

Mesures de fermeture liées
au Covid-19, manque à
gagner d'un fitness, action
en responsabilité contre la
Confédération

**Art. 6 al. 2 let. d O 2
Covid-19 ; 120 al. 1 let. c
LTF ; 3 al. 1 LRCF**

A. SA, une entreprise qui gère des fitness, a été forcée à la fermeture du 17 mars au 10 mai 2020, puis du 22 décembre 2020 au 18 avril 2021, dans le cadre de la crise sanitaire. A. SA a adressé une demande en réparation du dommage à la Confédération pour le manque à gagner estimé à CHF 259'245.-. Cette demande a ensuite été portée devant le TF.

En sa qualité d'instance unique, le TF n'est compétent que pour connaître des actions en dommages-intérêts basée sur la Loi sur la responsabilité, c'est-à-dire des actions **pour actes illicites**, et non pas des demandes d'indemnisation en équité basée sur l'art. 63 LEp ou encore des demandes en responsabilité pour actes licites. Pour ces deux dernières hypothèses, le lésé doit demander à l'autorité de statuer par la voie de la décision attaquant. La compétence du Tribunal fédéral basée sur l'art. 120 al. 1 let. c LTF ne doit **pas être interprétée de manière extensive**. Les prétentions de la recourante basée sur l'art. 63 LEp, respectivement sur la responsabilité pour actes licites, ne sont donc pas examinées (c. 1.2 et 4).

Pour que la Confédération soit tenue de réparer le dommage sur la base de la Loi sur la responsabilité, il appartient au lésé de prouver l'existence d'un acte illicite, d'un dommage et d'un lien de causalité entre l'un et l'autre (art. 3 al. 1 LRsp) (c. 1.1 et 4.2).

En cas de préjudice purement économique, celui-ci ne peut donner lieu à réparation que lorsque l'acte dommageable viole une norme qui a pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé (**illicéité de comportement**) (c. 5.1). Savoir si une telle norme existe en l'espèce est une question pouvant restée ouverte (c. 5.3).

En effet, selon la recourante, ce serait en décrétant la fermeture des fitness par voie d'ordonnance que le Conseil fédéral aurait commis un acte illicite. Or, seule une **violation particulièrement crasse du devoir de fonction** ou une **erreur particulièrement lourde** pourrait engager la responsabilité du Conseil fédéral en lien avec l'élaboration d'une ordonnance (c. 6.2).

Une telle violation crasse du devoir de fonction ne peut pas être reprochée au Conseil fédéral en lien avec les ordres de fermeture des fitness ancrés à l'art. 6 al. 2 let. d de l'O 2 Covid-19 et 5d al. 1 let. b O Covid-19 situation particulière. Ces mesures n'étaient pas disproportionnées dans le contexte de l'époque. La responsabilité de la Confédération ne peut donc pas être engagée en raison de ces actes (c. 7).

Auteure : Emilie Conti Morel, avocate à Genève

Gegenstand: Klage gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft (Staatshaftung).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. AG (gemäss aktuellem Handelsregisterauszug: B. AG) ist eine seit 2014 im Handelsregister des Kantons Bern eingetragene Gesellschaft, die den Betrieb von Fitnesszentren bezweckt.

A.b. Im Zuge der Corona-Pandemie ordnete der Bundesrat in Art. 6 Abs. 2 lit. d (Änderung vom 16. März 2020; AS 2020 783) der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24; Fassung vom 17. März 2020) erstmals die Zwangsschliessung der Fitnesszentren in der Schweiz an. Diese dauerte bis zum 10. Mai 2020.

A.c. Im Dezember 2020 wurde die erneute Schliessung der Fitnesszentren in Art. 5d Abs. 1 lit. b (Änderung vom 18. Dezember 2020; AS 2020 5813) der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (COVID-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26; Fassung vom 22. Dezember 2020) angeordnet. Die Fitnesszentren durften am 19. April 2021 wieder öffnen.

B.

B.a. Mit Eingabe vom 25. März 2021 richtete die A. AG ein Begehren um Schadenersatz in der Höhe von Fr. 259'245.-- an das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD). Sie machte im Wesentlichen geltend, die vom Bundesrat im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie verordneten Massnahmen seien ursächlich dafür, dass sich ihr Geschäftsergebnis im Jahr 2020 um 48 % verschlechtert habe. Die verordneten zeitweisen Schliessungen von Fitnesszentren seien in verschiedener Hinsicht widerrechtlich erfolgt, weshalb die Schweizerische Eidgenossenschaft den dadurch bei der A. AG eingetretenen Schaden zu entschädigen habe. Der Verwaltungsrat der A. AG habe zwar die ihm möglichen Massnahmen getroffen (Bezug Covid-19-Kredit, Kurzarbeitsentschädigung, Härtefallhilfe). Diese Vorkehren würden den entstandenen Schaden aber bei Weitem nicht abdecken. Sollten die Voraussetzungen der Staatshaftung als nicht erfüllt angesehen werden, ersucht die A. AG um Prüfung einer Billigkeitshaftung gestützt auf Art. 63 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpG; SR 818.101) oder einer Entschädigung aufgrund eines Sonderopfers.

B.b. Mit Schreiben vom 23. Juni 2021 nahm der Bundesrat zum Schadenersatzbegehren Stellung und beurteilte dieses abschlägig. Der Bundesrat habe die Fitnesszentren - neben anderen nicht lebensnotwendigen Einrichtungen und Betrieben - mit dem Ziel geschlossen, die Verbreitung des Corona-Virus einzudämmen. In Fitnesszentren würden sich Personen aus verschiedenen Haushalten über längere Zeit in Innenräumen aufhalten und bei erhöhter Atmung Sport treiben, weshalb deren Weiterbetrieb aus epidemiologischen Gesichtspunkten nicht zu verantworten gewesen sei. Das Verhalten des Bundesrats sei nicht widerrechtlich gewesen, da es insbesondere an der Verletzung einer Norm fehle, die den Schutz des Vermögens der A. AG bezwecke. Die Billigkeitshaftung gestützt auf das EpG und den Sonderopfertatbestand würden nicht offen stehen, da das

Staatshaftungsverfahren nach dem VG lediglich Entschädigungspflichten für widerrechtliches, nicht aber für rechtmässiges Handeln des Staates umfasse.

C.

C.a. Mit Staatshaftungsklage vom 11. November 2021 gelangt die A. AG an das Bundesgericht. Sie beantragt, ihr sei Schadenersatz in der Höhe von Fr. 259'245.-- zuzusprechen. Sie macht im Wesentlichen geltend, der Bundesrat habe im Zuge der Corona-Pandemie die Ansteckungsgefahr in Fitnesszentren nicht hinreichend abgeklärt und insbesondere durch die angeordneten Zwangsschliessungen unverhältnismässige Massnahmen ergriffen. Es hätten insbesondere während des zweiten Lockdowns mildere Mittel, wie Abstands- und Hygienevorschriften sowie das Tragen von Schutzmasken zur Verfügung gestanden. Damit habe der Bundesrat gegen Vermögensschutznormen auf Gesetzes- und Verfassungsebene verstossen und die Wirtschaftsfreiheit, das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot verletzt. Eine wesentliche Amtspflichtverletzung müsse vorliegend nicht nachgewiesen werden, da sich diese Voraussetzung auf individuell-konkrete Rechtsakte beziehe, die sich später in einem Beschwerdeverfahren als unrichtig erwiesen. Im Übrigen würde eine solche wesentliche Amtspflichtverletzung vorliegen. Die Klägerin habe einen Vermögensschaden erlitten und auch die übrigen Voraussetzungen der Staatshaftung seien erfüllt. Eventualiter wird geltend gemacht, die Voraussetzungen der Billigkeitshaftung nach Art. 63 EpG sowie diejenigen des Sonderopfertatbestands seien erfüllt.

C.b. Mit Klageantwort vom 2. Februar 2022 beantragt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Sie bringt im Wesentlichen vor, die Voraussetzungen der Staatshaftung seien nicht erfüllt, da die Zwangsschliessungen der Fitnesszentren im Zuge der Corona-Pandemie nicht widerrechtlich gewesen seien. Die angeführten Normen würden nicht dem Schutz des Vermögens der Klägerin dienen und eine Haftungsgrundlage müsse unterhalb der Verfassungsebene angesiedelt sein. Weiter habe der Bundesrat bei der Zwangsschliessung der Fitnesszentren verhältnismässig gehandelt: den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden stehe bei den Massnahmen zur Abwehr des Corona-Virus ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Der Bundesrat habe sich jeweils auf die aktuellsten wissenschaftlichen Daten gestützt, die er nach eigenem Ermessen habe auslegen dürfen. Es habe eine Evidenz bestanden, dass die Ansteckungsgefahr in Fitnesszentren erhöht sei, und das Gegenteil sei bisher nicht nachgewiesen worden. Ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit, das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot liege nicht vor. Eine wesentliche Amtspflichtverletzung müsse auch im Zusammenhang mit generell-abstrakten Rechtsakten nachgewiesen werden und liege im Übrigen nicht vor. Die Billigkeitshaftung und der Sonderopfertatbestand würden vorliegend nicht offen stehen.

C.c. Mit Replik vom 18. März 2022 hält die Klägerin an ihren Ausführungen und Anträgen fest. Sie führt aus, eine wesentliche Amtspflichtverletzung sei vorliegend keine Voraussetzung der Staatshaftung; im Übrigen würde eine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliegen. Der Bundesrat könne nicht nachweisen, dass er sich auf die aktuellsten wissenschaftlichen Daten gestützt oder überhaupt Abklärungen betreffend die Ansteckungsgefahr in Fitnesszentren getroffen habe. Die angerufenen Gesetzes- und Verfassungsnormen würden sehr wohl Vermögensschutzcharakter aufweisen. Die Zwangsschliessungen der Fitnesszentren während der beiden Lockdowns seien nicht verhältnismässig gewesen, da mildere Mittel bestanden hätten.

C.d. Mit Duplik vom 4. Mai 2022 bestreitet die Beklagte die Vorbringen der Klägerin und hält im Übrigen an ihren Ausführungen und Rechtsbegehren fest. Eine wesentliche Amtspflichtverletzung

müsse auch bei generell-abstrakten Rechtsnormen vorliegen und es seien keine Vermögensschutznormen angerufen worden. Die von der Klägerin angeführten Studien würden nicht belegen, dass die Ansteckungsgefahr in Fitnesszentren gering gewesen sei. Auch sei nicht erstellt, dass die in den Schutzkonzepten vorgesehenen milderen Massnahmen gleich effektiv gewesen wären wie die Schliessung der Fitnesszentren. Eine gewisse Schematisierung bei der Anordnung der Massnahmen sei mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar.

C.e. Mit Eingabe vom 19. Mai 2022 hält die Klägerin an ihren Ausführungen und Rechtsbegehren fest. Sie betont erneut den Schutznormcharakter der angerufenen Normen. Der Bundesrat sei seiner Pflicht zur wissenschaftlichen Abklärung der Ansteckungsgefahr während der Corona-Pandemie nicht hinreichend nachgekommen.

D.

D.a. Mit Instruktionsverfügung vom 28. Juni 2022 wurden die Parteien dazu aufgefordert, sich zur Frage zu äussern, ob die Durchführung einer mündlichen Vorbereitungsverhandlung unterbleiben kann.

D.b. Mit Eingaben vom 29. Juni 2022 und vom 4. August 2022 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer mündlichen Vorbereitungsverhandlung.

D.c. Mit Verfügung vom 29. November 2022 wurde den Parteien der Abschluss des Vorbereitungsverfahrens mitgeteilt.

E.

Am 23. März 2023 hat eine mündliche Hauptverhandlung stattgefunden. Die Parteien haben plädiert und an ihren Anträgen und Ausführungen festgehalten. Das Urteilsdispositiv wurde an der Hauptverhandlung sogleich mündlich eröffnet und den Parteien gleichentags schriftlich zugestellt.

Erwägungen:

1.

Mit der vorliegenden Klage gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft macht die Klägerin geltend, die Mitglieder des Bundesrats hätten durch die verordneten Zwangsschliessungen der Fitnesszentren eine widerrechtliche Handlung begangen.

1.1. Gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. c BGG ist das Bundesgericht als einzige Instanz zuständig zur Beurteilung von Ansprüchen auf Schadenersatz und Genugtuung aus der Amtstätigkeit der in Art. 1 Abs. 1 lit. a-c bis des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (VG; SR 170.32) abschliessend aufgezählten Personen. Art. 10 Abs. 2 VG hat den gleichen Wortlaut wie Art. 120 Abs. 1 Bst. c BGG. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b VG ist dieses Gesetz auf die amtliche Tätigkeit der Mitglieder des Bundesrats anwendbar. Es ist nicht notwendig, die Mitglieder des Bundesrats, denen ein widerrechtliches Verhalten vorgeworfen wird, namentlich zu bezeichnen; der Bundesrat kann als Kollegialbehörde zur Verantwortung gezogen werden (Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 1.1 mit Hinweisen).

1.2. Soweit die Klägerin den geltend gemachten Entschädigungsanspruch auf eine Billigkeitshaftung, insbesondere nach Art. 63 EpG, bzw. auf ein Sonderopfer bei rechtmässigem Schaden abstützt, ist das Bundesgericht nicht zur erstinstanzlichen Beurteilung zuständig.

Die Klage nach Art. 120 BGG gilt gegenüber den Einheitsbeschwerden als das primäre (prinzipale) Rechtsmittel. Wo der Zulässigkeitsbereich des Klageverfahrens nach Art. 120 Abs. 1 BGG gegeben ist (und nur dort), besteht kein Raum mehr für das Beschwerdeverfahren (vgl. BERNHARD WALDMANN, Basler Kommentar BGG, 3. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 120 BGG). Vom Zuständigkeitsbereich der Klage nach Art. 120 Abs. 1 lit. c BGG werden Verantwortlichkeitsansprüche aus der Amtstätigkeit der in Art. 1 Abs. 1 lit. a-c bis VG abschliessend aufgezählten Personen erfasst (WALDMANN, a.a.O., N. 18 zu Art. 120 BGG). Solche Verantwortlichkeitsansprüche nach dem VG setzen voraus, dass der Schaden widerrechtlich zugefügt wurde (vgl. Art. 3 Abs. 1 VG; YVES DONZALLAZ, Commentaire LTF, 3. Aufl. 2022, N. 55 f. zu Art. 120 BGG; HANSJÖRG SEILER, Kommentar BGG, 2. Aufl. 2015, N. 24 f. zu Art. 120 BGG). Betreffend Entschädigungen für rechtmässig verursachten Schaden gestützt auf die Billigkeitshaftung nach Art. 63 EpG und den Sonderopferatbestand ist der Anwendungsbereich des Klageverfahrens gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. c BGG und Art. 10 Abs. 2 VG nicht eröffnet und damit die Zuständigkeit des Bundesgerichts als einzige Instanz nicht gegeben. Die Kompetenz des Bundesgerichts als einzige Instanz im Klageverfahren nach Art. 120 Abs. 1 lit. c BGG ist nicht extensiv auszulegen. Für eine Kompetenzattraktion betreffend allfällige Entschädigungen für rechtmässig verursachten Schaden durch den Bundesrat besteht kein Raum. In diesem Bereich müsste von der zuständigen Bundesbehörde der Erlass einer Verfügung verlangt und diese nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege angefochten werden.

Dementsprechend ist auf die Klage nicht einzutreten, soweit die Klägerin Ansprüche aus Billigkeitshaftung (Art. 63 EpG) und aufgrund eines Sonderopfers geltend macht.

1.3. Das Klageverfahren im Sinne von Art. 120 BGG richtet sich gemäss Art. 120 Abs. 3 BGG nach dem BZP (SR 273). Dieses Gesetz wird seinerseits ergänzt durch die Vorschriften des ersten, zweiten und sechsten Kapitels des BGG, soweit es selbst keine abweichenden Bestimmungen enthält (Art. 1 Abs. 2 BZP; Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 1.2).

1.4. Die Klage wurde in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (Art. 23 BZP; Art. 42 BGG) und innerhalb der Verwirkungsfrist von sechs Monaten seit der Stellungnahme des Bundesrats vom 23. Juni 2021 eingereicht (vgl. Art. 20 Abs. 3 VG, Art. 10 Abs. 2 VG und Art. 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 30. Dezember 1958 zum Verantwortlichkeitsgesetz [VO VG; SR 170.321]). Auf die Klage ist daher unter Vorbehalt des unter E. 1.2 Gesagten einzutreten.

2.

Das Bundesgericht entscheidet im Klageverfahren nach Art. 120 BGG als erste und einzige Behörde und verfügt sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht über volle (uneingeschränkte) Kognition (BGE 131 I 266 E. 2.3; Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 1.2, je mit Hinweisen).

3.

Die Klägerin rügt zunächst eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Verbots formeller Rechtsverweigerung (Art. 29 BV).

3.1. Sie bringt vor, der Bundesrat habe die Begründungspflicht verletzt, indem er sich in seiner Stellungnahme vom 23. Juni 2021 nur sehr knapp geäussert habe und insbesondere auf diverse,

wissenschaftlich unterlegte Vorbringen der Klägerin im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit der Zwangsschliessungen der Fitnesszentren nicht eingegangen sei.

3.2. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönliches Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 144 I 11 E. 5.3).

3.3. Beim vorliegenden Verfahren handelt es sich um ein Klageverfahren vor Bundesgericht als einziger Instanz, nicht um ein Beschwerdeverfahren, in dem ein Entscheid einer unteren Instanz zu überprüfen wäre. Auch ist eine Stellungnahme des Bundesrats kein Entscheid, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Schon aus diesem Grund geht das Vorbringen der Klägerin fehl. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 VG ist der Bundesrat zudem nicht zu einer Stellungnahme zum Schadenersatzbegehren verpflichtet (vgl. demgegenüber den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 VO VG). Eine Gehörsverletzung durch ungenügende Begründung bzw. eine Rechtsverweigerung scheidet auch aus diesem Grund aus.

4.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es um die Staatshaftung des Bundes infolge von Zwangsschliessungen der Fitnesszentren, die zunächst in Art. 6 Abs. 2 lit. d COVID-19-Verordnung 2 (Fassung vom 17. März 2020) und danach in Art. 5d Abs. 1 lit. b COVID-19-Verordnung besondere Lage (Fassung vom 22. Dezember 2020) angeordnet wurden. Nicht behandelt werden die geltend gemachten Entschädigungsansprüche für rechtmässig verursachten Schaden (Billigkeitshaftung nach Art. 63 EpG und Sonderopfertatbestand, vgl. vorn E. 1.2).

4.1. Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund nach Art. 3 Abs. 1 VG ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Dieses Gesetz ist auch anwendbar auf die Mitglieder des Bundesrats (Art. 1 Abs. 1 lit. b VG).

Der Erlass von Rechtsakten (Verfügungen oder Verordnungen) durch den Bundesrat zählt zu den amtlichen Tätigkeiten, die unter Art. 3 VG fallen können. Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine Verfügung des Bundesrats, sondern um eine Verordnung. Art. 12 VG (keine Überprüfung von formell rechtskräftigen Verfügungen, Entscheiden und Urteilen in einem Verantwortlichkeitsverfahren) kommt daher nicht zur Anwendung (vgl. Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 6.1 mit Hinweisen).

4.2. Art. 3 Abs. 1 VG sieht eine primäre, ausschliessliche und kausale Haftung des Staats vor, d.h. der geschädigte Dritte kann nur den Staat, nicht aber den verantwortlichen Beamten oder das verantwortliche Behördenmitglied belangen und muss kein Verschulden des Letzteren nachweisen; es genügt der Nachweis einer widerrechtlichen Handlung, eines Schadens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 139 IV 137 E. 4.1; 132 II 449 E. 3.2; Urteile 2E_3/2021 vom 14. März 2022 E. 4.1; 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 6.1).

5.

Zunächst ist die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit zu prüfen.

5.1. Widerrechtlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG ist die Schadenzufügung dann, wenn der Staat durch seine Beamten oder Behördenmitglieder gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen. Ein solcher Verstoss kann unter Umständen in der Überschreitung oder im Missbrauch des durch das Gesetz eingeräumten Ermessens liegen (**BGE 139 IV 137 E. 4.2**; Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 7.1). Nach konstanter Rechtsprechung ist bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter die Widerrechtlichkeit gegeben, ohne dass hierzu die Verletzung einer spezifischen Verhaltensnorm erforderlich wäre (sog. "Erfolgsunrecht"). Eine reine Vermögensschädigung ist hingegen nur dann widerrechtlich, wenn eine Norm das betreffende Verhalten verbietet und damit den Schutz des Vermögens des Geschädigten bezweckt (sog. "Verhaltensunrecht"; vgl. BGE 144 I 318 E. 5.5; 139 IV 137 E. 4.2; Urteile 2E_3/2021 vom 14. März 2022 E. 4.2; 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 7.1).

5.2. Unter absolut geschützten Rechtsgütern versteht man in diesem Zusammenhang diejenigen Rechte, deren Beachtung für jeden Dritten verbindlich ist: Leib, Leben, Freiheit, Persönlichkeitsrechte, Eigentum und andere dingliche Rechte, Besitz (BGE 132 II 449 E. 3.3; Urteile 2E_3/2021 vom 14. März 2022 E. 4.2; 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 7.2, je mit Hinweisen).

5.3. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der von der Klägerin geltend gemachten Beeinträchtigung um eine reine Vermögensschädigung. Ein absolut geschütztes Rechtsgut im obgenannten Sinne ist nicht betroffen. Widerrechtlichkeit ist daher nur gegeben, wenn eine spezifische Verhaltensnorm verletzt worden ist, die den Schutz des Vermögens der Klägerin bezweckt. Die Klägerin führt verschiedene angebliche Vermögensschutznormen auf Gesetzesstufe ins Feld, und zwar Art. 6, 7, 19, 30 und 40 Abs. 3 EpG, Art. 1 Abs. 2bis des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) sowie Art. 3, 10 und 11 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010). Als Schutznormen führt die Klägerin weiter die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) ins Feld. Betreffend die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass diese grundsätzlich keine Verhaltensnormen zum Schutz des Vermögens darstellen (Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 7.3 mit Hinweis auf **BGE 118 Ib 473 E. 3**). Ob es sich bei den übrigen soeben genannten Bestimmungen um Normen zum Schutz des Vermögens der Klägerin handelt, kann offen bleiben, da die Klage - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen - bereits aus anderen Gründen abzuweisen ist.

6.

Die Klägerin bringt vor, der Bundesrat habe durch den Erlass von Ordnungsbestimmungen betreffend die Zwangsschliessung von Fitnesszentren, d.h. durch einen rechtsetzenden Akt eine rechtswidrige Handlung begangen.

6.1. Von den in Art. 3 Abs. 1 VG genannten widerrechtlichen Handlungen werden auch generell-abstrakte Rechtsakte erfasst (vgl. vorn E. 4.1). Für Gesetzgebungsakte des Parlaments kann der Bund nicht zur Verantwortung gezogen werden (Art. 190 BV), wohl aber unter bestimmten Voraussetzungen für Verordnungen des Bundesrats, wenn diese sich als gesetzes- oder verfassungswidrig erweisen (Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 8.1 mit Hinweisen).

Der Bundesrat hat die Zwangsschliessung der Fitnesszentren in der gestützt auf Delegationsnormen im EpG (Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG bzw. Art. 7 EpG) erlassenen COVID-19-Verordnung 2 (Art. 6 Abs. 2 lit. d) bzw. COVID-19-Verordnung besondere Lage (Art. 5d Abs. 1 lit. b) angeordnet. Wenn

diese Verordnungen gegen übergeordnetes Recht verstossen, kann eine Staatshaftung daher unter den nachfolgend (E. 6.2) beschriebenen Voraussetzungen in Frage kommen.

6.2. Ein Verstoss einer Verordnung des Bundesrats gegen übergeordnetes Recht reicht nicht aus, um auf Widerrechtlichkeit im staatshaftungsrechtlichen Sinne schliessen zu können. Wenn die geltend gemachte widerrechtliche Handlung in einem Rechtsakt (z.B. einer Verfügung oder einem Urteil) besteht, kann nur die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht durch die Behörde eine Haftung des Bundes auslösen (BGE 139 IV 137 E. 4.2; Urteile 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 8.2; 2E_4/2019 vom 28. Oktober 2021 E. 4.2.2, je mit Hinweisen). Der Erlass einer Verfügung, die sich später als unrichtig, rechtswidrig oder gar willkürlich erweist, genügt nicht (BGE 118 Ib 163 E. 2; Urteile 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 8.2; 2C_227/2020 vom 21. August 2020 E. 10.1, je mit Hinweisen). Die Haftung des Gemeinwesens für die Rechtswidrigkeit einer Verfügung ist nur unter restriktiven Bedingungen zulässig. Eine wesentliche Amtspflichtverletzung liegt nur bei einer unentschuldbaren Fehlleistung vor, die einem pflichtbewussten Behördenmitglied oder Beamten nicht unterlaufen wäre (BGE 132 II 449 E. 3.3; Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 8.2, je mit Hinweisen).

Diese Voraussetzungen müssen umso mehr im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage Anwendung finden, die sich auf die rechtsetzende Tätigkeit des Bundesrats stützt. Die Rechtsetzung stellt einen wichtigen Teil der Tätigkeit des Bundesrats dar (Art. 182 Abs. 1 BV: "Der Bundesrat erlässt Rechtssätze in der Form der Verordnung, soweit er durch die Verfassung oder das Gesetz dazu ermächtigt ist"), die nicht durch die Aussicht auf eine Verantwortlichkeitsklage gelähmt werden darf. Nur eine besonders krasse Amtspflichtverletzung oder ein besonders schwerer Fehler kann somit die Haftung des Bundesrats für eine Verordnung auslösen (Urteil 2E_3/2020, 2E_4/2020 vom 11. November 2021 E. 8.2 mit Hinweisen).

7.

Demnach ist zu prüfen, ob dem Bundesrat eine solche Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit den in Art. 6 Abs. 2 lit. d COVID-19-Verordnung 2 (Fassung vom 17. März 2020) und Art. 5d Abs. 1 lit. b COVID-19-Verordnung besondere Lage (Fassung vom 22. Dezember 2020) angeordneten Zwangsschliessungen der Fitnesszentren vorgeworfen werden kann.

7.1. Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, die vom Bundesrat von März bis Mai 2020 und von Dezember 2020 bis April 2021 angeordneten Zwangsschliessungen der Fitnesszentren seien unverhältnismässig gewesen. Er habe die Ansteckungsgefahr in Fitnesszentren nur ungenügend abgeklärt und sich nicht auf den aktuellen Stand der Wissenschaft gestützt, was ein Akteneinsichtsgesuch beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) belege. Es hätten bereits während des ersten Lockdowns im März 2020 mildere Mittel als eine Schliessung der Fitnesszentren zur Verfügung gestanden. Beim zweiten Lockdown sei erstellt gewesen, dass in Fitnesszentren kein erhöhtes Ansteckungsrisiko bestehe. Weiter habe ein Schutzkonzept des Schweizerischen Fitness- und Gesundheitscenter Verbands (SFGV) vorgelegen, welches die Klägerin streng umgesetzt habe. Der Bundesrat habe gegen seine Amtspflicht zur seriösen strategischen Lagebeurteilung aufgrund von wissenschaftlichen Fakten verstossen und sein Ermessen missbraucht.

7.2. Die Beklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, die Handlungen des Bundesrats seien nicht widerrechtlich. Die Zwangsschliessungen der Fitnesszentren seien angesichts der pandemischen Lage verhältnismässig gewesen. Es sei nicht erstellt, dass in Fitnesszentren eine geringe Ansteckungsgefahr bestanden habe. Diese sei in Innenräumen höher als an der frischen Luft. Ausserdem werde bei sportlicher Betätigung schneller geatmet, wodurch sich der Ausstoss an Aerosolen erhöhe. Der

Bundesrat habe bei der Schliessung der Fitnesszentren auf Basis des aktuellen Kenntnisstands gehandelt und gegen keine wesentlichen Amtspflichten verstossen.

7.3. Bei neu auftretenden Infektionskrankheiten besteht typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen (BGE 132 II 449 E. 5.4; 131 II 670 E. 2.3). Die zu treffenden Massnahmen können daher nicht im Voraus mit Bestimmtheit gesetzlich festgelegt werden, sondern müssen aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kenntnisstands getroffen werden, was einen gewissen Spielraum der zuständigen Behörden voraussetzt (BGE 131 II 670 E. 2.3; vgl. bereits BGE 50 I 334 E. 4). Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Risiken geht, können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht (BGE 147 I 450 E. 3.2.6; 132 II 305 E. 4.3 und 5.1).

7.4. Der Bundesrat ordnete die Schliessung der Fitnesszentren unter Berücksichtigung der Einschätzungen der Fachleute des BAG und der Task Force an (vgl. Duplik, S. 5). Die von der Klägerin angeführten Studien aus den Jahren 2008 und 2011 (vgl. Klageschrift, Rz. 69; Klagebeilagen Nr. 30 und 31), die Alternativen zur vollständigen Schliessung von Fitnesszentren aufzeigen sollen, beziehen sich auf die Verhinderung der Ausbreitung von Atemweginfektionen im Allgemeinen und nicht spezifisch auf das Corona-Virus. Mit Blick auf diese Studien kann daher weder gefolgert werden, dass der Bundesrat während des ersten Lockdowns (März bis Mai 2020) keine ausreichenden wissenschaftlichen Abklärungen getroffen hat, noch, dass weniger einschneidende Massnahmen gegen die Ausbreitung des Corona-Virus angezeigt gewesen wären. Auch dass sich der Bundesrat unter anderem auf Studien zu Massensportveranstaltungen abgestützt hat (vgl. Klagebeilage Nr. 18), begründet keine Pflichtwidrigkeit. Unter Berücksichtigung der innert kurzer Zeit für eine Vielzahl von Lebensbereichen zu treffenden Regelungen, der damaligen Informationslage bezüglich des Virus, des höheren Ausstosses von Aerosolen bei sportlicher Betätigung, der erhöhten Ansteckungsgefahr in Innenräumen und des dem Bundesrat zuzugestehenden Spielraums erscheint die Schliessung der Fitnesszentren von März bis Mai 2020 jedenfalls nicht als unentschuldbarer Fehler. Eine besonders krasse Amtspflichtverletzung, wie sie für die Haftung des Bundesrats für eine Verordnung vorausgesetzt wird (vgl. vorn E. 6.2), liegt damit nicht vor. Dementsprechend vermag die Schliessung der Fitnesszentren in der Zeit von März bis Mai 2020 keine Staatshaftung zu begründen.

7.5.

7.5.1. Während des zweiten Lockdowns (Dezember 2020 bis April 2021) erfolgte die erneute Schliessung der Fitnesszentren (wie auch anderer Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe) vor dem Hintergrund der neuen ansteckenderen Virusvarianten und der auf hohem Niveau stagnierenden Ansteckungszahlen (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 13. Januar 2021; Klagebeilage Nr. 43). Der Klägerin ist zuzustimmen, dass während des zweiten Lockdowns bereits wissenschaftliche Studien zum Corona-Virus zur Verfügung gestanden haben und die Informationslage insgesamt besser war. Anders als von der Klägerin geltend gemacht, kann allerdings auch ab Sommer 2020 nicht als erstellt gelten, dass in Fitnesszentren ein geringes Ansteckungsrisiko bestanden hätte. Aus den von ihr eingereichten Studien (vgl. Klagebeilagen Nr. 37-38) ergibt sich lediglich, dass die meisten Ansteckungen mit dem Corona-Virus im familiären Umfeld erfolgten. Das Gleiche gilt für die von der Klägerin angeführte Tabelle des BAG (vgl. Tabelle des BAG vom 2. August 2020; Klagebeilage Nr. 36). Bei der Tabelle wurde ausserdem - wie die Beklagte vorbringt - bei 40 Prozent der Ansteckungen die Frage zum Expositionsort gar nicht beantwortet. Aus den genannten Unterlagen lässt sich - anders als von der Klägerin vorgebracht - nicht der Umkehrschluss ziehen, dass das Ansteckungsrisiko in

Fitnesszentren gering gewesen wäre. Ein geringes Ansteckungsrisiko in Fitnesszentren kann auch nicht durch die einzelne Studie des "Think Active Research Centers" vom 17. Dezember 2020 (vgl. Klagebeilage Nr. 39) als erstellt gelten. In einem Arbeitspapier mit dem Titel "Qualitative und quantitative Beurteilung der Lockerungsmassnahmen" (Klagebeilage 18), welches das BAG der Klägerin im Rahmen ihres Akteneingesehts gesuchs vom 30. April 2021 zugestellt hatte, wurde das Risiko einer Ansteckung mit dem Corona-Virus sowie einer schweren Erkrankung in Fitnesszentren als "mittel" eingestuft. Auch aus dieser Unterlage ergibt sich somit nicht, dass in Fitnesszentren ab Sommer 2020 von einem geringen Ansteckungsrisiko auszugehen gewesen wäre.

7.5.2. Im Vergleich zu den sonstigen während des zweiten Lockdowns geschlossenen Einrichtungen wie Kinos oder Museen scheint die Ansteckungsgefahr in Fitnesszentren - wie die Beklagte vorbringt - allein schon wegen der intensiveren Atmung und des in der Regel in Innenräumen stattfindenden Trainings tendenziell eher grösser zu sein. Da das Ansteckungsrisiko in Fitnesszentren nicht als gering gelten konnte, erschien es vor dem Hintergrund der neuen Virusvarianten plausibel, dass der Bundesrat während des zweiten Lockdowns die erneute Schliessung der Fitnesszentren angeordnet hat. Das Schutzkonzept der Fitnesszentren (vgl. Klagebeilage Nr. 35) ändert daran nichts, da nicht als gesichert gelten konnte, dass die darin vorgeschlagenen Massnahmen (namentlich Maskentragpflicht, Hygiene- und Abstandsvorschriften, Beschränkung der Besucherzahlen) in Bezug auf die neuen Virusvarianten gleich wirksam gewesen wären wie die Schliessung der Fitnesszentren. Aufgrund der durch die neuen Virusvarianten geschaffenen, nur schwer abschätzbaren epidemiologischen Lage kann - trotz der von der Klägerin vorgebrachten sinkenden Fallzahlen (Klageschrift, Rz. 97 ff.) - nicht als erstellt gelten, dass die Gefahr eines Wiederanstiegs der Fallzahlen und einer Überlastung der Gesundheitsversorgung Ende 2020/Anfang 2021 stark reduziert gewesen wäre. Es kann denn auch nicht massgeblich sein, inwieweit sich Einschätzungen der Task Force nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Massnahme kann nicht schon deshalb als unrechtmässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal erscheint. Dies wäre ein unzulässiger Rückschaufehler (BGE 147 I 450 E. 3.2.7 mit Hinweisen). Dass der Bundesrat auch während des zweiten Lockdowns eine Zwangsschliessung der Fitnesszentren angeordnet hat, erscheint daher jedenfalls nicht als wesentliche Amtspflichtverletzung im obgenannten Sinne (vgl. vorn E. 6.2).

7.5.3. Soweit die Klägerin eine Ungleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) im Sinne einer wesentlichen Amtspflichtverletzung im Vergleich zu Skigebieten bzw. eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung mit Gastronomiebetrieben sowie Fitnesszentren ohne Aussenbereich vorbringt, kann ihr nicht gefolgt werden: Die Andersbehandlung von Fitnesszentren im Vergleich zu Skigebieten erscheint angesichts der kaum vergleichbaren Verhältnisse (grundsätzlich Aussensport, grössere Platzverhältnisse etc.) zumindest plausibel. Auch lässt der Umstand, dass gewisse Fitnesszentren Aussenbereiche aufweisen, die Zwangsschliessungen nicht als besonders krasse Amtspflichtverletzung, wie sie für die Haftung des Bundesrats für eine Verordnung vorausgesetzt wird (vgl. vorn E. 6.2), erscheinen. Eine gewisse Schematisierung bei der Schliessung von Fitnesszentren erscheint unabhängig von den spezifischen räumlichen Gegebenheiten zulässig und überschreitet den dem Bundesrat in diesem Bereich zuzugestehenden Spielraum nicht. Auch die Entscheidung des Bundesrats, Restaurants etwa zeitgleich mit Fitnesszentren zu schliessen, auch wenn bei Ersteren ein grösseres Ansteckungsrisiko bestehen sollte, vermag keine Amtspflichtverletzung im genannten Sinne zu begründen.

7.6. Auch aus dem von der Klägerin angeführten Urteil des EGMR *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)* vom 15. März 2022 [Nr. 21881/20] §§ 85 ff. kann sie vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten. In diesem Urteil ist der EGMR zum Schluss gelangt, dass die während des ersten

Lockdowns vom Bundesrat angeordneten Versammlungsverbote im öffentlichen Raum Art. 11 EMRK (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) verletzen würden. Insbesondere seien keine mildereren Mittel geprüft worden. Gleichzeitig sei der Zugang zum Arbeitsplatz unter Einhaltung von Hygiene- und Abstandsvorschriften weiterhin gestattet worden (vgl. § 87 des zitierten Urteils). Im Urteil des EGMR ging es um die Prüfung der Rechtmässigkeit einer Grundrechtseinschränkung durch die vom Bundesrat angeordneten Massnahmen und nicht um die Prüfung der Voraussetzungen der Staatshaftung für einen reinen Vermögensschaden, weshalb der Prüfmasstab (hier: besonders krasse Amtspflichtverletzung) nicht vergleichbar war.

7.7. Es fehlt daher bereits an der staatshaftungsrelevanten Widerrechtlichkeit der in Frage stehenden Amtshandlungen. Auf die weiteren Voraussetzungen für eine Staatshaftung braucht deshalb nicht eingegangen zu werden.

8.

Die Klage erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

9.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die unterliegende Klägerin kostenpflichtig (Art. 69 Abs. 1 BZP i.V.m. Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Beklagten, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 69 Abs. 1 BZP i.V.m. Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 5'000.-- werden der Klägerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien mitgeteilt.