Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 75/2014

Urteil vom 28. Januar 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF),
Beschwerdeführer,

gegen

Pfizer AG,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer,

Wettbewerbskommission.

Gegenstand
Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen betreffend Cialis, Levitra und Viagra),

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Pfizer AG (Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer); diese sind (nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; zu den Stofflisten und Kategorien vgl. Art. 20 i.V.m. Art. 23-27 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM, SR 812.212.21]), aber nicht auf der krankenversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26.

Juni 2006 hat das Sekretariat gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBl 2006 9123) eröffnet. Am 2. November 2009 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv verfügt:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.
4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [...]

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.– Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.– Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Sanktionsverfügung hat Pfizer am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Dieses hat am 3. Dezember 2013 folgenden Entscheid gefällt:

"1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen, aufgehoben.

2. Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 1'200.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 24'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 22'800.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine leicht reduzierte Parteientschädigung von Fr. 39'203.80 (inkl. MWST) zugesprochen.

4. [Mitteilung]."

Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme.

D.

Am 24. Januar 2014 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 (B-364/2010) aufzuheben und die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes für anwendbar zu erklären sowie die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das WBF vertritt die Auffassung, dass keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG vorhanden seien.

E.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Die Vorinstanz, die WEKO und das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

Erwägungen:

1.

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C 484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (BGE 127 II 32 E. 1b S. 35 f.; a.A. - rein teleologisch argumentierend - z.B. Peter Hänni/Andreas Stöckli, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, Rz. 478 m.w.H.).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

2.

2.1. Die WEKO hat in ihrer Sanktionsverfügung festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen habe und somit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege, weshalb diese entsprechend Art. 49a KG sanktioniert werde. Sie ortete den kartellrechtlichen Verstoss in der Veröffentlichung der Publikumspreisempfehlung und deren gleichzeitigen Befolgung durch Apotheken und selbstdispensierende Ärzte; angesichts der gleichgerichteten Interessenlage von Pharmaherstellerinnen und Verkäufern hätte sich die Verhaltensabstimmung wie ein Festpreis ausgewirkt. Die Vorinstanz ist demgegenüber davon ausgegangen, dass Vorschriften vorliegen würden, welche nach Art. 3 Abs. 1 KG dem KG vorgehen würden. Der Beschwerdeführer vertritt wiederum die Position der WEKO. Die Beschwerdegegnerin stimmt dagegen mit der vorinstanzlichen Auffassung überein.

2.2. Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b).

2.2.1. Mit Art. 3 Abs. 1 KG sieht der Gesetzgeber vor, dass wegen Marktversagens oder sozial unerwünschten Verteilungen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen durch "die sichtbare Hand des Rechts" (Ernst-Joachim Mestmäcker, 1978) ersetzt wird, allerdings nur so weit als die staatlichen Vorschriften auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 537 f. [nachfolgend: Botschaft KG]; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N. 279 f.; Patrik Ducrey, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2008, S. 282 f.; Rolf H. Weber/Stephanie Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, S. 28 f.; Markus Schott, Staat und Wettbewerb, 2010, S. 519; German Grüniger, Nachfragemacht des Staats im Kartellrecht, 2003, S. 189 Rz. 511; Rudolf Rentsch, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, 2000, S. 166 ff.; Lucas David/Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2012, Rz. 581; Jürg Borer, Kommentar KG, in: Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl. 2011, N. 2 i.f., 5 ad Art. 3; Vincent Martenet/
Benoît Carron, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 29 ff., insbes. 32 ad Art. 3 Abs. 1 LCart; Reto Jacobs, Gesundheitswesen und Kartellgesetz, in: Poledna/ Jacobs [Hrsg.], Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, 2010, S. 1 ff., 5 N. 8; Peter Münch, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK KG], 2010, N. 6 ff. ad Art. 3 Abs. 1). Insofern ist nicht nur zu prüfen, ob staatliche Marktregulierungen den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, sondern vor allem auch, wieweit sie dies tun (vgl. Münch, a.a.O., N. 6 ad Art. 3 Abs. 1).

2.2.2. Für die Beurteilung der Reichweite sind nur solche staatliche Regulierungen zu berücksichtigen, welche darauf abzielen, ein Marktversagen oder sozial unerwünschte Verteilungen mit Hilfe eines staatlich verordneten Ausschlusses des Wettbewerbs ("Marktersatz durch Normen": Walter A. Stoffel, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, 1994, S. 273; Rentsch, a.a.O., S. 179 f. FN 784) zu korrigieren (vgl. Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.80; Münch, a.a.O., N. 7 i.f. ad Art. 3 Abs. 1; Borer, a.a.O., N. 4 ad Art. 3; Rentsch, a.a.O., S. 164, 179 i.f.; Oliver Schaller/Christoph Tagmann, Kartellrecht und öffentliches Recht - neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, AJP 2004, 704 ff., 707 lk. Sp.; Martenet/Carron, a.a.O., N. 8 f. ad Art. 3 Abs. 1 LCart; siehe auch Botschaft KG, BBl 1995 I 539). Der Begriff des Marktversagens findet sich nicht in Art. 3 Abs. 1 KG; die Botschaft führt für die Begründung des Vorbehalts nach Art. 3 Abs. 1 Ingress KG dazu aus: "Die [staatlichen]Eingriffe erfolgen [...]in Bereichen, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag" (Botschaft KG, BBl 1995 I 537). Marktversagen besteht demnach dann, wenn
Fehlleistungen der marktwirtschaftlichen Steuerung vorliegen, die zu Wohlfahrtsverlusten führen (vgl. René L. Frey, Wirtschaft, Staat und Wohlfahrt, 11. Aufl. 2002, S. 291 m.w.H.; Kinga Gudzek, Binnenmarkt, unverfälschter Wettbewerb und Marktversagen, 2012, S. 74; Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Eine interdisziplinäre Einführung, 9. Aufl. 2012, S. 44-59 i.V.m. S. 14-30; René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Rz. 5, § 4 Rz. 84 und § 27 Rz. 2; siehe auch Bruno Schmidhauser, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, 1996 [1. Lieferung]und 1997 [2. Lieferung], N. 13 ad Art. 3). Sozial unerwünschte Verteilungen sind dann gegeben, wenn "das Marktsystem nicht in der Lage ist, höherstehenden Interessen [...]Rechnung zu tragen" (Botschaft KG, BBl 1995 I 538; siehe auch Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.80). Auch hier erfolgen staatliche Eingriffe. Wann ein Marktversagen bzw. sozial unerwünschte Verteilungen vorliegen, bestimmt der Gesetzgeber.

2.2.3. Entsprechend der Intention der Revision und des Wortlauts ("soweit ... nicht zulassen") des Kartellgesetzes von 1995 ist dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Dasselbe ergibt sich entsprechend der Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftsverfassung (Art. 94 Abs. 4 und 96 Abs. 1 BV) auch aus dem Zweck und der verfassungskonformen Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 497 E. 3.3.3 S. 516; Botschaft KG, BBl 1995 I 536; Borer, a.a.O., N. 5 ad Art. 3; Martenet/Carron, a.a.O., N. 39 ad Art. 3 Abs. 1 LCart; Jacobs, a.a.O., Rz. 8; Grüniger, a.a.O., Rz. 517; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.84). Ein Ausschluss ist deshalb nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt (vgl. z.B. BGE 129 II 497 E. 3.3.3 S. 516; Rentsch, a.a.O., S. 176 f., 209; Münch, a.a.O., N. 4 ad Art. 3 Abs. 1; so klar bereits Botschaft KG, BBl 1995 I 537). Sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, bleibt das KG

anwendbar.

2.2.4. Die Reichweite des Ausschlusses von Wettbewerb ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.2 S. 515; Münch, a.a.O., N. 7 ad Art. 3 Abs. 1; Borer, a.a.O., N. 4 ad Art. 3; Martenet/Carron, a.a.O., N. 17 ad Art. 3 Abs. 1 LCart). Es ist zu prüfen, ob das Gesetz den Wettbewerb ausschliessen wollte. Massgebend ist der aufgrund aller Auslegungselemente eruierte Normsinn (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.2 i.f. S. 515); es geht mithin um die Auslegung einer generell-abstrakten Norm, die für einen bestimmten Markt für Waren oder Leistungen möglicherweise Anwendung finden soll (vgl. Stoffel, a.a.O., S. 278).

2.2.5. Vorschriften, welche vorbehalten werden, sind generell-abstrakte Vorschriften. Das sind zum einen die referendumspflichtigen Gesetze, zum anderen Verordnungen, die den Grundsätzen der Gesetzesdelegation genügen (vgl. etwa Münch, a.a.O., N. 10 ad Art. 3 Abs. 1).

Im vorliegenden Fall nennt die Vorinstanz Bundeserlasse, welche vorbehalten sind; es besteht diesbezüglich kein Anlass, kantonale oder kommunale Vorschriften in Betracht zu ziehen; es ist deshalb nicht zu prüfen, ob auch solche vorbehalten werden (in diesem Sinne BGE 129 II 497 E. 3.3.4 S. 516 mit der herrschenden Lehre; a.A. Jacobs, a.a.O., passim).

2.2.6. Sind Vorschriften vorbehalten, besteht die Rechtsfolge darin, dass die vorbehaltenen Vorschriften Anwendung finden und das KG zurückzustehen hat (vgl. Stoffel, a.a.O., S. 281).

2.2.7. Zusammengefasst ist festzuhalten: Art. 3 Abs. 1 KG ist im Grund genommen nichts anderes als - angesichts vielschichtiger Problemlagen im Bereich des Marktversagens bzw. sozial unerwünschter Verteilungen (vgl. Botschaft KG, BBl 1995 I 539) - eine komplizierte Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des KG (vgl. Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.87; als einfacheres Beispiel etwa Art. 2 ChemG [SR 813.1]). Die Verwaltungsbehörden und die Gerichte haben deshalb nicht zu beurteilen, ob im konkreten Bereich bzw. im konkreten Fall tatsächlich ein Marktversagen vorliegt (vgl. Weber, a.a.O., S. 46; Zäch, a.a.O., N. 281; Schmidhauser, a.a.O., N. 14 ad Art. 3).

2.3.

2.3.1. Der Kartellgesetzgeber hat bereits auf Gesetzesebene die vorbehaltenen Vorschriften mit zwei Beispielen konkretisiert: zum einen mit Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG); eine solche liegt dann vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch zwingende Vorschriften festgelegt werden (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514; Zäch, a.a.O., N. 284; Münch, a.a.O., N. 15 ad Art. 3 Abs. 1; Romina Carcagni/Michael Treis/Angela Durrer/Petra Hanselmann, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Handkommentar, 2007, N. 4 ad Art. 3; Martenet/Carron, a.a.O., N. 36 ff. ad Art. 3 Abs. 1 LCart); staatliche Markt- und Preisordnungen schliessen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich praktisch vollständig aus (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514; Schmidhauser, a.a.O., N. 8 ad Art. 3); zum anderen mit Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG). Entscheidend ist dabei, dass solchen Unternehmen durch rechtliche Vorschriften eine wettbewerbliche Sonderstellung zukommt (vgl. Zäch, a.a.O., N. 287 i.f.; Martenet/Carron, a.a.O., N. 40 ff. ad. Art. 3 Abs. 1
LCart). Besondere Rechte sind insbesondere staatliche Monopole und Regale (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 515).

2.3.2. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass nur die beiden Ausnahmen der lit. a und b gegeben seien (vgl. etwa Münch, a.a.O., N. 13 ad Art. 3 Abs. 1; Schott, a.a.O., Rz. 846 i.f.; Rentsch, a.a.O., S. 216; Schmidhauser, a.a.O., N. 12 ad Art. 3). Die Vorinstanz stellt demgegenüber eine weitere Kategorie fest: Es bestünden auch gesundheitspolizeiliche Ausnahmebereiche, die in ihrer Regulierungsdichte gewisse Formen wirksamen Wettbewerbs faktisch unmöglich machen können und deshalb ebenfalls als vorbehaltene Normen zu gelten hätten.

2.4.

2.4.1. Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 KG sind normtheoretisch zwei Arten von Normen zu unterscheiden: zum einen Normen, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen; es liegt eine klassische Normkollision vor; zum anderen Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen; es liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor (vgl. zum Ganzen Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 596 ff.; Jan C. Joerden, Logik im Recht, 2005, S. 123 ff.; Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008, S. 96 ff. bzw. 100 f.; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 112; Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87 ff., 91 und 155; Hansjörg Seiler, in: Kommentar USG, N. 12 ff. ad Art. 3; zur Normkollision Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1990, S. 99 ff.; Dirk Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 142 f.). Art. 3 Abs. 1 KG behält nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter
gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen (auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen sind Wettbewerb bzw. Modifikationen des Wettbewerbs [bis zum Ausschluss]vorgesehen), wenn also eine Normkollision vorliegt (vgl. Stoffel, a.a.O., S. 1; Marc Amstutz, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 1996, S. 883 ff., 885; Schott, a.a.O., Rz. 846); diesbezüglich ist zu entscheiden, ob die wettbewerbsausschliessenden Normen oder das KG Anwendung findet. Art. 3 Abs. 1 KG hat sich für jene entschieden.

Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 S. 207; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 4.1.3 i.f.; Martenet/Carron, a.a.O., N. 22 ad Art. 3 Abs. 1 LCart; siehe auch Rentsch, a.a.O., S. 201). Sie haben demzufolge nicht eine preis- und wettbewerbsrechtliche Ordnung zum Regelungsgegenstand, sondern eine andere Ordnung (als Beispiel: BGE 137 II 199: Fernmelderecht neben Kartellrecht). Die Normen, welche zum KG hinzutreten, müssen deshalb nicht vorbehalten werden, da sie ohnehin unabhängig vom KG Anwendung finden.

Da nur wettbewerbsmodifizierende Normen in Konflikt mit dem KG kommen können, muss nur zwischen diesen eine Lösung gefunden werden. Nicht wettbewerbsrechtliche Regelungen, welche zum KG hinzutreten, stellen insofern keine neue Kategorie der in Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften dar, sondern sind Normen, welche parallel zum KG anwendbar sind und auch vollumfängliche Anwendbarkeit zwecks Erfüllung ihres Verfassungsauftrags (z.B. Gesundheitsschutz) erheischen.

Auch wenn parallel anwendbare Normen nicht vorbehalten sind, ist es theoretisch nicht ausgeschlossen, dass diese "wettbewerbshindernd" sein können. Allerdings bilden die parallel anwendbaren Normen in der Regel die Rahmenordnung, innerhalb derer Wettbewerb stattzufinden hat. In jedem Fall wird die parallele Ordnung nicht vorbehalten; diese und das KG sind beide anwendbar und im Einzelfall ist zu prüfen, inwiefern beide Rechtsnormen bei der Anwendung verwirklicht werden können (dazu SEILER, a.a.O., N. 14 petit ad Art. 3).

2.4.2. Methodisch ist deshalb zunächst zu prüfen, ob neben dem KG Vorschriften für einen bestimmten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen vorliegen und ob der Sinn dieser Normen Wettbewerb nicht zulässt. Wenn dies zutrifft, ist zu evaluieren, ob die konkrete Ware bzw. Leistung überhaupt unter diese Vorschrift fällt (z.B. stellt die Ware ein Heilmittel dar, wenn die vorbehaltene Vorschrift eine heilmittel"wettbewerbs"rechtliche Vorschrift wäre). Es ist indessen nicht zu prüfen, ob die konkrete Handlung mit einer bestimmten Ware in der konkreten Marktsituation Wettbewerb ausschliesst; dies ist Gegenstand des 2. Kapitels des KG (Art. 5 ff. KG). Sofern der Sinn der neben dem KG anwendbaren Norm nicht wettbewerbsrechtlicher Natur ist, ist diese neben dem KG ohne weiteres anwendbar.

3.

3.1. Als vorbehaltene Vorschriften nennt die Vorinstanz Vorschriften des Bundesgesetzes über Arzneimittel

und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21) und der Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV; SR 812.212.5), insbesondere Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG und dessen Konkretisierung in der AWV.

3.2. Bevor die Vorinstanz sich mit der Frage der vorbehaltenen Normen näher auseinandergesetzt hat, ging sie auf die strittige Abgrenzung des relevanten Marktes ein.

Dies ist indes nicht notwendig. Zwar spricht Art. 3 Abs. 1 KG von "einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen". Der Markt ist indes im Hinblick auf die vorbehaltene Norm zu bestimmen, und diese regelt nur in generell-abstrakter Weise den Umgang mit einer Ware (vgl. Stoffel, a.a.O., S. 278). Das HMG spricht deshalb grundsätzlich nicht von Medikamenten gegen erektile Dysfunktionen, sondern von Arzneimitteln, von Medizinprodukten, von verschreibungspflichtigen oder nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Die Bestimmung des relevanten Marktes knüpft an die Sicht der Marktgegenseite an (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 S. 93) und fokussiert somit auf einen strittigen Einzelfall. Bei den vorbehaltenen Normen geht es dagegen - wie bereits ausgeführt - nicht um einen Einzelfall, sondern um generell-abstrakte Normen, mit welchen die Kollisionen zwischen mehreren Normen, welche den gleichen Sachverhalt unterschiedlich beurteilen, aufgelöst werden sollen.

3.3. Die Vorinstanz sieht in Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG eine vorbehaltene Vorschrift. Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG lautet:

2 Unzulässig ist Publikumswerbung für Arzneimittel, die:

a. nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen;

Art. 32 HMG handelt von der unzulässigen Werbung und findet sich im 5. Abschnitt (Werbung und Preisvergleiche) des 2. Kapitels, das von Arzneimitteln handelt. In Art. 31 HMG ist der Grundsatz der Werbung enthalten.

3.3.1. Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, dass es sich bei den von der Vorinstanz angerufenen Normen nicht um eine Kollisionsnorm handelt; vielmehr stehe das HMG in positiver Normenkonkurrenz zum KG; dabei sei jenes mit dem Wettbewerb nicht schlichtweg nicht vereinbar, weshalb keinesfalls von vorbehaltenen Normen gesprochen werden könne.

3.3.2. Nach dem Wortlautergibt sich, dass Publikumswerbung für Arzneimittel unzulässig ist, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Es handelt sich um Werbung, die sich an die Öffentlichkeit richtet; diese ist untersagt bei Arzneimitteln, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Nach dem Wortlaut ist es naheliegend, dass das Publikumswerbeverbot mit dem Gesundheitsschutz zusammenhängt; es gilt nur bei Arzneimitteln, die ärztlich verschrieben werden.

3.3.3. Der Bundesrat begründete das Publikumswerbeverbot für rezeptpflichtige Arzneimittel nach Art. 32 Abs. 2 lit. a E-HMG (= Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG) damit, dass Patienten aufgrund der Werbebotschaften die für die Verschreibung und Abgabe verantwortlichen Fachpersonen derart beeinflussen würden, dass diese ihren Entscheid nicht mehr gestützt auf ihr Fachwissen, sondern gemäss der durch die Werbung bei den Patienten erzeugten Erwartungen fällen würden (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG]vom 1. März 1999 [nachfolgend: Botschaft HMG], BBl 1999 III 3453, 3518; siehe auch Ursula Eggenberger Stöckli, Arzneimittel-Werbeverordnung, Handkommentar, 2006, N. 5 ad Art. 14; Urteil 2A.20/2007 vom 9. Mai 2007 E. 4). Insofern handelt es sich dabei klarerweise nur um ein gesundheitspolizeiliches Postulat. Bestätigt wird dies auch in den bundesrätlichen Ausführungen zum Zweck des HMG. Mit dem Verbot irreführender Werbung "soll verhindert werden, dass die Konsumentin oder der Konsument falsche Erwartungen beispielsweise an die Qualität, die Wirksamkeit, die Zusammensetzung oder auch die Unbedenklichkeit eines Heilmittels hat" (vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3485; Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 5 ad Art. 14). In Bezug auf den Zweck des Gesetzes äussert sich sodann der Bundesrat explizit zum Verhältnis zum Wettbewerbsrecht: "es soll der freie Markt spielen, wobei die Rahmenbedingungen

durch die Wettbewerbsbehörde überwacht werden sollen" (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3485).

3.3.4. In Bezug auf das teleologische Argument ist vorab darauf hinzuweisen, dass - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - aus dem Zweckartikel des HMG nicht geschlossen werden kann, dass das HMG keine wettbewerbsausschliessende Norm enthält. Der Zweck des Gesetzes muss mit dem Zweck einer einzelnen Norm nicht übereinstimmen, jener kann diesem gar entgegenstehen (vgl. prägnant Ernst Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, 1993, S. 217 Rz. 90 f.). Massgebend ist deshalb hier die von der Vorinstanz angerufene Norm.

Aus teleologischer Sicht werden die bisherigen Erkenntnisse bestätigt: Art. 32 HMG konkretisiert die Vorgaben des Zweckartikels (Art. 1 HMG; vgl. Urs Jaisli, in: Eichenberger/Jaisli/Richli [Hrsg.], Basler Kommentar Heilmittelgesetz, 2006 [BSK HMG], N. 1 ad Art. 32; siehe auch Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 5 ad Art. 1; dieselbe, Werbung für Heilmittel, in: Poledna, Gesundheit und Werbung, 2005, S. 61 ff., 64 f.). Das Publikumswerbeverbot für rezeptpflichtige Arzneimittel basiert auf dem Schutz der öffentlichen Gesundheit (vgl. BGE 129 V 32 E. 6.4.1 S. 48) und dem Schutz der Konsumenten vor Täuschung über Qualität, Wirksamkeit und Sicherheit von Arzneimitteln (vgl. Urteil 2A.607/2005 vom 23. Juni 2006 E. 2, in: sic! 2007, S. 126 ff.; Urs Jaisli, BSK HMG, a.a.O., N. 17 ad Art. 31; Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 44 ad Art. 2; siehe auch bereits zum alten, kantonalen Recht BGE 123 I 201 E. 4 S. 205 f.). Dementsprechend hat das HMG auch folgerichtig darauf verzichtet, Regelungen gegen überhöhte Preise und der so genannten Preisbindung zweiter Hand (= d.h. die Einhaltung des gleichen Endverkaufspreises durch alle Detailgeschäfte) einzuführen (vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3485). Insofern ist also - wie der Beschwerdeführer zu
Recht geltend macht - gestützt auf Art. 32 HMG eine Preisbindung zwischen den Verkaufsstellen für verschreibungspflichtige Arzneimittel (Art. 24 Abs. 1 lit. b sowie lit. a i.V.m. Art. 30 HMG: Apotheken und selbstdispensierende Ärzte) nicht gewollt, vielmehr soll zwischen diesen Preiswettbewerb herrschen. Verdeutlicht wird diese durch Art. 1 HMG gegebene Ausrichtung des Art. 32 HMG auf den Gesundheits- und Täuschungsschutz auch dadurch, dass der Bundesrat und das Parlament die im Vorentwurf enthaltene Wettbewerbsregelungen nicht übernommen haben und den Geltungsbereich ausdrücklich auf den erwähnten Gesundheitsschutz eingegrenzt haben (vgl. Urs Jaisli, BSK HMG, a.a.O., N. 2 ad Vor Art. 31-33; siehe auch Botschaft HMG, BBl 1999 III 3457).

3.3.5. Art. 32 HMG, welcher die unzulässige Werbung regelt, stellt die Ausnahmeregelung dar; der Grundsatz der Werbung findet sich in Art. 31 HMG:

1 Grundsätzlich zulässig ist:

a. Werbung für alle Arten von Arzneimitteln, sofern sie sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel verschreiben oder abgeben;

b. Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel.

2 Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel.

3 Er kann zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz gegen Täuschung die Werbung für bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen beschränken oder verbieten sowie für die grenzüberschreitende Werbung Bestimmungen erlassen.

Mit dem systematischen Element wird bestätigt, was der Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG bereits nahegelegt hat: Werbung ist grundsätzlich zulässig; Ausnahmen davon ergeben sich aus Gründen des Gesundheitsschutzes, was mit Art. 31 Abs. 3 HMG zusätzlich bestätigt wird. Durch die ausdrückliche Nennung der "Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel" (Art. 31 Abs. 1 lit. b HMG) bestimmt Art. 31 HMG, dass Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel unzulässig ist (e contrario Argument). Das Verbot hängt insofern mit der Verschreibung von Arzneimitteln zusammen; Patienten sollen nicht

durch Werbung beeinflusst werden, um den Verschreibenden wiederum zu beeinflussen. Im systematischen Element bestätigen sich die bisherigen Ausführungen. Aus der verfassungskonformen Auslegung ergeben sich sodann keine neuen Erkenntnisse.

3.3.6. Auch die AWV enthält keine Wettbewerbsnormen. Sie konkretisiert den Begriff der Werbung (Art. 2 AWV) und regelt die Anforderungen an die verschiedenen Werbungen. Im Bezug auf die Publikumswerbung bezeichnet sie die verschiedenen Arten (Art. 15 AWV), die Anforderungen (Art. 16 AWV), die Beschränkungen (Art. 17 ff. AWV) sowie die unzulässigen Werbeelemente (Art. 22 AWV). Abgesehen davon müsste bereits die Delegationsgrundlage (Art. 31 ff. HMG) eine Wettbewerbsnorm sein, was - wie dargelegt - nicht zutrifft.

3.3.7. Nebenbei zieht die Vorinstanz in Betracht, allerdings ohne dies abschliessend zu begründen, dass ein Konglomerat aus verschiedenen Normen, die das Arzt-Patientenverhältnis umschreiben, ebenfalls eine vorbehaltene Norm darstellen könnte. Aber auch hier gilt: Bei allen Normen handelt es sich entweder um gesundheitspolizeiliche Vorschriften oder um Vorschriften zum Schutz des Konsumenten bzw. zum Schutz von Treu und Glauben und somit nicht um Wettbewerbsnormen.

3.3.8. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das HMG und die darauf gestützte AWV keine "Wettbewerbsnormen" im eigentlichen Sinn enthalten; insofern ist das HMG eine zum KG parallele Normenordnung, die den Sachverhalt im Gegensatz zum KG nach anderen, d.h. gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten regelt, weshalb positive Normenkonkurrenz vorliegt und es sich dabei um keine vorbehaltenen Normen i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG handelt. Dasselbe würde in Bezug auf die Normen gelten, welche das Arzt-Patientenverhältnis umschreiben.

4.

4.1. Diese Auffassung teilt die Vorinstanz nicht: Diese geht davon aus, dass das in Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG (i.V.m. Art. 14 und 21 AWV) verankerte Publikumswerbeverbot im Interesse des Gesundheitsschutzes im Ergebnis eine praktisch preiswettbewerbsfreie Sphäre schaffe, was zweifellos einen einschneidenden Eingriff in den Wettbewerb, insbesondere in die Wirtschaftsfreiheit bedeute. So erlaube das aus gesundheitspolizeilichen Gründen eingeführte Publikumswerbeverbot keine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten und lasse keine für Patienten leicht zugängliche Preistransparenz herstellen, welche aber unabdingbare Voraussetzung eines wirksamen Intrabrand Preiswettbewerbs unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten wäre. Sinnvoller Intrabrand Preiswettbewerb erscheine bereits im Ansatz illusorisch. Dafür spreche auch der Umstand, dass der Bundesrat in Art. 31 Abs. 2 HMG beauftragt werde, die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu regeln; denn dieser bisher noch nicht umgesetzte Auftrag könne sinnvollerweise nur als Korrektiv gegen fehlenden Preiswettbewerb verstanden werden. Ob damit bereits von einer vorbehaltenen Vorschrift im
Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen sei, könne indes offengelassen werden, wenn die Wirkung des Publikumswerbeverbots vor dem Hintergrund des "Schamfaktors" beleuchtet werde. Dieser sei als wettbewerbserschwerende psychologische Grösse ein Parameter von nicht zu unterschätzender Relevanz. Ein ärztliches Rezept für Medikamente gegen erektile Dysfunktion werde vom Patienten in der Regel als schamerregendes "Attest" seiner "Impotenz" oder gar als "Unzulänglichkeiten als Mann" aufgefasst, weshalb die Möglichkeit dieser Patienten, nach dem Preis bei Apotheken oder selbstdispensierenden Ärzten nachzufragen, um sich so ein Bild über die Preisverhältnisse und eine allfällige Rabattbereitschaft der "Verkaufsstellen" machen zu können, vernachlässigt werden könne. Der Restwettbewerb, wonach Patienten "herumtelefonieren" könnten, könne wohl kaum ernsthaft als Preiswettbewerb bezeichnet werden. Insgesamt dürfte der Schamfaktor deshalb regelmässig dazu führen, dass die ohnehin schon aufgrund des Werbeverbots äusserst stark eingeschränkte Preistransparenz durch das Konsumentenverhalten nochmals eingeschränkt werde, so dass wohl kaum mehr ausreichende Preistransparenz vorliegen dürfte, weshalb das KG in der strittigen Konstellation nicht
anwendbar sei, was der angefochtenen Verfügung die Grundlage entziehe.

4.2. Dieser Argumentation ist neben der bereits oben dargelegten Auslegung auch aus folgenden Gründen nicht zu folgen:

4.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass sich der Wettbewerbsausschluss bzw. die "Verunmöglichung" oder Verminderung des Wettbewerbs aus dem Normsinn der nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Norm ergeben muss. Ein "Schamfaktor" als wettbewerbsausschliessendes Element ist deshalb nur dann relevant, wenn sich dieses aus der Norm zumindest ableiten lässt. Dies trifft nicht zu: Die von der Vorinstanz genannten Bestimmungen regeln die Werbung, näherhin das Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel. Adressat dieser Regelung ist, wer Arzneimittel in Verkehr bringt und nicht der Patient. Mit dem Publikumswerbeverbot soll zudem nicht in irgendeiner Form Scham ausgelöst, gefördert oder verstärkt werden. Das Publikumswerbeverbot hat vielmehr den Schutz der Patienten im Blick (vgl. BGE 129 V 32 E. 6.4.1 i.f. S. 48) : Die von Werbebotschaften beeinflussten Patienten sollen nicht derart auf die für die Verschreibung und Abgabe verantwortlichen Fachpersonen einwirken können, dass diese ihren Entscheid nicht mehr gestützt auf ihr Fachwissen, sondern gemäss der durch die Werbung bei den Patienten erzeugten Erwartungen fällen (vgl. z.B. Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 5 ad Art. 14). Dass der Patient - nach Auffassung der
Vorinstanz - Scham empfindet, ist deshalb nicht Folge der Norm, sondern Folge seiner erektilen Dysfunktion in Verbindung mit seiner psychischen Konstitution. Insofern ist der "Schamfaktor" eine empirische Erscheinung, die allenfalls das Funktionieren des Wettbewerbs einschränken könnte, aber keineswegs eine wettbewerbsausschliessende Norm.

4.2.2. Die Vorinstanz behandelt die Frage der vorbehaltenen Norm nach Art. 3 Abs. 1 KG implizit weitgehend als Vorfrage zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 f. KG. Wie bereits mehrfach dargelegt, ist im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 KG jedoch nicht zu prüfen, ob die konkrete Handlung mit einer bestimmten Ware in der konkreten Marktsituation Wettbewerb ausschliesst; dies ist Gegenstand des 2. Kapitels des KG (Art. 5 ff. KG).

4.2.3. Wettbewerb liegt dann vor, wenn die Nachfrageseite Wahl- und Ausweichmöglichkeiten in Bezug auf die angebotene Ware hat, sie also unter mehreren Angeboten auswählen kann; die Angebotsseite versucht deshalb, ein Angebot zu unterbreiten, das ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis aufweist als die Angebote der Konkurrenten (vgl. Schmidt, a.a.O., S. 1 f.; Zäch, a.a.O., N. 10; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.1 ff.).

Nach Auffassung der Vorinstanz schaffe das Verbot der Publikumswerbung praktisch eine preiswettbewerbsfreie Sphäre, es erlaube keine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten und daher lasse sich keine für Patienten leicht zugängliche Preistransparenz herstellen.
Mit dem Verbot der Publikumswerbung fehlt zwar der Angebotsseite eines ihrer wirksamsten Instrumente, um ihre Angebote bekannt zu machen, und die Nachfrageseite hat demzufolge geringeres Wissen (nur bezüglich Preis) über die Angebote. Damit geht indes - wie bereits dargelegt - kein Wettbewerbsausschluss einher; der Wettbewerb ist lediglich weniger breit. Dies zeigt sich u.a. auch an Folgendem: Verkaufskataloge und Preisliste (Art. 1 Abs. 2 lit b AWV), welche einen Überblick über die Preise der Arzneimittel geben sowie elementare Bestandteile jeder Handelstätigkeit und unerlässliche Hilfsmittel für den Verkauf sind, fallen nicht unter die Publikumswerbung. Sie stellen aus arzneimittelrechtlicher Sicht Arzneimittelwerbung dar, da sie dazu dienen, den Absatz der angebotenen Produkte zu fördern (vgl. Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 27 f. ad Art. 1). Diese Werbung ist zulässig, wenn die medizinischen Angaben, d.h. Angaben zu Eigenschaften, Anwendungsgebieten und Wirkungen des erwähnten Arzneimittels, fehlen, was bei verschreibungspflichtigen Medikamenten nicht relevant ist, da Patienten über diese Angaben durch den Arzt ohnehin informiert werden. Sodann besteht auch die Möglichkeit nach Art. 1 Abs. 2 lit. c AWV über Gesundheit oder
über Krankheiten in allgemeiner Art zu informieren, sofern weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel Bezug genommen wird (dazu Urteil 2A.63/2006 vom 10. August 2006 E. 3.6.4 i.f.). Ferner fällt das blosse Bekanntmachen im Sinne einer Mitteilung nicht unter die Werbung (vgl. Eggenberger Stöckli, a.a.O., N. 8 ad Art. 2). Anbieter können mit diesen Instrumenten Nachfrager informieren und diese können sich damit über die verschiedenen Angebote informieren. Schliesslich bestehen auch noch - wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt - verschiedene Möglichkeiten, dass Patienten (anonym) Angebote einholen können, was im Übrigen nicht nur bei Medikamenten gegen erektile Dysfunktionen erfolgt.

4.2.4. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, wonach Art. 31 Abs. 2 HMG sinnvollerweise nur als Korrektiv

gegen fehlenden Preiswettbewerb verstanden werden könne, spricht Sinn und Zweck von Art. 31 Abs. 2 HMG gerade für den Wettbewerb. Trotz des Publikumswerbeverbots soll das Publikum über Informationen verfügen dürfen, damit es vom Wettbewerb profitieren kann. Der Patient soll ohne grosse Suchkosten mögliche Preisunterschiede von Arzneimitteln ermitteln können. So sollen namentlich auch die Krankenkassen ihre Versicherten auf günstige Bezugsquellen aufmerksam machen dürfen. Absatz 2hält deshalb die Zulässigkeit von Preisvergleichen bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch für den Fall fest, dass diese Art Werbung sich ans Publikum richtet (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3517). Da in diesem Fall allerdings die Gefahr besteht, dass unter dem Deckmantel von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel Werbung gemacht und das Publikum dadurch getäuscht werde, hat der Gesetzgeber den Bundesrat beauftragt, die Voraussetzungen zu regeln (vgl. Jaisli, a.a.O., N. 41 ad Art. 31; Botschaft HMG, BBl 1999 III 3517). Art. 31 Abs. 2 HMG bildet insofern keine wettbewerbsrechtliche Regel, sondern bezweckt Konsumentenschutz
(vgl. Jaisli, a.a.O., N. 41 ad Art. 31).

4.2.5. Insofern besteht - zusammenfassend - durchaus Wettbewerb; angesichts einer gesundheitsrechtlichen Rahmenordnung sind die Möglichkeiten allerdings nicht so breit wie in einem weniger regulierten Markt; Wettbewerb wird damit aber nicht ausgeschlossen und die Auffassung der Vorinstanz kann nicht bestätigt werden; das Kartellgesetz ist anwendbar.

5.

Die Beschwerdegegnerin vertritt im Wesentlichen die Auffassung der Vorinstanz. Dabei verkennt sie zum einen, dass es sich bei den vorbehaltenen Normen nicht um einen Einzelfallentscheid handelt, ob Wettbewerb faktisch besteht (siehe oben E. 2.2.7 und 4.2.2). Bezeichnend ist diesbezüglich auch, dass sie - wie im Übrigen auch die Vorinstanz - für ihre Argumentation vielfach auf die Argumentationen der WEKO für die Frage der Wettbewerbsabreden, also auf Kriterien des konkreten Falls zurückgreift. Insofern ist auch die Unterstützung der vorinstanzlichen Auffassung in Bezug auf den Schamfaktor verfehlt. Zum anderen verkennt sie auch den Unterschied zwischen Normkollision und positiver Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin trägt die bundesgerichtlichen Gerichtskosten (Art. 65, 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Januar 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass