

**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

Zweite Ergänzung vom 27. Oktober 2018  
des Gutachtens vom 15. Dezember 2016

## Inhaltsübersicht

1. Zweiter Ergänzungsbedarf des Gutachtens vom 15. Dezember 2016 .....	2
2. Bisherige Abklärungen .....	3
2.1 Ausgangsannahmen des Gutachtens .....	3
2.2 Ergebnis der ersten Ergänzung vom 27. Dezember 2017 des Gutachtens vom 15. Dezember 2016.....	4
3. Zusätzliche Abklärungen.....	4
3.1 Vorbemerkungen.....	4
3.2 Zulässigkeit einer Rayonlösung auf der Grundlage des Umsatzanteils mit Touristinnen und Touristen.....	5
3.3 Rechtliche Anforderungen an die Erprobung des Konzepts in einer Pilotphase.....	7
3.4 Differenzierung der Verlängerung der Ladenöffnungszeiten nach Einzelbewilligung oder Umsatzvermutung .....	8
4. Beantwortung der Zusatzfragen.....	9
4.1 Verzicht auf ein Gesuch zugunsten einer Anmeldung.....	9
4.2 Ausrichtung des Rayons nach den touristischen Hotspots .....	10
4.3 Verzicht auf das Widerspruchsrecht der Stadt Luzern.....	10
4.4 Differenzierung der Verlängerung der Ladenöffnungszeiten nach Einzelbewilligung oder Umsatzvermutung .....	11

### 1. Zweiter Ergänzungsbedarf des Gutachtens vom 15. Dezember 2016

- 1 Mit Schreiben per E-Mail vom 3. Oktober 2018 ersucht Herr Christoph Caviezel, Projektleiter Wirtschaftsfragen in der Fachstelle Wirtschaftsfragen der Stadt Luzern um rechtliche Prüfung eines neuen Umsetzungsvorschlags, enthaltend ein erweitertes Szenario im Rahmen der Attraktivitätssteigerung der Ladenöffnungszeiten in der Stadt Luzern. Dieses Szenario macht eine zweite Ergänzung des Gutachtens vom 15. Dezember 2016 betreffend die rechtlichen Möglichkeiten zur Attraktivitätssteigerung der Ladenöffnungszeiten in der Stadt Luzern erforderlich. Die erste Ergänzung datiert vom 27. Dezember 2017.
- 2 Konkret sind für den neuen Umsetzungsvorschlag die folgenden Fragen zu beantworten:
  - (1) Ist es rechtlich zulässig, auf ein Gesuch der Geschäfte zu verzichten und lediglich eine Anmeldung z.B. per E-Mail zu verlangen?
  - (2) Ist es rechtlich zulässig, das Rayon nach den touristischen Hotspots auszurichten, also z.B. auch das KKL einzubeziehen? Massgebend wäre danach, wo sich Touristinnen und Touristen «normalerweise» aufhalten. Diese Art des Rayons würde durch eine Studie der Immocompass AG festgestellt.
  - (3) Ist es rechtlich zulässig, auf das Widerspruchsrecht der Stadt Luzern zu verzichten? Das heisst, dass in diesem Rayon de facto auf das Umsatzerfordernis von mindestens 30% bei jedem einzelnen Unternehmen verzichtet und stattdessen verlangt würde, dass die Unternehmen im Rayon gesamthaft mindestens 30 % ihres Umsatzes mit Touristinnen und Touristen erzielen würden.

(4) Ist es rechtlich zulässig, längere Ladenöffnungszeiten danach zu differenzieren, ob ein Geschäft eine Einzelbewilligung aufgrund eines Gesuchs erlangt oder ob es die Vermutung des Mindestumsatzanteils von mindestens einem Drittel in Anspruch nimmt?

- 3 Nachfolgend werden zunächst die bisherigen Abklärungen festgehalten (Ziff. 2). Es geht darum, die Ausgangsannahmen des Gutachtens vom 15. Dezember 2016 in Erinnerung zu rufen (Ziff. 2.1). und auf das Ergebnis der ersten Ergänzung vom 27. Dezember 2017 zurückzugreifen (Ziff. 2.2). Damit sollten die Verständnisvoraussetzungen für die zusätzlichen Abklärungen geschaffen sein (Ziff. 3). Diese wiederum sind Voraussetzung für die Beantwortung der Zusatzfragen (Ziff. 4).

## 2. Bisherige Abklärungen

### 2.1 Ausgangsannahmen des Gutachtens

- 4 Die Zusatzfragen und die Besprechungen im Vorfeld der ersten Ergänzung 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.
- 5 Die massgebende Frage lautet, wie man die genannten Bestimmungen lesen und interpretieren muss bzw. kann.
- 6 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.
- 7 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.
- 8 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 Laden-

öffnungszeiten für den Tourismus vom 19.01.16 Ni, Ziff. 4.2, wo auf einen laufenden Erweiterungsbedarf hingewiesen wird).

- 9 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 Ergebnis der ersten Ergänzung vom 27. Dezember 2017 des Gutachtens vom 15. Dezember 2016**

- 10 Aufgrund des Kenntnisstands im Dezember 2017 war 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 bedurft hätte. Es ergab sich, dass der Minimalanteil der Touristinnen und Touristen am Umsatz weiter massgebend sein muss. 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.
- 11 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.
- 12 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.

## **3. Zusätzliche Abklärungen**

### **3.1 Vorbemerkungen**

- 13 Die zusätzlichen Fragestellungen der Stadt Luzern zielen darauf ab, die Praktikabilität der Rayonlösung durch Verminderung des administrativen Aufwands auf Seiten der Stadt Luzern und auf Seiten der Unternehmen zu verbessern, was nur möglich ist, wenn die Prüfung der Umsatzanforderungen reduziert wird. Vorweg sollen zusätzliche Erwägungen zur Zulässigkeit einer am Umsatz anknüpfenden

Rayonlösung innerhalb der Stadt Luzern durch Rekurs auf die bundesgerichtliche Praxis angestellt werden (Ziff. 3.2). Weiter sind die Anforderungen an die Erprobung des Konzepts in einer Pilotphase zu erörtern (Ziff. 3.3). Schliesslich sind grundsätzliche Erwägungen im Zusammenhang mit der Frage anzustellen, ob es rechtlich zulässig sei, längere Ladenöffnungszeiten danach zu differenzieren, ob ein Geschäft eine Einzelbewilligung aufgrund eines Gesuchs erlangt oder ob es die Vermutung des Mindestumsatzanteils von mindestens einem Drittel in Anspruch nimmt (Ziff. 3.4).

### **3.2 Zulässigkeit einer Rayonlösung auf der Grundlage des Umsatzanteils mit Touristinnen und Touristen**

- 14 Das Bundesgericht hatte sich in seiner Rechtsprechung zweimal mit einer vergleichbaren Frage zu beschäftigen, nämlich mit der Frage, ob ein Tourismusort nur als solcher oder ob auch nur ein Ortsteil von einer Ladenöffnungsregelung für Tourismusbedürfnisse profitieren könne. Die Prüfung erfolgte allerdings nicht anhand einer Regelung über die Ladenöffnungszeiten, sondern anhand der arbeitsrechtlichen Regelung. Dennoch sind die bundesgerichtlichen Erwägungen von Relevanz.
- 15 Gemäss Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 darf der Arbeitgeber die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise am Sonntag beschäftigen; dies gilt gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 unter anderem, falls sich das Geschäft in einem Fremdenverkehrsgebiet befindet, das der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient.
- 16 In einem Streitfall mit Bezug auf das Migros-Geschäft in Lausanne-Ouchy ging es um die Frage, ob das Geschäft in einem Tourismusrayon liege. Die Lausanner Bewilligungsbehörde bejahte diese Frage, ebenso das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt. Das Bundesgericht gelangte im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen das letztinstanzliche kantonale Urteil zum selben Ergebnis<sup>1</sup>. Dabei war insbesondere die Antwort auf die Frage massgebend, ob der Tourismus im Quartier Lausanne-Ouchy eine wesentliche Bedeutung habe, was das Bundesgericht bejahte<sup>2</sup>.
- 17 Für den vorliegenden Zusammenhang weitere Vergleichselemente finden sich in einem Streitfall um eine der Société Coopérative Migros Neuchâtel-Fribourg verweigerte Ausnahmbewilligung für Sonntagsarbeit in der Migros-Filiale Murten. Die Fragen drehten sich darum, ob Murten ein touristischer Ort sei oder ob die Migros-Filiale in einem Ortsteil mit touristischem Charakter liege. Streitig war auch, ob man auf statistische Zahlen hinsichtlich der Arbeitskräfte abstellen dürfe, um den touristischen Charakter zu bestimmen<sup>3</sup>. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass es im vorliegenden Fall nicht genüge zu prüfen, ob Murten als ganzer Ort touristischen Charakter aufweise. Es müsse auch geprüft werden, ob der Ortsteil, in dem die Migros-Filiale liege, diesen Charakter habe. Alsdann gehe es darum zu wissen, wie hoch der Anteil der Arbeitskräfte im Tourismus in diesem Ortsteil sei. Die rechtliche Anforderung an den

---

<sup>1</sup> Urteil 2A.578/2000 vom 24. August 2001.

<sup>2</sup> Erw. 4.b.

<sup>3</sup> Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014.

Tourismuscharakter, dass der Tourismus eine «wesentliche Rolle» spiele, könne sodann auch bei einem Anteil an den Arbeitskräften von weniger als 50 Prozent erfüllt sein. Ein starrer Prozentsatz werde Sinn und Zweck der Regelung nicht gerecht. Eine Untergrenze nannte das Bundesgericht nicht, sondern hielt dafür, es seien verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, Von Bedeutung sei insbesondere, ob die Migros-Filiale hinsichtlich des Sortiments den Bedürfnissen der Touristen entspreche<sup>4</sup>. Obwohl die im Tourismus tätigen Arbeitskräfte in der ganzen Gemeinde Murten nicht einmal 20 Prozent ausmachten, hob das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz auf und wies den Fall zur Überprüfung im Sinne der Erwägungen zurück<sup>5</sup>.

- 18 Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich demnach entnehmen, dass eine Rayonlösung möglich ist und dass ein Tourismusgebiet anhand von statistischen Zahlen umschrieben werden kann. In den Streitfällen vor Bundesgericht ging es um den Anteil der Arbeitskräfte im Tourismus. Die Stadt Luzern möchte demgegenüber auf den Umsatz abstellen. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche zwingend für den Anteil der Arbeitskräfte sprächen. Der Anteil am Umsatz scheint ebenfalls repräsentativ zu sein. Allerdings dürfte der Umsatzanteil in der Stadt Luzern zu einem höheren Prozentsatz führen als der Anteil der Arbeitskräfte, weil viele von den Touristinnen und Touristen nachgefragten Produkte, insbesondere Uhren und Schmuck, vergleichsweise hochpreisig sind und pro Umsatzfranken weniger Personaleinsatz erfordern.
- 19 Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist hingegen keine Aussage zur Frage zu entnehmen, ob es rechtlich zulässig sei, auf ein Bewilligungs- oder ein Anmeldeverfahren zu verzichten. In den genannten Streitfällen ging es um Bewilligungsverweigerungen. Es ging mit anderen Worten nicht nur um die Frage nach den Bestimmungsfaktoren für ein Tourismusgebiet (Ort oder Rayon), sondern auch um die Frage, ob ein konkretes Geschäft die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung erfülle. Im vorliegenden Zusammenhang soll – nach der Konzeption des Pilotprojekts – generell die Vermutung Platz greifen, dass ein konkretes Geschäft die Umsatzanforderungen erfülle. Eine Widerspruchsmöglichkeit der Stadt Luzern sollte nicht nötig sein.
- 20 Es kann nicht übersehen werden, dass mit dieser Konzeption das Spannungsverhältnis zum RLG verstärkt wird. Es soll für das einzelne Geschäft nicht nur vom Sortiment abstrahiert werden, sondern auch vom Umsatzanteil. Die Globalbetrachtung soll genügen. Unter diesen Umständen ist von Interesse, ob die Realisierung des Konzepts im Rahmen eines Pilotprojekts die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu erleichtern vermöge.

---

<sup>4</sup> Erw. 5.

<sup>5</sup> Erw. 6.

### 3.3 Rechtliche Anforderungen an die Erprobung des Konzepts in einer Pilotphase

- 21 Das hier fragliche Vorgehen wird in der Rechtslehre insbesondere unter dem Titel der experimentellen Rechtsetzung thematisiert<sup>6</sup>. Bei dieser Art der Rechtsetzung geht es darum, dem Gesetzgeber oder der Verwaltung die Möglichkeit zu eröffnen, in einem begrenzten Zeitraum Erfahrungen zu sammeln oder eine konsensfähige Lösung im Hinblick auf eine definitive Regelung zu finden. Einen entsprechenden Bedarf gibt es insbesondere, wenn die Wirkungen einer geplanten Regelung schwer vorauszusehen sind und daher unsicher ist, ob das legislatorische Ziel erreicht werden kann. In dieser Unsicherheitslage geht es darum, einen Evaluations- und Lernprozess zu institutionalisieren.
- 22 Das Vorgehen der experimentellen Gesetzgebung kann dazu führen, dass die Normenhierarchie (Verfassung, Gesetz, Verordnung) zuweilen «auf den Kopf» gestellt wird<sup>7</sup>. Man beginnt auf der Ebene von Einzelbewilligungen oder von Verordnungen und geht anschliessend – im Fall eines positiven Ergebnisses – zur Regelung auf Gesetzesstufe. Im Extremfall verschafft sich der Bund sogar erst am Schluss noch die erforderliche verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage. Beispiele sind etwa die lokalen Rundfunkversuche, der Versuch mit Tempo 50 innerorts, die Smog-Geschwindigkeitsbegrenzungen<sup>8</sup> sowie die Erstellung biometrischer Pässe für die Schweizer Bevölkerung<sup>9</sup>.
- 23 In Rahmen der experimentellen Gesetzgebung stellt sich namentlich die Frage, ob die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage herabgesetzt werden können, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Regelungsgegenstand noch (zu) wenig konkret umschrieben werden kann. Diesbezüglich gibt es keine einheitliche Lehrmeinung. Während es Stimmen gibt, welche die Frage bejahen<sup>10</sup>, geht eine andere Auffassung dahin, dass der Versuch gesetzlich geregelt werden müsse<sup>11</sup>. Die neuste Meinungsäusserung lautet, dass das Legalitätsprinzip nur gelockert werden dürfe, wenn die Unvorhersehbarkeit der tatsächlichen Entwicklung und der Wirkungen staatlicher Regulierungen in einem bestimmten Gebiet so gross ist, dass ein «normaler» Versuch, d.h. der Erlass von Normen mit der Möglichkeit der Korrektur aufgrund einer nachträglichen Gesetzesevaluation nicht gewagt werden dürfe. In diesem Fall dürften die gesetzlichen Normen offener, unbestimmter sein und Verordnungen wichtigere Regelungen enthalten als im Normalfall<sup>12</sup>.
- 24 Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es nicht zuletzt darauf an, ob eine Versuchsregelung grundrechtliche Positionen bzw. verfassungsmässige Rechte beeinträchtigt. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang nicht ersichtlich. Die Wirtschaftsfreiheit wird nicht eingeschränkt. Die Geschäfte erhalten im

---

<sup>6</sup> Siehe bes. PHILIPPE MASTRONARDI, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1991, Band I, S. 449; GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2013, Rz. 275.

<sup>7</sup> MASTRONARDI (Fn. 6), S. 460.

<sup>8</sup> Siehe MASTRONARDI (Fn. 6), S. 449 f.

<sup>9</sup> MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), Rz. 275.

<sup>10</sup> So CHARLES-ALBERT MORAND und LUZIUS MADER, Nachweis bei MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), Rz. 275.

<sup>11</sup> So MASTRONARDI (Fn. 6), S. 459 ff., bes. S. 465.

<sup>12</sup> So MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), Rz. 276.

Gegenteil vermehrte Geschäftsmöglichkeiten. Kein Geschäft wird aber verpflichtet, die erweiterten Möglichkeiten auch wahrzunehmen. Auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität wird nicht eingeschränkt, wenn Geschäfte ausserhalb des Rayons eine «Opting-In»-Möglichkeit erhalten oder wenn so genannte «Hot Spots» definiert werden, in deren Umkreis die Geschäfte ebenfalls in die längeren Öffnungszeiten einbezogen werden. Da die angestrebte Regelung innerhalb der bewilligungsfreien Arbeitszeiten nach Art. 10 ArG liegt, ist auch von dieser Seite kein besonderes Schutzbedürfnis gegeben. Gleiches gilt für das öffentliche Interesse hinsichtlich der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, welches durch das RLG geschützt ist.

- 25 Eine Versuchslösung setzt voraus, dass die Erfahrungen gesammelt und ausgewertet werden und dass die Lösung entsprechend den Erfahrungen angepasst wird. Sollte sich die Lösung nicht bewähren, so müsste sie am Ende der im Voraus bestimmten Periode aufgegeben werden. Für eine Verlängerung müssten überzeugende Gründe verfügbar sein. Zentral ist, dass eine Versuchslösung keine Investitionen der Geschäfte voraussetzt, die eine Beendigung des Versuchs am Ende der Periode geradezu ausschliessen.

### **3.4 Differenzierung der Verlängerung der Ladenöffnungszeiten nach Einzelbewilligung oder Umsatzvermutung**

- 26 Eine gegenüber dem Gutachten vom 15. Dezember 2016 weitere neue Frage lautet dahin, ob es zulässig sei, die Erstreckung der Ladenöffnungszeiten danach zu differenzieren, ob ein Geschäft eine Einzelbewilligung aufgrund eines Gesuchs erlangt oder ob es die Vermutung des Mindestumsatzanteils von mindestens einem Drittel in Anspruch nimmt. Vorgesehen ist, dass die bisherigen Läden mit Einzelbewilligung weiterhin ihre Einzelbewilligung gemäss Art. 1 der Verordnung über die Schliessungszeiten der Verkaufsgeschäfte in der Stadt Luzern vom 17. September 1997<sup>13</sup> behalten. Danach sind Bewilligungen bis höchstens für die folgenden Zeiten erteilt worden: an öffentlichen Ruhetagen bis 20 Uhr (Abs. 1 Bst. a) und an Werktagen bis 22.30 Uhr (Abs. 1 Bst. b). Läden, die sich auf die Vermutung berufen, sollen demgegenüber am Montag bis am Freitag bis (höchstens) 20 Uhr und am Samstag bis (höchstens) 17 Uhr offenbleiben dürfen. Am Sonntag müssen sie geschlossen bleiben. Die Abendverkäufe sollen hingegen gestrichen werden. Bezüglich dieses Konzepts sind nach der hier vertretenen Auffassung die folgenden Erwägungen anzustellen:
- 27 Das RLG selber enthält keine Bestimmung, wonach in den Ausnahmebereichen von § 9 Abs. 3 und von § 15 Abs. 2 unterschiedliche Verlängerungen der Ladenöffnungszeiten zulässig sind. Es wird lediglich die Zeit angegeben, zu welcher die Läden spätestens geschlossen werden müssen. So wäre es zum Beispiel ohne weiteres möglich, gestützt auf § 9 Abs. 3 eine Öffnungszeit bis 19.30 Uhr statt bis um 20 Uhr zu bewilligen. Dasselbe gilt analog für § 15 Abs. 2. Die derzeitigen Ausnahmbewilligungen lauten denn auch nicht alle gleich. Es gibt unterschiedliche Ausnahmen, wie sich aus der folgenden Tabelle der Stadt Luzern ergibt.

---

<sup>13</sup> sRSL Nr. 1.1.1.1.4.



Montag bis Mittwoch	8–20 Uhr, 8.30–19 Uhr, 9–19/20 Uhr
Montag bis Freitag	8.30–19.30 Uhr, 9–21 Uhr
Montag bis Samstag	8–21/22/22.30 Uhr, 8.30–19/19.30/22/22.30 Uhr, 9–19.30 Uhr, 10–19.30, 9–22.30 Uhr
Montag bis Sonntag	8–20 Uhr, 8.30–19.30 Uhr, 9–18/19/19.30/20 Uhr, 10–19 Uhr
Samstag bis Sonntag	8–17/20 Uhr, 8.30–17/19 Uhr, 9–17/18/18.30 Uhr, 10–18/18.30 Uhr
Sonntag	8–18/20 Uhr, 8.30–18.30/20 Uhr, 9–18/18.30/19/20 Uhr, 10–19/19.30 Uhr, 9–20 Uhr, 8.30–20 Uhr, 12–18 Uhr, 12.30–17 Uhr

- 28 Gibt es für die Einzelbewilligung von Gesuchen einen zeitlichen Rahmen, so können die Bewilligungen selbstverständlich entsprechend unterschiedlichen Gesuchen unterschiedlich lauten. Anders verhält es sich mit einer staatlichen Regelung. Für unterschiedliche generell-abstrakte Regelungen braucht es sachliche Gründe. Andernfalls setzt sich der Gesetz- oder Verordnungsgeber dem Vorwurf der Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) aus<sup>14</sup>.
- 29 Im vorliegenden Zusammenhang lässt sich die Auffassung vertreten, dass ein sachlicher Grund für die ungleichen Endzeiten der Erstreckungsmöglichkeiten des Ladenschlusses gegeben ist, nämlich die Erleichterung des Zugangs zur Ausnahmeregelung überhaupt. Es genügt, wenn sich ein Laden im Rayon befindet. Er muss nicht nachweisen, dass ein erheblicher Teil seines Umsatzes auf Touristinnen und Touristen entfällt.

#### 4. Beantwortung der Zusatzfragen

##### 4.1 Verzicht auf ein Gesuch zugunsten einer Anmeldung

*(1) Ist es rechtlich zulässig, auf ein Gesuch der Geschäfte zu verzichten und lediglich eine Anmeldung z.B. per E-Mail zu verlangen?*

- 30 Schon das Gutachten vom 15. Dezember 2016 geht davon aus, dass Geschäfte im Tourismusrayon keine Gesuche stellen müssen, sondern dass sie von der Vermutung profitieren, die geforderte Umsatzschwelle von mindestens einem Drittel des Gesamtumsatzes zu erreichen (Rz. 153, 155 und 238). Unter diesen Umständen ist eine schriftliche Anmeldung, z.B. per E-Mail, ausreichend.

---

<sup>14</sup> Siehe z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 576 ff.

## 4.2 Ausrichtung des Rayons nach den touristischen Hotspots

*(2) Ist es rechtlich zulässig, das Rayon nach den touristischen Hotspots auszurichten, also z.B. auch das KKL einzubeziehen? Massgebend wäre danach, wo sich Touristinnen und Touristen «normalerweise» aufhalten. Diese Art des Rayons würde durch eine Studie der Immocompass AG festgestellt.*

- 31 Aus den vorstehend zitierten Urteilen des Bundesgerichts (vorn Rz. 14 ff.) geht hervor, dass ein Tourismusgebiet erstens nicht eine ganze Gemeinde oder Stadt umfassen muss und dass zweitens innerhalb einer Gemeinde oder Stadt ein oder mehrere Gebiete (z.B. Quartiere) als Tourismusgebiete gelten können, falls diese die erforderlichen statistischen Anforderungen – in den Streitfällen den Mindestanteil an Arbeitskräften, die im Tourismus beschäftigt sind – erfüllen. Statt des Mindestanteils an Personal kann nach der hier vertretenen Auffassung auch der Mindestanteil am Umsatz, d.h. mindestens ein Drittel des Gesamtumsatzes, dienen.
- 32 Unter diesen Umständen könnten auch die so genannten Hotspots als Anknüpfungspunkte für die Umschreibung einer Mehrzahl von (kleineren) Tourismusrayons dienen.
- 33 Auch in dieser Konzeption sollte Unternehmen ausserhalb der Hotspots zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität der Regelung eine «Opting-In»-Möglichkeit geboten werden, d. h. die Möglichkeit, dass einzelne Geschäfte ausserhalb des Tourismusgeschäftsrayons eine Ausnahmegewilligung beantragen können. Die interessierten Geschäfte müssten den Nachweis erbringen oder mindestens glaubhaft machen, dass sie den erforderlichen Umsatzanteil von mindestens einem Drittel aus dem Verkauf von Waren bzw. der Erbringung von Dienstleistungen an Touristinnen und Touristen erzielen.

## 4.3 Verzicht auf das Widerspruchsrecht der Stadt Luzern

*(3) Ist es rechtlich zulässig, auf das Widerspruchsrecht der Stadt Luzern zu verzichten? Das heisst, dass in diesem Rayon de facto auf das Umsatzerfordernis von mindestens 30% bei jedem einzelnen Unternehmen verzichtet und stattdessen verlangt würde, dass die Unternehmen im Rayon gesamthaft mindestens 30 % ihres Umsatzes mit Touristinnen und Touristen erzielen würden.*

- 34 In der ersten Ergänzung vom 27. Dezember 2017 (Rz. 24) des Gutachtens vom 15. Dezember 2016 wird ausgeführt, dass ein Restanfechtungsrisiko z.B. dadurch reduziert werden könnte, 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 (Rz. 24; auch vorn Rz. 12). Es wäre nach der hier vertretenen Auffassung nach wie vor vorzugswürdig, eine solche «Widerspruchsmöglichkeit» vorzusehen. Sie könnte so ausgestaltet werden, dass die Stadt Luzern nur dann auf ein Geschäft zugehen könnte, wenn sie zur Auffassung gelangen würde, dass die Mindestumsatzanforderung offensichtlich nicht erfüllt sein kann.

Das fragliche Unternehmen hätte in diesem Fall immer noch die Möglichkeit, den erforderlichen Minimalumsatzanteil glaubhaft zu machen.

- 35 Immerhin lässt sich die Auffassung vertreten, dass man auf eine «Widerspruchsmöglichkeit» verzichten kann, sofern das Regelungskonzept als Versuch im Sinne einer experimentellen Rechtsetzung ausgestaltet wird. In dieser Variante geht es darum, in einem beschränkten Zeitraum Erfahrungen zu sammeln und auszuwerten. Dazu kann insbesondere auch die Abklärung gehören, ob ungewollte Wettbewerbsverzerrungen entstehen, welche nicht durch die «Opting-In-Möglichkeit» ausgeglichen werden können. Die Begründung für diese Erleichterung liegt darin, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Ausnahmen herabgesetzt werden können, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Versuchsregelung in einer Materie angestrebt wird, ohne dass verfassungsmässige Rechte und öffentliche Schutzinteressen erheblich beeinträchtigt werden. Zentral ist, dass eine Versuchslösung keine Investitionen der Geschäfte voraussetzt, die eine Beendigung des Versuchs am Ende der Periode geradezu ausschliessen.

#### **4.4 Differenzierung der Verlängerung der Ladenöffnungszeiten nach Einzelbewilligung oder Umsatzvermutung**

*Ist es rechtlich zulässig, längere Ladenöffnungszeiten danach zu differenzieren, ob ein Geschäft eine Einzelbewilligung aufgrund eines Gesuchs erlangt oder ob es die Vermutung des Mindestumsatzanteils von mindestens einem Drittel in Anspruch nimmt?*

- 36 Die allgemeinen Erwägungen (vorn Rz. 26 ff.) haben ergeben, dass es einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von Läden mit Einzelbewilligung und von Läden im Rayon mit Umsatzvermutung gibt. Die Differenzierung verstösst unter diesen Umständen nicht gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung. Dazu kommen, je nach Ausgestaltung, noch eine Reihe von zusätzlichen Argumenten.
- 37 Beschränkt sich die Stadt Luzern im Rahmen eines Pilotversuchs auf eine derart reduzierte Ausnahmeregelung, so verlieren allfällige Argumente gegen die genügende gesetzliche Grundlage im RLG zusätzlich an Gewicht. Erstens entfallen die Ladenöffnung am Sonntag sowie die beiden Abendverkäufe am Donnerstag und Freitag und zweitens gibt es im Vergleich zu den Läden ausserhalb des Rayons nur wenige Zusatzstunden an Öffnungszeiten. Sollen die Läden vom Montag bis am Freitag spätestens um 20 Uhr schliessen sowie am Samstag spätestens um 17 Uhr, ergeben sich nur 3 1/2 Zusatzstunden Öffnungszeit, nämlich fünfmal 1.5 Stunden plus 1.0 Stunde gleich total 8.5 Stunden minus zweimal 2.5 Stunden gleich total 5.0 Stunden. Würde die Stadt Luzern die abendlichen Öffnungszeiten nur bis 19.30 Uhr verlängern, so ergäbe sich sogar nur 1.0 Zusatzstunde Öffnungszeit.
- 38 Bei 2.5 oder sogar nur 1.0 Zusatzstunde Öffnungszeit sind allfällige Argumente gegen die gesetzliche Grundlage vollständig zu vernachlässigen, weil keine durch das Legalitätsprinzip zu schützenden Rechtsgüter verletzt werden. Es gibt – wie schon bei der heutigen Ausnahmeregelung – keine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit, weil im Gegenteil die Geschäftsmöglichkeiten erweitert werden. Sodann bleibt diese Regelung sogar im Rahmen der arbeitsgesetzlichen Tagesarbeit von 6-20 Uhr und nimmt nicht einmal – wie die Abendverkäufe – die Abendarbeitszeit von 20–23 Uhr in Anspruch (Art. 10 Abs. 1 ArG). Und es

ist nicht ersichtlich, dass die Stadtluzerner Ruhe und Ordnung in irgend einer Weise beeinträchtigt würden.

A handwritten signature in blue ink, reading "Paul Richli", is displayed on a light blue rectangular background.

Prof. em. Dr. iur. Paul Richli