

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 7. Juni 2018**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichter Daum,  
Verwaltungsrichter Keller, Verwaltungsrichter Rolli  
Gerichtsschreiberin Seiler

**1. Hauseigentümerverband Bern und Umgebung**

Genossenschaft, handelnd durch die statutarischen Organe

2. **A.** \_\_\_\_\_

3. **B.** \_\_\_\_\_

4. **C.** \_\_\_\_\_

alle vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführer

gegen

**Einwohnergemeinde Bern**

handelnd durch den Gemeinderat, vertreten durch die Präsidialdirektion,  
Junkerngasse 47, Postfach, 3000 Bern 8

Beschwerdegegnerin

und

**Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern**

Münstergasse 2, 3011 Bern



betreffend Initiative für bezahlbare Wohnungen; Änderung der Bauordnung  
(Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern  
vom 20. April 2017; 32.14-15.18)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Im Oktober 2012 reichte das Initiativkomitee «Wohnen für alle» bei der Stadtkanzlei der Stadt Bern die Volksinitiative «Für bezahlbare Wohnungen» (sog. Wohn-Initiative) ein. Sie beinhaltet einen ausgearbeiteten Entwurf zur Ergänzung der städtischen Bauordnung. Am 21. November 2013 erhoben der Hauseigentümergebiet Bern und Umgebung (HEV) sowie A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ dagegen gemeinsam Einsprache. Die Stimmberechtigten der Stadt Bern nahmen die Initiative am 18. Mai 2014 an. Am 18. März 2015 genehmigte das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) die Änderung der Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 (BO; SSSB 721.1) mit zwei Anpassungen und wies die Einsprache ab.

### **B.**

Die vom HEV sowie A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ dagegen erhobene Beschwerde vom 20. April 2015 wies die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) am 20. April 2017 ab.

### **C.**

Gegen diesen Entscheid haben der HEV sowie A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ am 18. Mai 2017 gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die «Wohn-Initiative» bzw. die Änderung der Bauordnung der

Stadt Bern (insb. Art. 1, neue Kapitelüberschrift für das 6. Kapitel und Art. 16b) sei nicht zu genehmigen.

Mit Beschwerdeantwort vom 21. Juni 2017 beantragt die Einwohnergemeinde (EG) Bern, es sei die Beschwerde abzuweisen und der Entscheid der JGK vom 20. April 2017 zu bestätigen. Die JGK schliesst mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2017 ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde. Die Verfahrensbeteiligten haben sich in der Folge mehrfach zur Sache geäußert und an ihren Begehren festgehalten.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Die umstrittenen Bestimmungen sind Teil der baurechtlichen Grundordnung der Gemeinde. Sie gelten im gesamten Gemeindegebiet und kommen stets dann zur Anwendung, wenn ein Areal mittels Ein-, Um- oder Aufzonung einer (besseren) Wohnnutzung zugeführt wird. Sie sind folglich nicht zonenspezifisch (vgl. BVR 2016 S. 402 E. 1.1 f.; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen Baugesetz vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0], Band I/II, 4. Aufl. 2013/2017, Art. 60 N. 10). In der Sache ist unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall zu prüfen, ob die Änderung der BO zulässig ist (sog. abstrakte Normenkontrolle; vgl. hinten E. 5.1). Es liegt daher nahe, die Verfahrensregeln für die Anfechtung kommunaler Erlasse anzuwenden. Formal bezieht sich die Beschwerde jedoch nicht auf einen Erlass. Der Streitigkeit liegt mit der Genehmigungsverfügung des AGR verfahrensrechtlich gesehen ein Anfechtungsobjekt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zugrunde. In solchen Konstellationen lässt sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts sowohl auf die Regeln zur Erlassanfechtung als auch auf diejenigen betreffend Verfügungsmaterien abstützen. Das Verwaltungsgericht ist folglich sowohl gemäss Art. 74

Abs. 1 als auch Art. 74 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 76 und 77 VRPG zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz zuständig.

**1.2** Die Beschwerdebefugnis kann sich aus denselben Gründen grundsätzlich sowohl aus Art. 79 VRPG (Verfügungsmaterie) als auch aus Art. 79a VRPG (Erlassanfechtung) ergeben, wenn nicht zonenspezifische Normen von allgemeiner Bedeutung zur Diskussion stehen (vgl. auch BVR 2016 S. 402 E. 1.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 60 N. 3, insb. Bst. e und f). Da Art. 79a VRPG an die Beschwerdebefugnis geringere Anforderungen stellt als Art. 79 Abs. 1 VRPG, erübrigt sich eine Legitimationsprüfung nach der letztgenannten Bestimmung. Die Beschwerdeführer 2-4 haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und könnten als Einwohner der EG Bern durch den angefochtenen Erlass mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit in schutzwürdigen Interessen betroffen sein (Art. 79a VRPG; sog. virtuelle Betroffenheit). Es ist davon auszugehen, dass die Mehrheit oder eine Vielzahl der Mitglieder des Beschwerdeführers 1, welcher deren Interessen als Hauseigentümerinnen und -eigentümer vertritt, ebenfalls als Einwohner der EG Bern virtuell betroffen sind und damit selbst zur Beschwerde berechtigt wären (vgl. zu den Voraussetzungen der sog. egoistischen Verbandsbeschwerde BGE 142 II 80 E. 1.4.2; BVR 2015 S. 534 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten.

**1.3** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG). Da eine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

## **2.**

**2.1** Mit der Wohn-Initiative wurden Art. 1 Abs. 3, eine neue Überschrift für das sechste Kapitel und Art. 16b in die BO eingefügt. In der vom AGR

genehmigten Fassung haben die Bestimmungen folgenden Wortlaut, wobei die vom AGR vorgenommenen Änderungen kursiv dargestellt sind:

Art. 1 Abs. 3

Sie (die Bauordnung) bezweckt in allen Stadtteilen die Planung und den Bau preisgünstiger, qualitativ hochwertiger Wohnungen zu gewährleisten.

6. Kapitel: Schutz von bestehendem und Erstellung von preisgünstigem Wohnraum

Art. 16b «Preisgünstiger Wohnungsbau und gemeinnützige Wohnbauträger»

1) Bei Um- und Neueinzonungen wird sichergestellt, gegebenenfalls mittels einer Überbauungsordnung, dass in den Wohnzonen (Wohnzone W, gemischte Wohnzone WG, Kernzone K) mindestens ein Drittel der Wohnnutzung als preisgünstiger Wohnraum im Sinne der eidgenössischen Verordnung vom 26. November 2003 über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsverordnung, WFV; SR 842.1) erstellt und dauerhaft in Kostenmiete vermietet wird oder der Boden durch Verkauf oder im selbständigen und dauernden Baurecht an eine gemeinnützige Organisation im Sinne von Art. 37 der Wohnraumförderungsverordnung abgegeben wird, die die Wohnungen dauerhaft in Kostenmiete vermietet.

2) Ausgenommen sind geringfügige Änderungen von Nutzungsplänen gemäss Art. 122 der Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1). *Das für die Planung zuständige Organ* kann im Einzelfall weitere Um- und Neueinzonungen, namentlich von kleineren Arealen, von der Verpflichtung ausnehmen, preisgünstigen Wohnraum zu erstellen, oder diese Verpflichtung einschränken.

3) Für Neu- und Umbauten von Gebäuden wird das zulässige Mass der Nutzung um 20 Prozent erhöht, wenn die städtebauliche Verträglichkeit gewährleistet ist, *keine wesentlichen nachbarlichen Interessen betroffen sind* und wenn im gesamten Gebäude preisgünstiger Wohnraum gemäss der Wohnraumförderungsverordnung erstellt und dauerhaft in Kostenmiete vermietet wird oder eine gemeinnützige Organisation im Sinne von Art. 37 der Wohnraumförderungsverordnung Grundeigentümerin oder Baurechtsnehmerin ist, die die Wohnungen dauerhaft in Kostenmiete vermietet.

**2.2** Die Beschwerdeführer rügen, die JGK habe zu Unrecht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das AGR verneint und selber die Begründungspflicht verletzt (Beschwerde Ziff. 16 ff., 52; hinten E. 3). Weiter machen sie im Wesentlichen geltend, es sei zu Unrecht kein Mitwirkungsverfahren durchgeführt worden (Beschwerde Ziff. 11 ff.; hinten E. 4), dem Kanton und der Gemeinde käme keine Kompetenz zu, die Mietzinsgestaltung abweichend von den Regelungen des Bundeszivilrechts festzulegen (Beschwerde Ziff. 37 ff.; hinten E. 6) und Art. 16b BO verletze die Eigentumsgarantie (Beschwerde Ziff. 22 ff.; hinten E. 7). Mit Blick auf die Möglichkeit der Bauherrschaft, den Boden, anstatt mit preisgünstigen

Wohnungen selber zu überbauen, an eine gemeinnützige Organisation abzugeben, rügen die Beschwerdeführer einzig eine Verletzung von Grundrechten (Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit) und die fehlende Vollstreckbarkeit der Vorschrift (Beschwerde Ziff. 52 ff.), weshalb erst in E. 7 darauf einzugehen ist.

### **3.**

**3.1** Nach den Beschwerdeführern hat die JGK ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie sich nicht mit den Argumenten betreffend die «Abgabe des Bodens durch Verkauf oder im selbständigen und dauernden Baurecht an eine gemeinnützige Organisation» auseinandergesetzt habe (Beschwerde Ziff. 52). Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 21 ff. VRPG) ist die Begründungspflicht (vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Demnach muss eine Begründung im Allgemeinen zumindest so abgefasst werden, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Angeordneten ein Bild machen können. Sie müssen die Verfügung oder den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können, weshalb wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden müssen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BVR 2016 S. 402 E. 6.2, 2015 S. 234 E. 3.2). Dagegen wird nicht verlangt, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 140 II 262 E. 6.2; BVR 2016 S. 529 E. 4.3, 2012 S. 109 E. 2.3.3).

**3.2** Die JGK hat sich im Zusammenhang mit der Abgabe des Bodens zum Eingriff in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit geäußert (angefochtener Entscheid E. 7). Weiter hat sie allgemein ausgeführt, dass es für die Genehmigung einer Bauvorschrift genüge, wenn deren Umsetzung möglich sei, unabhängig davon, ob hierzu noch weitere und detailliertere Regelungen erlassen werden müssen (angefochtener Entscheid E. 9), womit sie auch auf den Vorwurf der Beschwerdeführenden einging, es fehle Art. 16b Abs. 1 BO an «Vorgehen und Vollstreckung» (act. 4A

pag. 14 f.; Beschwerde Ziff. 53). Die JGK hat den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführer daher nicht verletzt.

**3.3** Weiter machen die Beschwerdeführer geltend, das AGR habe sich entgegen ihrem Antrag nicht mit dem «konsistenteren System für die Förderung von preisgünstigem Wohnraum» des Kantons Zug auseinandergesetzt und habe damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, was die JGK zu Unrecht verneint habe (Beschwerde Ziff. 16 ff.). Die Beschwerdeführer scheinen davon auszugehen, weil es eine allenfalls zweckmässige Möglichkeit gebe, das Anliegen der Initiative zu verfolgen, sei die von der EG Bern gewählte unzweckmässig und nicht genehmigungsfähig. Sie machen damit sinngemäss geltend, die JGK habe ihre Kognition unterschritten, was den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen kann (vgl. dazu BGE 141 II 103 E. 4.2 [Pra 104/2015 Nr. 110], 131 II 271 E. 11.7.1; ferner auch BVR 2001 S. 168 E. 2). Wie die JGK richtig dargelegt hat, ist die Überprüfungsbefugnis des AGR im Genehmigungsverfahren nach Art. 61 Abs. 1 BauG eine umfassende. Jedoch darf der Entscheidungsspielraum der nachgeordneten Planungsorgane nicht unnötig eingeschränkt werden (Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700]; Art. 54 Abs. 3 BauG), was eine gewisse Zurückhaltung der Genehmigungsbehörde verlangt. Diese hat, wie die JGK zu Recht ausführt, nicht selber Planungsaufgaben der unteren Stufen zu übernehmen. Es ist insbesondere der Gemeinde überlassen, unter mehreren recht- und zweckmässigen planerischen Lösungen zu wählen, ohne dass die Genehmigungsbehörde befugt wäre, korrigierend einzugreifen (vgl. zum Ganzen die korrekten Ausführungen im angefochtenen Entscheid E. 5.3 mit Hinweis auf Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 54 N. 7, Art. 61 N. 7 und Art. 65 N. 2). Die Beschwerdeführer haben in ihrer Einsprache in Bezug auf die Zweckmässigkeit im Wesentlichen vorgebracht, die Bauordnung als alleiniger Erlass sei mit dem Anliegen der Initiative überfordert. In diesem Zusammenhang erwähnten sie die Bestimmungen des Kantons bzw. der Stadt Zug als «konsistenteres System» (act. 4C pag. 8 S. 4 f. Ziff. 2 Bst. c; vgl. auch Beschwerde Ziff. 17), ohne genauer zu begründen, inwiefern das System des Kantons Zug zweckmässiger sei bzw. weshalb es die stadtbernische Lösung als unzweckmässig erscheinen lässt. Sodann sei die «starre Anordnung, überall

und bei allen Um- und Neueinzonungen gleichermaßen den sozialen Dritten vorzuschreiben, [...] planerisch unzweckmässig» (act. 4C pag. 8 S. 6 Ziff. 2 Bst. i). Das AGR hat diesen Rügen entgegengehalten, es sei unbestritten, dass die Wohninitiative zur Durchsetzung zusätzlicher Vollzugsregelungen bedürfe, was aber an der Genehmigungsfähigkeit nichts ändere (act. 4A1 Beilage 1 E. 3.3.4). Zudem sehe Art. 16b Abs. 2 BO vor, dass namentlich kleinere Areale von den Verpflichtungen in Art. 16b Abs. 1 BO befreit werden können, weshalb es sich nicht um eine starre Regelung handle (act. 4A1 Beilage 1 E. 3.3.8). Wie die JGK richtig ausgeführt hat (angefochtener Entscheid E. 5.4), wird aus diesen Erwägungen hinreichend klar, weshalb es die Bestimmung trotz den Einwänden der Beschwerdeführer als zweckmässig erachtete und ist unproblematisch, dass es sich mit dem Förderungssystem des Kantons Zug nicht auseinandergesetzt hat. Die JGK durfte daher eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ohne weiteres verneinen.

#### **4.**

**4.1** Nach den Beschwerdeführern ist das gemäss Art. 4 RPG und Art. 58 BauG vorgeschriebene Mitwirkungsverfahren, welches die demokratische Legitimation der Änderung der baurechtlichen Grundordnung bezwecke, zu Unrecht nicht durchgeführt worden. Mit dem Wegfall der Mitwirkung sei auch eine hinreichende Berichterstattung im Sinn von Art. 47 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1) nicht möglich, weil dort u.a. die Anregungen der Bevölkerung zu berücksichtigen seien (Beschwerde Ziff. 11 und 15).

**4.2** Die Ortsplanung ist im Kanton Bern Aufgabe der Gemeinden (Art. 55 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 Bst. b BauG). Gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG und Art. 58 Abs. 1 BauG sorgen sie dafür, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann. Die Mitwirkung soll die Planungsbehörden in ihrer Aufgabe unterstützen, eine den Anforderungen des Gesetzes und den Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechende Raumordnung zu schaffen. Sie dient der Sammlung von Ideen und Hinweisen bzw. – in den Worten des Baugesetzes (Art. 58 Abs. 4 BauG) – von Anre-



gungen und Einwendungen. Sie ist damit ein Teil der Grundlagenbeschaffung (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 58 N. 3). Das Gesetz schreibt die frühzeitige Mitwirkung der Bevölkerung vor, d.h. in einem Zeitpunkt, in dem die abschliessende Interessenabwägung noch offen ist; denn die Beschaffung von Grundlagen nach abgeschlossener Planung wäre wenig sinnvoll. Anregungen müssen zur Verfügung stehen und Bedenken müssen bekannt sein, wenn die Planungsvorstellungen konkretisiert und in eine bestimmte Form gegossen werden (zum Ganzen VGE 2015/17 vom 23.11.2015 E. 2.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 58 N. 5 mit Hinweis auf BGE 135 II 286 E. 4.2.3). Es handelt sich bei der planungsrechtlichen Mitwirkung nur um ein politisches Mittel; prozessuale Rechte können daraus nicht abgeleitet werden und es entstehen auch keine subjektiven Ansprüche aus der Teilnahme an der Mitwirkung (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 58 N. 1 und 9a; vgl. zur Abgrenzung von den Instrumenten der direkten Demokratie BGE 135 II 286 E. 4.2.3).

**4.3** Die Initiative meint demgegenüber das Recht einer definierten Anzahl von Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern, eine Änderung der Rechtsordnung vorzuschlagen (Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, § 48 N. 8). Zehn Prozent oder ein im Organisationsreglement bestimmter kleinerer Teil der Stimmberechtigten können im Kanton Bern mit der Initiative den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung von Reglementen oder Beschlüssen verlangen, die in der Zuständigkeit der Stimmberechtigten oder des Gemeindeparlaments liegen (Art. 117 Abs. 1 und 2 KV; Art. 15 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 [GG; BSG 170.11]; Art. 39 Abs. 1 Gemeindeordnung der Stadt Bern vom 3. Dezember 1998 [GO; SSSB 101.1]). Dazu gehört u.a. die baurechtliche Grundordnung (Art. 36 Bst. c GO); sie kann folglich – was nicht bestritten wird – mittels Initiative abgeändert werden. Die Initiative kann die Form einer einfachen Anregung oder – wie hier – eines ausgearbeiteten Entwurfs haben (Art. 16 Abs. 1 GG). Der ausgearbeitete Entwurf ist das Begehren, bestimmte Normen wie vorgeschlagen zu erlassen, zu ändern oder aufzuheben. Er muss eine oder mehrere fertig redigierte Normen beinhalten, die ohne korrigierende Eingriffe in die Rechtsordnung eingefügt und in Kraft gesetzt werden können. Dem entspricht, dass er nicht abgeändert werden darf und dem Volk so wie er lautet vorgelegt werden

muss (Pierre Tschannen, a.a.O., § 52 N. 35 f.). Das zeigt, dass im Fall einer Initiative in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs ein Mitwirkungsverfahren keinen Sinn ergibt (vgl. Rudolf Muggli, in Kommentar RPG, 2010, Art. 4 N. 6; Martin Gossweiler, in Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2013, § 3 N. 9 mit Hinweis auf BGE 115 Ia 89 E. 2b-d). Denn Vorschläge aus der Bevölkerung könnten ohnehin nicht in den Initiativtext einfließen. Gegenstand eines Mitwirkungsverfahrens könnte allenfalls ein Gegenvorschlag sein (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 58 N. 4b); ein solcher ist aber nicht zwingend und wurde hier nicht beschlossen (GRB Nr. 2013-1304; act. 4C pag. 4).

**4.4** Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde kein Mitwirkungsverfahren durchgeführt hat. Im Übrigen würde dieser Umstand nach der bernischen Rechtsprechung die Genehmigung eines Reglements oder Plans grundsätzlich nicht hindern (RR 19.3.2003, in BVR 2004 S. 529 E. 5; VGE 2015/17 vom 23.11.2015 E. 2.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 58 N. 9a).

## **5.**

**5.1** Das Verwaltungsgericht hat die Änderung der BO einer abstrakten Normenkontrolle zu unterziehen. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis werden kantonale und kommunale Normen im Rahmen einer solchen nur aufgehoben, sofern sie sich jeglicher verfassungs-, bundesrechts- und konventionskonformen Auslegung entziehen, nicht jedoch wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleiben. Grenze der Auslegung ist der klare und eindeutige Wortsinn. Für die Beurteilung, ob die kommunale Norm verfassungs- und gesetzeskonform ausgelegt werden kann, sind in Anlehnung an die Praxis des Bundesgerichts folgende Kriterien massgebend: die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Wahrscheinlichkeit verfassungs- und gesetzmässiger Anwendung, die Möglichkeit, bei einer späteren Normenkontrolle einen hinreichenden Rechtsschutz zu erhalten, die konkreten Umstände, unter denen die Norm zur Anwendung kommt, sowie die Möglichkeit einer Korrektur und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit (BGE 138 II 173 E. 8.1 mit Hinweisen). Der blosse Umstand, dass

die angefochtene Norm in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung (zum Ganzen BGE 143 I 137 E. 2.2 mit Hinweisen).

**5.2** Bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit rechtskonformer Anwendung dürfen auch Erklärungen der Behörden zur künftigen Rechtsanwendung berücksichtigt werden (BGE 130 I 82 E. 2.1; BVR 2015 S. 1 E. 2.2, je mit weiteren Hinweisen).

**5.2.1** Das Verständnis der Gemeinde von Art. 16b BO ergibt sich u.a. aus ihren Eingaben im Verlauf des Verfahrens (insb. act. 3), dem sog. «Praxisblatt», das im Entwurf vom 18. Mai 2017 vorliegt und teilweise aktenkundig ist (act. 3A), sowie dem darin integrierten Modell zur Berechnung der Mietzinse (act. 3A S. 9). Beim Praxisblatt handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung, welcher lediglich die Bedeutung einer Absichtserklärung zur Anwendung von Art. 16b BO zukommt und die nicht auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen ist.

**5.2.2** Die Gemeinde sieht den Zweck von Art. 16b BO darin, das Angebot an preisgünstigen Wohnungen zu vergrössern. Die Bestimmung sei als Auftrag an die Planungsbehörde formuliert und komme bei Ein- und Umzonen, zu welchen auch Aufzonen gehören dürften (vgl. auch das von der EG Bern im Rahmen der Vorprüfung der Initiative in Auftrag gegebene Rechtsgutachten [nachfolgend: Rechtsgutachten], unpag. act. 4B S. 11), zur Anwendung. Im Nutzungsplanverfahren zur Anpassung der Nutzungszone müsse die Verpflichtung zur Preisgünstigkeit in den jeweiligen Vorschriften, beispielsweise zu einer Überbauungsordnung oder einer Zone mit Planungspflicht, verankert werden (act. 3 S. 9 f.). Wohnbauinvestorinnen und -investoren müssten einen Drittel der neu zu schaffenden Wohnfläche preisgünstig erstellen, weshalb eine Kostenprognose einreichen müsse, wer ein Baugesuch stelle. Die Anlagekosten dürften die Limiten der Verordnung vom 27. Januar 2004 des Bundesamts für Wohnungswesen (BWO) über die Kostenlimiten und Darlehensbeträge für Miet- und Eigentumsobjekte (SR 842.4) nicht überschreiten (act. 3A S. 8). Anschliessend seien diese Wohnungen dauerhaft in Kostenmiete zu vermieten, was als «Preisgünstigkeitsverpflichtung gemäss kommunalem Baugesetz (Art. 16b BO)» im Grundbuch angemerkt werde (act. 3 S. 10). Der Begriff der Kos-

tenmiete soll ebenfalls im Nutzungsplanverfahren näher definiert werden. Dabei orientiere sich die Gemeinde an der Wohnraumförderungsgesetzgebung des Bundes und den dazugehörigen Verordnungen, da der Initiativtext und die Erläuterungen auf diese verwiesen (act. 3 S. 11).

**5.2.3** Was die Mietzinskontrolle angeht, werde das Bauinspektorat die Anfangsmietzinssumme sowie die – bei Kostensteigerung zulässigen – Anpassungen während der späteren Mietdauer überwachen. Alle fünf Jahre müsse der aktuelle Mietzinsspiegel dem Bauinspektorat vorgelegt werden (act. 3 S. 10 f.). Hingegen würden nicht die individuellen Mietzinse überprüft. Es sei Sache der Vermieterin oder des Vermieters, wie sie bzw. er den anhand der Kostenmiete errechneten maximalen Gesamt-Nettomietzins auf die einzelne Mieterin oder den einzelnen Mieter überwälze. In diesem Verhältnis seien einzig die Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinse des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) massgebend (act. 3 S. 13; act. 10 S. 3).

**5.3** Nach den Initiantinnen und Initianten soll die Initiative das preisgünstige Wohnen und gemeinnützige Bauträgerschaften in Bern fördern. So sollen in allen Stadtteilen genügend preisgünstiger und qualitativ hochwertiger Wohnraum zur Verfügung stehen und übermässige Profite für die Immobilienbesitzerinnen und -besitzer ausgeschlossen werden. In die Mietzinsberechnung dürfen nur effektive Kosten, nicht aber die Bodenpreis- und Marktentwicklung sowie buchhalterische Wertsteigerungen einfließen (Erläuterungen zum Initiativtext «Für bezahlbare Wohnungen», unpag. act. 4B). Ob die Initiative damit – anders als die Gemeinde – jeder Mieterin und jedem Mieter einer von Art. 16b BO erfassten Wohnung, gestützt auf diese Bestimmung je eine von der Marktentwicklung unabhängige Kostenmiete garantieren wollte, bleibt unklar. Die Erläuterungen könnten aber durchaus auch so verstanden werden.

**5.4** Wie die Stadt geht auch das Rechtsgutachten davon aus, dass die Anlagekostenlimiten anhand des Bundesgesetzes vom 21. März 2003 über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsgesetz, WFG; SR 842) festzusetzen und im Baubewilligungsverfahren nachzuweisen wären. Mit einer Baukostenabrechnung soll ihre Einhaltung überprüft werden. In Bezug auf die Kostenmiete müsse in den Sonderbau-

vorschriften – neben der Eindrittelsregel – auch der Kontrollmechanismus umschrieben werden. Denkbar sei eine periodische Rechenschaftspflicht der Grundeigentümerschaft, mit welcher der Nachweis der Vermietung in Kostenmiete zu erbringen wäre. Aus den Verfahrensregeln des öffentlichen Baurechts folge, dass Mieterinnen und Mieter jederzeit mittels baupolizeilicher Anzeige Verstösse gegen die baurechtlich gesicherten Pflichten zur Kostenmiete rügen können. Die Verfahren richteten sich dabei nach Art. 45 ff. BauG. In diesem Zusammenhang wiesen die Begutachtenden darauf hin, dass damit die Baupolizeibehörde möglicherweise in Mietzinsstreitigkeiten hineingezogen werde, die sonst von Zivilgerichten gelöst werden müssen (Rechtsgutachten unpag. act. 4B S. 17 f.).

**5.5** Das Verwaltungsgericht hat zu prüfen, ob es eine Möglichkeit gibt, die Änderung der BO verfassungs- und bundesrechtskonform anzuwenden.

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, mit Art. 16b BO bestimme die Stadt den maximal zulässigen Mietzins für die von der Eindrittelsregel erfassten Wohnungen. Das schweizerische Mietrecht regle die Miete von Wohnräumen jedoch umfassend, weshalb dem Kanton keine Kompetenz zukomme, die Mietzinsgestaltung abweichend vom Bundeszivilrecht zu bestimmen (Beschwerde Ziff. 37 ff.). – Die Gemeinde stellt sich auf den Standpunkt, Art. 16b BO greife nicht in das Mietrecht ein, denn die mietrechtliche Frage, ob ein (einzelner) Mietzins missbräuchlich sei, sei von der Frage zu trennen, ob eine Gesamt-Nettomietzinssumme baurechtlich gesehen die öffentlich-rechtliche Preisgünstigkeitsverpflichtung nach Art. 16b BO einhält. Für die Anfechtung des Mietzinses stehe der Mieterschaft daher nur das Vorgehen nach Art. 269 ff. OR offen (act. 3 S. 13; act. 10 S. 3).

**6.2** Die Gemeinden sind bei der Ortsplanung im Rahmen der Gesetzgebung und der übergeordneten Planung frei (Art. 65 Abs. 1 BauG; Art. 109 KV). Selbstredend dürfen kommunale Vorschriften die bundesrechtliche Zuständigkeitsordnung nicht verletzen (Vorrang des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 17 GG; statt vieler BGE 143 I 129 E. 2.1

[Pra 107/2018 Nr. 1], 133 I 110 E. 4.1 [Pra 96/2007 Nr. 123]). Der Bund hat gemäss Art. 109 Abs. 1 BV die Kompetenz zur Bekämpfung von Missbräuchen im Mietwesen. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts ist Sache des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV). Bei beiden Bundeskompetenzen handelt sich um umfassende Kompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft (Cipriano Alvarez, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 109 N. 6; Christoph Leuenberger, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 122 N. 4). Die Kantone dürfen nur soweit zivilrechtliche Bestimmungen erlassen, als das Bundesrecht ausdrücklich oder dem Sinn nach die Geltung kantonalen Rechts vorbehält (Art. 5 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]).

**6.3** In ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen werden die Kantone durch das Bundeszivilrecht hingegen nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 ZGB). Eine Materie kann daher sowohl von Regeln des Bundeszivilrechts wie von solchen des kantonalen öffentlichen Rechts erfasst werden. Kantonale Regelungen sind in diesem Fall zulässig, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. In diesem Rahmen kann jedoch das kantonale öffentliche Recht das Bundesprivatrecht nicht nur ergänzen, sondern auch in seiner Tragweite beeinflussen; Art. 6 ZGB anerkennt insofern eine expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts (Flavio Lardelli, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2014, Art. 6 ZGB N. 2). Auch wenn eine bundesrechtliche Regelung in einem bestimmten Bereich umfassend ist, kann ein kantonales Gesetz im gleichen Bereich Bestand haben, wenn es ein anderes Ziel anstrebt als das vom Bundesrecht verfolgte (zum Ganzen BGE 138 I 331 E. 8.4.3, 137 I 135 E. 2.5.1 f. [Pra 100/2011 Nr. 81], je mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch Hänni/Stöckli, Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht – Wandel in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – Dargestellt am Beispiel des Nachbarrechts und Mietrechts, in Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, 2013, S. 23 ff., 24 und 31 ff.; allgemein zur Thematik Peter Schumacher, Die kantonalen Wohnraumerhaltungsgesetze, Diss. Basel 1990, S. 155 ff.).

**6.4** Ob eine privat- oder öffentlich-rechtliche Norm vorliegt, ist anhand der «klassischen» Methoden auszulegen, die das Bundesgericht zur Abgrenzung heranzieht (Subordinationstheorie, Interessentheorie, Sanktionstheorie, Funktionstheorie), wobei demjenigen Kriterium der Vorzug zu geben ist, das den Umständen des konkreten Falls am ehesten gerecht wird (BGE 138 I 274 E. 1.2, 138 II 134 E. 4.1 [Pra 101/2012 Nr. 100]; Christoph Leuenberger, a.a.O., Art. 122 N. 9; Thomas Koller, Berner Kommentar, 2012 [nachfolgend: Kommentar], Art. 6 ZGB N. 28 ff.).

**6.5** Da es im Mietrecht neben den hier nicht einschlägigen Art. 257e Abs. 4 und Art. 270 Abs. 2 OR an Vorbehalten für kantonales Privatrecht fehlt, ist zunächst anhand der genannten Kriterien zu prüfen, ob Art. 16b BO (kompetenzwidrig erlassenes) Zivilrecht darstellt.

**6.5.1** Im Zusammenhang mit wohnpolitischen Bestimmungen ist es den Kantonen und Gemeinden insbesondere untersagt, in die direkten Beziehungen zwischen den Parteien des Mietvertrags einzugreifen (statt vieler BGE 137 I 135 E. 2.5.1 [Pra 100/2011 Nr. 81], 131 I 333 E. 2.2 [Pra 95/2006 Nr. 75]). So erwog das Bundesgericht, die Mietzinsfestsetzung sei abschliessend im Bundesrecht geregelt (damals noch unter dem Bundesbeschluss vom 21. Dezember 1960 über Mietzinse für Immobilien und die Preisausgleichskasse für Milch und Milchprodukte [AS 1961 S. 284; nachfolgend: aBB Mietzinse] und der Verordnung vom 11. April 1961 über Mietzinse und Kündigungsbeschränkung [AS 1961 S. 299; nachfolgend: aV Mietzinse]) und es seien nur (indirekte) Massnahmen zulässig, die das Angebot an verfügbarem Wohnraum im Allgemeinen erhöhten, wie die Bewilligungspflicht für den Abbruch, den Umbau und den Wiederaufbau von Wohnhäusern. Solch indirekte Eingriffe wurden im damals beurteilten Fall namentlich auch deshalb angenommen, weil die Mieterschaft im Bewilligungsverfahren nicht Partei war (BGE 89 I 178 E. 3c f.; vgl. auch BGE 101 Ia 502 E. 2d, wo die Bewilligung zum Abbruch und Wiederaufbau bzw. Umbau von Wohnungen, an denen Knappheit herrschte, an eine Mietpreiskontrolle geknüpft wurde). Keine direkte Einflussnahme auf das Mietverhältnis lag in der Festsetzung von Mietzinsen sowie deren Kontrolle als Bedingung dafür, in Entwicklungszonen (wohl günstigere) Zonenvorschriften anwenden zu dürfen. Auch dort gab die Regelung der Mieterschaft

keine Möglichkeit, im Einzelfall die Einhaltung eines besonderen Mietzinses zu verlangen und wurde ein Verstoss gegen die Auflage lediglich mit Verwaltungsanktionen geahndet (BGE 99 Ia 604 E. 6b). Direkt in das Mietverhältnis griff hingegen eine kantonale Bestimmung ein, die es der Vermieterschaft untersagte, der Mieterschaft zu kündigen, wenn sie die Wohnung veräussern wollte (BGE 113 Ia 126 E. 9d [Pra 77/1988 Nr. 157]). Eher als privatrechtlich erachtete das Bundesgericht eine kantonale Bestimmung, die festlegte, welche Kosten als Nebenkosten abgerechnet werden dürfen, wobei es die Frage offenliess (BGE 137 I 135 E. 2.6.1 f. [Pra 100/2011 Nr. 81]; zustimmend Thomas Koller, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, in ZBJV 2013 S. 21 ff., 27).

**6.5.2** Vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre Art. 16b BO wohl insbesondere dann als (unzulässiges) kantonales Privatrecht zu betrachten, wenn die Mieterschaft einer von der Regelung erfassten Wohnung die Möglichkeit hätte, ihren Mietzins nach Kostenmiete mit Hilfe baupolizeilicher Mittel durchzusetzen. Die Beschwerdeführer scheinen die Bestimmung denn auch so zu verstehen. Tatsächlich käme dies einer Anfechtung missbräuchlicher Mietzinse gemäss Art. 269 ff. OR nahe und würde das Mietverhältnis direkt beeinflusst. Im Sinn der Interestheorie (vgl. dazu BGE 137 I 135 E. 2.6.1 [Pra 100/2011 Nr. 81] mit Hinweisen; Thomas Koller, Kommentar, Art. 6 ZGB N. 28 ff.) würden bei dieser Ausgestaltung vorab private Interessen verfolgt. Die Möglichkeit, den individuellen Mietzins im baupolizeilichen Verfahren senken zu lassen, würde – nach der sog. Sanktionstheorie – ebenfalls eher für eine privatrechtliche Norm sprechen (vgl. dazu Thomas Koller, Kommentar, Art. 6 ZGB N. 37 f.).

**6.5.3** Viel naheliegender ist indes ein anderes Verständnis von Art. 16b BO: Bereits der allgemeine Kontext der Norm spricht für eine öffentlichrechtliche Bestimmung, hat sie doch Eingang in die städtische Bauordnung gefunden. Die BO soll neu auch die «Planung und den Bau preisgünstiger, qualitativ hochwertiger Wohnungen gewährleisten» (Art. 1 Abs. 3 BO). Art. 16b BO betrifft damit, wie auch die Gemeinde mehrfach festgehalten hat, nicht den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im Sinn von



Art. 269 ff. OR, sondern verfolgt öffentliche Interessen. Sodann geht es um Verpflichtungen, die Private gegenüber der Gemeinde zu erfüllen haben und nicht um die Beziehung zwischen Privaten (vgl. zu dieser Überlegung auch BGE 99 Ia 604 E. 6e S. 627). Das ergibt sich bereits aus Art. 16b Abs. 2 BO, wonach «das für die Planung zuständige Organ» Um- und Neueinzonungen im Einzelfall von der Verpflichtung, preisgünstigen Wohnraum zu erstellen ausnehmen oder diese Verpflichtung einschränken kann. Weiter soll Gegenstand der Überprüfung in einem allfälligen Baupolizeiverfahren nicht der einzelne Mietzins sein, sondern die Summe der Nettomietzinse des gesamten Drittels. Das Verfahren nach Art. 45 ff. BauG kennt kein Instrumentarium, das es dem Bauinspektorat ermöglichen würde, die Mietzinse für die Wohnungen direkt zu beeinflussen. Würde die Kostenmiete überschritten, wären daher nicht die Mietverträge anzupassen (Reduktionen der Mietzinse); vielmehr wäre die Vermieterschaft verpflichtet, die Gesamt-Nettomietzinssumme zu senken. Tut sie das nicht, können (auf Strafanzeige der Baupolizeibehörde hin durch das Strafgericht) lediglich Bussen im Sinn von Art. 50 BauG verhängt werden. Die Androhung dieser Sanktion dürfte in der Regel dazu führen, dass die Vermieterin oder der Vermieter die Mietzinse gegenüber der einzelnen Mieterin oder dem einzelnen Mieter senkt; eine solche indirekte Beeinflussung des Mietverhältnisses ist aber zulässig.

**6.5.4** Art. 16b BO ist nach dem Gesagten dem öffentlichen Recht zuzuordnen und stellt nicht Zivilrecht dar.

**6.6** Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen sind sodann nur zulässig, wenn das Bundesrecht die Materie nicht abschliessend regelt, die Regelung durch schutzwürdige öffentliche Interessen begründet ist und sie das Zivilrecht nicht umgeht, d.h. nicht gegen dessen Sinn und Geist verstösst, dessen Anwendung übermässig erschwert oder gar vereitelt (vorne E. 6.3).

**6.6.1** Das Bundesgericht hat mehrfach bestätigt, dass es den Kantonen, auch mit Blick auf die bundesrechtlichen Mieterschutzbestimmungen unbenommen ist, Massnahmen zur Bekämpfung der Wohnungsnot zu treffen und mit öffentlich-rechtlichen Bestimmungen indirekt in das Mietverhältnis zwischen Vermieter- und Vermieterschaft einzugreifen. So hat es zur Sicherung eines bestimmten Angebots an Mietwohnungen auch die behördliche

Festsetzung von Mietzinsen und deren Kontrolle zugelassen (BGE 101 Ia 502 E. 2d, 99 Ia 604 E. 6b, noch unter Geltung des aBB Mietzinse und der aV Mietzinse; bestätigt unter Geltung der Art. 269 ff. OR z.B. in BGer 1C\_405/2015 vom 6.4.2015 E. 3.1, 1C\_496/2012 vom 12.2.2013 E. 2.2, 1P.20/2005 vom 18.3.2005 E. 2.2; vgl. zum Ganzen auch Thomas Koller, Kommentar, Art. 6 ZGB N. 140). Ob die kommunalen Bestimmungen einem hinreichenden schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen, bleibt im Zusammenhang mit dem Grundrechtseingriff näher zu prüfen (vgl. zu diesem Vorgehen auch schon BGE 110 Ia 111 E. 3d; hinten E. 7.4).

**6.6.2** Mit Art. 16b BO will die Gemeinde das Angebot an günstigen Wohnungen durch planerische Massnahmen erhöhen und deren dauerhafte Preisgünstigkeit sicherstellen. Einen individuellen Mieterschutz, wie ihn Art. 269 ff. OR verfolgen, hat die Bestimmung nicht zum Ziel. Die Regelungen des OR dienen umgekehrt nicht dazu, in allgemeiner Weise das Angebot preisgünstiger Mietwohnungen zu fördern (vgl. auch Peter Higi, in Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 1998, Vorbem. zu Art. 269-270e OR N. 5 ff.). Ebenso wenig regelt das öffentliche Bundesrecht die Materie abschliessend: Zwar sollen mit dem auf Art. 108 BV gestützten WFG Wohnraum für Haushalte mit geringem Einkommen sowie der Zugang zu Wohneigentum gefördert werden (Art. 1 Abs. 1 WFG), was mittels Finanzhilfen umgesetzt wird (Art. 11 ff. und 23 ff. WFG). Die Förderungskompetenz des Bundes verdrängt aber die kantonalen Kompetenzen nicht; diese bestehen parallel (Cipriano Alvarez, a.a.O., Art. 108 N. 13). Bei der hier zu beurteilenden Regelung geht es sodann nicht um eine finanzielle Unterstützung durch das Gemeinwesen, sondern werden Private im Rahmen planungsrechtlicher Massnahmen verpflichtet, ihr Grundstück in bestimmter Weise zu überbauen und zu nutzen. Es bestehen damit keine abschliessenden Regelungen des Bundes, die eine kommunale Bestimmung wie die vorliegende ausschliessen würden.

**6.6.3** Bleibt zu prüfen, ob die Anwendung von Art. 16b BO gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst, was bedeutet, dass das öffentliche Recht der Kantone auch dort, wo zulässigerweise andere Zielsetzungen als im Bundeszivilrecht verfolgt werden, zumindest dessen grundlegenden

Werte zu beachten hat. Dazu gehört u.a. die Vertragsfreiheit (Arnold Marti, in Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1998, Art. 6 ZGB N. 339 f.), welche hier sowohl durch die indirekten Vorgaben zur Mietzinsberechnung als auch durch die (alternative) Verpflichtung, das eingezonte Land an eine gemeinnützige Organisation abzugeben, beeinträchtigt wird (vgl. zur sog. Inhaltsfreiheit Peter Higi, a.a.O., Vorbem. zu Art. 269-270e OR N. 75 f. und 84). Mit Sinn und Geist des Bundeszivilrechts nicht vereinbar ist etwa eine Initiative, die das Gemeinwesen zwecks Bekämpfung der Bodenspekulation verpflichtet, das Grundeigentum der öffentlichen Hand durch Zukauf ständig zu vermehren und so letztlich den gesamten Grund und Boden zu verstaatlichen (BGer 17.6.1959, in ZBI 1960 S. 281 E. 6). Von einer solchen Eingriffsintensität kann hier indes nicht die Rede sein. Weniger weit gehende öffentlich-rechtliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind in der Regel keineswegs ausgeschlossen (Art. 19 Abs. 1 OR; insb. für das Wohnungswesen BGE 131 I 333 E. 2.3 [Pra 95/2006 Nr. 75]; vgl. auch schon Fritz Gygi, Zur bundesstaatlichen Rechtssetzungszuständigkeit im Gebiet des Obligationen- und Handelsrecht, in ZSR 1984 I S. 1 ff., 12 f.). Ob die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, ist nachfolgend zu prüfen (hinten E. 7). Dass die Bestimmung darüber hinaus dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widersprechen könnte, ist nicht ersichtlich. Ganz im Gegenteil verfolgen sowohl das Mietrecht (Schutz der oder des Einzelnen vor missbräuchlichen Mietzinsen) als auch die Wohn-Initiative (Erhöhung des Angebots preisgünstiger Wohnungen) letztlich sozialpolitische Ziele (vgl. für eine vergleichbare Argumentation BGer 1.3.1999, in mp 2000 S. 65 E. 2c mit Hinweis auf BGer 3.11.1995, in ZBI 1997 S. 71 E. 3b, je betreffend Dienstwohnungen von Beamten).

**6.6.4** Öffentliches kantonales Recht darf die Anwendung von Bundeszivilrecht zudem weder übermässig erschweren noch vereiteln. Eine eigentliche Vereitelung liegt vor, wenn die rechtlichen oder tatsächlichen Anwendungsbedingungen für eine vom Bundeszivilrecht vorgesehene Regelung durch kantonales Recht grundsätzlich oder in einem grossen Teil der Fälle (nicht nur in besonders gelagerten Einzelfällen) durch das kantonale öffentliche Recht beseitigt werden. Dies kann auf direktem oder indirektem Weg geschehen, wobei gleichgültig ist, ob dieses Ergebnis beabsichtigt ist oder nicht. Mit Blick auf die expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts

darf die Bedeutung dieses Kriteriums allerdings nicht überschätzt werden (Arnold Marti, a.a.O., Art. 6 ZGB N. 375, 378 f.). So hat das Bundesgericht eine Vereitelung von Bundesrecht bejaht, weil das kantonale Recht wichtige und zivilrechtlich unter Umständen gebotene Reparaturen mit bewilligungspflichtigen Umbauten gleichsetzte (BGE 116 Ia 401 E. 5). Ebenso umging eine kantonale Bestimmung Bundesrecht, die gewisse Faktoren als Nebenkosten definierte, obschon diese mit dem Gebrauch der Sache nicht im Zusammenhang standen (BGE 137 I 135 E. 2.6.2 [Pra 100/2011 Nr. 81]). Für die Beurteilung, ob eine übermässige (oder auch erhebliche oder wesentliche) Erschwerung vorliegt, ist sodann v.a. der Verhältnismässigkeitsgrundsatz beachtlich und darauf abzustellen, ob das an sich zulässige Ziel des kantonalen öffentlichen Rechts mit Mitteln erreicht werden kann, welche das Bundeszivilrecht weniger stark beeinträchtigen (Arnold Marti, a.a.O., Art. 6 N. 380).

**6.6.5** Die grundsätzlich vertraglich frei bestimmbaren Mietzinse werden durch die Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinse beschränkt (statt vieler Roger Weber, in Basler Kommentar, 6. Aufl. 2015, Art. 269 OR N. 1 f.). Demnach sind Mietzinse missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen (Art. 269 OR). Das OR bekennt sich damit im Grundsatz zur Kostenmiete (Roger Weber, a.a.O., Art. 269 OR N. 5). Es lässt es aber auch zu, nicht (nur) auf die Kosten der Vermieterschaft abzustellen, sondern den Mietzins anhand des Werts der Mietsache objektiv, d.h. im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse, festzusetzen (Art. 269a Bst. a OR; sog. Vergleichs- oder auch ungenau Marktmiete; Sarah Brutschin, in Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, Ziff. 19.2.1 mit Hinweis auf BGE 123 III 317 E. 4d und Ziff. 21.2.2; vgl. auch Art. 11 der Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen [VMWG; SR 221.213.11]). Nach der Gemeinde sollen die Mietzinse erhöht werden dürfen, wenn die Kosten steigen. Hingegen sollen die Mietzinse für die betroffenen Wohnungen insbesondere nicht den orts- und quartierüblichen Mietzinsen angepasst, d.h. nicht gestützt auf dieses Kriterium erhöht oder festgesetzt werden dürfen (vorne E. 5.2.2). Die kommunale Bestimmung steht insoweit, auch wenn sie keinen direkten

Einfluss auf das Mietverhältnis hat (vorne E. 6.5.3 und 6.6.2), mit den mietrechtlichen Bestimmungen in einem Spannungsverhältnis. Denn wenn sich die Vermieterschaft z.B. (ausnahmsweise) aus zivilrechtlicher Sicht auf Art. 269a Bst. a OR berufen könnte, um den Mietzins anzuheben, wäre dies nach Art. 16b BO nur dann zulässig, wenn der dadurch beeinflusste Gesamt-Nettomietzins gleichzeitig dem Grundsatz der Kostenmiete im Sinn von Art. 16b BO entspräche. Die kommunale Regelung beeinflusst damit die Anwendung der Mietzinsberechnungsmethode nach OR im Interesse der Erhöhung des Angebots an preisgünstigem Wohnraum zwar indirekt. Angewandt wird Art. 16b BO aber nur in einzelnen Zonen, soweit die betreffenden Grundstücke zuvor neu ein-, auf- oder umgezont und damit einer besseren Nutzung zugeführt worden sind. Die Regelung beschränkt sich dabei auf einen Drittel der dort neu erstellten Wohnnutzung und erlaubt der Eigentümerin oder dem Eigentümer, die Mieten für einen grossen Teil der Wohnungen nach Art. 269 f. OR festzulegen. Sie ist folglich nicht flächendeckend anwendbar und das Bundesrecht kommt weitgehend uneingeschränkt zur Anwendung. Von einer regelrechten Vereitelung der Bestimmungen des OR zu missbräuchlichen Mietzinsen oder einer übermässigen Erschwerung ihrer Anwendung durch die planerische Massnahme der Gemeinde kann daher nicht die Rede sein.

**6.7** Ein Verstoß gegen Bundeszivilrecht ist demnach nicht gegeben.

## **7.**

**7.1** Die Beschwerdeführer machen geltend, die Regelung verletze die Eigentumsgarantie in schwerwiegender Weise, weil der künftig mögliche Gebrauch des Grundeigentums erheblich eingeschränkt werde (Beschwerde Ziff. 24). – Gemäss Art. 26 Abs. 1 BV und Art. 24 Abs. 1 KV ist das Eigentum gewährleistet. Die Bestandesgarantie schützt die konkreten Vermögensrechte des Eigentümers, d.h. das Recht, sein Eigentum zu bewahren, zu nutzen oder zu veräussern (BGE 131 I 333 E. 3.1 [Pra 95/2006 Nr. 75]). Indem Art. 16b BO die Nutzung des Grundeigentums regelt, betrifft er den sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Fraglich ist allerdings, ob tatsächlich ein Eingriff vorliegt, denn die aus der Eigentumsga-

rantie abgeleitete sog. Baufreiheit besteht nur innerhalb der Vorschriften, die der Gesetzgeber über die Nutzung des Grundeigentums erlassen hat (Art. 641 Abs. 1 ZGB; vgl. BGer 1C\_99/2017 vom 20.6.2017 E. 4, 1C\_330/2012 vom 22.4.2013 E. 6, 1A.110/2001 vom 4.12.2001, in ZBI 2002 S. 615 E. 8.1; BVR 2016 S. 402 E. 7.1; vgl. auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 2 N. 1; Jeannerat/Moor, in Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, 2016, Art. 14 N. 17 f.). Art. 16b BO kommt nur dann zur Anwendung, wenn ein Grundstück ein- (z.B. Landwirtschaftsland in Bauzone), auf- (z.B. zweigeschossige Wohnzone in dreigeschossige Wohnzone) oder umgezont wird, wobei mit «Umzonung» unstreitig gemeint ist, dass ein zuvor nicht in einer Wohnzone liegendes Grundstück der Wohnnutzung zugeführt wird (vgl. auch Rechtsgutachten, unpag. act. 4B S. 9). Damit erhält die Grundeigentümerschaft mehr Nutzungsmöglichkeiten als sie zuvor hatte, womit nicht eigentlich von einer Einschränkung der bestimmungsgemässen Nutzung gesprochen werden kann. Auch wenn die Überbaumöglichkeiten z.B. im Vergleich zu einer Einzonung unter heutigem Recht vermindert sind, schränkt die Bestimmung keine nach der heutigen Rechtsordnung zulässige, sondern nur eine (aus heutiger Sicht) möglicherweise künftig erlaubte Nutzung ein. Sofern nicht ausnahmsweise ein Anspruch auf Einzonung besteht, ist ein Eingriff in die Eigentumsgarantie jedenfalls nicht augenfällig. Allenfalls könnte eine Beeinträchtigung darin liegen, dass Land grundsätzlich ohne Zustimmung der Eigentümerschaft eingezont werden und ein gewisser direkter (Art. 15a Abs. 2 RPG; Art. 126c und 126d BauG) oder indirekter Druck (höhere Vermögenssteuern) zu einer faktischen Bauverpflichtung führen könnte, bei deren Befolgung Art. 16b BO zu beachten wäre. Letztlich kann die Frage mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen jedoch offenbleiben.

**7.2** Mit der Vorgabe, wie die vertraglich zu vereinbarenden Mietzinse zu berechnen sind sowie mit deren dauerhaften Kontrolle oder der alternativen Verpflichtung, das Land an eine gemeinnützige Organisation abzugeben, wird jedenfalls die aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleitete Vertragsfreiheit, insbesondere die Inhaltsfreiheit und die Partnerwahlfreiheit, beeinträchtigt (Art. 27 BV; Art. 23 KV; BGE 143 I 395 E. 4.1, 131 I 333 E. 2.3 und 3.2 [Pra 95/2006 Nr. 75]). Es ist daher zu prüfen, ob die Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 BV und Art. 28 KV gegeben sind. Das Erfordernis der ge-

setzlichen Grundlage verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze zur Sicherung des Gesetzesvorbehalts, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz (im formellen Sinn) selbst vorgesehen sein müssen (Art. 36 Abs. 1 BV; Art. 28 Abs. 1 KV statt vieler BGE 143 II 162 E. 3.2.1, 141 I 201 E. 4.1). Der Eingriff muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV; Art. 28 Abs. 2 und 3 KV). Staatliche Massnahmen müssen zudem den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wahren (Art. 94 Abs. 1 BV). Abweichungen davon, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der BV vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Dass grundsatzwidrige Massnahmen vorliegen würden, wird weder geltend gemacht noch ist solches ersichtlich; die Bestimmung dient sozialpolitischen Zielen (vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2 mit Hinweisen; BVR 2002 S. 123 E. 6f/bb f.; VGE 2013/449 vom 29.9.2015 E. 3.3, 21436 vom 22.7.2002 E. 4a).

### **7.3 Gesetzliche Grundlage:**

**7.3.1** Dass Art. 16b BO eine Bestimmung in einem formellen Gesetz darstellt und die Normstufe daher gar für einen schweren Grundrechtseingriff genügen würde, stellen die Verfahrensbeteiligten zu Recht nicht (mehr) in Frage. Die Beschwerdeführer bestreiten hingegen das Vorliegen einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage, weil der Begriff der Kostenmiete nicht definiert sei (Beschwerde Ziff. 25 ff.). Im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren äussern sie sich nicht mehr zur Bedeutung der Begriffe «preisgünstig» und «dauerhaft» (vgl. act. 4A pag. 12 Ziff. 6 Bst. d f.; angefochtener Entscheid E. 6.2.4). Ungenügend bestimmt sei auch, wie die «Abgabe» des Bodens an eine gemeinnützige Organisation um- und durchgesetzt werden soll (Beschwerde Ziff. 53 ff.).

**7.3.2** Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen dient der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Es darf nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu ver-

wenden, deren Auslegung und Anwendung er der Praxis überlassen muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressatinnen und Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (zum Ganzen BGE 143 II 162 E. 3.2.1, 141 I 201 E. 4.1; BVR 2012 S. 334 E. 7.3 mit Hinweisen, bestätigt durch BGE 138 II 173).

**7.3.3** Die Gemeinde macht geltend, die wichtigsten Begriffe der Wohn-Initiative, u.a. derjenige der Kostenmiete, sollten in einer Richtlinie des Gemeinderats (Verwaltungsverordnung) geregelt und in der Art. 16b BO umsetzenden Überbauungsordnung oder in den entsprechenden ZPP-Vorschriften verankert werden (act. 3 S. 10 f.; act. 3A; vorne E. 5.2.2). Der Grundsatz der Normdichte verbiete nicht, Gesetzesbegriffe zu verwenden, die auf einer tieferen Normstufe konkretisiert werden müssen (act. 3 S. 11).

**7.3.4** Wie bereits die JGK zu Recht ausgeführt hat und unter den Parteien unbestritten ist, bedarf Art. 16b BO der Ausführung und ist so noch nicht direkt anwendbar. Die Tragweite der Bestimmung ist aber zumindest in den Grundzügen absehbar. So wird deutlich, dass bei künftigen Ein-, Um- und Aufzonungen nicht mehr beliebige Wohnungstypen gebaut werden dürfen, sondern für ein Drittel der Wohnnutzung Anlagekostenlimiten zu beachten sind. Ebenso macht der Begriff der Kostenmiete klar, dass die Mietzinse für das angesprochene Drittel anhand von Kostenfaktoren (einschliesslich einer Eigenkapitalverzinsung) und nicht anhand vergleichbarer Objekte festzusetzen sind. Entgegen den Beschwerdeführern ist dieser Begriff auch nicht unbekannt; sowohl die Wohnraumförderungsgesetzgebung als auch das OR berechnen Mietzinse (im Grundsatz) danach. Aus dem Verweis auf die WFV lassen sich sodann wichtige Leitlinien für die Auslegung der städtischen Bestimmungen gewinnen. Das gilt auch für die Variante der «Abgabe des Bodens durch Verkauf oder im selbständigen und dauernden Baurecht an eine gemeinnützige Organisation». In Verbindung mit der Zielsetzung der Norm wird hinreichend klar, dass es der Grundeigentümerschaft offenstehen soll, das Land, statt es selber mit preisgünstigen Woh-



nungen zu überbauen, an eine gemeinnützige Organisation zu veräussern, welche eine Kostenmiete garantiert. Der Verweis auf Art. 37 WFV macht deutlich, dass auch die gemeinnützige Organisation preisgünstigen Wohnraum zu erstellen hat, muss sie doch u.a. den Zweck verfolgen, dauerhaft den Bedarf an Wohnraum zu tragbaren finanziellen Bedingungen zu decken (Art. 37 Abs. 1 Bst. a WFV). Dass die Gemeinde die Einzelheiten näher zu bestimmen hat und die Durchsetzung der Massnahmen in der BO nicht ausdrücklich geregelt wird, hindert die Genehmigungsfähigkeit von Art. 16b BO nicht.

#### **7.4 Öffentliches Interesse:**

**7.4.1** Weiter machen die Beschwerdeführer ein fehlendes öffentliches Interesse geltend, weil Belegungsvorschriften fehlten. Nur so könne sichergestellt werden, dass kein günstiger Wohnraum für wohlhabende Personen geschaffen werde (Beschwerde Ziff. 42 f.).

**7.4.2** Der Begriff des öffentlichen Interesses ist zeitlich und örtlich variabel und umfasst zunächst die Polizeigüter (Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, öffentliche Ruhe etc.), aber auch kulturelle, ökologische sowie soziale Werte, wie sie namentlich in den Staatsaufgaben zum Ausdruck kommen. Die öffentlichen Interessen konkretisieren sich in der Regel im politischen Prozess der demokratischen Rechtsetzung, die indessen nicht in einer politischen Beliebigkeit erfolgt, sondern im Licht des Wertesystems der Gesamtrechtsordnung (vgl. BGE 142 I 49 E. 8.1, 138 I 378 E. 8.3, je mit Hinweisen).

**7.4.3** Art. 16b BO soll allgemein das Angebot an preisgünstigem Wohnraum in der Gemeinde erhöhen (vorne E. 5.2.2). Die Regelung wurde von den Stimmberechtigten der Gemeinde mit über 70 % deutlich angenommen (act. 4C pag. 15), was bereits ein öffentliches Interesse impliziert. Art. 40 KV bestärkt dies, indem Kanton und Gemeinden beauftragt werden, Massnahmen für die Erhaltung preisgünstiger Wohnungen und für die Verbesserung ungenügender Wohnverhältnisse zu ergreifen und den preisgünstigen Wohnungsbau zu fördern (vgl. auch Art. 41 Abs. 1 Bst. e BV; Art. 30 Abs. 1 Bst. b KV; Art. 64 Abs. 2 Bst. d BauG). Das entspricht, gemäss Angaben der Gemeinde, den Legislaturrichtlinien 2013-16 des Gemeinderats. Da-

nach setzt sich die Stadt das Ziel, über ein angemessenes Wohnungsangebot für alle Bevölkerungsgruppen zu verfügen (act. 4C pag. 16 S. 8). Das Bundesgericht hat zudem mehrfach anerkannt, dass an der Bekämpfung der Wohnungsnot und allgemein an der Förderung zahlbarer Wohnungen ein öffentliches Interesse besteht (vgl. die in E. 6.6.1 zitierten Entscheide sowie BGE 88 I 248 E. 2 S. 254; ferner auch BGE 100 Ia 334 E. 8d mit weiteren Hinweisen). Auch wenn die Wohnungssituation in der Stadt Bern mit derjenigen in Genf, auf welche sich das Bundesgericht vorab bezog, nicht vergleichbar ist, so betrug die Leerwohnungsziffer in der Stadt Bern per 31. Mai 2017 doch 0,57 % (vgl. Statistik Stadt Bern, Leer stehende Wohnungen in der Stadt Bern am 1. Juni 2017, einsehbar unter: <[www.bern.ch](http://www.bern.ch)>, Rubriken «Themen/Stadt, Recht und Politik/Bern in Zahlen/Kategorien der öffentlichen Statistik/09 Bau- und Wohnungswesen»). Ein Leerwohnungsbestand von unter 1 % weist auf eine angespannte Wohnsituation und entsprechenden Handlungsbedarf hin. Bei der Genehmigung des Kantonalen Richtplans 2030 hat der Bundesrat den Kanton Bern denn auch aufgefordert, den Richtplan im Rahmen einer nächsten Anpassung um Aussagen zur Förderung von preisgünstigem Wohnraum zu ergänzen oder gegenüber dem Bund darzulegen, wie der Kanton den geeigneten Rahmen für die Massnahmen schaffe (Prüfungsbericht des Bundesamts für Raumentwicklung [ARE] vom 20.4.2016, S. 16; Genehmigungsbeschluss vom 4.5.2016 Ziff. 8.a; BBI 2016 S. 6745 f.). Auch wenn nicht von der Hand zu weisen ist, dass preisgünstiger Wohnraum wohl primär weniger gut situierten Personen zukommen soll, besteht nach dem Gesagten, namentlich in der Stadt Bern, ein allgemeines öffentliches Interesse an einem grösseren Angebot preisgünstiger Wohnungen, unabhängig von Belegungsvorschriften.

## **7.5** Verhältnismässigkeit:

**7.5.1** Die Beschwerdeführer beanstanden ferner, Art. 16b BO sei mangels Belegungsvorschriften nicht geeignet, das (bestrittene) öffentliche Interesse zu begünstigen, und erweise sich aufgrund der dauerhaften Kostenmiete als unverhältnismässig (Beschwerde Ziff. 44).

**7.5.2** Das Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV; vgl. auch Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Er-

reichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 142 I 49 E. 9.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BVR 2016 S. 402 E. 7.1). – Ungeeignet ist ein Grundrechtseingriff, wenn er keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung des Ziels sogar erschwert oder verhindert (BVR 2010 S. 266 E. 6.2.3). Wie dargelegt bezweckt Art. 16b BO, das Angebot an preisgünstigem Wohnraum zu erhöhen. Indem die Bestimmung Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer verpflichtet, einen Teil ihrer Wohnungen preisgünstig zu erstellen und in Kostenmiete zu vermieten, ist davon auszugehen, dass mehr Wohnungen dieser Art entstehen als ohne diese Verpflichtung. Selbst wenn die Wohnungen vorab Personen mit tieferen Einkommen zur Verfügung gestellt werden sollen, was sich mit Belegungsvorschriften wohl besser verfolgen liesse, ändert dies nichts daran, dass auch für solche Personen die Chancen auf eine zahlbare Unterkunft steigt und die Massnahme geeignet ist. Dass sie nicht erforderlich wäre, machen die Beschwerdeführer nicht geltend. Es ist denn auch nicht ersichtlich, mit welchen mildereren Mitteln eine ähnlich gute Wirkung erreicht werden könnte (zum sog. Übermassverbot statt vieler BGE 142 I 49 E. 9.1, 140 I 2 E. 9.2.2). Schliesslich ist die «Ewigkeit» der Massnahme nach Ansicht der Beschwerdeführer unverhältnismässig, was sie freilich nicht näher ausführen. Zwar fällt auf, dass die staatlichen Mietzinskontrollen in den vom Bundesgericht beurteilten Fällen jeweils zeitlich befristet waren (vorne E. 6.6.1). Im Gegensatz zur hier zu beurteilenden Regelung waren sie indes (teilweise) weder räumlich noch auf neu gebauten Wohnraum beschränkt, sondern beschlugen alle Wohnungen einer bestimmten Kategorie, die z.B. renoviert oder abgerissen werden sollten. Darüber hinaus wurde nicht nur eine Methode vorgegeben, wie die Netto-Mietzinssumme zu berechnen sei, sondern der frankenge-naue Mietzins pro Wohnung festgelegt. Die hier zu beurteilende Regelung betrifft demgegenüber lediglich einen Drittel der neu zu erstellenden Wohnungen in Gebieten, die einer besseren Nutzung zugeführt werden, und wirkt sich auf bereits beschlossene Ein-, Auf- und Umzonungen oder bestehenden Wohnraum nicht aus. Die Gesamt-Nettomietzinssumme darf zudem kostendeckend festgelegt werden. Insgesamt stehen die Beeinträchtigungen für die Bauherrschaft nach dem Gesagten in einem vernünft-

tigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse an einem genügenden Angebot preisgünstiger Wohnungen, auch wenn die Kostenmiete dauerhaft einzuhalten ist.

**7.6** Der Grundrechtseingriff beruht demnach auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, liegt im öffentlichen Interesse und ist verhältnismässig.

## **8.**

**8.1** Die Beschwerdeführer rügen sodann, Art. 16b BO sei nicht stufengerecht, da die Bauordnung über keine übergeordnete Funktion verfüge und der Stadtrat mit jeder Änderung der baurechtlichen Grundordnung unter Vorbehalt des obligatorischen Referendums darauf zurückkommen könne (Beschwerde Ziff. 45). – Vorab ändert an der Genehmigungsfähigkeit einer Bestimmung nichts, dass sie im jeweils massgebenden Verfahren aufgehoben oder abgeändert werden kann. Über Änderungen der baurechtlichen Grundordnung sowie über alle Nutzungspläne, die diese in Art und Mass der Nutzung abändern, beschliessen in der Stadt Bern die Stimmberechtigten (Art. 87 Abs. 1 BO); diese dürften Art. 16b BO ohne weiteres wieder aufheben. Über alle übrigen Nutzungspläne – damit auch Überbauungsordnungen als besondere Nutzungspläne – beschliesst der Stadtrat (Art. 87 Abs. 2 BO; vgl. auch VGE 2017/173 vom 25.10.2017 E. 4.1, 2016/4/8 vom 7.7.2016 E. 2.1). Da Art. 16b BO nur anzuwenden ist, wenn ein Areal ein-, auf- oder umgezont und damit die zulässige Nutzung verändert wird, weicht die entsprechende Überbauungsordnung vom bisherigen Zonenplan ab, weshalb die Stimmberechtigten in den Entscheid einzubeziehen sind. Anders verhält es sich nur bei Ein-, Auf- oder Umzonungen, die den Rahmen geringfügiger Änderungen von Vorschriften und Nutzungsplänen im Sinn von Art. 144 Abs. 2 Bst. i BauG i.V.m. Art. 122 BauV einhalten (vgl. auch VGE 2016/4/8 vom 7.7.2016 E. 2.1 und E. 3.5 f.) und von Art. 16b Abs. 1 BO ohnehin ausgenommen sind (Art. 16b Abs. 2 BO).

**8.2** Wie bereits vor der JGK machen die Beschwerdeführer geltend, Art. 16b BO sei als «alleiniger» Erlass mit dem Anliegen der Initiative

«überfordert» (Beschwerde Ziff. 48 ff.). Zwar zitieren sie die Erwägungen des angefochtenen Entscheids, gehen darauf aber nicht ein, sondern wiederholen wörtlich ihre Argumentation aus dem vorinstanzlichen Verfahren (act. 4A pag. 8 Ziff. 5 Bst. c). Insofern ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht genügend substantiiert. Darüber hinaus ist die Rüge unbegründet: Wie mehrfach dargelegt, ist unbestritten, dass die Regelung konkretisiert und deren Vollzug näher geregelt werden muss. Das schliesst ihre Genehmigungsfähigkeit aber nicht aus, da die Umsetzung grundsätzlich möglich und zulässig ist. Daran ändert das System des Kantons Zug nichts, mag es auch «konsistenter» sein. Es ist daher nicht notwendig, die «Unterlagen zur Situation» im Kanton Zug einzuholen. Der entsprechende Beweisantrag (Beschwerde Ziff. 20) wird abgewiesen.

**8.3** Schliesslich bringen die Beschwerdeführer vor, dass die planungsrechtliche Vorgabe der baulichen Verdichtung verletzt werde, weil nämlich der wirtschaftliche Anreiz für eine intensivere Nutzung verloren gehe (Beschwerde Ziff. 51). – Abgesehen davon, dass dieser Einwand nicht näher begründet wird, ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine intensivere Nutzung weniger reizvoll sein soll, im Gegenteil: Je intensiver ein Grundstück genutzt wird, umso grösser sind auch die beiden Drittel, die keiner Preisgünstigkeitsverpflichtung unterliegen.

**8.4** In Ziff. 55 ihrer Beschwerde verlangen die Beschwerdeführenden die Einholung einer Expertise zur Preisgünstigkeit, insbesondere bei Neubauten von gemeinnützigen Wohnbauträgern, ohne jedoch darzulegen, was sie damit belegen wollen; das ist auch nicht ersichtlich. Der Beweisantrag wird abgewiesen.

## **9.**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Für die ihnen gemeinsam auferlegten Kosten haften sie solidarisch (Art. 106 VRPG). Seitens der

Gemeinde sind keine ersatzfähigen Parteikosten angefallen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.--, werden den Beschwerdeführern auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - den Beschwerdeführern
  - der Beschwerdegegnerin
  - der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.