

KURZGUTACHTEN

An: swimsports.ch, Björn Blaser, Geschäftsführer
Von: Rechtsanwalt MLaw Davide Loss, JLS avocats, Zürich
Datum: 24. März 2020
Betreffend: Vorgehen der Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter im Zusammenhang mit dem Auftreten des Coronavirus (COVID-19)

I. Ausgangslage und Auftrag

- 1 Die Schweiz befindet sich in einer ausserordentlichen Lage. Die Zahl der Erkrankungen aufgrund des Auftretens des Coronavirus (COVID-19) nimmt rasant zu. Die gesamte Bevölkerung ist betroffen.
- 2 Der Bundesrat hat eine ausserordentliche Lage ausgerufen und gestützt darauf einschneidende Massnahmen zum Schutz der Volksgesundheit getroffen. Diese schränken das alltägliche Leben massiv ein. So sind diverse Betriebe geschlossen und sämtliche öffentliche und private Veranstaltungen untersagt.
- 3 Auch die Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter sind davon betroffen.
- 4 Es sollen zunächst ein Leitfaden und Empfehlungen zuhanden der Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter abgegeben werden, in welchen auf die wichtigsten Punkte eingegangen werden soll.

Kurzgutachten zum Vorgehen der Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter im Zusammenhang mit dem Auftreten des Coronavirus (COVID-19)

- 5 Grundlage dafür bildet ein Kurzgutachten, in welchem Fragen im Zusammenhang mit dem Anbieten von Schwimm- und Wasserfitnesskursen (nachfolgend: Kurse) erörtert werden. Konkret soll das Kurzgutachten folgende Fragen beantworten:
1. Ist die Durchführung von Kursen seit Ausrufung der besonderen Lage durch den Schweizerischen Bundesrat per 17. März 2020 generell verboten? Sind Ausnahmen möglich?
 2. Welche Vor- und Nachteile bestehen im Fall eines Wegfalls von Kursen? Sind allfällige Kursgelder zurückzuerstatten? Wie sollen sich die einzelnen Schwimmverbände verhalten?

II. Leitfaden und Empfehlungen für das Verhalten von Schwimmschulen und Wasserfitnessanbietern

1. Wie und was kommunizieren wir?

6 Aufgrund der allgemeinen Lage im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) hat der Bundesrat einschneidende Massnahmen erlassen, die unseren Alltag stark erschweren. Davon sind auch wir als Schwimmschule bzw. Wasserfitnessanbieter betroffen. Einerseits können wir aufgrund dieser Massnahmen keine Kurse mehr durchführen. Andererseits treffen uns diese Massnahmen in wirtschaftlicher Hinsicht empfindlich. Wir bedauern diese schwierigen Umstände, sind aber umso mehr auf Unterstützung angewiesen. Wir kommunizieren offen und frühzeitig über diese veränderten Umstände. Für Detailfragen verweisen wir an swimsports.ch.

2. Was geschieht mit den Kursen? Wie gehen wir bezüglich den bereits bezahlten Kursgeldern vor?

7 Die Kurse werden bis auf Weiteres abgesagt bzw. verschoben. Die Kurse werden umgehend nachgeholt, sobald der rechtliche Rahmen dies erlaubt. Wir vereinbaren die Lösungen mit den Betroffenen individuell und verbindlich. Besteht eine Kurs Teilnehmerin bzw. ein Kursteilnehmer auf der Rückerstattung ihres bzw. seines Kursgelds, so wird ihm dieses in vollem Umfang zurückerstattet.

3. Was geschieht mit dem Einnahmeausfall?

8 Für das von den Schwimmschulen und Wasserfitnessanbietern beschäftigte Personal kann Kurzarbeit bei der zuständigen Stelle (in der Regel beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des betreffenden Kantons) beantragt werden.

9 Für selbständig erwerbende Kursanbieter besteht die Möglichkeit, im Fall einer Betriebsschliessung aufgrund der Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) sowie ärztlich verordneter Quarantäne, eine Erwerbsausfallentschädigung zu beantragen. Bitte wenden Sie sich dazu an die für Sie zuständige Ausgleichskasse.

4. Was sollte weiter beachtet werden?

10 Konkret wird den einzelnen Schwimmschulen und Wasserfitnessanbietern Folgendes empfohlen:

- Rasche Kontaktaufnahme mit den Kursanbieterinnen und Kursanbietern
- Erörterung der Möglichkeiten zum Vorgehen in Bezug auf die Absage von Kursen, falls keine sog. Force majeure-Klausel vorliegt (Rückerstattung des Kursgelds bzw. spätere Erfüllung mit Zustimmung der Kundschaft)
- Prüfung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Kursverträge auf das Vorliegen einer Force majeure-Klausel (Wegfall der Haftung bei höherer Gewalt)

Auf ausdrücklichen Wunsch übernimmt swimsports.ch diese Aufgabe für die Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter zu einem Unkostenbeitrag in der Höhe von CHF 200.00.

III. Zusammenfassung

11 Zusammengefasst kommt das Kurzgutachten zu folgenden Schlüssen:

1. Die Durchführung von Kursen in öffentlichen Schwimmbädern ist untersagt. Auch Kurse in nichtöffentlichen Schwimmbädern mit mehr als 5 Personen (Lehrperson inklusive) sind untersagt. Möglich wäre einzig die Durchführung eines Kurses in einem nichtöffentlichen Schwimmbad mit nicht mehr als 5 Personen (Lehrperson inklusive). Dabei wäre ein Mindestabstand von zwei Metern zueinander einzuhalten. Möglich wäre auch, ein Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung einzureichen, allerdings mit wenig Aussicht auf Erfolg. Im Fall einer Widerhandlung droht Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bzw. Busse.
2. Eine offene und transparente Kommunikation ist ein grosser Vorteil, ja gar unabdingbar. Als grösster Nachteil wirkt sich die Unmöglichkeit der Durchführung der Kurse aus. Grundsätzlich wird ein Schwimmkurs mit im Voraus bestimmten Daten unverschuldet nachträglich dauernd objektiv unmöglich. Daraus folgt, dass das Kursgeld grundsätzlich zurückzuerstatten ist. Erteilt die Kursteilnehmerin bzw. der Kursteilnehmer seine Zustimmung zur späteren Erfüllung – d.h. bis nach dem Ende der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) –, so bleibt die Schwimmschule bzw. der Wasserfitnessanbieter an den Kursvertrag gebunden. In jedem Fall ist aktiv auf die betroffenen Personen zuzugehen und die Lösungen sind im Einzelfall verbindlich zu regeln. Für Angestellte besteht die Möglichkeit der Kurzarbeit.

IV. Beantwortung der Fragen

1. Ist die Durchführung von Kursen seit Ausrufung der besonderen Lage durch den Schweizerischen Bundesrat per 17. März 2020 generell verboten? Sind Ausnahmen möglich?

12 Gemäss Art. 7 EpG¹ kann der Bundesrat, wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen. Der Bundesrat stützt sich dabei auf die sog. polizeiliche Generalklausel. Diese erlaubt es ihm, zur Abwehr einer ernsten und unmittelbaren Gefahr und zeitlicher Dringlichkeit sog. Polizeinotverordnungen und Polizeinotverfügungen zu erlassen. Gestützt darauf erliess der Bundesrat Verordnungen über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19).

13 Gemäss Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2² (in Kraft seit 17. März 2020) ist es verboten, öffentliche oder private Veranstaltungen, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten durchzuführen. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d COVID-19-Verordnung 2 sind öffentlich zugängliche Einrichtungen für das Publikum geschlossen, namentlich Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe, darunter Museen, Bibliotheken, Kinos, Konzerthäuser, Theater, Casinos, Sportzentren, Fitnesszentren, Schwimmbäder, Wellnesszentren, Skigebiete, botanische und zoologische Gärten und Tierparks. Nach dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 lit. d COVID-19-Verordnung 2 sind Schwimmbäder ausdrücklich für das Publikum geschlossen. Davon nicht betroffen sind einzig Spielplätze im öffentlichen Raum³.

¹ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz), SR 818.101.

² Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 13. März 2020, SR 818.101.24.

³ Bundesamt für Gesundheit, Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), Fassung vom 20. März 2020, S. 6.

Kurzgutachten zum Vorgehen der Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter im Zusammenhang mit dem Auftreten des Coronavirus (COVID-19)

- 14 Ferner sind gemäss Art. 7c Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 (in Kraft seit 21. März 2020) Menschenansammlungen von mehr als 5 Personen im öffentlichen Raum, namentlich auf öffentlichen Plätzen, auf Spazierwegen und in Parkanlagen, verboten.
- 15 Somit ist es den einzelnen Schwimmschulen und Wasserfitnessanbietern untersagt, Kurse durchzuführen. Einerseits dürften diese für die Durchführung der Kurse zwangsläufig auf öffentliche Schwimmbäder angewiesen sein, andererseits dürften an den Kursen jeweils mehr als 5 Personen teilnehmen. Denkbar wäre einzig ein Schwimmkurs in einem nichtöffentlichen Schwimmbad mit nicht mehr als 5 Personen (Lehrperson inklusive). Dabei wäre gestützt auf Art. 7c Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 (in Kraft seit 21. März 2020) bei solchen Veranstaltungen mit bis zu 5 Personen gegenüber anderen Personen ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten.
- 16 Weiter wäre eine Ausnahme gestützt auf Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 denkbar. Gemäss dieser Bestimmung kann die zuständige kantonale Behörde Ausnahmen von den Verboten nach Art. 5 und 6 COVID-19-Verordnung 2 bewilligen, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies gebieten, beispielsweise für Bildungseinrichtungen und bei Versorgungsproblemen (lit. a) oder von der Ausbildungsinstitution, dem Veranstalter oder dem Betreiber ein Schutzkonzept vorgelegt wird, das Massnahmen zum Ausschluss von Personen, die krank sind oder sich krank fühlen, zum Schutz von besonders gefährdeten Personen, zur Information der anwesenden Personen über allgemeine Schutzmassnahmen wie Händehygiene, Abstandhalten oder Husten- und Schnupfenhygiene sowie zur Anpassung der räumlichen Verhältnisse, sodass die Hygieneregeln eingehalten werden können, umfasst (lit. b). In der Regel entscheidet die Gesundheitsdirektion des betreffenden Kantons über entsprechende Gesuche um Erteilung einer Ausnahmegewilligung.

17 Die Chancen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 sind als eher klein einzustufen. Einerseits ist fraglich, ob vorliegend überwiegende öffentliche Interessen an einer Durchführung von Kursen bestehen. Andererseits ist das Risiko für eine Übertragung des Coronavirus (COVID-19) aufgrund des Wasserkontakts wohl als erhöht einzustufen. Schliesslich müsste selbst im Fall der Erteilung einer Ausnahmegewilligung wohl auf ein für die Öffentlichkeit nicht zugängliches Schwimmbad ausgewichen werden, was eher unrealistisch ist. Ein entsprechendes Gesuch dürfte daher wenig Aussicht auf Erfolg haben.

18 Im Fall einer vorsätzlichen Widerhandlung gegen die genannten Bestimmungen sieht Art. 10d COVID-19-Verordnung 2 Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und im Fall eines Verstosses gegen das Verbot von Menschenansammlungen Busse vor, wobei eine Ordnungsbusse von CHF 100.00 ausgesprochen wird. Letzterer Verstoß wird auch bei Fahrlässigkeit bestraft⁴.

2. Welche Vor- und Nachteile bestehen im Fall eines Wegfalls von Kursen? Sind allfällige Kursgelder zurückzuerstatten?

19 Zunächst dürfte allen klar sein, dass die ausserordentliche Lage kaum Vorteile mit sich bringt. Einen Vorteil haben aber sicher diejenigen Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter, welche sich durch eine aktive Kommunikation auszeichnen und sich als zuverlässige Vertragspartner präsentieren.

20 Der grösste Nachteil ist wohl die sog. nachträgliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Zwischen der Schwimmschule oder dem Wasserfitnessanbieter einerseits und der am Schwimmkurs teilnehmenden Person (nachfolgend: Kursteilnehmerin)

⁴ Art. 333 Abs. 7 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

andererseits besteht ein Kursvertrag. Der Kursvertrag ist ein sog. Innominatkontrakt, bei welchem die Vermittlung von besonderen Kenntnissen oder Fähigkeiten gegen Entgelt geschuldet ist. Der Kursvertrag ist ein synallagmatischer (vollkommen zweiseitiger) Vertrag und weist somit Elemente von Sach- und Dienstleistungen auf. Dem Auftragsrecht ist die Lehrpflicht zuzuordnen, dem Miet- oder Kaufrecht das Überlassen von Kursmaterial bzw. die zur Verfügungsstellung von Kursräumlichkeiten.

- 21 Gemäss Art. 119 Abs. 1 OR⁵ gilt die Forderung als erloschen, soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist. Gemäss Art. 119 Abs. 2 OR haftet bei zweiseitigen Verträgen der hiernach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung. Gemäss Art. 119 Abs. 3 OR sind Fälle ausgenommen, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrags vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.
- 22 Aufgrund der vom Bundesrat erlassenen, oben genannten Bestimmungen der COVID-19-Verordnung 2 tritt für den Kursvertrag eine unverschuldete nachträgliche vorübergehende oder dauernde objektive Unmöglichkeit ein, da die Kurse in den allermeisten Fällen aus objektiver Sicht unverschuldeterweise nicht stattfinden können. Vorübergehende Unmöglichkeit bedeutet, dass eine Leistung im Augenblick nicht erbracht werden kann, diese aber zu einem späteren Zeitpunkt wieder möglich sein wird. Ob ein Fall von temporärer oder dauernder Unmöglichkeit vorliegt, muss im Einzelfall eruiert werden und kann nicht pauschal beantwortet werden.
- 23 Der Kursvertrag – also das Anbieten von Kursen an im Voraus bestimmten Daten – stellt ein sog. relatives Fixgeschäft dar. D.h. grundsätzlich ist der Kurs am vereinbarten Termin zu geben. Der Kursvertrag kann somit nicht einseitig vorzeitig erfüllt

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

werden. Andererseits ist es objektiv nicht unmöglich, den aktuell untersagten Schwimmkurs zu einem späteren Zeitpunkt zu geben. Somit wäre eine nachträgliche Erfüllung grundsätzlich möglich. Da der Schwimmkurs aber für ein bestimmtes Datum vereinbart wurde, muss die Kursteilnehmerin für eine Späterfüllung ihre *Zustimmung* erteilen. Erteilt sie diese Zustimmung nicht, kann das Fixgeschäft nicht mehr nachträglich erfüllt werden.

24 Erteilt die Kursteilnehmerin ihre Zustimmung zur Späterfüllung nicht, so tritt ein Fall von unverschuldeter nachträglicher *dauernder* objektiver Unmöglichkeit ein. In diesem Fall wird die Schwimmschule oder der Wasserfitnessanbieter von seiner Leistungspflicht befreit, muss aber der Kursteilnehmerin das Kursgeld zurückerstatten (Art. 119 Abs. 2 OR).

25 Erteilt die Kursteilnehmerin ihre Zustimmung zur Späterfüllung, tritt ein Fall von unverschuldeter nachträglicher *vorübergehender* objektiver Unmöglichkeit ein. In diesem Fall richten sich die Folgen nach den Regeln über den Verzug. Anders als bei nachträglicher dauernder objektiver Unmöglichkeit wird also die Schwimmschule oder Wasserfitnessanbieter von ihrer bzw. seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Abhaltung des Schwimmkurses nicht befreit (vgl. N. 24 oben). Der Kursanbieter bleibt an den Kursvertrag gebunden. Die Kursteilnehmerin hat das Recht, eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung zu setzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass die Nachfrist *angemessen* sein muss, d.h. die Nachfrist muss es der leistungssäumigen Partei ermöglichen, ihrer Pflicht zur Leistung nachkommen zu können, wobei die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen sind. Im Fall des Coronavirus (COVID-19) wird es wohl schwierig sein, die Angemessenheit einer Nachfrist zu objektivieren.

26 Erfüllt die Schwimmschule oder der Wasserfitnessanbieter ihre bzw. seine Verpflichtung trotz der gesetzten Nachfrist nicht, so kann die Kursteilnehmerin wahlweise die Erfüllung und den Ersatz des Verzugsschadens verlangen, auf die Erfüllung verzich-

ten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung einfordern oder auf die Erfüllung verzichten und vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR).

- 27 Enthält der Kursvertrag eine sog. Force majeure-Klausel, wonach bei höherer Gewalt der Anspruch auf Durchführung des Kurses untergeht, so ist die Schwimmschule oder der Wasserfitnessanbieter von der Durchführung des Kurses ohne weitere Folgen befreit. In diesem Fall müsste er auch das Kursgeld nicht zurückerstatten. Eine solche Klausel müsste aber explizit vereinbart worden sein.
- 28 Da sich zahlreiche rechtliche Problemstellungen ergeben, empfiehlt es sich, als Schwimmschule oder Wasserfitnessanbieter *aktiv* und *frühzeitig* auf die an den Kursen teilnehmenden Personen zuzugehen und ihnen eine pragmatische Lösung anzubieten und sich so als zuverlässige Vertragspartner zu präsentieren. Entweder ist im Einvernehmen mit der einzelnen Kursteilnehmerin eine Verschiebung des Kurses anzubieten oder das Kursgeld ist zurückzuerstatten.
- 29 Für die Zukunft empfiehlt es sich, ein sog. Force majeure-Klausel in den Kursvertrag einzubauen, wonach der Leistungsanspruch im Fall höherer Gewalt untergeht.
- 30 Nochmals ist auf die Wichtigkeit einer aktiven, frühzeitigen und transparenten Kommunikation hinzuweisen. Eine solche ist unabdingbar. Es gilt, das Vertrauen der Kundschaft in dieser ausserordentlichen Situation zu bewahren. In jedem Fall sind dabei auch die äusserst unangenehmen und finanziell äusserst einschneidenden Folgen der Massnahmen des Bundesrats für die einzelnen Schwimmschulen und Wasserfitnessanbieter hervorzuheben.
- 31 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Angestellten von Schwimmschulen und Wasserfitnessanbietern Kurzarbeit beantragen können, da sie ihre Tätigkeit nicht mehr ausüben können.

V. Schlusswort

Abschliessend bedanken wir uns herzlich für das entgegengebrachte Vertrauen und stehen für Fragen oder Diskussionen gerne zur Verfügung.

* * *

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'D. Loss', with a stylized flourish at the end.

MLaw Davide Loss
Rechtsanwalt