Bußgeld gegen die Nebenbetroffene

132. Die Geldbuße gegen die Nebenbetroffene [GH A] wurde auf der Grundlage des Regelbußgeldrahmens des § 81 Abs. 1 GWB a. F. festgesetzt. Ein Mehrerlös im Sinne von § 81 Abs. 4 GWB a. F. wurde letztlich nicht festgestellt. Auch ein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne von § 17 Abs. 4 OWiG konnte letztlich nicht mit der hinreichenden Sicherheit festgestellt werden. Das festgesetzte Bußgeld dient daher ausschließlich der Ahndung des rechtswidrigen Verhaltens.

D.

Gebühren und Auslagen

[...]

- 133.

V.

Rechtsbehelfsbelehrung

Dieser Bußgeldbescheid wird rechtskräftig und vollstreckbar, wenn kein Einspruch gegen ihn eingelegt wird. Der Einspruch kann innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides schriftlich oder zur Niederschrift beim Bundeskartellamt, Kaiser-

Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, eingelegt werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn der Einspruch vor Fristablauf dort eingeht.

Bei einem Einspruch entscheidet das Oberlandesgericht in Düsseldorf aufgrund einer Hauptverhandlung über die Beschuldigung, wobei auch eine für den Betroffenen und/oder die Nebenbetroffenen nachteiligere Entscheidung getroffen werden kann. Es kann jedoch auch durch Beschluss entscheiden, wenn die Betroffenen beziehungsweise die Nebenbetroffenen und die Staatsanwaltschaft diesem Verfahren nicht widersprechen.

Wangemann

Crede

Dr. Pape

I.	2
II.	3
III. Beweismittel	4
A. Urkunden und Augenscheinsobjekte.....	4
B. Aussagen von Zeugen	4
C. Einlassungen.....	4
IV. Begründung.....	5
A. Sachverhalt.....	5
1. Die Betroffenen und die Nebenbetroffene	5
2. Hintergrund	6
- Die Marktteilnehmer.....	6
- Der Markt: wenige Anbieter, jahrelang stabile Marktanteile, hohe Transparenz.....	6
- 1. Jahreshälfte 2003: Vorwärtsstrategie.....	8
- Folgen der Vorwärtsstrategie.....	9
- Ablösung [...] – Ausrufung der Aufwärtsstrategie	9
3. Die Grundabsprache.....	10
- Vorab-Absprache im Verhältnis [GH C] – [GH A].....	11
4. Weitere Maßnahmen zur Wiederherstellung der Marktruhe	13
a) Skontosenkung	13
b) Rabatt 0% auf RX – nur maximal 2% Skonto	14
5. Die Durchführung der abgesprochenen Rückführung der Marktanteilsgewinne von [GH A] an die anderen Großhändler	14
- Durchführung der koordinierten Rückführung.....	15
a) Sofortiger Akquisitionsstop	16
b) Telefonliste des [Betroffenen B]– Gespräche zur Saldenfeststellung	18
Zusammenfassung.....	23
c) Telefonliste des [Betroffenen B] – Gespräche zu einzelnen Apotheken.....	24
d) Abgesagtes Gespräch [..]	28
e) Gespräch [..]-[Zeuge A].....	28
f) Liste [des GH H].....	28
g) Liste [GH D]	29
h) Notiz des [Zeugen A] zu Gespräch mit dem [Zeugen C].....	30
i) Zeugenaussage [des Zeugen A]	32
Inhalt der Aussage.....	32
[Zeuge A] ist Zeuge; seine Aussagen unterliegen keinem Verwertungsverbot.....	33
Beweiswürdigung	35
6. Zu einzelnen Verteidigungsargumenten	37
a) Kein einseitiges Handeln	37
b) Anweisungen des [Betroffenen A] : "keine Abgabe von Marktanteilen"	38
c) Kein vorheriger Ausgleich der offenen Salden im Wettbewerb	38
d) Andere Gründe für Umsatz- und Marktanteilsverschiebungen in den Jahren 2003 und 2004	39
B. Rechtliche Würdigung.....	40
1. Anwendbares Recht	40
Nach 6. GWB-Novelle, § 4 Abs. 3 OWiG.....	40
Keine Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag	40
2. Verstoß des [Betroffenen A] gegen § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 1 GWB a.F.	41
Objektiver Tatbestand	41
Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit	43
Einheitliche Tat.....	43

3. Verstoß des [Betroffenen B] gegen § 1 GWB	43
Objektiver Tatbestand	43
Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit	45
Einheitliche Tat	45
4. Festsetzung einer Geldbuße gegen die Nebenbetroffene	45
C. Bußgeldhöhe.....	46
1. Bußgeldrahmen	46
2. Bußgeldzumessung im Einzelnen	46
a) Generelle Erwägungen	46
b) Bußgeld gegen den [Betroffenen A].....	47
c) Bußgeld gegen den [Betroffenen B]	48
d) Bußgeld gegen die Nebenbetroffene	48
D. Gebühren und Auslagen.....	48
V. Rechtsbehelfsbelehrung	48