

Postfach 1168, CH-8021 Zürich

GastroSuisse
Verband für Hotellerie und Restauration
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
isabelle.haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

4037380

Zürich, 10. Mai 2021

Ergänzendes Rechtsgutachten

über die Rechtmässigkeit des Drei-Phasen-Modells im Umgang mit dem COVID-19-Virus unter besonderer Betrachtung der Amtspflichten des Bundesrats

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin/Dr. iur. Livio Bundi, Rechtsanwalt

Inhalt

| | | |
|-------------|--|-----------|
| I. | Sachverhalt und Fragestellung | 3 |
| II. | Literatur, Gesetze, Materialien | 6 |
| A. | Literatur | 6 |
| B. | Materialien | 6 |
| III. | Rechtliches | 7 |
| 1. | Rechtliche Vorgaben | 7 |
| 2. | Das Drei-Phasen-Modell | 7 |
| 2.1 | Anforderungen an Indikatoren und Richtwerte | 7 |
| 2.1.1 | Indikatoren und Richtwerte als tatsächliche Entscheidungsgrundlagen des Bundesrats für Restaurantschliessungen | 7 |
| 2.1.2 | Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ausschliesslich epidemiologischer Indikatoren/Richtwerte..... | 8 |
| 2.1.3 | Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ungeeigneter Indikatoren/Richtwerte..... | 9 |
| 2.2 | Durchimpfung als epidemiologischer Grundindikator | 10 |
| 2.2.1 | Konzept der vollständige Durchimpfung | 10 |
| 2.2.2 | Vollständige Durchimpfung als alleiniger Massstab für Phasenübergang? | 12 |
| 2.3 | Selektiver Zugang für Geimpfte, Getestete und Genesene | 13 |
| 2.4 | Zwischenfazit | 14 |
| 3. | Exkurs: Die Aussagekraft von PCR-Tests | 15 |
| 4. | Vereinbarkeit des Verbots von Restaurationsbetrieben mit den Amtspflichten des Bundesrats | 17 |
| 4.1 | Haftungsvoraussetzung der wesentlichen Amtspflichtverletzung..... | 18 |
| 4.2 | Amtspflichten des Bundesrats | 20 |
| 4.3 | Amtspflichtverletzungen im Zusammenhang mit Entscheidungen gestützt auf das Drei-Phasen-Modell | 21 |
| 4.4 | Wesentlichkeit der Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit Entscheidungen gestützt auf das Drei-Phasen-Modell | 22 |
| 4.5 | Exkurs: Mögliche Amtspflichtverletzungen der Angestellten des BAG | 24 |
| IV. | Zusammenfassung und Beantwortung der Gutachtensfragen | 25 |

I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

- 1 Das vorliegende Gutachten erfolgt in Ergänzung zum Rechtsgutachten vom 12. April 2021 «über die Rechtmässigkeit der vom Bundesrat festgelegten Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie unter besonderer Betrachtung der Restaurantschliessungen» (im Folgenden «Gutachten 1»). In Gutachten 1 wird unter anderem festgehalten, dass der Bundesrat mit Blick auf seine anstehenden Entscheidungen betreffend Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie verpflichtet ist, für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr geeignete und nachvollziehbare Kriterien und Richtwerte aufzustellen, welche nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen. Die im Faktenblatt BAG Richtwerte April publizierten Indikatoren sowie Richtwerte für den nächsten Öffnungsschritt bzw. die nächste Verschärfung wurden vor diesem Hintergrund als unvollständig sowie weitgehend ungeeignet und gegen die in Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen an Massnahmenentscheide verstossend qualifiziert (vgl. Gutachten 1, Rz. 82).
- 2 Bereits im März 2021 hat der Bundesrat die Eckwerte des sogenannten Drei-Phasen-Modells definiert (vgl. Merkblatt Drei-Phasen-Modell; Gutachten 1, Rz. 4). An seiner Sitzung vom 21. April 2021 hat der Bundesrat sodann seine Strategie im Umgang mit der Covid-19-Pandemie für die kommenden Monate konkretisiert und dazu eine Konsultation bei den Kantonen und Sozialpartnern gestartet. Die Strategie orientiert sich am Fortschritt der Durchimpfung der Schweizer Bevölkerung und unterscheidet drei Phasen, deren Dauer von der Impfbereitschaft der entsprechenden Bevölkerungsgruppen und dem Verlauf der Impfkampagne abhängt. Die drei Phasen werden im Folgenden umschrieben (vgl. zum Ganzen Faktenblatt Drei-Phasen-Modell; Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell):
- 3 Die erste Phase, die Schutzphase, soll so lange andauern, bis alle impfwilligen besonders gefährdeten Personen vollständig geimpft sind. Um die Pandemie unter Kontrolle zu halten, seien strenge Massnahmen notwendig. Der Bundesrat hat für diese Phase Richtwerte festgelegt, bei deren Überschreitung er erneute

Massnahmenverschärfungen prüfen wird: 1) 14-Tages-Inzidenz der Fallzahlen: 450 Neuansteckungen pro 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner; 2) Hospitalisierungen im 7-Tages-Schnitt: 120; 3) Belegung der Intensivbetten durch Covid-19 Patientinnen und Patienten (gemittelt über 15 Tage): 300 Betten; 4) R_e -Wert: 1.15. Es soll dabei kein Automatismus existieren. Aufgrund der per 19. April 2021 erfolgten Öffnungen und der «fragilen epidemiologischen Lage» würden vor dem 26. Mai 2021 «kaum weitere Öffnungsschritte möglich» sein. Sollte sich die epidemiologische Lage jedoch nicht verschlechtern, könnten die für die Phase 2 bezeichneten Richtwerte für weitere Öffnungsschritte beigezogen werden.

Richtwerte Phase 1 für Verschärfungen

| Indikator | Richtwert für Verschärfungen |
|--|------------------------------|
| 14-Tages-Inzidenz der Fälle (kumuliert) | <450 |
| IPS Belegung Covid-19 (über 15 Tage gemittelt) | <300 Betten |
| 7-Tages-Schnitt der Reproduktionszahl R_e | <1.15 |
| 7-Tages-Schnitt der Hospitalisationen (Anzahl/Tag) | <120 |

Quelle: Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell

- 4 Die zweite Phase, die Stabilisierungsphase, soll so lange dauern, bis die gesamte impfwillige erwachsene Bevölkerung vollständig geimpft ist. Die «risikobasierte Öffnungsstrategie» soll in dieser Phase weitergeführt werden, um ein gesellschaftliches, kulturelles und sportliches Leben an bestimmten Veranstaltungsorten wieder möglich zu machen. Bei Erreichung der Durchimpfungsrate von ca. 40 bis 50 Prozent, soll an gewissen Orten ein selektiver Zugang für Geimpfte, Getestete und Genesene eingeführt werden (Covid-Zertifikat). Gelten soll der selektive Zugang primär an «Orten mit hohem Übertragungsrisiko wie Restaurants, Bars, Diskotheken oder hohem Personenaufkommen wie Kultur- und Sportveranstaltungen». An den Indikatoren und Richtwerten der Schutzphase bezüglich Verschärfungen soll mit Ausnahme der 14-Tages-Inzidenz festgehalten werden. Die 14-Tages-Inzidenz darf bis zum Wert von 600 Neuinfektionen pro 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner ansteigen. Öffnungen sollen dann vorgenommen werden, wenn die Fallzahlen, die Hospitalisierungen und die Belegung der Intensivstationen in der Woche vor dem Öffnungsschritt stabil oder rückläufig sind. Als mögliche Öffnungen in dieser Phase werden angeführt: Die

Ermöglichung des Präsenzunterrichts in der Tertiärstufe (wenn wöchentliche Testungen durchgeführt werden), die Ersetzung der Home-Office-Pflicht durch eine Empfehlung (wenn Mitarbeitende sich mindestens einmal wöchentlich testen lassen können) oder «bei sehr guter epidemiologischer Lage» die Öffnung der Innenbereiche der Restaurants.

Richtwerte Phase 2 für Verschärfungen und Öffnungen:

| Indikator | Richtwert für Verschärfungen | Richtwert für Öffnungen |
|--|------------------------------|-------------------------------------|
| 14-Tages-Inzidenz (kumuliert) | <600 | Stabil oder rückläufig seit 7 Tagen |
| IPS Belegung Covid-19 (über 15 Tage gemittelt) | <300 Betten | - |
| 7-Tages-Schnitt der Reproduktionszahl R_e | <1.15 | ≤ 1 |
| 7-Tages-Schnitt der Hospitalisierungen | <120 | Stabil oder rückläufig seit 7 Tagen |

Quelle: Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell

- 5 Die dritte Phase, die Normalisierungsphase, soll so lange dauern, bis die gesamte erwachsene Bevölkerung Zugang zu einer vollständigen Impfung erhalten hat (wenn etwa 30 Prozent der Impfstellen frei bleiben). Die Massnahmen des Bundes sollen sich in dieser Phase auf den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems ausrichten. Verbleibende Schliessungen von Betrieben und Einrichtungen sowie Kapazitätsbeschränkungen sollen schrittweise aufgehoben werden. Basismassnahmen wie z.B. Maske an frequentierten Orten sollen schrittweise abgebaut werden, damit die Entwicklung der Pandemie gut verfolgt werden kann. Bei drohender Überlastung des Gesundheitssystems ergreift der Bundesrat nur noch Massnahmen zur Einschränkung von Personen, die kein gültiges Covid-Zertifikat (geimpft, genesen und zeitnah getestet) vorweisen können.

- 6 Das vorliegende ergänzende Gutachten geht zunächst der Frage nach, ob Entscheidungen des Bundesrats betreffend Lockerungen und Verschärfungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie gestützt auf das Drei-Phasen-Modell im Einklang mit Art. 1a des Covid-19-Gesetzes und den bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen stehen. Je nach Antwort auf diese Fragestellung wird sodann zu prüfen sein, ob der Bundesrat mit einer weiteren temporären, nunmehr partiellen (da nur die Innenräume betreffende) Betriebsschliessung von

Restaurants, welche sich auf das Drei-Phasen-Modell abstützt, gegen allfällige Amtspflichten verstösst und damit etwa auch in die Nähe der (staats-)haftungsrechtlich Belangbarkeit rückt.

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- GUCKELBERGER Annette, Die Staatshaftung in der Schweiz, in: recht 2008, 175 ff.
- HUNOLD FRIDOLIN, Staatshaftung für judikatives Unrecht. Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung bezogen auf den Bund und die Kantone Zürich und Glarus, Zürich 2013
- JAAG TOBIAS, Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: ZSR 122 (2003) II, 1 ff.
- RYTER MARIANNE, Staatshaftungsrecht, in: Giovanni Biaggini (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015
- SÄGESSER THOMAS, Handkommentar RVOG, Zürich 2007
- WÜRMLI MARCEL, Narrenfreiheit für die FINMA?, in: Bernhard Rütsche/Walter Fellmann, Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts – Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Zürich 2014

B. Materialien

- Covid-19: Drei-Phasen-Modell, Faktenblatt des BAG vom 21. April 2021 (zit. Faktenblatt Drei-Phasen-Modell)
- Impfpfempfehlung des BAG und der EFIK für mRNA-Impfstoffe gegen Covid-19, Stand 14. April 2021 (zit. Impfpfempfehlung BAG/EFIK)
- Konzeptpapier EDI Konkretisierung des Drei-Phasen-Modells vom 21. April 2021 (zit. Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell)
- Zunehmende Lockerung der Richtwerte bei zunehmender Verimpfung: 3-Phasen-Modell, Merkblatt des BAG vom 19. März 2021 (zit. Merkblatt Drei-Phasen-Modell)

III. RECHTLICHES

1. Rechtliche Vorgaben

7 Zu den Vorgaben des Covid-19-Gesetzes (SR 818.102) sowie zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für Entscheide zu gesundheitspolizeilichen Massnahmen wird vollumfänglich auf das Gutachten 1, Kap. 1 bis 2 verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen knüpfen nahtlos an die dortigen Ausführungen an.

2. Das Drei-Phasen-Modell

2.1 Anforderungen an Indikatoren und Richtwerte

2.1.1 Indikatoren und Richtwerte als tatsächliche Entscheidungsgrundlagen des Bundesrats für Restaurantschliessungen

8 Der Bundesrat legt im Drei-Phasen-Modell wiederum diverse Indikatoren und Richtwerte fest, welche ihm dazu dienen sollen, Massnahmenverschärfungen bzw. Öffnungen zu prüfen. Dabei erwähnt er wie bereits bei den für die Lockerungen im April 2021 festgelegten Richtwerten, dass «kein Automatismus» bestehe (vgl. Faktenblatt Drei-Phasen-Modell, S. 1). Es könne zudem notwendig sein, Richtwerte aufgrund einer veränderten epidemiologischen Situation anzupassen (Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell, S. 6; vgl. bereits Gutachten 1, Rz. 50). Sodann erwähnt der Bundesrat bei der Stabilisierungsphase, dass «mit der risikobasierten Öffnungsstrategie» zusätzliche «gesellschaftliche, kulturelle und sportliche Möglichkeiten» geschaffen würden und für Öffnungsschritte in der Phase 2 keine festen Richtwerte gelten sollen (vgl. Faktenblatt Drei-Phasen-Modell, S. 2).

9 Die damit suggerierte Offenheit in der Entscheidungsfindung vermag bei genauerer Betrachtung indes nicht darüber hinwegzutäuschen, dass der Bundesrat auch im Rahmen des Drei-Phasen-Modells ausschliesslich auf die von ihm festgelegten gesundheitsbezogenen Indikatoren und Richtwerte abstellt bzw. nicht ersichtlich ist, ob und inwiefern Indikatoren und Richtwerte nicht-epidemiologi-

scher Natur bei seiner Entscheidungsfindung eine Rolle spielen. Für die Stabilisierungsphase werden unter den möglichen Öffnungen ausdrücklich die Innenbereiche der Restaurants genannt, jedoch nur «bei sehr guter epidemiologischer Lage» (vgl. Faktenblatt Drei-Phasen-Modell, S. 2).

10 Dadurch erfolgt zwar noch kein Automatismus in dem Sinne, als die Über- oder Unterschreitung der Richtwerte zu bestimmten Massnahmen bzw. zur Aufhebung bestimmter Massnahmen führt, die Berücksichtigung von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Faktoren wird bei der Entscheidungsfindung im Rahmen des Drei-Phasen-Modells jedoch (nach wie vor) nicht vorgesehen. Mit der ange-tönten risikobasierten Öffnungsstrategie, welche zusätzliche «gesellschaftliche, kulturelle und sportliche Möglichkeiten» schaffen soll, nimmt der Bundesrat letztlich nur Bezug auf ausschliesslich epidemiologische Indikatoren, zumal andere Risiken wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Art im Drei-Phasen-Modell keine Erwähnung finden.

2.1.2 Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ausschliesslich epidemiologischer Indikatoren/Richtwerte

11 Sowohl die Übergänge von den verschiedenen Phasen im Drei-Phasen-Modell, welche sich am Fortschritt der Durchimpfung der Schweizer Bevölkerung orientieren (vgl. dazu nachfolgend, Rz. 17 ff.), als auch die je nach Phasen unterschiedlichen Indikatoren und Richtwerte sind ausschliesslich gesundheitsbezogener bzw. epidemiologischer Natur. Als Indikatoren für Massnahmenerleichterungen und -verschärfungen werden in den ersten beiden Phasen die 14-Tages-Inzidenz der Fallzahlen, die Hospitalisierungen im 7-Tagesschnitt, die Belegung der Intensivbetten durch Covid-19-Patientinnen und Patienten gemittelt über 15 Tage sowie der R_e -Wert genannt (wobei für Erleichterungen in der Phase 2 mit Ausnahme des R_e -Werts keine Richtwerte festgelegt werden).

12 Mit Verweis auf das Gutachten 1, Kap. 3.3, kann zunächst festgehalten werden, dass sich aufgrund von Art. 1a Covid-19-Gesetz die Verpflichtung des Bundesrats ergibt, Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens festzulegen und dabei nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen

Konsequenzen zu berücksichtigen. Die im Drei-Phasen-Modell vorgesehenen Indikatoren sowie Richtwerte für die nächsten Öffnungsschritte bzw. die nächste Verschärfungen erweisen sich vor diesem Hintergrund als unvollständig und vermögen in keiner Weise, die von Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen (vgl. namentlich Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 27 BV) an die Entscheidungsfindung bei der Frage von (partiellen) Betriebsschließungen abzubilden.

- 13 Im Gutachten 1 wurden sodann mögliche Indikatoren und Richtwerte genannt, welche es dem Bundesrat ermöglichen würden, bei seiner Entscheidungsfindung – wie in Art. 1a Covid-19-Gesetz ausdrücklich gefordert – auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen zu berücksichtigen (vgl. Gutachten 1, Rz. 78 ff.). Entgegen der gesetzlichen Vorgabe enthält das Drei-Phasen-Modell keine solchen nicht-epidemiologischen Indikatoren und Richtwerte.

2.1.3 Rechtswidrige Entscheidungsfindung aufgrund ungeeigneter Indikatoren/Richtwerte

- 14 Die vom Bundesrat aufgestellten Indikatoren und Richtwerte müssen aufgrund der auch im Rahmen des polizeilichen Handelns geltenden allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns die richtigen Entscheidungsgrundlagen für die angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr liefern (vgl. hierzu Gutachten 1, Rz. 61; vorne, Rz. 1; vgl. auch Art. 1 Abs. 2^{bis} Covid-19-Gesetz). Die nunmehr wiederum verwendeten Indikatoren bzw. Richtwerte der Inzidenz der Fälle sowie des R_e -Werts erweisen sich jedoch nach wie vor als tendenziell ungeeignet, einen im Sinne einer verhältnismässigen Gefahrenabwehr richtigen Entscheid herbeizuführen (vgl. hierzu Gutachten 1, Kap. 3.4.1.1 und 3.4.1.2). Die Problematik dieser beiden Indikatoren bzw. Richtwerte wird zusätzlich durch den Umstand verschärft, dass die Eruiierung ihrer Werte massgeblich aufgrund von PCR-Tests erfolgt. Die Aussagekraft von PCR-Tests bezüglich Infektiosität erweist sich jedoch je nach verwendetem Ct-Wert als fragwürdig (vgl. hierzu hinten, Kap. 3).

- 15 Das Kriterium der IPS-Auslastung, welches eine Überbelastung des Gesundheitssystems verhindern soll, vermag sodann zwar als öffentliches Interesse für

einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu dienen. Es dürfte einem derart motivierten Eingriff jedoch regelmässig an der Erforderlichkeit und damit an der Verhältnismässigkeit mangeln (vgl. hierzu Gutachten 1, Kap. 3.5).

16 Auffallend ist schliesslich, dass im Drei-Phasen-Modell auf den gesundheitsbezogenen bzw. epidemiologischen Indikator bzw. Richtwert des 7-Tages-Schnitts der laborbestätigten Todesfälle gänzlich verzichtet wird, obschon es sich dabei – bei genügend differenzierter Ausgestaltung des Indikators bzw. Richtwerts – um einen äusserst wichtigen Bestandteil der Entscheidungsgrundlagen für die angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr handelt (vgl. Gutachten 1, Rz. 79). Ohne Einbezug des Indikators der Todesfälle aufgrund der epidemiologischen Todesursachenstatistik oder des im Gutachten 1 vorgeschlagenen Indikators der Übersterblichkeit lassen sich kaum epidemiologische Argumente vorbringen, welche derart einschneidende Massnahmen wie (partielle) Betriebschliessungen zu rechtfertigen vermögen. Schliesslich erfolgt im Rahmen des Drei-Phasen-Konzepts keine Bezugnahme auf die wissenschaftlichen Erkenntnisse betreffend Saisonalität von viralen Atemwegsinfektionen bzw. respiratorischen Virusinfektionen (vgl. etwa Annual Review of Epidemiology, Seasonality of Respiratory Viral Infections, abrufbar unter <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-virology-012420-022445> [zuletzt besucht am 7. Mai 2021]), was mit Bezug auf eine verhältnismässige polizeiliche Gefahrenabwehr jedoch geboten wäre.

2.2 Durchimpfung als epidemiologischer Grundindikator

2.2.1 Konzept der vollständige Durchimpfung

17 Die vom Bundesrat am 21. April 2021 konkretisierte Strategie für den Umgang mit der Covid-19-Pandemie orientiert sich am Fortschritt der Durchimpfung der Schweizer Bevölkerung und unterscheidet danach drei Phasen. Je fortgeschrittener der Stand der Durchimpfung ist, desto weniger rechtfertigen sich Massnahmenverschärfungen und desto eher sind Massnahmen wie etwa Betriebschliessungen zu lockern bzw. aufzuheben (vgl. vorne, Rz. 3 ff.).

- 18 Für die Bemessung der Dauer der drei Phasen keine Rolle spielen fragwürdigerweise die Anzahl der durch eine Corona-Infektion Immunisierten bzw. die Anzahl der Genesenen. Es dürfte sich dabei mittlerweile um eine erhebliche Anzahl von Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz handeln, welche sich bereits einmal mit dem Coronavirus (SARS-CoV-2) infiziert haben (vgl. NZZ vom 24. April 2021, «In der Schweiz wurden fast drei Millionen schon mit Corona infiziert»). Dabei kann davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich Genesene gleich gut geschützt sind wie Geimpfte, sind die meisten infizierten Menschen doch mindestens für 6 bis 8 Monate gegen das Coronavirus immun. Eine SARS-CoV-2-Reinfektion kann zwar auftreten, ist jedoch ein seltenes Phänomen (vgl. hierzu etwa *Immunological memory to SARS-CoV-2 assessed for up to 8 months after infection*, abrufbar unter: <https://science.sciencemag.org/content/371/6529/eabf4063> [zuletzt besucht am 7. Mai 2021] und *Assessment of the Risk of Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 [SARS-CoV-2] Reinfection in an Intense Reexposure Setting*, abrufbar unter: <https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciaa1846/6033728> [zuletzt besucht am 7. Mai 2021]).
- 19 Zu beachten gilt alsdann, dass gemäss bundesrätlichem Drei-Phasen-Modell nur jene Personen als geimpft gelten, welche vollständig, das heisst mit zwei Dosen geimpft sind (vgl. Medienmitteilung BAG vom 21. April 2021, «Coronavirus: Bundesrat zeigt mit Drei-Phasen-Modell das weitere Vorgehen auf»). Die Dauer der einzelnen Phasen richtet sich damit jeweils nach der vollständigen Impfung (Schutz- und Stabilisierungsphase) bzw. nach dem Zugang zur vollständigen Impfung (Normalisierungsphase) aus. Mit anderen Worten ist gemäss Drei-Phasen-Modell für den Phasenübergang die vollständige Durchimpfung mit zwei Dosen ausschlaggebend (vgl. Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell, S. 12). Dabei bleibt ausser Acht, dass in der Impfpflichtempfehlung BAG/EFIK Personen mit einer bestätigten Covid-19-Erkrankung (per PCR-/Antigentest [vgl. zum PCR-Test hinten, Kap. 3]) lediglich eine Impfdosis anstelle von zwei Impfdosen empfohlen wird (vgl. Impfpflichtempfehlung BAG/EFIK, Kap. 2.1.1). Im Weiteren wird mit der Bezugnahme auf die vollständige Impfung nicht berücksichtigt, dass bereits der ersten Impfdosis eine Wirksamkeit von 88.9 % gegen eine schwere Covid-19-Erkrankung und eine Wirksamkeit von 52 % bzw. 75 % gegen eine «normale» Covid-

19-Erkrankung zukommt (vgl. Impfempfehlung BAG/EFIK, Kap. 7.2.5; Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell, S. 11).

2.2.2 Vollständige Durchimpfung als alleiniger Massstab für Phasenübergang?

20 Der Bundesrat macht im Drei-Phasen-Modell die Übergänge zur jeweils nächsten Phase vom Fortschritt der vollständigen Durchimpfung abhängig. Da mit jeder Phase mehr Öffnungsschritte möglich sind (in der Schutzphase wird nicht mit Öffnungen gerechnet, in der Stabilisierungsphase existieren epidemiologische Indikatoren für Öffnungen und in der Normalisierungsphase sollen verbleibende Schliessungen schrittweise aufgehoben werden), kann der Fortschritt der vollständigen Durchimpfung als Grundindikator betrachtet werden, welcher den übrigen Indikatoren und Richtwerten vorangeht.

21 Im Gutachten 1 wurden im Kap. 3.4.1 die Voraussetzungen an die Gefahrenabwehr genannt und es wurde klargestellt, dass die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns auch für das polizeiliche Handeln gelten. Die vom Bundesrat aufgestellten Indikatoren und Richtwerte müssen insofern die richtigen Entscheidungsgrundlagen für eine angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr liefern. Damit wiederholte temporäre Betriebsschliessungen wie jene der Restaurationsbetriebe überhaupt in Betracht kommen, muss damit auch der Grundindikator der vollständigen Durchimpfung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips unter anderem so ausgestaltet sein, dass er auf die Verhinderung von schweren Schäden und Gefährdungen von Leib und Leben ausgerichtet ist. Dieses Erfordernis ist derzeit nicht gegeben, weil beim geltenden Drei-Phasen-Modell zwei grundlegende Differenzierungen ausser Acht bleiben: So kommt erstens bereits der ersten Impfdosis eine Wirksamkeit von 88.9 % gegen eine schwere Covid-19-Erkrankung und eine Wirksamkeit von 52 % bzw. 75 % gegen eine «normale» Covid-19-Erkrankung zu. Zweitens ist davon auszugehen, dass grundsätzlich Genesene gleich gut geschützt sind wie Geimpfte, wobei sich bereits eine erhebliche Anzahl an Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz einmal mit dem Coronavirus infiziert haben (vgl. vorne, Rz. 18 f.).

22 Eine Anpassung des Drei-Phasen-Modells in Berücksichtigung dieser beiden grundlegenden Differenzierungen könnte beispielsweise so aussehen, dass die

Dauer der Schutzphase (Phase 1) lediglich so lange angesetzt wird, bis alle impfwilligen und besonders gefährdeten Personen einmal geimpft sind. Die darauf folgende Stabilisierungsphase sollte sodann nicht so lange dauern, bis die gesamte erwachsene Bevölkerung vollständig geimpft ist, sondern lediglich so lange, bis alle impfwilligen, besonders gefährdeten Personen unter Berücksichtigung der immunen Bevölkerung zweimal und die restliche impfwillige Bevölkerung unter Berücksichtigung der immunen Bevölkerung einmal geimpft sind.

2.3 Selektiver Zugang für Geimpfte, Getestete und Genesene

23 Im Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell ist vorgesehen, ab Phase 2 und nachdem eine Durchimpfungsrate in der erwachsenen Bevölkerung von 40 % bis 50 % erreicht worden ist, an «Orten mit hohem Übertragungsrisiko» einen selektiven Zugang einzuführen. Als Orte mit hohem Übertragungsrisiko werden unter anderem Restaurants, Bars und Diskotheken genannt (vgl. Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell, S. 15). Das BAG hat am 7. Mai 2021 angekündigt, dass es bis Ende Juni 2021 ein Covid-Zertifikat erstellt haben will, mit welchem sich Geimpfte, Genesene und Getestete ausweisen können (vgl. Medienmitteilung BAG vom 7. Mai 2021, «Das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation erstellt bis Ende Juni das Covid-Zertifikat»).

24 Eine allfällige Öffnung der Innenbereiche von Restaurants in der Stabilisierungsphase würde mit Einführung eines selektiven Zugangs gleich wieder stark relativiert, indem Restaurationsbetriebe ihre Dienstleistungen einem bestimmten Kundenkreis nicht mehr anbieten dürften und dadurch in der freien Ausübung ihrer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt würden. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit von Restaurantbetreibern würde somit von einer solchen Zugangsbeschränkung tangiert (vgl. zum Schutzbereich des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit Gutachten 1, Rz. 27). Von der anderen Seite her betrachtet würde eine solche Zugangsbeschränkung sodann die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) von potentiellen Restaurantgästen beschneiden.

25 Der Bundesrat ist gehalten, sämtliche Bestimmungen und Wertungen der Bundesverfassung in seine Entscheidungsfindungen miteinzubeziehen und zu be-

rücksichtigen. Insbesondere muss künftig dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit das nötige Gewicht beigemessen werden, zumal die immer wieder neu angeordneten temporären (nunmehr partiellen) Betriebsschliessungen unter anderem durchaus einen unzulässigen Eingriff in den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit darstellen können und damit rechtsstaatlich besonders problematisch sind (vgl. Gutachten 1, Rz. 48). Die im Drei-Phasen-Modell vorgesehene Zugangsbeschränkung unter anderem zu Restaurants muss vor diesem Hintergrund verhältnismässig und im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV differenziert ausgestaltet sein. Deshalb leuchtet etwa die fehlende Unterscheidung zwischen Restaurants auf der einen Seite und Bars sowie Diskotheken auf der anderen Seite nicht ein.

26 Es stellt sich sodann die Frage, ob mit der vorgesehenen Zugangsbeschränkung nicht auch eine Umgehung von Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG stattfindet. So kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone Impfungen lediglich bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären. Bei Einführung von staatlich angeordneten Zugangsbeschränkungen, wie vorliegend beabsichtigt, dürfte zumindest faktisch eine generelle Impfpflicht eingeführt werden, was gesetzlich kaum abgedeckt sein dürfte.

2.4 Zwischenfazit

27 Die im Rahmen des Drei-Phasen-Modells publizierten **ausschliesslich epidemiologischen Indikatoren und Richtwerte**, welche als Entscheidungsgrundlagen für weitere Massnahmen (Massnahmenerleichterungen oder -verschärfungen) bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie dienen, **vermögen weiterhin in keiner Weise, die von Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen an die Entscheidungsfindung bei der Frage von Betriebsschliessungen abzubilden**. Es sind weiterhin **keine Indikatoren und Richtwerte** vorgesehen, welche dazu geeignet wären, **wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte** insbesondere im Zusammenhang mit seinen bislang angeordneten Massnahmen in seine Entscheidungsfindung miteinzubeziehen.

28 Während die **verwendeten Indikatoren bzw. Richtwerte** der Inzidenz der Fälle sowie des R_e -Werts **weiterhin tendenziell ungeeignet** sind, einen im Sinne einer verhältnismässigen Gefahrenabwehr richtigen Entscheid herbeizuführen, wird im Rahmen des Drei-Phasen-Modells auf den für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr grundsätzlich **wichtigen Indikator der Todesfälle (Über-/Untersterblichkeit) gänzlich verzichtet**. Damit ist auch in Anwendung des Drei-Phasen-Modells nicht gewährleistet, dass weitere Massnahmen insbesondere im Zusammenhang mit den geschlossenen Innenbereichen der Restaurationsbetriebe auf richtigen Entscheidungsgrundlagen für die angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr beruhen.

29 Damit weitere temporäre (partielle) Betriebsschliessungen wie jene der Restaurationsbetriebe überhaupt in Betracht kommen, muss auch der **Grundindikator der vollständigen Durchimpfung**, von dem die Dauer der einzelnen Phasen und damit auch die möglichen Öffnungs- bzw. Verschärfungsmassnahmen abhängen, im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgestaltet sein. Dafür müssten beim geltenden Drei-Phasen-Modell zwei grundlegende Faktoren miteinbezogen werden: So kommt erstens bereits der **ersten Impfdosis eine hohe Wirksamkeit** gegen schwere Covid-19-Erkrankungen zu und ist zweitens davon auszugehen, dass grundsätzlich **Genesene gleich gut geschützt sind wie Geimpfte**.

30 Im Weiteren erweist sich die im Drei-Phasen-Modell geäusserte Absicht, an «Orten mit hohem Übertragungsrisiko» einen **selektiven Zugang** einzuführen, unter anderem unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit als **sehr problematisch**, zumal Restaurants, Bars und Diskotheken ohne Differenzierung als Orte mit hohem Übertragungsrisiko qualifiziert werden. Mit der vorgesehenen Zugangsbeschränkung könnte sodann eine Umgehung von Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG vorliegen, weil damit eine faktische, generelle Impfpflicht eingeführt würde.

3. Exkurs: Die Aussagekraft von PCR-Tests

31 Mit der zunehmenden Anzahl an Testungen und den erweiterten Einsatzmöglichkeiten des Testens war zu beobachten, dass sich die laborbestätigten Fallzahlen sowie die Höhe des R_e -Werts in eine andere Richtung entwickelten als

die Todesfallzahlen. So fällt bei einer Betrachtung der Fallzahlen auf, dass diese mit der Testoffensive ab Anfang März 2021 gestiegen sind. Die Todesfallzahlen stagnierten hingegen auf konstant tiefem Niveau (vgl. die entsprechenden Statistiken, abrufbar unter www.covid19.admin.ch [zuletzt besucht am 7. Mai 2021]). Sehr wahrscheinlich dürfte dieses Phänomen unter anderem mit der Durchführung der PCR-Tests zusammenhängen, zumal die positiven Testresultate der PCR-Tests direkten Einfluss sowohl auf den Inzidenz-Wert als auch auf den R_e -Wert haben.

- 32 Bei Verdacht auf eine Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus kann der Erreger mittels PCR-Test nachgewiesen werden. Bei diesem Test werden bestimmte Abschnitte des viralen Erbguts, also der RNA, nachgewiesen. Das Testverfahren gestaltet sich so, dass das Erbgut so lange vervielfältigt wird, bis ein Messsignal registriert werden kann. Je mehr dieser Schritte zur Vervielfältigung für ein positives Testergebnis nötig sind, desto geringer war die Menge an Virusmaterial in der Ausgangsprobe. Der Ct-Wert ist dabei das Mass für die benötigten Schritte zur Vervielfältigung des viralen Erbguts. Ct-Werte von > 30 gelten als Hinweis auf eine niedrige, Ct-Werte von > 35 als Hinweis auf eine sehr niedrige Viruskonzentration. Je geringer die Menge an Virusmaterial in der Ausgangsprobe ist, desto weniger ansteckend (infektiös) ist eine infizierte Person normalerweise (vgl. zum Ganzen etwa DAZ.online vom 22. Oktober 2020, «Bedeutet positiv getestet gleich ansteckend? Ct-Wert als Mass für die Infektiosität»).
- 33 Das Verwaltungsgericht Wien hat in einem Urteil vom 24. März 2021 (VGW-103/048/3227/2021-2), bei dem es um die Beurteilung eines Versammlungsverbots ging, darauf hingewiesen, dass für die WHO zur Beurteilung der Pandemielage die Anzahl der Infektionen/Erkrankten ausschlaggebend sei und nicht die der positiv Getesteten oder sonstige «Fallzahlen» (vgl. WHO Information Notice for IVD Users 2020/05, Nucleic acid testing (NAT) technologies that use polymerase chain reaction (PCR) for detection of SARS-CoV-2, 20 January 2021). Bezugnehmend auf eine Studie (vgl. Bullard J. et al., (2020). Predicting infectious severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 from diagnostic samples. Clinical Infectious Diseases, 71[10], 2663-2666) wies es darauf hin, dass bei Ct-Werten größer als 24 kein vermehrungsfähiger Virus mehr nachweisbar und ein PCR-Test nicht dazu geeignet sei, die Infektiosität zu bestimmen. Eine Person

mit Nachweis von SARS-Cov-2 spezifischer Nukleinsäure gilt damit ohne anschließende klinische Untersuchung nicht als Kranker bzw. Infizierter im Sinne der WHO (vgl. Urteil Verwaltungsgericht Wien, S. 8 f.).

34 Aus den vorstehenden Überlegungen, welche auf anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen, ist erstens abzuleiten, dass sich die im Drei-Phasen-Modell des Bundesrats wiederum verwendeten Indikatoren und Richtwerte der Inzidenz der Fallzahlen und des R_e -Werts umso problematischer erweisen, als PCR-Tests mit Ct-Werten > 30 grundsätzlich nicht geeignet sind, die Infektiosität der getesteten Person zu bestimmen. Grundrechtseinschränkende Massnahmen, welche unter anderem mit Indikatoren bzw. Richtwerten begründet werden, die hauptsächlich (nur) von positiven PCR-Testresultaten beeinflusst werden, erweisen sich deshalb weitgehend als ungeeignet, einen im Sinne einer verhältnismässigen Gefahrenabwehr richtigen Entscheid herbeizuführen. Es ist somit in einem ersten Schritt unerlässlich, dass die Ct-Werte der positiv Getesteten von den Laboren jeweils bekannt gegeben werden. Sodann ist zu fordern, dass sämtliche Geräte zur Durchführung der PCR-Reaktion auf eine bestimmte Virenmenge zu kalibrieren sind, um so die Vergleichbarkeit der ermittelten Ct-Werte sicherzustellen. Ein Testresultat mit einem Ct-Wert über 30 wäre in der Folge nicht mehr als positives Testresultat zu werten.

4. Vereinbarkeit des Verbots von Restaurationsbetrieben mit den Amtspflichten des Bundesrats

35 Die rechtliche Betrachtung des Drei-Phasen-Modells hat aufgezeigt, dass darin die von Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen an die Entscheidungsfindung bei der Frage von Betriebsschliessungen nicht abgebildet sind. So sind – wie bereits im Vorfeld zum bundesrätlichen Entscheid vom 14. April 2021 – weiterhin keine Indikatoren und Richtwerte vorgesehen, welche dazu geeignet wären, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte insbesondere im Zusammenhang mit den bislang angeordneten Massnahmen in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen. Sodann existieren nach wie vor tendenziell nicht geeignete Indikatoren zur verhältnismässigen Gefahrenabwehr, während der eigentlich epidemiologisch wichtige Indikator der Todesfall-

zahlen nicht mehr verwendet wird und auch auf einen Indikator der Übersterblichkeit (vgl. dazu Gutachten 1, Rz. 79) verzichtet wird. Da somit eine richtige Entscheidungsfindung für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr weiterhin nicht gewährleistet ist, stellt sich unter anderem die Frage, ob der Bundesrat mit einer weiteren temporären, nunmehr partiellen Betriebsschliessung von Restaurants, welche sich auf das Drei-Phasen-Modell abstützt, gegen allfällige Amtspflichten verstossen und damit etwa auch in die Nähe der (staats-)haftungsrechtlich Belangbarkeit rücken würde.

4.1 Haftungsvoraussetzung der wesentlichen Amtspflichtverletzung

36 Zufolge Art. 3 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG; SR 170.32) haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten für den Schaden, den dieser in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt (vgl. auch Art. 146 BV). Die Staatshaftung ist damit als (gewöhnliche) Kausalhaftung ausgestaltet, da kein Verschulden vorausgesetzt ist (vgl. RYTER, Rz. 29.32). In Art. 1 Abs. 1 lit. b VG wird ausdrücklich vorgesehen, dass die Mitglieder des Bundesrates den Bestimmungen des VG unterstellt sind. Zu erwähnen ist sodann, dass auch die Angestellten des BAG den Bestimmungen des VG unterworfen sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e VG) und sich damit die Frage nach möglichen Amtspflichtverletzungen auch für sie stellt (vgl. hierzu hinten, Kap. 4.5).

37 Das hauptsächlich begrenzende Haftungselement bei der Staatshaftung nach Art. 3 VG bildet das Element der Widerrechtlichkeit. Grundsätzlich lassen sich zwei Formen der Widerrechtlichkeit unterscheiden: Das Erfolgsunrecht und das Verhaltensunrecht. Liegt eine Verletzung eines absoluten Rechts vor, wie etwa die Verletzung von Leib und Leben, der Persönlichkeit oder des Eigentums, ist die Widerrechtlichkeit bereits gegeben, da der Erfolg des schädigenden Verhaltens, die Verletzung eines absoluten Rechts, per se widerrechtlich ist (vgl. RYTER, Rz. 29.83). Wird hingegen nicht in ein absolutes Recht, sondern in ein relatives Recht eingegriffen, wozu das Vermögen als solches gezählt wird, wird vorausgesetzt, dass das schädigende Verhalten gegen eine Schutznorm verstösst, die den Schutz des betroffenen Rechtsguts vor Schäden dieser Art bezweckt (vgl. RYTER, Rz. 29.89).

- 38 In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Anforderungen an die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit gestellt, je nachdem ob sich eine Handlung bzw. Unterlassung als Rechts- oder Realakt schädigend auswirkt. Bei einem Schaden, welcher im Zusammenhang mit einem Rechtsakt erfolgt ist, bedarf es zusätzlich zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer wesentlichen Amtspflichtverletzung. Es genügt nicht schon, wenn sich die Entscheidung eines Beamten später als unrichtig, gesetzwidrig oder sogar willkürlich erweist, sondern es muss sich um eine unentschuldbare Fehlleistung handeln, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre (vgl. dazu grundlegend BGE 118 Ib 163 E. 2 S. 164; 132 II 449 E. 3.3 S. 457; HUNOLD, Rz. 404; JAAG, S. 63 f.).
- 39 Das Vorliegen einer wesentlichen Amtspflichtverletzung bestimmt sich nach den jeweils anwendbaren Regeln, wobei stets die konkreten rechtlichen, sachlichen und zeitlichen Umstände massgebend sind. Massstab bildet sodann, was üblicherweise von einem Beamten in der jeweiligen Funktion und Situation erwartet werden kann (vgl. RYTER, Rz.29.109). Eine wesentliche Amtspflichtverletzung kann in einem Ermessensmissbrauch, einer Missachtung von Rechtsnormen oder Rechtsprinzipien bestehen (vgl. GUCKELBERGER, S. 181; BGE 133 V 14 E. 8.1 S. 19 f.). Die Hürden für die Annahme einer wesentlichen Amtspflichtverletzung sind in der Rechtsprechung derart hoch, dass faktisch ein schuldhaftes Verhalten des schädigenden Beamten verlangt wird (vgl. RYTER, Rz. 29.111; kritisch zu dieser Tendenz HUNOLD, Rz. 711). Die höheren Anforderungen, welche im Bereich der Rechtsakte an die Widerrechtlichkeit gestellt werden, lassen sich mit der Gewährleistung der Handlungsfähigkeit des Staates begründen (vgl. JAAG, S. 64).
- 40 Beim grundsätzlichen Verbot des Betriebs von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen gemäss Art. 5a der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, welches aufgrund der Änderung vom 14. April 2021 (AS 2011 213) derzeit bis zum 31. Mai 2021 befristet ist und somit im Mai 2021 verlängert werden müsste, handelt es sich um einen Rechtsakt, zumal damit eine unmittelbare Gestaltung der Rechtslage durch Schaffung von Regeln und Rechtsverhältnissen bezweckt wird (vgl. HUNOLD, Rz. 238 f.). Zur Begründung der Widerrechtlichkeit

dieses Rechtsakts ist damit das Vorliegen einer wesentlichen Amtspflichtverletzung gefordert.

4.2 Amtspflichten des Bundesrats

41 Bereits nach der Wahl zum Bundesrat wird die oder der Gewählte auf die Amtspflichten hingewiesen. So werden in Art. 3 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes (ParlG; SR 171.10) die von der Vereinigten Bundesversammlung gewählten Personen dazu verpflichtet, ihren Eid oder ihr Gelübde vor der Vereinigten Bundesversammlung im Anschluss an ihre Wahl zu leisten, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Wer sich weigert, den Eid oder das Gelübde zu leisten, verzichtet auf sein Amt (Art. 3 Abs. 3 ParlG). Der Eid bzw. das Gelübde lauten wie folgt: «Ich schwöre vor Gott dem Allmächtigen, die Verfassung und die Gesetze zu beachten und die Pflichten meines Amtes gewissenhaft zu erfüllen»/«Ich gelobe, die Verfassung und die Gesetze zu beachten und die Pflichten meines Amtes gewissenhaft zu erfüllen» (Art. 3 Abs. 4 und 5 ParlG).

42 Amtspflichten umfassen gemäss Lehre im Allgemeinen insbesondere die Pflicht zum zuständigkeitsgemässen und verfahrensmässigen Handeln, die Pflicht zum rechtmässigen Handeln und die Pflicht, Überschreitung, Missbrauch und falsche Ausübung des freien Ermessens zu vermeiden (vgl. hierzu WÜRMLI, S. 50 f., m.w.H.). Art. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) hält in diesem Sinne fest, dass der Bundesrat und die Bundesverwaltung auf der Grundlage von Verfassung und Gesetz handeln (Abs. 1). Sie setzen sich ein für das Gemeinwohl, wahren die Rechte der Bürger und Bürgerinnen sowie die Zuständigkeiten der Kantone und fördern die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen (Abs. 2). Sie handeln nach den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit (Abs. 3).

43 In Art. 3 Abs. 1 RVOG wird damit das Legalitätsprinzip für das Regierungs- und Verwaltungshandeln festgelegt, wobei diese Bestimmung seit der Normierung des Legalitätsprinzips in Art. 5 Abs. 1 BV auf eine Appell- und Erinnerungsfunktion beschränkt ist (vgl. SÄGESSER, Art. 18 RVOG, Rz. 18). Sodann sind der Bundesrat und die Bundesverwaltung dazu verpflichtet, nach den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit zu handeln (vgl. Art. 3 Abs. 3 RVOG).

Das Handeln des Bundesrats ist dann zweckmässig, wenn sich eine Massnahme zur Erreichung des angestrebten Erfolges eignet. Damit wird ein Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2 BV) angesprochen (vgl. SÄGESSER, Art. 3 RVOG, Rz. 32).

44 Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass der Bundesrat in seinem Amt unter anderem dazu verpflichtet ist, rechtmässig, das heisst gemäss den verfassungsrechtlichen und bundesgesetzlichen Vorgaben zu handeln. Jedes verfassungs- und gesetzeswidrige Handeln des Bundesrats stellt damit eine Amtspflichtverletzung dar (vgl. in diesem Sinne auch RYTER, Rz. 29.96).

4.3 Amtspflichtverletzungen im Zusammenhang mit Entscheidungen gestützt auf das Drei-Phasen-Modell

45 Die bundesrätliche Strategie für den Umgang mit der Covid-19-Pandemie orientiert sich am Drei-Phasen-Modell, welches ausschliesslich epidemiologische Indikatoren und Richtwerte für Massnahmenerleichterungen und -verschärfungen enthält. Wie vorne festgestellt (vgl. Kap. 14), wird dadurch unter anderem Art. 1a Covid-19-Gesetz verletzt, zumal keine Kriterien und Richtwerte für Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens festgelegt werden, welche eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen bei der Entscheidungsfindung zu gewährleisten vermöchten. Mit Einfügung von Art. 1a Covid-19-Gesetz sollte der Bundesrat bekanntlich dazu verpflichtet werden, seine künftigen Entscheidungen betreffend Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie aufgrund von Kriterien und Richtlinien zu fällen, welche nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen (vgl. Gutachten 1, Rz. 16).

46 Sollte sich der Bundesrat bei einem Entscheid zur Verlängerung des (partiellen) Betriebsverbots von (unter anderem) Restaurationsbetrieben – wie gemäss Drei-Phasen-Modell vorgesehen (vgl. Faktenblatt Drei-Phasen-Modell, S. 2) – ausschliesslich auf epidemiologische Indikatoren abstützen, würde er damit Art. 1a Covid-19-Gesetz verletzen, womit eine Amtspflichtverletzung vorläge. Diese

würde im Übrigen auch dadurch begründet, dass der Bundesrat aufgrund seiner Bindung an die Verfassungsgrundsätze bei seinen Entscheidungen eine umfassende Abwägung der betroffenen öffentlichen Interessen und Rechtsgüter vornehmen muss, was im Drei-Phasen-Modell gerade nicht vorgesehen wird.

47 Im Weiteren stellt sich die Frage, ob das Drei-Phasen-Modell den aktuellen Stand der Wissenschaft berücksichtigt, wie dies bei der Festlegung der Ziele und Strategien zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vorgeschrieben ist (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. c EpG). Dies ist insoweit zweifelhaft, als beispielsweise positive PCR-Tests trotz breiter wissenschaftlicher Bedenken bei den Fallzahlen weiterhin unabhängig vom jeweiligen Ct-Wert berücksichtigt werden und damit auch den geschätzten Wert der Reproduktionszahl R_e beeinflussen. Eine solche Vorgehensweise leistet zusätzlich zur ohnehin bereits mangelnden Geeignetheit der entsprechenden Indikatoren (vgl. Gutachten 1, Kap. 3.4.1.1 und 3.4.1.2) einer Fehlbeurteilung der epidemiologischen Lage Vorschub und führt damit zu einer unverhältnismässigen Gefahrenabwehr (vgl. dazu vorne, Kap. 3). Wenn im Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell, S. 10, sodann ausgeführt wird, die neusten wissenschaftlichen Erkenntnisse würden auf eine höhere Übertragbarkeit der Virusvariante B.1.1.7 in der Schweiz von rund 50 % - 65 % hindeuten, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der zitierten Quelle um einen «Preprint» handelt, welcher noch nicht in einem Peer-Review-Verfahren begutachtet wurde. Darüber hinaus wäre es der Transparenz halber (Offenlegung Interessenskonflikt) und im Sinne der wissenschaftlichen Integrität angemessen zu erwähnen, dass Mitautor der Studie ein Mitglied des Management Teams der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» ist.

4.4 Wesentlichkeit der Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit Entscheidungen gestützt auf das Drei-Phasen-Modell

48 Das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung bedeutet noch nicht, dass diese auch haftungsrechtlich relevant ist. Vielmehr wäre – nebst der Erfüllung der übrigen Voraussetzungen der Staatshaftung (vgl. dazu RYTER, Rz. 29.44 ff.) – erforderlich, dass es sich um eine wesentliche Amtspflichtverletzung handelt (vgl. hierzu, vorne Kap. 4.1). Das Vorliegen einer wesentlichen Amtspflichtverletzung bestimmt sich nach den jeweils anwendbaren Regeln, wobei stets die konkreten

rechtlichen, sachlichen und zeitlichen Umstände massgebend sind (vgl. vorne, Rz. 39).

49 Die Historie von Art. 1a Covid-19-Gesetz zeigt auf, dass der Gesetzesartikel beim Bundesrat einen generellen Strategiewechsel hin zu mehr Lockerungen bezwecken wollte (vgl. Gutachten 1, Rz. 12). Der Bundesrat sollte nach dem klaren Willen des Gesetzgebers und nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung dazu verpflichtet werden, seine künftigen Entscheidungen betreffend Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie aufgrund von Kriterien und Richtlinien zu fällen, welche nebst der epidemiologischen auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen. Darüber hinaus ist der Bundesrat bereits von Verfassungs wegen dazu verpflichtet, im Rahmen seiner gesundheitspolitisch begründeten Betriebsschliessungen verhältnismässig vorzugehen, was eine Abstützung seiner Entscheidungen auf ungeeignete Indikatoren und Richtwerte ausschliesst.

50 Damit verbleibt dem Bundesrat zwar weiterhin die Entscheidungsbefugnis über eine allfällige Verlängerung des partiellen Betriebsverbots von Restaurants. Seiner Entscheidung muss er indes zwingend aufgrund einer umfassenden Abwägung der betroffenen öffentlichen Interessen und Rechtsgüter vornehmen und er hat Kriterien und Richtwerte zu erstellen, welche nebst der epidemiologischen Lage auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen.

51 Zu dieser klaren rechtlichen Ausgangslage kommt hinzu, dass wissenschaftliche Erkenntnisse auf die Saisonalität von respiratorischen Virusinfektionen hindeuten (vgl. dazu vorne, Rz. 16), was auch die Erfahrung vom letzten Jahr bestätigt. So hat es von Anfang Juni bis Ende August 2020 trotz geöffneten Innenbereichen von Restaurationsbetrieben keinerlei negative Auffälligkeiten bezüglich der Indikatoren Hospitalisationen, Intensivbettenbelegung, Todesfällen und Inzidenzen gegeben. Auch die bislang positive Erfahrung mit der Aufhebung des Betriebsverbots von Restaurants im Hinblick auf Aussenbereiche, welche der Bundesrat am 14. April 2021 entschieden hat (vgl. hierzu nur NZZ vom 7. Mai 2021, «Corona-Fallzahlen: Warum lagen die Wissenschaftler daneben»), wird bei der Entscheidungsfindung miteinzubeziehen sein. Angesichts der bereits weit mehr

als ein Jahr andauernden Pandemie kann vom Bundesrat sodann erst recht eine differenzierende, sämtliche öffentlichen Interessen berücksichtigende Vorgehensweise erwartet werden.

52 Es zeigt sich damit, dass ein Entscheid, welcher vor dem Hintergrund dieser klaren rechtlichen und sachlichen Ausgangslage eine Verlängerung des Betriebsverbots für Innenbereiche von Restaurants über den Mai 2021 hinaus beinhalten würde, einer wesentlichen Amtspflichtverletzung zumindest nahekommt.

4.5 Exkurs: Mögliche Amtspflichtverletzungen der Angestellten des BAG

53 Wie bereits erwähnt (vgl. vorne, Rz. 36), unterstehen auch die Angestellten des BAG als Angestellte des Bundes den Bestimmungen des VG (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e VG). Sie sind sodann ebenso an das Legalitätsprinzip gebunden (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV).

54 Als Teil des Eidgenössischen Departements des Innern ist das BAG unter anderem für die Gesundheit der Bevölkerung und die Entwicklung der schweizerischen Gesundheitspolitik verantwortlich (vgl. www.bag.admin.ch -> Das BAG -> Auftrag & Ziele [zuletzt besucht am 7. Mai 2021]). Das BAG hat somit insbesondere für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zu sorgen, wobei in diesem Zusammenhang Art. 9 Abs. 3 EpG von grosser Relevanz ist. Das BAG hat danach Empfehlungen zu Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten und zum Umgang mit Krankheitserregern zu veröffentlichen und regelmässig dem aktuellen Stand der Wissenschaft anzupassen (Satz 1). Vor diesem Hintergrund besonders problematisch ist eine selektive Berücksichtigung der wissenschaftlichen Erkenntnisse.

55 Im Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell sind fundamentale Aspekte wie die Anzahl der durch eine Corona-Infektion Immunisierten, die Saisonalität von SARS-CoV-2, die hohe Wirksamkeit der ersten Impfdosis und die beschränkte Aussagekraft der PCR-Tests (Stichwort Ct-Werte) ausser Acht gelassen. Aufgrund der damit lediglich selektiven Berücksichtigung von wissenschaftlichen Erkenntnissen stellt sich die Frage der Amtspflichtverletzung somit auch bei (leitenden) Angestellten des BAG.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

56 Der Bundesrat ist mit Blick auf seine weiteren anstehenden Entscheidungen betreffend Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie verpflichtet, für eine **verhältnismässige Gefahrenabwehr** geeignete und nachvollziehbare Kriterien und Richtwerte aufzustellen, welche nebst der epidemiologischen Lage auch die **wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen** berücksichtigen. Diese hat er sodann bei seinen Massnahmenanordnungen, insbesondere bei den stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreifenden (partiellen) Betriebsschliessungen, konsequent anzuwenden. Die im Rahmen des Drei-Phasen-Modells kommunizierten **ausschliesslich epidemiologischen Indikatoren und Richtwerte**, welche als Entscheidungsgrundlagen für weitere Massnahmen (Massnahmenerleichterungen oder -verschärfungen) bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie dienen, **vermögen weiterhin in keiner Weise, die von Art. 1a Covid-19-Gesetz sowie der Bundesverfassung gestellten Anforderungen an die Entscheidungsfindung bei der Frage von (partiellen) Betriebsschliessungen abzubilden**. Es sind entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers weiterhin **keine Indikatoren und Richtwerte** vorgesehen, welche dazu geeignet wären, **wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte** insbesondere im Zusammenhang mit seinen bislang angeordneten Massnahmen in seine Entscheidungsfindung miteinzubeziehen. **Ein auf das Drei-Phasen-Modell abgestützter bundesrätlicher Entscheid wäre damit als verfassungs- und gesetzeswidrig einzustufen.**

57 Zudem ist festzuhalten, dass die **verwendeten Indikatoren bzw. Richtwerte** der Inzidenz der Fälle sowie des R_e -Werts **weiterhin tendenziell ungeeignet** sind, einen im Sinne einer verhältnismässigen Gefahrenabwehr richtigen Entscheid herbeizuführen. Dabei ist insbesondere äusserst fragwürdig, dass im Rahmen des Drei-Phasen-Modells auf den für eine verhältnismässige Gefahrenabwehr grundsätzlich **wichtigen Indikator der Todesfälle (Über-/Untersterblichkeit)** **gänzlich verzichtet** wird. Damit ist auch in Anwendung des Drei-Pha-

sen-Modells nicht gewährleistet, dass weitere Massnahmen insbesondere im Zusammenhang mit den geschlossenen Innenbereichen der Restaurationsbetriebe auf richtigen **Entscheidungsgrundlagen für die angemessene bzw. verhältnismässige Gefahrenabwehr** beruhen.

58 Dazu kommt, dass beim Grundindikator der Durchimpfung, der für die Dauer der einzelnen Phasen entscheidend ist, zwei grundlegende Faktoren ausser Acht gelassen werden: So kommt bereits der ersten Impfdosis eine hohe Wirksamkeit gegen schwere Covid-19-Erkrankungen zu und zweitens ist davon auszugehen, dass grundsätzlich Genesene gleich gut geschützt sind wie Geimpfte. Damit eine weitere temporäre (partielle) Betriebsschliessung wie jene der Restaurationsbetriebe überhaupt in Betracht kommt, müssten insbesondere diese beiden Differenzierungen im Drei-Phasen-Modell im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips abgebildet werden.

59 Im Weiteren erweist sich die im Drei-Phasen-Modell geäusserte Absicht, an «Orten mit hohem Übertragungsrisiko» einen **selektiven Zugang** einzuführen, unter anderem unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit als **sehr problematisch**, zumal Restaurants, Bars und Diskotheken ohne Differenzierung als Orte mit hohem Übertragungsrisiko qualifiziert werden. Mit der vorgesehenen Zugangsbeschränkung könnte sodann eine Umgehung von Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG vorliegen, weil damit eine faktische, generelle Impfpflicht eingeführt würde.

60 Sollte sich der Bundesrat bei einem Entscheid zur Verlängerung des (partiellen) Betriebsverbots von (unter anderem) Restaurationsbetrieben – wie gemäss Drei-Phasen-Modell vorgesehen (vgl. Faktenblatt Drei-Phasen-Modell, S. 2) – ausschliesslich auf epidemiologische Indikatoren abstützen, würde er damit Art. 1a Covid-19-Gesetz verletzen, womit eine **Amtspflichtverletzung** vorläge. Diese würde im Übrigen auch dadurch begründet, dass der Bundesrat aufgrund seiner Bindung an die Verfassungsgrundsätze bei seinen Entscheidungen eine umfassende Abwägung der betroffenen öffentlichen Interessen und Rechtsgüter vornehmen muss, was mit dem Drei-Phasen-Modell gerade nicht gewährleistet wird.

61 Bei Vorliegen einer Amtspflichtverletzung würde der Bundesrat in die Nähe der (staats-)haftungsrechtlich Belangbarkeit rücken, womit sich die Frage stellt, ob

die Amtspflichtverletzung eine wesentliche ist. An das Vorhandensein einer wesentlichen Amtspflichtverletzung werden in der Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen gestellt. So muss es sich beim betreffenden Rechtsakt um eine unentschuld bare Fehlleistung handeln, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre. Da in casu mit Art. 1a Covid-19-Gesetz eine klare rechtliche Ausgangslage besteht und auch die Sachlage (Erfahrungen vom letzten Jahr, Erfahrungen mit Öffnung der Aussenbereiche der Restaurants und wissenschaftliche Erkenntnisse über die Saisonalität von respiratorischen Virusinfektionen) derzeit für eine differenzierte(re) Vorgehensweise sprechen, dürfte eine **Verlängerung der temporären (partiellen) Betriebsschliessung von Restaurants gestützt auf das vorliegende Drei-Phasen-Modell nicht haltbar** sein.

62 Im Übrigen unterstehen auch die Angestellten des BAG den Bestimmungen des VG und es sind auch diese an das Legalitätsprinzip gebunden. **Im Konzeptpapier Drei-Phasen-Modell wurde fundamentalen Aspekten** wie der Anzahl der durch eine Corona-Infektion Immunisierten, der Saisonalität von SARS-CoV-2, der hohen Wirksamkeit der ersten Impfdosis und der beschränkten Aussagekraft der PCR-Tests (Stichwort Ct-Werte) **nicht Rechnung getragen**, was Art. 9 Abs. 3 EpG widerspricht und wie beim Bundesrat die Frage der Amtspflichtverletzung aufwirft.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner



Dr. iur. Livio Bundi