

**Gutachten**  
**betreffend die rechtlichen Möglichkeiten zur**  
**Attraktivitätssteigerung der Ladenöffnungszeiten**  
**in der Stadt Luzern**

**im Auftrag der Stadt Luzern**  
Stab Finanzdirektion  
Hirschengraben 17, 6002 Luzern

**erstattet von Prof. em. Dr. iur. Paul Richli**  
em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre  
an der Universität Luzern

**unter Mitarbeit von Marc M. Winistörfer, MLaw und BA Politische Ökonomie**

Ergänzung vom 27. Dezember 2017  
des Gutachtens vom 15. Dezember 2016

## Inhaltsübersicht

I. Anlass für den Ergänzungsbedarf des Gutachtens vom 15. Dezember 2016 .....	2
2. Ergänzende Erwägungen und Folgerungen .....	3
2.1. Ausgangsannahmen des Gutachtens .....	3
2.2. Fehlende gesetzliche Grundlage für den Umsatzanteil von mindestens 50 Prozent? .....	4
2.3. Fehlende gesetzliche Grundlage für die Erweiterung des Sortiments? .....	5
2.4. Zulässigkeit des alleinigen Kriteriums des Verkaufs an Touristinnen und Touristen? .....	6
3. Folgerungen .....	6

### I. Anlass für den Ergänzungsbedarf des Gutachtens vom 15. Dezember 2016

- 1 Mit der Aktennotiz vom 20. Juni 2017 hat der Rechtsdienst der Direktion Umwelt, Verkehr und Sicherheit der Stadt Luzern Zusatzfragen gestellt, welche von der Annahme ausgehen, das Gutachten würde den gesetzlichen Rahmen des Ruhetags- und Ladenschlussgesetzes (RLG) des Kantons Luzern sprengen. Die Aktennotiz lautet wie folgt:
  
- 2 „Die Absicht des kantonalen Gesetzgebers war, für die Stadt Luzern und andere Fremdenorte besuchenden Touristinnen und Touristen eine Ausnahme von den schweizweit vergleichsweise eher restriktiven Ladenöffnungszeiten zu machen, nicht aber, allen Geschäften, die nebst Waren des täglichen Bedarfs auch noch einige spezifische touristische Artikel verkaufen, Ausnahmegewilligungen zu erteilen. So hatte sich eine Mehrheit des Grossen Rates (heute: Kantonsrat) bei der Beratung der Botschaft des Regierungsrates B 45 zum Entwurf eines Grossratsbeschlusses über die Initiative für flexible Ladenöffnungszeiten und zum Entwurf einer Änderung des Ruhetags- und Ladenschlussgesetzes vom 4. Juni 1996 gegen eine Ausweitung der in §§ 9 Abs. 3 und 15 Abs. 2 RLG genannten spezifischen Tourismusartikel auf ‚Detailhandelsartikel des täglichen Bedarfs‘ ausgesprochen (B 45, Verhandlungen GR 1997 S. 143 f., Antrag Mathis zu § 9 Absatz 3 RLG).

Sowohl die kantonalen als auch städtischen Vorgaben (§§ 9 Abs. 3 und 15 Abs. 2 Ruhetags- und Ladenschlussgesetzes vom 23. November 1987; Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Schliessungszeiten der Verkaufsgeschäfte vom 17. September 1997) definieren, zwar nicht abschliessend, aber doch eingrenzend, welche Sortimentsartikel speziell auf den Tourismus ausgerichtet sein können, um ein Verkaufsgeschäft zu identifizieren, das unter die Ausnahmeregelung fällt.

Es stellt sich die Frage, wie es sich mit dieser Definition der Sortimentsartikel zu der im Gutachten betreffend die rechtlichen Möglichkeiten zur Attraktivitätssteigerung der Ladenöffnungszeiten in der Stadt Luzern von Prof. em. Dr. iur. Paul Richli vom 15. Dezember 2016 bei der Umsetzung der im Gutachten als Regelungsmöglichkeit 4: Einführung eines Tourismusrayons mit «Opting-in» und «Opting-out» (Gutachten, Rz. 150 ff.) beschriebenen Möglichkeit verhält.

Mit der Vermutung, alle Verkaufsgeschäfte in einem zu bezeichnenden Rayon der Stadt Luzern seien speziell auf den Tourismus ausgerichtet, wird die vom Gesetzgeber verabschiedete Definition der Sortimentsartikel nicht mehr beachtet. Welche Konsequenzen ergeben sich daraus?“

- 3 Am 23. August 2017 fand eine Besprechung des Gutachtens vom 15. Dezember 2016 sowie der erwähnten Aktennotiz mit den folgenden Beteiligten statt: Frau Claudia Billeter, Herren Peter Bucher, Thomas Christen, Stefan Geisseler, Paul Richli, Marc M. Winistörfer. Es folgten Telefongespräche zwischen den Herren Paul Richli und Stefan Geisseler sowie zwischen den Herren Peter Bucher und Paul Richli, welche der weiteren Klärung von Sachverhaltsfragen dienten. Schliesslich fand am 22. Dezember eine Besprechung mit Frau Stadträtin Franziska Bitzi und Herrn Peter Bucher statt.
- 4 Diese Unterlagen und Gespräche geben Anlass zu ergänzenden Ausführungen.

## **2. Ergänzende Erwägungen und Folgerungen**

### **2.1. Ausgangsannahmen des Gutachtens**

- 5 Die Zusatzfragen und die Besprechungen haben ins Blickfeld gerückt, dass das Gutachten eine Annahme nicht explizit macht, die für die rechtliche Beurteilung von zentraler Bedeutung ist. Es geht um die Frage nach der Notwendigkeit der Kumulation von Beurteilungselementen oder der möglichen Beschränkung auf ein Beurteilungselement für die Bewilligung von Ausnahmen von den ordentlichen Ladenöffnungszeiten gemäss § 9 Abs. 3 und § 15 Abs. 2 RLG.
- 6 Die massgebende Frage lautet, wie man die genannten Bestimmungen lesen und interpretieren muss bzw. kann.
- 7 Dem Gutachten liegt die Rechtsauffassung zugrunde, dass der zentrale Gehalt von § 9 Abs. 3 und § 15 Abs. 2 RLG nicht die Aufzählung der Sortimentsartikel ist, sondern der Adressatenkreis der Verkaufsgeschäfte. Es geht um „speziell auf den Tourismus ausgerichtete Verkaufsgeschäfte“. Eine Anknüpfung an das Sortiment ist kaum zielführend. Es gibt schwerlich eine andere Möglichkeit, als den Kreis der adressierten Geschäfte über den „Touristen“ und die „Touristin“ (zur Umschreibung dieser Käuferschicht siehe Gutachten, Rz. 89 f.) zu erfassen. Diese Käuferschicht kann sich jedenfalls nicht allein auf ausländische Touristinnen und Touristen beschränken.
- 8 Entscheidend ist, ob ein Geschäft von Touristinnen und Touristen frequentiert wird. Dieser Gedanke kommt auch in der heutigen Praxis zum Ausdruck, welche mindestens 50 Prozent Umsatz mit Touristinnen und Touristen verlangt, damit ein Geschäft in den Genuss einer Ausnahmegewilligung gelangen kann. Das Gutachten geht weiter davon aus, dass dieser Anteil von mindestens 50 Prozent zulässig ist. Unter diesen Umständen kommt es allein darauf an, *wo* Touristinnen und Touristen einkaufen.
- 9 Fragt man noch nach den gekauften Artikeln, so dürften die in § 9 Abs. 3 und § 15 Abs. 2 RLG beispielhaft genannten Artikel im Vordergrund stehen, nämlich Uhren, Bijouterie, Broderie, Bücher, Souvenirs oder

Sportartikel. Diese Artikel messen aber den Spielraum der zulässigen Verkaufsobjekte nicht aus, wie sich auch aus der bisherigen Erweiterung der Liste der Stadt Luzern ergibt (siehe Faktenblatt Ladenöffnungszeiten für den Tourismus vom 19.01.16 Ni, Ziff. 4.2, wo auf einen laufenden Erweiterungsbedarf hingewiesen wird).

- 10 Nach der dem Gutachten zugrundeliegenden Annahme ist es rechtlich weder geboten noch zielführend, Sortiment, Touristin und Tourist sowie Umsatzanteil zu kumulieren. Entweder kommt es allein auf das Sortiment an oder auf die Touristin und den Touristen, letzteres allenfalls in Kombination mit einem Umsatzanteil.

## **2.2. Fehlende gesetzliche Grundlage für den Umsatzanteil von mindestens 50 Prozent?**

- 11 Die Kombination des Adressatenkreises Touristinnen und Touristen mit einem Umsatzanteil erleichtert die Handhabung der Ausnahmestimmungen. Dieser fehlt es nicht an der gesetzlichen Grundlage. Sie ist vielmehr ein Modus der Praktikabilität der per se sehr anspruchsvollen Umsetzung des Regelungskonzepts des RLG. Wie im Gutachten erwähnt, könnte dieser Prozentsatz allenfalls noch tiefer angesetzt werden, sicher aber nicht bei weniger als einem Drittel des Umsatzes (Rz. 110 f., 153 und 155).
- 12 Der Umsatzanteil beschränkt die Wirtschaftsfreiheit nicht, sondern erleichtert umgekehrt die Erlangung von Ausnahmbewilligungen für längere Ladenöffnungszeiten. Ein Geschäft muss nicht ausschliesslich Touristinnen und Touristen bedienen. Es kann auch der einheimischen Kundschaft Produkte verkaufen.
- 13 Praktikabilität ist gemäss Lehre und Rechtsprechung ein nicht zu vernachlässigendes Kriterium für die Auslegung von Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen, wozu der die Begriffe Touristin und Tourist zählen. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn eine eingreifende Regelung wie die Ladenschlussregelung gelockert werden soll<sup>1</sup>. Die Lockerung liegt im Interesse der Wirtschaftsfreiheit gemäss Artikel 27 Absatz 1 BV und bedeutet keine zusätzliche Beschränkung. Zu fordern ist angesichts von Artikel 94 Absatz 4 BV einzig eine wettbewerbsneutrale Anwendung, d.h. die Gleichbehandlung direkter Konkurrentinnen und Konkurrenten. Ganz und gar unpraktikabel ist es sodann nicht zuletzt, von den Geschäften einen präzisen Nachweis von Umsatzanteilen zu verlangen. Dies würde voraussetzen, dass sich jede Kundin und jeder Kunde als Touristin oder Tourist bzw. als Einheimische oder Einheimischer ausweisen müsste. Eine derartige Kontrolle wäre wohl in hohem Masse nachfragehemmend.
- 14 Für die Bestimmung der „auf den Tourismus ausgerichteten Verkaufsgeschäfte“ ist nicht allein die Ausrichtung eines Geschäfts massgebend, sondern vor allem auch das Einkaufsverhalten und damit der Verkaufserfolg. Es wäre geradezu eine Gesetzesumgehung, ein Geschäft als „auf den Tourismus ausgerichtet“ zu qualifizieren, das nicht auch in hohem Mass Touristinnen und Touristen anzieht. Eine solche Definition würde diese Geschäfte zielwidrig der einheimischen Kundschaft Einkäufe nach dem normalen

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. I, Bern 2012, Rz. 1288.

Ladenschluss ermöglichen, was eine wettbewerbsverzerrende Privilegierung solcher Geschäfte gegenüber den anderen auslösen würde.

- 15 Die Umschreibung „auf den Tourismus ausgerichtete Verkaufsgeschäfte“ verlangt in einer Auslegung nach Sinn und Zweck die Berücksichtigung des Verkaufserfolgs. Zwar ist der Erfolg einer Geschäftsstrategie nicht planbar; doch kann nicht ernsthaft von einer speziellen Ausrichtung auf den Tourismus die Rede sein, wenn die Touristinnen und Touristen langfristig als Kundinnen und Kunden fernbleiben und trotzdem an der gewählten Geschäftsstrategie festgehalten wird (siehe Gutachten, Rz. 96).
- 16 Einzuräumen ist, dass eine rein grammatikalische Auslegung zum Ergebnis führen kann, dass der Wille der Geschäftsleitung zählt, nicht der Verkaufserfolg. Diese Auslegung vermag sich aber gegen eine Auslegung nach Sinn und Zweck – mindestens im vorliegenden Zusammenhang – nach der hier vertretenen Auffassung nicht durchzusetzen.

### **2.3. Fehlende gesetzliche Grundlage für die Erweiterung des Sortiments?**

- 17 Gemäss Aktennotiz verlässt das Gutachten den Boden des RLG, indem es das Verkaufssortiment nicht ins Blickfeld rückt. Es wird für diese Rechtsauffassung auf die Revision 1997 des RLG verwiesen, weil in jenem Zusammenhang die Erweiterung des Katalogs in § 9 Abs. 3 und § 15 Abs. 2 RLG im Rahmen der Beratung im damaligen Grossen Rat abgelehnt worden ist. Auch wenn die Beratungen nicht die letzte Klarheit schaffen, so ist die Annahme doch gerechtfertigt, dass man damals nichts ändern wollte. Die Meinung herrschte vor, die geltende Regelung genüge.
- 18 Die erste Frage lautet, ob die Nichtänderung einer gesetzlichen Bestimmung im Rahmen einer parlamentarischen Revisionsdebatte für die Auslegung dieser Bestimmung unter dem historischen Auslegungselement von Bedeutung sein könne. Sie ist grundsätzlich zu bejahen. Es handelt sich – in Anlehnung an die Terminologie der Lückenfüllung – um ein qualifiziertes Schweigen<sup>2</sup>. Dieses spricht grundsätzlich dagegen, dass man – vor allem im Bereich der Lückenfüllung – von einem klaren Willen des Gesetzgebers, d.h. von der historischen Auslegung, abweicht. Auf welche Auslegung der Bestimmungen der Grosse Rat im Jahr 1997 zurückgriff, geht aus den vorhandenen Unterlagen allerdings nicht hervor. Das qualifizierte Schweigen schliesst im Übrigen nicht aus, dass spätere Entwicklungen und Veränderungen im Einkaufsverhalten und im regulatorischen Umfeld anderen Auslegungselementen als dem historischen, insbesondere dem teleologischen (Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm), mehr Gewicht zu verleihen gestatten. Der Wille des historischen Gesetzgebers führt nicht zu einer Versteinerung der Auslegung, selbst wenn das historische Auslegungselement auch im Rahmen der Ermittlung von Sinn und Zweck einer Norm seine Bedeutung behält.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Siehe dazu etwa RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. I, Bern 2012, Rz. 722 ff. und 1199 ff., je mit Nachweis der Rechtsprechung.

<sup>3</sup> Siehe dazu etwa WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 2), Rz. 1011 mit Nachweis der Rechtsprechung.

19 Das Gutachten geht – wie ausgeführt – davon aus, dass die bisherige Praxis mit der 50 Prozent-Schwelle zulässig ist, weil sie die Praktikabilität gegenüber der blossen Anwendung eines Katalogs von Verkaufsobjekten erhöht und weil sie die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit in wettbewerbsneutraler Weise lockert. Von Touristinnen und Touristen nachgefragte Artikel dürfen auch noch von der einheimischen Kundschaft gekauft werden, ohne dass ein Geschäft den Charakter eines Tourismusgeschäfts sogleich verliert.

#### **2.4. Zulässigkeit des alleinigen Kriteriums des Verkaufs an Touristinnen und Touristen?**

20 Wie bereits ausgeführt (Rz. 7 ff. und 14 f.), kann man den Kreis der Tourismusartikel nicht ohne Rekurs auf das Einkaufsverhalten der Touristinnen und Touristen bestimmen. Das Sortiment kann höchstens ein Indiz für die spezielle Ausrichtung eines Geschäfts auf touristische Kundschaft sein. Unter diesen Umständen liegt die Annahme des Gutachtens nahe, dass es genügt, den Touristen und die Touristin zu definieren und an den Umsätzen mit diesem Kundenkreis anzuknüpfen. Die Umschreibung der Tourismusartikel hat keinen massgeblichen zusätzlichen Erkenntniswert. Vielmehr ist mit der Anknüpfung an ein abschliessendes Verkaufssortiment das Risiko verbunden, dass der Ausnahmereich in einer Art und Weise beschränkt wird, welche Sinn und Zweck der Regelung widerspricht und damit Verkaufsgeschäfte ausschliesst, die auf den Tourismus ausgerichtet sind. Dies gilt insbesondere in der Kombination der Touristin und des Touristen mit einem Umsatzanteil von 50 Prozent mit Touristinnen und Touristen.

21 Im vorliegenden Zusammenhang fällt besonders ins Gewicht, dass die statistisch repräsentative Tourismusstatistik (Gutachten, Rz. 152; Summary S. 2 f.) zum Schluss gelangt, dass im Kernbereich der Stadt die Umsätze mit Touristinnen und Touristen über 50 Prozent liegen. Unter diesen Umständen liegt die Vermutung nahe, dass dieser Umsatzanteil, mindestens aber ein solcher von rund einem Drittel, vom Grossteil der Ladengeschäfte erreicht wird. Dies ist unter Aspekten der Praktikabilität einer Regelung von erheblicher Bedeutung. Es ist dies auch ein Umstand, der anlässlich der Beratung des RLG im Grossen Rat im Jahre 1997 noch nicht vorlag oder jedenfalls nicht bekannt war und der daher das Gewicht des historischen Auslegungselements zu reduzieren geeignet ist.

### **3. Folgerungen**

22 Aufgrund des heutigen Kenntnisstands ist nicht ersichtlich, dass es für die Gewährleistung der Gesetzmässigkeit der Regelung einer grundsätzlichen Abkehr von der Auslegung von § 9 Abs. 3 und § 15 Abs. 2 RLG gemäss Gutachten bedürfte. Weiter massgebend muss der Minimalanteil der Touristinnen und Touristen am Umsatz sein. Auf die Anknüpfung am Sortiment kann hingegen verzichtet werden, weil es kaum einen wesentlichen zusätzlichen Erkenntniswert zur Anknüpfung an die Touristin und den Touristen bringt. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls unter der Annahme vertretbar, dass die von der Stadt Luzern periodisch durchgeführte Tourismusstatistik (Gutachten, Rz. 152; Summary S. 2 f.) statistisch relevant ist und dass daraus plausibel hervorgeht, dass im fraglichen „Tourismusgeschäftsrayon“ der Stadt Luzern der Umsatz mit Touristinnen und Touristen mindestens bei 50 Prozent, jedenfalls aber mindestens bei einem Drittel liegt. Zu postulieren ist zudem, dass diese Tourismusstatistik

z.B. alle fünf Jahre erneuert wird um sicherzustellen, dass die Vermutung des hohen Umsatzanteils im Tourismusgeschäft weiterhin gerechtfertigt ist.

- 23 Allerdings kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass ein Gericht in einem (nach den Ausführungen im Gutachten zu den Legitimationsfragen [Gutachten, Rz. 171 ff.] allerdings eher unwahrscheinlichen) Streitfall zu einer restriktiveren Auslegung gelangen könnte.
- 24 Ein Restanfechtungsrisiko könnte beispielsweise dadurch reduziert werden, dass sich die Stadt Luzern bei Einführung des Modells „Tourismusgeschäftsrayon“ vorbehält, im Fall offensichtlicher Zweifel am Minimalumsatz von 50 Prozent bzw. einem Drittel eines Geschäfts mit Touristinnen und Touristen eine nähere Abklärung durchzuführen und die allgemeine Bewilligung für längere Ladenöffnungszeiten im Einzelfall zu entziehen, falls das fragliche Geschäft den Minimalumsatz mit Touristinnen und Touristen nicht glaubhaft zu machen vermag.

Prof. em. Dr. iur. Paul Richli