

Einschreiben

Bundesgericht
1000 Lausanne 14

Zürich, 18. März 2022
Rs1450092 / US / DK

■ Grossmünsterplatz 8 · CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 269 4000 · Fax +41 44 269 4001
office@steinlex.ch · www.steinlex.ch

Christoph von Graffenried · Dr. iur.
Dieter Brunner · lic. iur., N.Y. Bar
Urs Saxer · Prof. Dr. iur., LL.M.
Mathis Zimmermann · lic. iur. et phil.
Niklaus Lüchinger · Dr. iur. et lic. phil.
Mark Furger · lic. iur., LL.M.
Christian Juchler · lic. iur.
Bettina Diggelmann · lic. iur., LL.M.
Florence Mathier · MLaw
Patrizia Gratwohl · M.A. HSG in Law
Annja Mannhart · lic. iur.
Daniela Kühne · Dr. iur.

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichterinnen und Bundesrichter

In Sachen

Pure fitness AG, Murtenstrasse 143, 3008 Bern

Klägerin

vertreten durch RA Prof. Dr. iur. Urs Saxer, LL.M., und/oder RA Dr. iur. Daniela Kühne,
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte, Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich

gegen

Schweizerische Eidgenossenschaft (Bundesrat), Bundeshaus, 3003 Bern

Beklagte

betreffend

Staatshaftung/Billigkeitshaftung/Sonderopfer

reichen wir hiermit namens und im Auftrag der pure fitness AG

R E P L I K

ein. An den Rechtsbegehren und den Ausführungen in der Klage vom 11. November 2021 wird dabei vollumfänglich festgehalten.

Inhaltsverzeichnis

I.	Formelles	4
II.	Materielles	4
A.	Zu den rechtlich anwendbaren Grundlagen (Rz. 5-6)	4
B.	Zur Notwendigkeit der wesentlichen Amtspflichtverletzung (Rz. 9 ff.)	4
C.	Zu den Rechtfertigungsgründen (Rz. 13)	5
D.	Zum Schutznormcharakter (Rz. 17 ff.)	6
E.	Zur Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit	8
F.	Zur Verhältnismässigkeit: Zumutbarkeit	12
G.	Inhaltliches zur wesentlichen Amtspflichtverletzung (Rz. 37 ff.)	13
H.	Zur Rechtsgleichheit (Rz. 46 ff.)	14
I.	Zur Billigkeitshaftung	16
J.	Zum Sonderopfer (Rz. 58 ff.)	17
III.	Fazit	17

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

1 Diese Replik erfolgt innert Frist.

2 Sie folgt im Grundsatz der Struktur der Klageantwort. Die Ausführungen in der Klageantwort gelten als vollumfänglich bestritten, auch wenn nicht auf jede Argumentation eingegangen werden sollte. Zur Vermeidung von weitschweifigen Wiederholungen verweist die Klägerin zudem ganz grundsätzlich auf die Begründung der Klage vom 11. November 2021.

II. Materielles

A. Zu den rechtlich anwendbaren Grundlagen (Rz. 5-6)

3 Die Beklagte macht hier diverse Ausführungen dazu, weshalb nach dem Epidemien-gesetz nur eine Haftung auf Staatshaftungsgrundlagen, aber keine Billigkeitshaftung in Frage komme. Da dieser Punkt weiter hinten noch einmal aufgegriffen wird, wird auf die späteren Ausführungen hierzu verwiesen (vgl. hinten Rz. 51 ff.).

B. Zur Notwendigkeit der wesentlichen Amtspflichtverletzung (Rz. 9 ff.)

4 Die Beklagte bringt vor, dass innerhalb der Widerrechtlichkeit immer eine wesentliche Amtspflichtverletzung nachgewiesen werden müsse, sobald die Ursache der allfälligen Widerrechtlichkeit ein Rechtsakt sei. Es gäbe hier keine uneinheitliche Rechtsprechung, wie die Klägerin vorbringe.

5 Die Ausführungen der Beklagten treffen nicht zu. Dass bezüglich der wesentlichen Amtspflichtverletzung eine uneinheitliche Rechtsprechung besteht, ist keine Ansicht der Klägerin, sondern der herrschenden Lehre (vgl. z.B. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 2124, mit weiteren Hinweisen).

6 Die genannte Rechtsprechung bezieht sich in der Hauptsache auf Schäden infolge *individuell-konkreter Rechtsakte* (vor allem Verfügungen), die sich später in einem Beschwerdeverfahren als unrichtig erweisen und aufgehoben werden. Hier stellt sich regelmässig die Frage, ob nachträglich ein Anspruch nach Staatshaftungsrecht besteht, da sich ein solcher Rechtsakt, in der Regel eine Verfügung, als unrichtig

herausgestellt hat. Dies wird vom Bundesgericht nur dann bejaht, wenn zusätzlich eine wesentliche Amtspflichtverletzung besteht (vgl. z.B. BGE 132 II 305 E. 4.1; BGE 123 II 577 E. 4d/dd).

- 7 Die genannte Praxis steht gemäss Bundesgericht klar im Zusammenhang mit dem Rechtskraftprinzip, welches vermeiden will, dass die Frage der Richtigkeit eines formell rechtskräftigen Rechtsaktes nachträglich auf dem Weg über einen Schadenersatzprozess wieder aufgerollt werden kann (BGE 123 II 577, E. 4.d.dd). Ob diese Rechtsprechung auch für generell-abstrakte Verordnungen gilt, die nicht in einem Rechtsmittelverfahren als unrichtig betrachtet und aufgehoben wurden, wie es hier der Fall ist, ist zweifelhaft. Das Bundesgericht verweist des Öfteren darauf, dass die wesentlichen Amtspflichten vor Schädigungen durch fehlerhafte Rechtsakte bewahren, nicht aber die Normen des anzuwendenden materiellen Rechts selber schützen sollen (vgl. klar so BGE 132 II 449, E. 3.3.; BGE 123 II 577 E. 4d/dd). Hiernach wären generell-abstrakte Verordnungen, die nicht in einem Rechtsmittelverfahren für unrichtig befunden und aufgehoben wurden, von der Rechtsprechung zur wesentlichen Amtspflichtverletzung ausgenommen.
- 8 Die Klägerin ist angesichts dieser Rechtsprechung der Ansicht, dass eine solche wesentliche Amtspflichtverletzung im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht werden muss. Sie hat diese aber dennoch, sollte das Bundesgericht anderer Meinung sein, über mehr als drei Seiten in ihrer Klage ausführlich dargelegt (Rz. 120 ff.), da eine solche wesentliche Pflichtverletzung ohnehin klar vorliegt. Für weitere Ausführungen wird auf die Klage vom 11. November 2021 (Rz. 38 f.; 120 ff.) und auf die späteren Ausführungen in dieser Replik unter Titel G. verwiesen.

C. Zu den Rechtfertigungsgründen (Rz. 13)

- 9 Die Beklagte gibt an dieser Stelle der Klägerin Recht, dass Rechtfertigungsgründe nicht zur Anwendung kommen, da nicht die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts geltend gemacht wird. Damit erweisen sich ihre weiteren Ausführungen als hinfällig, wonach grundsätzlich der Rechtfertigungsgrund der «rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt» vorläge, da die Schliessung der Fitnesscenter zwangsläufig mit der Durchführung des Epidemiengesetzes verbunden sei.
- 10 Rein der Vollständigkeit halber ist aber anzufügen, dass diesen Ausführungen natürlich auch in der Sache selber nicht gefolgt werden kann. Die Schliessung von Fitnesscentern ist selbstverständlich *nicht* zwangsläufig mit der Durchführung des EpG verbunden. Aus der Durchführung des EpG ergeben sich zwar logischerweise zuweilen unvermeidbare schädigende Handlungen an Vermögen von Privatpersonen; das heisst aber nicht, dass *jede* denkbare mögliche vermögensschädigende Handlung mit der Durchführung des EpG zwingend verbunden wäre. Im vorliegenden Fall ergibt sich, dass die konkrete Handlung (Schliessung der Fitnesscenter) für eine richtige Durchführung des EpG eben gerade

nicht zwingend gewesen wäre. Dies hat die Klägerin in der Klage mehrfach dargelegt.

- 11 Weitere Ausführungen erübrigen sich, da sich Klägerin und Beklagte angesichts der klaren Rechtsprechung einig sind, dass Rechtfertigungsgründe bei reinen Vermögensschäden ohnehin nicht in Betracht kommen (vgl. hierzu ausführlich in der Klage, Rz. 152 ff.).

D. Zum Schutznormcharakter (Rz. 17 ff.)

- 12 Die Beklagte macht zunächst geltend, die Rechtsprechung des Bundesgerichts dahingehend, dass verfassungsrechtliche Grundrechte keine staatshaftungsrechtlichen Grundlagen darstellen können, sei nicht zu überdenken. Sie räumt aber gleichzeitig ein, dass diesbezüglich kritische Stimmen in der Lehre zu finden seien.
- 13 Die Klägerin hält daran fest, dass aufgrund der Besonderheit der Pandemie die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu überdenken ist. Letztere wird nicht, wie die Beklagte geltend machen möchte, von einzelnen Stimmen in der Lehre, sondern von einem sehr grossen Teil der Lehre kritisiert (vgl. Klage, Rz. 131 für weitere Hinweise). Im Zuge der Corona-Pandemie und der damit einhergehenden massiven Vermögensschäden für unzählige private Betroffene, kann es nicht angehen, dass Entschädigungen gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV von vornherein definitiv ausgeschlossen sind. Im Übrigen hat die Klägerin keinerlei Kenntnis davon, dass seitens des EFD zur Abfederung von Wirtschaftsschäden ein Konzept für eine Pandemieversicherung erarbeitet worden sein soll, welches von Unternehmerseite nicht erwünscht gewesen sein soll. Die Beklagte bringt dies zwar vor, substantiiert dies allerdings nicht weiter. Im Übrigen ist dies auch für das vorliegende Verfahren nicht relevant und kann der Beschwerdeführerin aus offensichtlichen Gründen nicht entgegengehalten werden. Für weitere Ausführungen wird im Übrigen auf die Klage verwiesen (Rz. 131 f.).
- 14 Die Beklagte bringt des Weiteren vor, es handle sich bei den genannten Normen im EpG und Covid-19-Gesetz lediglich um das Verhältnismässigkeitsprinzip, welchem kein Schutznormcharakter zugesprochen werden könne, da das Vermögen nur mittelbar geschützt werde.
- 15 Dem kann nicht gefolgt werden. Die genannten Normen des Epidemiengesetzes und des Covid-19-Gesetzes bezwecken den Schutz des Vermögens nicht mittelbar, sondern unmittelbar. Unmittelbarkeit des Vermögensschutzes von Normen wird so definiert, dass die Normen den entsprechenden Schutz im eigentlichen Sinn bezwecken und nicht lediglich als Nebeneffekt (mittelbar) mitbewirken (vgl. z.B. BGr, 3. Juni 2003, 2C.5/1999, E. 7.3.2). Die genannten EpG-Normen und Covid-19-Gesetz-Normen bezwecken offensichtlich über verschiedene

- Verhältnismässigkeitsregeln direkt den Schutz von Grundrechten, unter anderem der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV und darin direkt mitumfasst den Schutz des Einkommens und Vermögens von Privatpersonen. Die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV erfasst jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, mithin jede private Tätigkeit, die auf Gewinn oder Erwerbseinkommen abzielt (sachlicher Schutzbereich). Sie ist somit klarerweise ausgerichtet auf den Schutz von Einkommen und Vermögen. Die Verhältnismässigkeitsregeln im EpG und Covid-19-Gesetz dienen eindeutig dazu, ungerechtfertigte Eingriffe in Art. 27 BV und damit verbundene Vermögensverluste zu verhindern. Dieser Schutz ist nicht nur ein zufälliger Nebeneffekt, sondern der eigentliche Zweck der genannten Normen. Deren Schutznormcharakter ist somit offensichtlich, denn er ist ein unmittelbarer.
- 16 Dies ist noch evidentener als beim bereits in der Klage vorgebrachten Beispiel von Art. 29 Abs. 1 BV. Hier führte das Bundesgericht aus, Art. 29 Abs. 1 BV schütze die individuellen Vermögensinteressen von Bürgerinnen und Bürgern. Das Bundesgericht ging sogar so weit, dass Art. 29 Abs. 1 BV für Verfahren der Rechtsanwendung den Charakter einer haftpflichtrechtlichen Schutznorm hat, weil sich aus einer übermässig langen Verfahrensdauer allenfalls Vermögensschäden ergeben könnten (z.B. BGE 144 I 318 E. 7.3.2). Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht, obwohl die Bundesverfassung an dieser Stelle weder im Wortlaut noch in weiteren Normen Aussagen oder Regeln betreffend Vermögensschädigungen enthält. Die in der Verfassung nicht erwähnte, aber blosse *Möglichkeit* eines Vermögensschadens wurde also bei Art. 29 Abs. 1 BV offenbar als Hinweis für eine unmittelbare Schutzwirkung der Verfassungsnorm betrachtet. Es ist auffällig, dass die Beklagte auf dieses Beispiel (und weitere in der Klage genannte Beispiele) mit keinem Wort eingeht.
- 17 Das Gleiche wie bei Art. 29 Abs. 1 BV lässt sich nun offensichtlich auch für die Verhältnismässigkeitsregeln im EpG und im Covid-19-Gesetz sagen: Durch die Anwendung der beiden Gesetze können sich eindeutig Vermögensschäden bei Privaten ergeben. Mit spezifischen Verhältnismässigkeitsregeln hat der Gesetzgeber hier vorgesorgt, um solche Vermögensschäden zu verhindern. Entstehen sie trotzdem, so sind die EpG- und Covid-19-Gesetz-Normen als Normen mit unmittelbarer Schutzwirkung zu betrachten, die direkt dem Schutz von potentiell durch übermässige Massnahmen betroffenen Privaten dienen. Wenn wie dargelegt bei einer Norm wie Art. 29 Abs. 1 BV, die prima vista nicht klar dem Schutz des Vermögens dient, die blosse Möglichkeit eines Vermögensschadens über ein langes Verfahren zu einem Schutznormcharakter führt, muss dies umso mehr bei den Normen des EpG und des Covid-19-Gesetzes gelten, welche viel direkter als Art. 29 Abs. 1 BV dem Schutz von vermögensrechtlichen Grundrechten, nämlich der Wirtschaftsfreiheit dienen.
- 18 Erfahrungsgemäss handelt es sich bei Massnahmen zur Einschränkung von Epidemien offensichtlich um Massnahmen, welche sehr massgeblich in die wirtschaftliche und unternehmerische Freiheit von Personen eingreifen und das

Vermögen beschränken können. Es erscheint deshalb absurd, davon auszugehen, dass in so aussergewöhnlichen Zeiten wie einer Pandemie im Epidemiengesetz keine einzige Norm mit Schutznormcharakter gegenüber Privaten vorhanden sein soll.

19 Die Beklagte geht des Weiteren einmal mehr nicht darauf ein, dass das Bundesgericht in der Vergangenheit bereits festgestellt hat, das Epidemiengesetz enthalte Normen, welche eine Schutzfunktion gegenüber Privaten haben können, um sie vor Schäden, z.B. Vermögensschäden, zu schützen. Ebenso hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei der Verletzung dieser Normen Schadenersatzansprüche im staatshaftungsrechtlichen Sinn entstehen können (BGE 118 Ib 473 E. 5c und E. 5d). Wieso die Beklagte sich hierzu nicht äussert, ist nicht nachvollziehbar. Damit ist aber dargelegt, dass die Aussage der Beklagten, die Normen des Epidemiengesetzes dienen *nur* dem Schutz vor übertragbaren Krankheiten, nicht aber vermögensrechtlichen Interessen, eindeutig falsch ist.

20 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (EGMR) in einem kürzlich ergangenen Urteil vom 15. März 2022 bemängelt hat, dass bundesrätliche Verordnungen in der Schweiz nicht gerichtlich überprüft würden (vgl. EGMR, Urteil vom 15. März 2022, Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland, Rz. 85 ff.). Der EGMR bringt vor, die Entscheide des Bundesrats müssten in Pandemiezeiten gerichtlich auf ihre Verhältnismässigkeit überprüft werden können.

BO: EGMR, Urteil vom 15. März 2022, Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland

Beilage 1

21 Dies spricht ebenfalls für den Schutznormcharakter der genannten Normen des EpG und des Covid-19-Gesetzes: Diese Normen und die darauf fussenden Verordnungen des Bundesrats können momentan in der Schweiz nicht anders gerichtlich überprüft werden als über die Staatshaftungsklage (vgl. hierzu auch ausführlich Klage, Rz. 41). Würde man den Schutznormcharakter verneinen, so könnten die bundesrätlichen Massnahmen nie auf ihre Verhältnismässigkeit überprüft werden, was der EGMR als unzulässig kritisiert.

22 In diesem Sinne sind sämtliche genannten Normen des Epidemiengesetzes und des Covid-19-Gesetzes Schutznormen zugunsten des Einzelnen vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates. Für weitere Ausführungen wird auf die Klage verwiesen (Rz. 49 ff.).

E. Zur Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit

23 Die Beklagte bringt vor, der Bundesrat habe insgesamt verhältnismässig gehandelt. Die Datenlage habe angesichts des neuen und plötzlichen Auftretens der Pandemie logischerweise nicht die gleiche sein können wie bei bereits bekannten

- übertragbaren Krankheiten. Somit hätten Abwehrmassnahmen nicht erst getroffen werden können, wenn wissenschaftliche Klarheit herrsche, sondern bereits dann, wenn «erhebliche Plausibilität» bestehe. Diese wesentliche Plausibilität sei aufgrund der Abklärungen des Bundesrats für Schliessungen der Fitnessstudios vorhanden gewesen.
- 24 Dieser Argumentation kann nicht beigespflichtet werden. Die Klägerin hat in ihrer Klage mehrfach nachgewiesen, dass bereits beim ersten Lockdown, spätestens aber ab Sommer 2020 diverse wissenschaftliche Studien und Berichte zum Funktionieren von geringeren Schutzmassnahmen (Maskenpflicht, Abstand, Hygiene, etc.) und zur geringen Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios vorlagen (Klage, Rz. 69 ff. und Rz. 85 ff.). Es trifft somit nicht zu, dass die Datenlage nicht vorhanden gewesen wäre. Der Schweizerische Fitness- und Gesundheitscenterverband (SFGV) hatte denn den Bundesrat auch mehrfach auch diverse Studien und Berichte und mildere mögliche Mittel als Komplettschliessungen hingewiesen (vgl. Klage, Rz. 14 ff. und Klagebeilagen 4-13). Leider erhielt der SFGV hierauf kaum – ausser einer kurzen Antwort von Bundesrat Ueli Maurer relativ spät im Dezember 2020 - eine Antwort, was für die Klägerin nicht ganz nachvollziehbar ist.
- 25 Der Bundesrat hat all diese Studien und Erkenntnisse aber nicht berücksichtigt, wie die im Zuge des Akteneinsichtsgesuchs vom 30. April 2021 offengelegte Akten eindeutig zeigen. Es befindet sich unter den Abklärungen des BAG kein einziges (!) Aktenstück, dass sich mit der möglichen Ansteckungsgefahr bei individuellem Sport in Fitnessstudios und mit möglichen Schutzkonzepten ausserhalb von Schliessungen befasst, sondern nur Unterlagen betreffend Ansteckungsgefahr beim Publikum bei Massenveranstaltungen wie z.B. Eishockey oder Football (Klage, Rz. 63 ff.). Diese Studien können bezüglich der Ansteckungsgefahr in Fitnesscentern überhaupt nicht weiterhelfen. Nochmals sei erwähnt, dass es mehr als erstaunt, dass der Bundesrat in diesem Verfahren überhaupt darauf verweist. Mit anderen Worten: Der Bundesrat stützte sich auf blosse Vermutungen und Annahmen, nicht aber auf Fakten, welche eine Plausibilität hätten begründen können.
- 26 Trotz dieser Ausgangslage bringt die Beklagte in ihrer Klageantwort nun vor, der Bundesrat habe sich bei seinem Entscheid, die Fitnessstudios zu schliessen, auf die aktuellsten wissenschaftlichen Daten gestützt (Rz. 26). Dies stimmt nicht und wird im Übrigen von der Beklagten in keiner Weise näher mit Daten substantiiert. Hierzu wäre die Beklagte aber an dieser Stelle dringend angehalten gewesen, um die von ihr zitierte «wesentliche Plausibilität» aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse nachzuweisen. Denn einerseits findet sich in den Abklärungsakten wie dargelegt kein einziges Aktenstück mit Abklärungen betreffend Fitnessstudios; andererseits lagen aber solche Studien und Berichte bereits im Frühling, spätestens aber im Sommer 2020 eindeutig vor. Die Klägerin hat diverse Studien und Berichte zitiert (Klage, insbesondere Rz. 86, aber auch Rz. 69). Wieso wurden diese und andere solche Berichte zum damaligen Zeitpunkt nicht berücksichtigt? Dazu schweigt die

- Beklagte bezeichnenderweise; wohl weil diese Berichte nicht die erwünschten Resultate zeigten.
- 27 Es lässt sich nicht beschönigen: Der Bundesrat hat *keinerlei* Abklärungen bezüglich der Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios und möglichen geringeren Schutzmassnahmen getroffen, weder während des ersten Lockdowns, noch während der Phase zwischen dem ersten und dem zweiten Lockdown oder ab dem zweiten Lockdown.
- 28 Zu solchen Abklärungen wäre der Bundesrat aber gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. c EpG und Art. 11 RVOG und dem Untersuchungsgrundsatz im öffentlichen Recht eindeutig verpflichtet gewesen. Durch die Verletzung dieser Abklärungspflicht liegt offensichtlich auch eine wesentliche Amtspflichtverletzung vor – ohne jegliche Abklärungen einfach aus einer gewissen Panik heraus so massiv in die Wirtschaftsfreiheit der Fitnessbranche einzugreifen und die wirtschaftliche Existenz von Unternehmen zu gefährden, kann als oberstes Regierungsorgan der Schweiz offensichtlich nicht angehen. Wie möchte der Bundesrat überhaupt begründen, dass eine «wesentliche Plausibilität» von wissenschaftlichen Erkenntnissen vorliege, aufgrund derer er gehandelt habe, wenn er *gar keine* wissenschaftlichen Abklärungen getroffen hat? Dies macht keinen Sinn. Wie gesagt: Die Beklagte schweigt zu dieser Frage. Die Bemerkung sei erlaubt: Es ist ein sehr auffälliges Schweigen – handelt es sich doch hier mithin um den Kern des ganzen Staatshaftungsanspruchs.
- 29 An den dargelegten Schlussfolgerungen ändern übrigens auch die nun nachträglich erfolgten Verweise auf einen Artikel auf Sky news (im März 2020) und auf healthline (Juni 2020) nichts. Diese Verweise erfolgen verspätet, im Jahr 2022, und können deshalb für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache nicht berücksichtigt werden. Der Bundesrat hätte Abklärungen im Jahr 2020-2021 treffen müssen. Dies hat er nicht getan, wie das Akteneinsichtsgesuch vom 30. April 2021 eindeutig gezeigt hat. Im Übrigen sei die Bemerkung erlaubt, dass der Verweis auf zwei online-Zeitungsartikel als Beleg für den Nachweis der aktuellsten wissenschaftlichen Erkenntnisse und deren erhebliche Plausibilität erstaunt. Dies hat mit den seriösen und umfangreichen wissenschaftlichen Studien, auf welche die Klägerin mehrfach verwiesen hat, nichts zu tun. Im Gegenteil ist das ein weiteres Indiz dafür, dass der Bundesrat offenbar leider keine seriösen Abklärungen bezüglich der Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios getroffen hat.
- 30 Des Weiteren ist festzuhalten: Natürlich ist es richtig, dass in dringenden Situationen Abwehrmassnahmen nicht erst getroffen werden können, wenn vollumfängliche wissenschaftliche Klarheit herrscht. Es ist auch klar, dass eher rasch gehandelt werden muss; dies hat die Klägerin dem Bundesrat bereits in der Klage attestiert.

- 31 Das ändert aber nichts daran, dass diese Abwehrmassnahmen verhältnismässig sein müssen. Der Bundesrat ist auch in Notzeiten an das übergeordnete Recht, insbesondere an die Verfassung und darin verankerte Prinzipien wie die Verhältnismässigkeit gebunden, ebenso in der Regel an Bundesgesetze wie das Epidemiengesetz (vgl. z.B. BGE 123 IV 29, E. 3a; ausführlich Klage, 124 f.). Dies bestreitet auch die Beklagte nicht.
- 32 Die konkret getroffenen Schliessungen für Fitnessstudios waren aber nicht erforderlich im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips. Es hätten mit den Schutzkonzepten in den Fitnessstudios (Masken, Abstandsvorschriften, Personenzahlbeschränkungen, Hygienevorschriften, vermehrtes Aussentraining etc.; vgl. Beilage 35 zur Klage) mildere Massnahmen bestanden, die das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Menschen gleich gut erreicht hätten, da die Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios nicht sehr hoch ist, wie auch das BAG ja selbst mit seiner Tabelle aus dem August 2020 einräumt und diverse wissenschaftliche Studien bewiesen haben. Bezeichnenderweise geht die Beklagte auf diese möglichen milderen Mittel in ihrer Klageantwort nicht ein, sondern verweist pauschal darauf, dass rasche Handeln erforderlich gewesen und die Schliessung von Fitnessstudios ja wirksam sei, um das Virus zu bekämpfen (Klageantwort, Rz. 28). So ist allerdings das Verhältnismässigkeitsgebot nicht zu verstehen: Es darf eben gerade nicht alles, was wirksam ist, als Massnahme ergriffen werden (mit einer solchen Argumentation hätte der Bundesrat auch jede Bürgerin und jeden Bürger der Schweiz von 2020-2021 komplett in ihren privaten Haushalten einsperren lassen können – dies wäre ja auch «wirksam» gewesen). Unter dem Gebot der Erforderlichkeit muss eben das mildest mögliche Mittel ergriffen und soll gerade nicht «mit Kanonen auf Spatzen geschossen» werden. Mittel wie komplette Verbote oder Schliessungen müssen unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit immer die *ultima ratio* sein (Klage, Rz. 60).
- 33 Auch der EGMR ist in einem kürzlich ergangenen Urteil vom 15. März 2022 und in einem vergleichbaren Fall zum Schluss gekommen, dass der Bundesrat nicht verhältnismässig gehandelt hat, weil seine Handlungen nicht erforderlich waren. Der EGMR kam zum eindeutigen Schluss, mit einem vollumfänglichen Verbot von Demonstrationen sei der Bundesrat zu weit gegangen. Der Gerichtshof brachte unter anderem vor: Während Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter weiter auch in Grossunternehmen zur Arbeit gehen konnten, sofern dort entsprechende Hygiene- und Distanzvorschriften galten, habe man diese Möglichkeit den Organisatoren von Kundgebungen nicht eingeräumt. Dies obschon sich auch bei politischen Versammlungen solche Vorschriften grundsätzlich erfüllen liessen (vgl. Beilage 1, EGMR, Urteil vom 15. März 2022, *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, insbesondere Rz. 84 ff.).
- 34 Diese Argumentation lässt sich mit der Argumentation im vorliegenden Fall direkt vergleichen: Hygiene- und Distanzvorschriften in Fitnesscentern hätten, wie die vorangehenden Darlegungen und die Darlegungen in der Klage (inkl. Schutzkonzept

des SFGV) aufzeigen, ohne Weiteres eingehalten werden können. Damit wäre ein milderes Mittel als eine umfassende Schliessung zur Verfügung gestanden; dies insbesondere während des 2. Lockdowns, wo auch die Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios als bereits nicht besonders gravierend nachgewiesen worden war. Das Urteil des EGMR vom 15. März 2022 stützt somit die Schlussfolgerung im konkreten Fall, dass das Vorgehen des Bundesrats unverhältnismässig weil nicht erforderlich war.

- 35 Nach wie vor entsteht der Eindruck, dass die Beklagte nicht wirklich auf diesen wesentlichen Punkt der milderen möglichen Mittel und die im Jahr 2020 bereits vorhandenen Schutzkonzepte bei Fitnessstudios eingeht. Es bleibt festzuhalten: Die Massnahmen des Bundesrats waren wohl geprägt von einer gewissen Dringlichkeit und gut gemeint, aber sie waren eben rechtlich betrachtet nicht verhältnismässig. Und nur darum geht es hier. Um weitere weitschweifige Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Klage verwiesen (für den ersten Lockdown: Rz. 62 ff.; für die Phase zwischen den Lockdowns: Rz. 81 ff.; für den zweiten Lockdown: Rz. 93 ff.). Es erscheint klar, dass sich die unverhältnismässigen Schliessungen der Fitnessstudios hätten vermeiden lassen, hätte der Bundesrat die notwendigen Abklärungen getroffen. Mit diesen hätte der Bundesrat erkannt, dass weniger weit gehende Massnahmen (Schutzkonzepte) gleich gut geeignet gewesen wären, um das öffentliche Interesse der Gesundheit der Bevölkerung und zur Eindämmung des Corona-Virus zu erreichen.

F. Zur Verhältnismässigkeit: Zumutbarkeit

- 36 Die Beklagte bringt vor, die Schliessungen der Fitnessstudios seien zumutbar gewesen. Im Übrigen sei die Strategie des Bundesrats offensichtlich auch erfolgreich gewesen, wenn auch nicht überall gleich «effektiv». Die Überlastung des Gesundheitswesens habe verhindert werden können, ohne die Wirtschaft zu stark zu beeinträchtigen. Für diese Argumentation verweist die Beklagte vor allem auf Zeitungsartikel in der NZZ. In diesem Sinne sei von einer Zumutbarkeit auszugehen.
- 37 Die Ausführungen der Beklagten sind für die Klägerin schwer nachvollziehbar. Es geht im vorliegenden Fall nicht um eine Betrachtung aus der Vogelperspektive (welche notabene wieder vor allem auf Zeitungsberichte abgestützt wird), wonach insgesamt die Strategie des Bundesrats allenfalls erfolgreich war, sondern um den konkreten Einzelfall. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit müssen die *konkret betroffenen privaten Einzelinteressen* in die Waagschale geworfen werden, nicht ein schweizerisches Gesamtinteresse. Fakt ist, dass die Unternehmung der Klägerin wirtschaftlich massiv gelitten hat. Zwischenzeitlich war sogar unklar, ob die pure fitness AG «überleben» oder ob das mit viel Herzblut und Schweiß aufgebaute Unternehmen untergehen würde. Es handelt sich also im konkreten Fall offensichtlich um einen massiven Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV

der Klägerin. Dies kann die Beklagte nicht ernsthaft bestreiten. Ob gesamtschweizerisch nicht «zu stark» in die Wirtschaft eingegriffen wurde, interessiert hier nicht: In die Wirtschaftsfreiheit der Klägerin wurde definitiv eben gerade zu stark eingegriffen. Nur dieser Fall ist hier zu beurteilen.

- 38 Auf der anderen Seite ist des Weiteren auch nicht das gesamtschweizerische Gesundheitsinteresse zu berücksichtigen, sondern nur das öffentliche Gesundheitsinteresse bezüglich der Vermeidung einer Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios (Klage, Rz. 105 ff.). Da diese Ansteckungsgefahr in Fitnessstudios eher gering ist, wie das BAG ab Sommer 2020 selbst wusste, ist das öffentliche Interesse mit Blick auf die Schliessung von Fitnessstudios nicht so gross wie in diversen anderen Branchen – während das private wirtschaftliche Interesse der Klägerin wie dargelegt massiv ist. Aufgrund des somit überwiegenden privaten Interesses der Klägerin ist damit die Zumutbarkeit zu verneinen. Für weitere Ausführungen wird auf die Klage verwiesen (Rz. 105 ff.).

G. Inhaltliches zur wesentlichen Amtspflichtverletzung (Rz. 37 ff.)

- 39 Die Beklagte bringt vor, sie habe mit den Schliessungen der Fitnessstudios nicht gegen wesentliche Amtspflichten verstossen, da kein Ermessensmissbrauch, kein gesetzeswidriges und auch kein willkürliches Verhalten vorliege.
- 40 Es ist festzuhalten, dass die Beklagte die von ihr angeführte Behauptung nicht weiter substantiiert. Sie geht auch auf die zahlreichen Vorbringen der Klägerin in ihrer Klage nicht weiter ein. Kurz ist deshalb nochmals zusammenzufassen: Eine wesentliche Amtspflichtverletzung liegt etwa dann vor, wenn gesetzliche Bestimmungen, welche Art einer behördlichen und für die Ausübung des Amtes wesentlichen Pflicht festlegen, verletzt werden (z.B. BGE 123 II 577 E. 4.d.dd). Eine wesentliche Amtspflichtverletzung kann auch durch einen Ermessensmissbrauch bei solchen gesetzlich festgelegten Pflichten vorliegen; dieser ist dann gegeben, wenn das Ermessen nach unsachlichen Gesichtspunkten betätigt wird oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Verbot der Willkür, das Verbot von Treu und Glauben, Rechtsgleichheit und das Verhältnismässigkeitsgebot verletzt werden (z.B. BGE 141 V 365 E. 1.2; 137 V 71 E. 5.1).
- 41 Im vorliegenden Fall wurde wie aufgezeigt gegen diverse wesentliche, gesetzlich festgelegte Abklärungspflichten nach Art. 4 Abs. 2 lit. c EpG und Art. 11 RVOG klar verstossen. Des Weiteren wurden weitere wesentliche bundesrätliche Pflichten nach dem RVOG (insbesondere Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 RVOG) verletzt. Bei den genannten Normen des EpG und des RVOG handelt es sich um absolute Kernpflichten des Bundesrats. Sie sind für die Handlungen des Bundesrats allgemein und zu Zeiten einer Pandemie absolut wesentlich, ja sogar notwendige Voraussetzung, um überhaupt zu handeln (insbesondere mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 lit. c EpG und Art. 11 RVOG). Schliesslich wurde in der Klage auch klar und ausführlich dargelegt, dass

gegen das Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 3 BV) und gegen das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) verstossen wurde.

- 42 Der Bundesrat hat insgesamt übereilt, ohne die notwendigen Abklärungen und unverhältnismässig gehandelt. Die wesentliche Amtspflichtverletzung ist damit ausgewiesen. Käme man zu einem anderen Schluss, würde man für die Zukunft die Tür öffnen dafür, dass der Bundesrat in Notzeiten immer ohne jegliche spezifische Abklärungen und ohne Rücksicht auf die Verhältnismässigkeit alle Massnahmen treffen dürfte, die er als «wirksam» betrachtete. Dies kann nicht Sinn von bundesrätlichen Verordnungen in Notzeiten sein. Für weitere Ausführungen wird auf die Klage verwiesen (Rz. 120 ff.). Zur Geltung der Grundrechte sowie insb. des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit in Notzeiten vgl. auch Saxer, St. Galler BV-Kommentar Art. 185 Rz 97 ff. m.w.N.

H. Zur Rechtsgleichheit (Rz. 46 ff.)

- 43 Die Beklagte bringt vor, die Rechtsgleichheit sei nicht verletzt, da insbesondere der Vergleich mit Skigebieten nicht taue. Es handle sich hierbei um einen Aussensport ohne gemeinsame Einrichtungen wie etwa Umkleidekabinen.
- 44 Die Ausführungen der Beklagten vermögen zu erstaunen, hat die Klägerin in der Klage doch selbst gerade darauf hingewiesen, dass es mit der Bemerkung «Aussensport» bezüglich Skigebieten nicht getan ist. Die Ansteckungsgefahr bei Skigebieten besteht logischerweise nicht während der Abfahrt, sondern während des Anstehens an Skiliften, während des Benutzens von Gondeln und während des massiven öffentlichen Verkehrsaufkommens mit Zügen, Bussen etc., um zum Skigebiet zu gelangen (Klage, Rz. 143 ff.). Wie in der Klage dargelegt, können solche Zustände in Fitnessstudios mit den Schutzkonzepten gar nicht entstehen, da hier für eine ausreichende Beschränkung der Personenzahl und für Abstandsregeln gesorgt wird. Der Verweis der Beklagten, auf Skipisten gäbe es nicht so etwas wie Umkleidekabinen oder gemeinsame Duschvorrichtungen geht vollkommen fehl, weil diese Einrichtungen in den Fitnessstudios zu Zeiten des Corona-Virus ja eben gerade reguliert werden und nur eine beschränkte Anzahl Personen dazu Zugang haben (vgl. das Schutzkonzept, Beilage 35 zur Klage). Des Weiteren sind Gondeln und öffentliche Verkehrsmittel ebenfalls Innenräume und müssten somit mit Umkleidekabinen und Duschvorrichtungen verglichen werden betreffend Ansteckungsgefahr. Dies unterlässt die Beklagte. Auf das massive öffentliche Verkehrsaufkommen durch den Skibetrieb geht sie bezeichnenderweise gar nicht erst ein.
- 45 Der Hinweis, die öffentlichen WCs der Skigebiete seien gut durchlüftet, ist für die Klägerin fast schon etwas stossend – genau diese gute Durchlüftung ist Teil ihres umfassenden Schutzkonzepts für ihr Fitnessstudio (Schutzkonzept, Beilage 35 zur Klage). Wenn diese gute Durchlüftung für die Beklagte ein Argument für die

- Offenhaltung der Skigebiete war – wieso war sie es dann nicht für die Offenhaltung der Fitnessstudios? Hier zeigt sich einmal mehr sehr deutlich die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 Abs. 1 BV.
- 46 Auch der Hinweis, Anlagen an Skiliften würden in der Regel nur mit Handschuhen benutzt, ist nicht nachvollziehbar. Zum einen entspricht dies aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung offensichtlich nicht der Realität, werden Handschuhe doch gerade regelmässig ausgezogen, um sich am Skilift zu halten oder sobald die von Wind geschützte Gondel bestiegen wird. Zum anderen wurde in den Schutzkonzepten für die Fitnessstudios ausdrücklich vorgesehen, dass gemeinsam benutzte Geräte regelmässig desinfiziert und Hände regelmässig gereinigt werden müssten (Schutzkonzept, Beilage 35 zur Klage).
- 47 Die Beklagte schneidet sich mit ihrer Argumentation somit ins eigene Fleisch. Sie zeigt nämlich damit auf: Möchte sie für eine Offenhaltung einer Branche plädieren, so bringt sie exakt *die gleichen* Argumente vor wie die Klägerin, die für die Offenhaltung der Fitnessstudios plädiert: Gute Durchlüftung, Händeschutz, Reinigung der gemeinsam benutzten Anlagen, etc. Wieso gelten diese Argumente nur für eine Branche und führen zur Aufrechterhaltung des Betriebs, während sie bei der anderen Branche mit Hinweis auf «nötiges rasches Handeln» und «Wirksamkeit» verworfen werden und zu Schliessungen führen? Es wäre doch sicherlich auch «wirksam» gewesen, das Skigebiet und die damit verbundenen Gondeln, Skilifte, öffentlichen WCs und öffentlichen Verkehrsmittel zu schliessen? Trotzdem wurde dies nicht gemacht.
- 48 Hier werden somit offensichtlich zwei vergleichbare Sachverhalte offensichtlich ungleich behandelt. Dies wird umso deutlicher, als die Beklagte sogar noch einen Schritt weiter geht und meint, ihre Ausführungen gelten auch für die Fussballplätze und Leichtathletikstadion, welche bereits ab 1. März 2021, also gut einen Monat vor den Fitnessstudios, wieder geöffnet haben durften. Gibt es denn der Meinung der Beklagten nach bei Fussballplätzen und Leichtathletikstadion keine gemeinsamen Duscheinrichtungen und Umkleidekabinen in Innenräumen? Dies ist natürlich nicht so. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die dringende Frage, wieso die Existenz von gemeinsamen Duscheinrichtungen und Umkleidekabinen bei der einen Einrichtung zur Offenhaltung, bei der anderen zur Schliessung führen. Dies ist mit der Rechtsgleichheit schlicht nicht vereinbar. Nur schon für diesen Monat März 2021, wo die Fitnessstudios im Gegensatz zu Fussballplätzen und Leichtathletikstadion geschlossen blieben, steht der Klägerin deshalb *offensichtlich* Schadenersatz zu. Hierfür spricht auch das bereits erwähnte Urteil des EGMR vom 15. März 2022, wo der Gerichtshof ebenfalls beanstandete, dass vergleichbare Sachverhalte (Schutzmassnahmen auf einer Demonstration und in Grossunternehmen) zu Unrecht unterschiedlich behandelt wurden ((vgl. Beilage 1, EGMR, Urteil vom 15. März 2022, *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, insbesondere Rz. 84 ff.).

- 49 Selbst wenn die Rechtsgleichheit nicht als Schadenersatzgrundlage anerkennt würde, zeigt das Vorgehen der Beklagten an dieser Stelle die Verletzung der genannten Schutznormen von EpG, Covid-19-Gesetz und RVOG auf, da mit einem solch offensichtlich rechtsungleichen Vorgehen logischerweise auch die Zumutbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit verneint werden muss. Wenn die Ansteckungsgefahr bei anderen Einrichtungen mit Duscheinrichtungen und Umkleidekabinen offensichtlich als so gering eingestuft wurde, dass eine Öffnung möglich ist, so heisst das nichts anderes, als dass das öffentliche Gesundheitsinteresse bei solchen Einrichtungen nicht mehr besonders hoch ist. Damit fällt dieses auch bei einer Interessensabwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeit deutlich geringer aus als die schwerwiegenden privaten Interessen der Klägerin an ihrer Wirtschaftsfreiheit. Ein Schadenersatzanspruch für zumindest diesen März 2021 steht der Klägerin somit offensichtlich so oder so zu, unabhängig davon, ob dieser unter die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV oder über die massgeblichen Schutznormen in EpG, Covid-19-Gesetz oder RVOG subsumiert wird.
- 50 Die Verletzung der Rechtsgleichheit ist damit ausgewiesen. Für weitere Ausführungen wird auf die Klage verwiesen (Rz. 140 ff.).

I. Zur Billigkeitshaftung

- 51 Die Beklagte bringt im Wesentlichen vor, es könne offenbleiben, ob das Fehlen einer Billigkeitshaftung zu stossenden Ergebnissen führe, da der Gesetzgeber beim Epidemiengesetz keine Billigkeitshaftung für Anordnungen gegenüber ganzen Branchen vorgesehen habe.
- 52 Dem kann nicht gefolgt werden. Die bis anhin getroffene Auslegung des EpG würde zu stossenden Resultaten im Einzelfall führen. Wie bereits in der Klage dargelegt, kann ein einzelnes Unternehmen genau gleich schwer betroffen sein, egal ob eine Massnahme gegenüber der gesamten Branche oder nur gegenüber dem einzelnen Unternehmen angeordnet wurde. Im ersten Fall würde nach jetziger Gesetzesregelung eine Billigkeitshaftung gewährt, im zweiten Fall jedoch nicht. Eine solche Regelung widerspricht jeglichem Sinn und Zweck des Verständnisses einer Billigkeitshaftung, die gerade einen Raum für schwere Einzelfälle ohne formalisierte Voraussetzungen eröffnen will, und führte zu gravierend rechtsungleicher Behandlung von vergleichbaren Einzelschicksalen. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass Unternehmen in der Regel die schwereren wirtschaftlichen Schäden davontragen bei Anordnungen gegenüber ganzen Branchen als Privatpersonen bei Anordnungen im Einzelfall. Umso stossender ist die bundesrätliche Auslegung der haftungsrechtlichen Regelung im Epidemiengesetz in der Botschaft hierzu.

- 53 Diese Auslegung ist deshalb durch das Bundesgericht im Sinne der richterlichen Rechtsfortbildung (echte oder unechte Lückenfüllung) zu korrigieren. Massgeblich kann im Sinne einer Lückenschliessung nicht sein, ob die Massnahme gegenüber einem einzelnen Unternehmen oder vielen bzw. allen Schweizerischen Unternehmen angeordnet wurde, sondern nur, ob ein besonders schwerwiegender, unzumutbarer Einzelfall vorliegt und die von einer Massnahme betroffene Person ohne Entschädigung in eine wirtschaftliche oder soziale Notlage geraten würde, wie die Botschaft vorschreibt (BBl 2011 410).
- 54 Wie die Klägerin in der Klage aufgezeigt hat, hat das Bundesgericht bereits in der Vergangenheit festgehalten, dass eine Billigkeitshaftung im Zusammenhang mit dem Epidemiengesetz und bei Akten der Eingriffsverwaltung in Weiterentwicklung gewisser in Art. 4 aBV (heutiger Art. 8 BV) festgehaltenen Grundsätze allenfalls ins Auge zu fassen ist (BGE 118 Ib 473 E. 6b). Auf dieses Vorbringen geht die Beklagte bezeichnenderweise nicht ein.
- 55 Für weitere Ausführungen wird auf die Klage verwiesen (Rz. 161 ff.).

J. Zum Sonderopfer (Rz. 58 ff.)

- 56 Die Beklagte tut die Ausführungen der Klägerin zur Sonderopfer-Rechtsprechung massgeblich mit dem Hinweis ab, es handle sich hierbei um eine Rechtsprechung aus dem Enteignungsrecht.
- 57 Diese Ausführungen sind für die Klägerin nicht nachvollziehbar. Die Klägerin weist ja in ihrer Klage selbst darauf hin, dass es sich um eine Rechtsprechung aus dem Enteignungsrecht handelt. Im Zuge der Corona-Pandemie wurde allerdings von verschiedenen Vertretern der Lehre die Ansicht vorgebracht, die Sonderopferrechtsprechung müsse auch für allfälligen Schadenersatz im Zuge der Pandemie herbeigezogen werden dürfen. Auch wenn die Argumentation des Sonderopfers momentan hauptsächlich in Enteignungsverfahren angewendet wird, so ist eine Anwendung in anderen Rechtsgebieten weder gesetzlich noch nach geltender Rechtsprechung ausgeschlossen. Es ist somit zulässig, die Anwendung dieser Rechtsprechung auch für den vorliegenden Fall anzuwenden. Für weitere Ausführungen wird auf die Klage verwiesen (Rz. 175 ff.).

III. Fazit

- 58 Auch nach der Klageantwort der Beklagten bleibt leider der Eindruck bestehen, dass sich die Beklagte zu wesentlichen Vorbringen in der Klage nicht äussert. So geht die Beklagte insbesondere auf wesentliche Aspekte des Schutznormcharakters von EpG und Covid-19-Gesetz, auf die verletzten Abklärungspflichten und auf das

Versäumnis, unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit mildere Mittel als komplette Schliessungen von Fitnesscentern zu erwägen, nicht ein.

- 59 Abschliessend ist festzuhalten: Auch in Notzeiten, wo dringende und wichtige Entscheide anstehen, hat sich der Bundesrat an die Bundesverfassung und weitgehend an die Bundesgesetze zu halten. Der Verweis auf die Dringlichkeit der Lage, auf die noch nicht vollständigen wissenschaftlichen Erkenntnisse und auf eine pauschale «Wirksamkeit» von Massnahmen ist auch in diesen Zeiten ungenügend. Die Klägerin attestierte dem Bundesrat bereits in der Klage, dass er sich nicht in einer einfachen Lage befand und attestiert ihm das auch weiterhin. Nichtsdestotrotz: Gut gemeint ist nicht auch unbedingt gut gemacht. Auch in schwierigen Zeiten muss sich der Bundesrat ans EpG, ans Covid-19-Gesetz und insbesondere auch an die Verhältnismässigkeit halten. Dies hat der EGMR im beigelegten Urteil vom 15. März 2022 auch im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ausdrücklich bestätigt.
- 60 Dies ist vorliegend nicht geschehen: Der Bundesrat hat seine Abklärungspflichten nach Art. 4 Abs. 2 lit. c EpG und Art. 11 RVOG verletzt. Er hat gegen Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 und Art. 10 RVOG verstossen. All dies sind wesentliche Amtspflichten. Des Weiteren hat der Bundesrat gegen die in Art. 6, 7, 9, 30, 40 Abs. 3 EpG formulierten Grundsätze und gegen Art. 1 Abs. 2^{bis} Covid-19-Gesetz verstossen, welche offensichtlich Schutznormcharakter aufweisen und das Verhältnismässigkeitsgebot in Art. 5 Abs. 2 BV (und das Gebot der Wirksamkeit) verdeutlichen. Offensichtlich liegt auch ein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV und gegen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV vor.
- 61 Das Vorgehen des Bundesrats erweist sich somit insgesamt als widerrechtlich im staatshaftungsrechtlichen Sinn. Der Klägerin ist deshalb Schadenersatz zuzusprechen. Sie beantragt weiterhin, dass ihr der gesamte Anspruch von März 2020 bis und mit März 2021 zuzusprechen ist. Sollte nicht der gesamte Anspruch zugesprochen werden, so ist jedoch offensichtlich für die Zeitspanne des zweiten Lockdowns (Dezember 2020 bis April 2021) Schadenersatz zuzusprechen, insbesondere für den März 2021, wo keinerlei Grund mehr bestand, Fitnesscenter im Vergleich zu anderen Sportanlagen geschlossen zu halten (vgl. dazu vorne ausführlich Rz. 48 f.).

Abschliessend ersuchen wir Sie um Gutheissung der Anträge unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

Mit freundlichen Grüssen



RA Prof. Dr. iur. Urs Saxer, LL.M.



RA Dr. iur. Daniela Kühne

Im Doppel

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

BEWEISMITTELVERZEICHNIS

Beilage 1 EGMR, Urteil vom 15. März 2022, Communauté genevoise d'action
syndicale (CGAS) v. Switzerland