

Kurzgutachten

Empfänger Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich
z.H.v. Herrn Dr. iur. Gian Andrea Schmid, Generalsekretär

Datum 26. Juli 2023

Von Prof. Dr. Isabelle Häner / Dr. Florian Brunner

Betreff Beurteilung der Gültigkeit der Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen im Kanton Zürich»

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

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
Im Anwaltsregister eingetragen

Florian Brunner
Dr. iur., Rechtsanwalt
Florian.Brunner@bratschi.ch
Im Anwaltsregister eingetragen

5094021

I. AUSGANGSLAGE

- 1 In Zürich sind die Wohnungen knapp: Im Jahr 2022 lag die Leerwohnungsziffer im Kanton Zürich bei 0.6% und in der Stadt Zürich bei 0.07%; schweizweit betrug sie 1.31%.¹
- 2 Am 2. März 2023 reichte das Initiativkomitee die kantonale Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen im Kanton Zürich» (die «Volksinitiative») in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs ein, nachdem die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich (die «Justizdirektion») die Volksinitiative einer Vorprüfung unterzogen und im Amtsblatt veröffentlicht² hatte (§ 124 f. GPR³). Mit Verfügung vom 22. März 2023 stellte die Justizdirektion fest, dass die Volksinitiative zustande gekommen ist.⁴
- 3 Innert sechs Monaten nach Einreichung einer zustande gekommenen Volksinitiative beschliesst der Regierungsrat über deren Gültigkeit und stellt dem für den Entscheid über die Gültigkeit zuständigen Kantonsrat einen entsprechenden Antrag (§ 130 GPR i.V.m. Art. 28 Abs. 2 f. KV⁵). Gemäss Art. 28 Abs. 1 KV ist eine Volksinitiative gültig, wenn sie die Einheit der Materie wahrt (lit. a), nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst (lit. b) und nicht offensichtlich undurchführbar ist (lit. c).
- 4 Mit der Volksinitiative soll das WBFG⁶ geändert werden (der «E-WBFG»). Die Gemeinden sollen künftig im kommunalen Recht ein Vorkaufsrecht an Grundstücken vorsehen können (§ 14b Abs. 1 E-WBFG; das «Vorkaufsrecht»). Der Initiativtext ist im Anhang abgedruckt. Hier genügt es, auf folgende Gesichtspunkte des Vorkaufsrechts hinzuweisen:
 - **Zweck:** Das Vorkaufsrecht soll das gemeinnützige und preisgünstige Wohnen sowie die Bereitstellung von Alterswohnungen fördern (§ 14b Abs. 1 E-WBFG). Entspre-

¹ Vgl. <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/leerwohnungen.html>> sowie <<https://www.zh.ch/de/planen-bauen/raumplanung/immobilienmarkt/leerwohnungen.html#-1880878696>> (besucht am 18. Juli 2023).

² Im Amtsblatt veröffentlicht am 9. September 2022 (Meldungsnummer RS-ZH06-0000000349).

³ Gesetz über die politischen Rechte vom 1. September 2003 (LS 161).

⁴ Im Amtsblatt veröffentlicht am 24. März 2023 (Meldungsnummer RS-ZH06-0000000386).

⁵ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101).

⁶ Gesetz über die Wohnbau- und Wohneigentumsförderung vom 7. Juni 2004 (LS 841).

chend können die Gemeinden das Vorkaufsrecht nur ausüben, wenn sie beabsichtigen, gemeinnützige bzw. preisgünstige Wohnungen oder Alterswohnungen zu erstellen oder zu erhalten (vgl. zum Erhalt bestehender Wohnungen unten, Rz. 31 f.).

- *Inhalt:* Das Vorkaufsrecht gibt der Gemeinde im Vorkaufsfall – d.h. wenn die Eigentümerin ihr Grundstück verkauft oder ein Rechtsgeschäft abschliesst, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (vgl. Art. 216c Abs. 1 OR⁷) – das Recht, das Grundstück zu den zwischen Verkäuferin und Käufer privatautonom ausgehandelten Konditionen zu erwerben (§ 14d Abs. 1 E-WBFG).
- *Anwendungsbereich:* Die Gemeinden können das Vorkaufsrecht nur für Eigentumsübertragungen von Grundstücken in Bauzonen vorsehen, die mehrheitlich der Wohnnutzung diesen oder auf denen eine mehrheitliche Wohnnutzung planungs- und baurechtlich zulässig ist (§ 14b Abs. 2 E-WBFG). Eigentumsübertragungen (i) zwischen bestimmten Familienangehörigen, (ii) wegen Eigenbedarfs der erwerbenden Person und (iii) an gemeinnützige Wohnbauträger sind vom Vorkaufsrecht ausgenommen (§ 14c Abs. 1 E-WBFG). Die Gemeinden können weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich vorsehen; beispielsweise können sie das Vorkaufsrecht auf Grundstücke ab einer bestimmten Grösse beschränken (§ 14c Abs. 2 E-WBFG).

- 5 Mit dem Vorkaufsrecht möchte die Volksinitiative ein wohnungspolitisches Instrument einführen, das in einigen Westschweizer Kantonen bereits seit Jahrzehnten bekannt ist (vgl. unten, Fn. 16) und welches derzeit häufig diskutiert wird.⁸

II. FRAGESTELLUNG UND ERGEBNIS

- 6 Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich kontaktierte die Erstunterzeichnende und stellte ihr im Hinblick auf die Prüfung der Gültigkeit der Volksinitiative folgende (hier umformulierte) Fragen, welche wie folgt zu beantworten sind:

1. Verstösst das in der Volksinitiative vorgesehene Vorkaufsrecht gegen übergeordnetes Recht, insbesondere gegen die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit?

Nein. Die Volksinitiative ist mit dem übergeordneten Recht vereinbar. Insbesondere kann das Vorkaufsrecht im Einzelfall in einer mit der Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit konformen Weise angewandt werden. Dies bestätigt auch die langjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Vorkaufsrecht im Kanton Genf, welches mit dem hier zur Diskussion stehenden Vorkaufsrecht für die Gemeinden im Kanton Zürich im Wesentlichen vergleichbar ist. Die Volksinitiative erfüllt damit die Gültigkeitsvoraussetzung gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. b KV.

⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

⁸ Zwischen August 2022 und Februar 2023 führte die Wüest Partner AG im Auftrag des Schweizerischen Städteverbandes und des Bundesamtes für Wohnungswesen bei Städten und städtischen Gemeinden eine Umfrage durch. Sie kam zu folgendem Schluss: «Der Wohnraum ist knapp; es fehlt an verfügbarem Bauland; das Vorkaufsrecht wird als eine zentrale Massnahme gegen die Wohnungsknappheit betrachtet. Dies sind etwas zugespitzt die drei zentralen Erkenntnisse dieser wohnungspolitischen Umfrage in der urbanen Schweiz» (Wüest Partner AG, Wohnungspolitik in Städten und städtischen Gemeinden: Bedürfnisse und Herausforderungen, Bericht über die Ergebnisse der Umfrage vom 4. Mai 2023, S. 3, verfügbar unter <https://staedteverband.ch/cmsfiles/20230502_SSV_Wohnungspolitik_final_DE_1.pdf?v=20230720101639> [besucht am 20. Juli 2023]). Gemäss dem Bericht nannten in der Umfrage 80% der befragten Städte das Vorkaufsrecht als eine wünschbare Massnahme gegen die Knappheit günstiger Wohnungen.

2. Haben Sie weitere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit der Initiative?

Nein. Die weiteren Gültigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 28 KV (Wahrung der Einheit der Materie; keine offensichtliche Undurchführbarkeit) sind erfüllt.

7 Angesichts dieses Ergebnisses empfehlen wir, dem Regierungsrat zu beantragen, in Anwendung von § 130 Abs. 1 GPR einen positiven Gültigkeitsbeschluss zu fassen und in Anwendung von § 130 Abs. 3 GPR dem Kantonsrat Bericht und Antrag über die Gültigkeit und den Inhalt der Volksinitiative zu erstatten.

III. BEGRÜNDUNG

A. Frage 1: Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

1. Beurteilungsmassstab

8 Bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit übergeordnetem Recht misst das Bundesgericht den Volksrechten eine grosse Bedeutung zu: Der langjährigen und konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt «der Leitgedanke zugrunde, die Ungültigkeit eines Begehrens nach Möglichkeit durch eine mit dem höherrangigen Recht konforme Auslegung abzuwenden, um einen Eingriff in das Stimmrecht zu vermeiden. Dieser Ansatz basiert auf dem Grundsatz *in dubio pro populo*, der besagt, dass Initiativbegehren mit mehrdeutigen Texten im Zweifelsfall den Stimmberechtigten zur Abstimmung vorzulegen sind, sofern sie bei entsprechender Auslegung als mit dem übergeordneten Recht vereinbar erscheinen. Sie sind demnach nur dann ungültig zu erklären, wenn ihnen ein Sinn beizumessen ist, der sie vernünftigerweise nahezu mit Gewissheit als unzulässig erscheinen lässt.»⁹

9 Diese Rechtsprechung gilt auch im Kanton Zürich bzw. unter Art. 28 BV: Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie gemäss dem Zürcher Verwaltungsgericht in Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro populo* als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen.¹⁰

10 Nachfolgend ist die Vereinbarkeit der Volksinitiative mit übergeordnetem Recht angesichts dieses recht grosszügigen Beurteilungsmassstabes zu untersuchen.

2. Vereinbarkeit mit Bundesrecht

2.1 Vereinbarkeit mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung

11 Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob der Kanton Zürich zuständig ist zur Einführung eines Vorkaufsrechts. Sollte der Bund dafür abschliessend zuständig sein, verstösst die

⁹ PEDRETTI RAMONA, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBl 118/2017 S. 299 ff., S. 308. Vgl. für die Rechtsprechung statt vieler BGE 147 I 183, E. 6.2 S. 186 (Basel-Stadt: «Grundrechte für Primaten»); BGE 144 I 193, E. 7.3.1 S. 197 f. (Bern: «Keine Steuergelder für die Berner Reithalle»).

¹⁰ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil VB.2022.00081 vom 31. März 2022, E. 3.4.

Volksinitiative gegen die bundesstaatliche Kompetenzordnung und damit gegen übergeordnetes Recht i.S.v. Art. 28 Abs. 1 lit. b KV.¹¹

- 12 Gemäss Art. 108 Abs. 1 BV fördert der Bund den Wohnungsbau, den Erwerb von Wohnungs- und Hauseigentum, das dem Eigenbedarf Privater dient, sowie die Tätigkeit von Trägern und Organisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus. Der Auftrag bezieht sich insbesondere auf die Beschaffung und Erschliessung von Land für den Wohnungsbau (Art. 108 Abs. 2 BV). Die Förderungskompetenz des Bundes gemäss Art. 108 Abs. 1 und 2 BV, welche dieser mit dem Erlass des WFG¹² wahrnahm, ist zwar umfassender, aber «nur» paralleler Natur.¹³ Kantonale Kompetenzen werden nicht verdrängt. Förderungsmassnahmen des Bundes und der Kantone «können somit gleichzeitig zur Anwendung kommen und kumuliert werden.»¹⁴
- 13 Es besteht Einigkeit darüber, dass neben dem Bund auch die Kantone dafür zuständig sind, Vorkaufsrechte einzuführen:
- In seinen Entscheiden zum gesetzlichen Vorkaufsrecht der Gemeinden im Kanton Genf zweifelte das Bundesgericht die kantonale Zuständigkeit nie an.¹⁵ Auch mit Bezug zu den anderen Westschweizer Kantonen, die das Instrument des Vorkaufsrechts von Gemeinden im Zusammenhang mit der Wohnbauförderung kennen, wurden (so weit ersichtlich) nie Zweifel an der Einhaltung der Kompetenzordnung laut.¹⁶
 - Der Bundesrat befasste sich in seiner Stellungnahme vom 26. August 2015 zur Motion Hardegger¹⁷ mit Vorkaufsrechten zugunsten von Gemeinden. Er lehnte die Einführung eines Vorkaufsrechts der Gemeinden zur Förderung des gemeinnützigen oder preisgünstigen Wohnungsbaus auf Bundesebene u.a. mit der Begründung ab, auch die Kantone besässen die «Kompetenz, selbstständig ein Vorkaufsrecht einzuführen, sofern sie den Bedarf dazu als gegeben erachten.»
 - Auch das Bundesamt für Wohnungswesen ist der Ansicht, dass angesichts der parallelen Kompetenzen sowohl Bund als auch Kantone und Gemeinden Vorkaufsrechte der Gemeinden vorsehen dürfen.¹⁸
- 14 Innerhalb des Kantons bestimmt Art. 110 KV, dass Kanton und Gemeinden den gemeinnützigen Wohnungsbau und das selbst genutzte Wohneigentum fördern. Auch zwischen Kanton und Gemeinden besteht eine parallele Kompetenz.¹⁹ Somit ist es zulässig, dass im kantonalen Gesetz die Möglichkeit der Einführung eines Vorkaufsrechts eingeführt wird, von der die Gemeinden im kommunalen Recht Gebrauch machen können (oder auch nicht).

¹¹ SEFEROVIC GORAN, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habilitation Zürich, Bern 2018, Rz. 229.

¹² Bundesgesetz über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum vom 21. März 2003 (SR 842).

¹³ BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 108 N 3.

¹⁴ ALVAREZ CIPRIANO/STREIFF OLIVER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 108 BV N 14.

¹⁵ Vgl. BGE 142 I 76 ff.; BGE, Urteil 1C_30/2008 vom 24. November 2008; BGE 88 I 248 ff.

¹⁶ Vgl. für eine Übersicht DE COULON YVES, Le droit de préemption des collectivités publiques en matière de logement, à la lumière d'un arrêt récent, Not@lex 2017, S. 16 ff., S. 18 ff.

¹⁷ Motion Hardegger Thomas (15.3651) vom 18. Juni 2015 («Förderung des gemeinnützigen oder preisgünstigen Wohnungsbaus. Vorkaufsrecht für Gemeinden»).

¹⁸ Bundesamt für Wohnungswesen, Vorkaufsrecht der Gemeinden – Bericht zuhanden des Bundesrates, S. 11 (verfügbar unter <<https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-55718.html>> [besucht am 18. Juli 2023]).

¹⁹ SOBOTICH VIVIANE, in: Häner/Rüssli/Schwarzenbach (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, Art. 110 N 4.

- 15 Die Volksinitiative ist damit mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung vereinbar.

2.2 Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit

2.2.1 Schutzbereiche

- 16 In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Volksinitiative die Grundrechte verletzt, womit sie gegen übergeordnetes Recht i.S.v. Art. 28 Abs. 1 lit. b KV verstossen würde.
- 17 Gemäss Art. 26 Abs. 1 BV ist das Eigentum gewährleistet. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts würde einerseits die Grundstückseigentümerin ihrer durch die Eigentumsгарantie geschützten Möglichkeit beraubt, zu wählen, wem sie ihr Grundeigentum übertragen will.²⁰ Durch die Eigentumsгарantie geschützt ist auch das Vorhaben des Käufers, Eigentum am betreffenden Grundstück zu begründen. Dieses würde durch die Ausübung des Vorkaufsrechts unterbunden. Die Eigentumsгарantie gemäss Art. 26 BV ist damit tangiert. Das Bundesgericht bezeichnet die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts durch eine Gemeinde als schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsгарantie.²¹
- 18 Gemäss Art. 27 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Die Wirtschaftsfreiheit umfasst namentlich die Wahl der Vertragspartner und die Gestaltung der Vertragsinhalte (Vertragsfreiheit). Mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes würde in die Vertragsfreiheit eingegriffen, zumal der Verkäuferin und dem Käufer der Vollzug eines Kaufvertrages untersagt wird, während der Eigentumsübergang von der Verkäuferin auf die Gemeinde vorgeschrieben wird.²² Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV ist damit tangiert.

2.2.2 Einschränkung der Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit

- 19 Einschränkungen von Grundrechten sind nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig: Sie müssen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Abs. 1), durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig (Abs. 3) sein. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Abs. 4).
- 20 Das Bundesgericht erachtete bereits mehrfach sowohl (i) *in allgemeiner Weise* das im Kanton Genf bestehende Vorkaufsrecht der Gemeinden (Art. 3 ff. LGL/GE²³) als auch (ii) dessen Ausübung durch die Genfer Gemeinden *im konkreten Einzelfall* als verfassungsmässig.²⁴ Das in der Volksinitiative vorgesehene Vorkaufsrecht ähnelt dem Genfer Vorkaufsrecht. Es ist aber aus Sicht der Grundrechte sogar noch «milder» als das Genfer Vorkaufsrecht, zumal:

²⁰ Vgl. BGE 88 I 248, E. III.1 S. 258; a.M. das Bundesamt für Wohnungswesen, welches u.E. zu Unrecht von einem leichten Eingriff spricht (vgl. Fn. 18, S. 13).

²¹ BGE 142 I 76, E. 3.1 S. 79.

²² BGE 142 I 76, E. 3.1 S. 79; vgl. auch BIAGGINI, BV-Kommentar (Fn. 13), Art. 27 N 9.

²³ Loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (rsGE I 4 05).

²⁴ Vgl. BGE 142 I 76, E. 3.2 S. 80 sowie E. 3.4 f. S. 80 ff.; BGer, Urteil 1C_30/2008 vom 24. November 2008, E. 3.3 sowie E. 3.4 ff.; BGE 88 I 248, E. III.1 S. 258.

- (i) es nicht schon aufgrund des kantonalen Rechts besteht, sondern darüber hinaus einer Grundlage in einem Gemeindeerlass (d.h. im kommunalen Recht) bedarf, während das LGL/GE die alleinige Grundlage für das Vorkaufsrecht ist; und
- (ii) die Gemeinden im Kanton Zürich das Vorkaufsrecht nur zu den von den Parteien ausgehandelten Konditionen ausüben können und die Parteien für ihre Aufwendungen entschädigen müssen (§ 14d E-WBFG), während die Genfer Gemeinden vom ausgehandelten Kaufpreis abweichen können und gegebenenfalls das Enteignungsverfahren einleiten können bzw. müssen (Art. 5 Abs. 1 lit. c–d LGL/GE).

21 Im Rahmen der Beurteilung der Gültigkeit einer Volksinitiative gilt eine abstrakte Betrachtung: Demnach ist nachfolgend zu prüfen, ob die Bestimmungen des E-WBFG so angewendet werden können, dass im Fall einer konkreten Ausübung des Vorkaufsrechts durch eine Zürcher Gemeinde die Eigentumsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit nicht klarerweise verletzt sind (vgl. oben, Rz. 8 f.).

2.2.3 Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

22 Eine Grundrechtseinschränkung beruht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, wenn eine generell-abstrakte und genügend bestimmte Rechtsnorm besteht, die im Fall von schwerwiegenden Einschränkungen in einem formellen Gesetz enthalten sein muss (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).

23 Mit Annahme der Volksinitiative würde das WBFG – ein kantonales Gesetz im formellen Sinn – mit generell-abstrakten Regeln ergänzt, welche das Vorkaufsrecht relativ ausführlich und damit hinreichend bestimmt regeln. Eine Gemeinde darf das Vorkaufsrecht allerdings erst ausüben, wenn sie dies in einem besonderen, nach Annahme der Volksinitiative noch zu erlassenden «Gemeindeerlass» vorsieht. Ein Gemeindeerlass ist ein Erlass der Stimmberechtigten bzw., sofern er dem fakultativen Referendum unterstellt ist, des Gemeindeparlaments und stellt damit ein Gesetz im formellen Sinn dar.

24 Sofern in der betreffenden Gemeinde ein formelles Gesetz besteht, welches das Vorkaufsrecht gemäss § 14b E-WBFG für anwendbar erklärt, bestünde für die Ausübung des Vorkaufsrechts eine genügende gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV.

2.2.4 Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

25 Das Vorkaufsrecht bezweckt die «Förderung des gemeinnützigen und preisgünstigen Wohnens sowie der Bereitstellung von Alterswohnungen» (§ 14b Abs. 1 E-WBFG). Im Allgemeinen liegen Massnahmen zur Erhaltung bestehender bezahlbarer Wohnungen und zur Erstellung zusätzlicher preisgünstiger Wohnungen im öffentlichen Interesse.²⁵ Dasselbe gilt für die Realisierung und den Erhalt von Alterswohnungen.²⁶

²⁵ BAUMANN PHIL., Regelungsinstrumente für bezahlbare Mietwohnungen, recht 2022 S. 193 ff., S. 202.

²⁶ BGer, Urteil 1C_384/2018 vom 16. Januar 2018, E. 5.4.2 m.w.H.

- 26 In Bezug auf Vorkaufsrechte von Gemeinden im Besonderen anerkennt das Bundesgericht, dass diese im öffentlichen Interesse liegen, wenn mit ihnen das gemeinnützige und preisgünstige Wohnen im Rahmen der kommunalen Wohnbaupolitik gefördert werden soll.²⁷ Dies ist beim Vorkaufsrecht der Fall, zumal dieses nur zur Förderung des gemeinnützigen und preisgünstigen Wohnens und der Bereitstellung von Alterswohnungen geltend gemacht werden kann.
- 27 An der Ausübung des Vorkaufsrechts wird somit im konkreten Einzelfall regelmässig ein öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV bestehen.

2.2.5 Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

2.2.5.1 Eignung

- 28 Eine staatliche Massnahme ist verhältnismässig, wenn sie (i) geeignet, (ii) erforderlich und (iii) zumutbar ist. Die drei Teilgehalte der Verhältnismässigkeit werden nachfolgend separat dargestellt.
- 29 Eine staatliche Massnahme muss geeignet sein, das verfolgte Ziel zu erreichen. Das Bundesgericht ist bei der Beurteilung der Eignung sehr grosszügig. Ausgeschlossen sind nur Massnahmen, die am Ziel vorbeischiessen, weil sie keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfalten oder die Erreichung des Zwecks sogar erschweren oder verhindern.²⁸
- 30 Mit der Geltendmachung des Vorkaufsrechts wird die Gemeinde zur Eigentümerin und kann das Grundstück sodann für gemeinnütziges und preisgünstiges Wohnen bzw. Alterswohnungen verwenden, sei dies durch Erstellung neuer Wohnungen durch die Gemeinde selbst oder den Verkauf oder die Abgabe des Grundstücks im Baurecht an entsprechende Institutionen (z.B. Baugenossenschaften). Damit erscheint das Instrument als tauglich, was im Übrigen auch dadurch bekräftigt wird, dass sehr viele Städte das Vorkaufsrecht als geeignetes Instrument zur Begegnung der Wohnungsknappheit ansehen (vgl. oben, Rz. 5). Dass die Tauglichkeit der Massnahme in der politischen Diskussion womöglich umstritten sein wird, ändert an ihrer Eignung aus *juristischer* Sicht nichts.
- 31 Für den Kanton Genf sieht Art. 3 Abs. 1 LPL/GE vor, dass das Vorkaufsrecht nur für den *Bau* von Wohnungen geltend gemacht werden kann.²⁹ Das geplante Zürcher Vorkaufsrecht ist indes weiter, zumal der Wortlaut von § 14b Abs. 1 E-WBFG nicht auf den Bau beschränkt ist, sondern generell die Förderung gemeinnütziger bzw. preisgünstiger Wohnungen und Alterswohnungen erlaubt. Insofern dürfte auch der Erhalt bestehender, aber nach dem Willen der Eigentümerin abzureissender preisgünstiger Wohnungen in Zürich

²⁷ BGE 142 I 76, E. 3.4 S. 80 ff.; vgl. auch HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7. Aufl., Bern 2022, S. 45.

²⁸ Vgl. anstatt vieler HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 522; BAUMANN (Fn. 25), S. 202.

²⁹ «Le droit de préemption ne peut s'exercer qu'aux fins de construction de logements au sens de la présente loi.»

von der Volksinitiative erfasst sein. Auch dies liegt ohne Weiteres im öffentlichen Interesse. Die Gemeinde verfügt im Rahmen ihrer Baupolitik über einen erheblichen Beurteilungsspielraum betreffend die Anwendungsvoraussetzungen von § 14b E-WBFG.

- 32 Im Übrigen muss selbst unter der Genfer Regelung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein konkretes Vorhaben bestehen. In BGE 142 I 76 ff. genügte es wegen der notorischen Wohnungsknappheit in der betroffenen Gemeinde, dass diese eine bereits bestehende Mietliegenschaft erwarb, welche künftig potenziell erweitert werden könnte. Im konkreten Fall bestanden bereits 32 Wohnungen, welche theoretisch um zwei bis fünf Wohnungen ergänzt werden könnten. Ein konkretes Bauprojekt lag nicht vor.³⁰
- 33 Die Geltendmachung des Vorkaufsrechts wird somit zur Förderung des gemeinnützigen und preisgünstigen Wohnens und von Alterswohnungen im Einzelfall regelmässig geeignet i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV sein.

2.2.5.2 Erforderlichkeit

- 34 Eine staatliche Massnahme ist erforderlich, wenn keine gleich wirksame, aber weniger einschneidende Massnahme zur Verfügung steht.³¹
- 35 In BGE 142 I 76 ff. erwähnte das Bundesgericht die Voraussetzung der Erforderlichkeit zwar (E. 3.5.1), setzte sich mit ihr inhaltlich aber nicht auseinander. Implizit bejahte es somit die Erforderlichkeit der Geltendmachung des Vorkaufsrechts.
- 36 Im Kanton Zürich existieren bereits Instrumente zur Wohnbauförderung. Gemäss § 4 f. WBFG kann der Kanton durch zinslose oder zinsgünstige Darlehen den Bau, den Erwerb und die Erneuerung von Mietwohnungen fördern, sofern diese nach dem Grundsatz der Kostenmiete vermietet werden. Ebenfalls kann er gemeinnützigen Wohnbauträgern Gründungsdarlehen ausrichten (§ 6 WBFG). Diese Instrumente greifen indes nur, wenn die subventionierten Wohnbauträger die Grundstücke auf dem freien Markt erwerben können. Demgegenüber kommt das Vorkaufsrecht auch zur Anwendung, wenn eine Eigentümerin ihr Grundstück an einen gewinnorientierten Dritten veräussert. Insofern sind die bestehenden Förderungsinstrumente nicht gleich geeignet wie das Vorkaufsrecht. Dasselbe gilt für die im Bundesrecht bestehenden Instrumente für die Förderung von preisgünstigen Mietwohnungen und Organisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus (vgl. Art. 10 ff. sowie Art. 33 ff. WFG).
- 37 Somit ist es ohne Weiteres denkbar, dass die Geltendmachung des Vorkaufsrechts im Einzelfall erforderlich i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV ist.

2.2.5.3 Zumutbarkeit

- 38 Eine staatliche Massnahme ist zumutbar (verhältnismässig i.e.S.), wenn sie zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, ein

³⁰ Vgl. BGE 142 I 76, E. 3.5 S. 84; vgl. hierzu DE COULON (Fn. 16), S. 28.

³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 28), N 527.

vernünftiges Verhältnis wahrt. Das öffentliche Interesse an der Massnahme und das entgegenstehende private Interesse sind zu gewichten und gegeneinander abzuwägen.³²

39 Die Zumutbarkeit kann nur im Einzelfall beurteilt werden, weil sie eine Abwägung der konkret konfligierenden Interessen voraussetzt. Insbesondere folgende Aspekte sprechen dafür, dass das geplante Vorkaufsrecht gemäss § 14b ff. E-WBFG im konkreten Einzelfall in einer zumutbaren Weise ausgeübt werden kann:

- *Einzelfallbetrachtung*: Der E-WBFG erlaubt es, den örtlichen Begebenheiten und den konkret involvierten Interessen Rechnung zu tragen. Einerseits können die Gemeinden selbst entscheiden, ob angesichts der Wohnungssituation in ihrem Gebiet die Einführung des Vorkaufsrechts angezeigt ist oder nicht (§ 14b Abs. 1 E-WBFG). Andererseits können sie zusätzlich zu den Tatbeständen gemäss § 14c Abs. 1 E-WBFG auf ihrem Gebiet Ausnahmen vom Vorkaufsrecht vorsehen (§ 14c Abs. 2 E-WBFG).
- *Finanzielle Aspekte*: Das Vorkaufsrecht kann nur zu den von der Verkäuferin und dem Käufer ausgehandelten Konditionen erworben werden (§ 14d Abs. 1 E-WBFG). Die Verkäuferin erzielt somit *denselben Preis* und muss keine Vermögenseinbusse hinnehmen. Ihr Interesse, dass das Grundstück nicht an «ihren» Käufer, sondern an die Gemeinde übergeht, dürfte somit häufig nicht besonders schwer wiegen. Das private Interesse des Käufers, der das Grundstück nicht erwerben kann, wird in aller Regel ausschliesslich kommerzieller Natur sein. Kommerzielle Interessen sind nicht grundsätzlich weniger legitim als nicht-kommerzielle Interessen. Eine Interessenabwägung darf aber auch diesen Aspekt miteinbeziehen.³³ Sodann erhalten sowohl die Verkäuferin als auch der Käufer einen Aufwendungsersatz (§ 14d Abs. 2 E-WBFG), womit die Volksinitiative eine schonende Regelung trifft und einen finanziellen Ausgleich zugunsten der Verkäuferin und des Käufers schafft.
- *Eingeschränkter Anwendungsbereich*: Das Vorkaufsrecht ist sachlich beschränkt: Es darf nur zur Förderung des gemeinnützigen und preisgünstigen Wohnens sowie der Bereitstellung von Alterswohnungen ausgeübt werden (§ 14b Abs. 1 E-WBFG). Anwendbar ist es nur in Bauzonen, die mehrheitlich der Wohnnutzung dienen oder auf denen eine mehrheitliche Wohnnutzung planungs- und baurechtlich zulässig ist (§ 14b Abs. 2 E-WBFG). Die Gemeinden können den Anwendungsbereich weiter einschränken (§ 14c Abs. 1 E-WBFG).

40 Im Übrigen zeigt gerade auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche die Ausübung des Genfer Vorkaufsrechts (mit dem das in der Volksinitiative vorgesehene Vorkaufsrecht vergleichbar ist) stets schützte, dass ein Vorkaufsrecht durchaus in einer zumutbaren Weise ausgeübt werden kann. Somit erlaubt die Regelung der Volksinitiative im konkreten Einzelfall eine zumutbare und damit verhältnismässige Ausübung des Vorkaufsrechtes.

³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 28), N 555 ff.

³³ Vgl. auch BGE 142 I 76, E. 3.5.2 S. 85.

3. Zwischenfazit zur Frage 1

- 41 Die Volksinitiative hält die bundesstaatliche Kompetenzordnung (Bund ↔ Kanton sowie Kanton ↔ Gemeinden) ein. Zudem kann das Vorkaufsrecht – welches sich relativ eng an das gerichtlich bereits mehrfach bestätigte Genfer Vorkaufsrecht anlehnt – im Einzelfall ohne Weiteres in einer Weise ausgeübt werden, die grundrechtlich nicht klarerweise unzulässig ist. Dies genügt in Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro populo*, um die Volksinitiative als mit dem übergeordneten Recht vereinbar i.S.v. Art. 28 KV anzusehen.

B. Frage 2: Weitere Bemerkungen zur Gültigkeit der Volksinitiative

- 42 Damit eine Volksinitiative gültig ist, muss sie neben der Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht auch die Einheit der Materie wahren und darf nicht offensichtlich undurchführbar sein und (Art. 28 Abs. 1 lit. a und lit. c KV). Diese Anforderungen sind erfüllt:
- *Einheit der Materie*: Der Grundsatz der Einheit der Materie verlangt, dass eine Vorlage nur einen Sachbereich zum Gegenstand hat bzw. dass sie nicht zwei oder mehrere Sachfragen und Materien in einer Art und Weise miteinander verbindet, welche die Stimmberechtigten in eine Zwangslage versetzt und ihnen keine freie Wahl zwischen den einzelnen Teilen belässt.³⁴ Das Vorkaufsrecht betrifft eine einzige, in sich abgeschlossene Sachfrage. Die Einheit der Materie ist gewahrt.
 - *Keine offensichtliche Undurchführbarkeit*: Eine Volksinitiative ist offensichtlich undurchführbar, wenn sie sich aus tatsächlichen Gründen nicht verwirklichen lässt, beispielsweise weil sie widersprüchlich ist oder weil sie gegen ein Naturgesetz verstösst.³⁵ Es liegen keine Anhaltspunkte vor, welche darauf hindeuten, dass die Volksinitiative nicht durchführbar wäre. Das Genfer Vorkaufsrecht belegt, dass die Implementierung eines Vorkaufsrechts ohne Weiteres durchführbar ist.

C. Fazit

- 43 Die Volksinitiative erfüllt die Gültigkeitsvoraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 KV. Wir empfehlen, dem Regierungsrat zu beantragen, einen positiven Gültigkeitsbeschluss zu fassen (§ 130 Abs. 1 GPR) und dem Kantonsrat Bericht und Antrag über die Gültigkeit und den Inhalt der Volksinitiative zu erstatten (§ 130 Abs. 3 GPR).

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner



Dr. iur. Florian Brunner

Anhang: Wortlaut der Volksinitiative gemäss der Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt

³⁴ BGer, Urteil 1C_175/2019 vom 12. Februar 2020, E. 2.2.

³⁵ SCHUHMACHER, Kommentar KV (Fn. 19), Art. 28 N 25.