



Sachstand

CETA-Investitionsschutz und soziale Wohnraumförderung

Gegenwärtiger Diskussionsstand

CETA-Investitionsschutz und soziale Wohnraumförderung
Gegenwärtiger Diskussionsstand

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 228/15
Abschluss der Arbeit: 3. Februar 2016
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht,
Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Investitionsschützende Gewährleistungen des CETA	4
2.1.1.	Anspruch auf Marktzugang und Gleichbehandlung	5
2.1.2.	Bestandschutz	6
2.1.2.1.	Grundsatz gerechter und billiger Behandlung	6
2.1.2.2.	Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit	7
2.1.2.3.	Anspruch auf Entschädigung bei Verlusten in Notstandssituationen	7
2.1.2.4.	Schutz gegen Enteignungen und enteignungsgleiche Eingriffe	7
3.	Zu möglichen Berührungs punkten zwischen CETA und sozialem Wohnungsbau bzw. einschlägigen Verbraucherschutznormen	8
3.1.	Sozialer Wohnungsbau und einschlägige Verbraucherschutznormen	8
3.2.	Potentielle Implikationen	10
3.2.1.	Bereichsausnahmen für den sozialen Wohnungsbau	11
3.2.1.1.	Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt	11
3.2.1.2.	„Public utilities“-Klausel	11
3.2.2.	Nur beschränkte Überprüfbarkeit von Subventionen und Vergaben	12
3.2.3.	Mietpreisbremse	14
4.	Zusammenfassung	15

1. Einleitung

Im September 2014 verkündeten die Europäische Union (EU) und Kanada den Abschluss der seit 2009 laufenden Verhandlungen über ein umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) und veröffentlichten den 1634 Seiten umfassenden vorläufigen Vertragstext in englischer Sprache.¹ 2016 wird voraussichtlich das Ratifizierungsverfahren zu CETA eingeleitet werden.²

Die Wissenschaftlichen Dienste sind vor diesem Hintergrund gefragt worden, ob Maßnahmen im Zusammenhang mit dem öffentlich geförderten Wohnungsbau in Deutschland gegen Investitionschutz-Bestimmungen des CETA verstößen könnten. Erfragt wird auch, ob die so genannte „Mietpreisbremse“ oder ähnliche Instrumente als „indirekte Enteignung“ im Sinne von Kapitel 10, Artikel X.11 CETA gewertet werden könnten.

Nachfolgend wird im Rahmen einer summarischen Bestandsaufnahme der derzeit veröffentlichte Diskussionsstand zu diesen Fragestellungen insbesondere unter Beachtung der insoweit thematisierten regulatorischen Implikationen aufgezeigt.

2. Investitionsschützende Gewährleistungen des CETA

CETA sieht im Kern Marktzugangsregelungen, Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung für kanadische Investoren vor und schützt den Bestand getätigter Investitionen gegen bestimmte gesetzgeberische Eingriffe.³ Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des CETA sind Maßnahmen, die eine Vertragspartei in ihrem Staatsgebiet ergreift oder aufrechterhält.⁴ Maßnahmen in diesem Sinne können etwa Gesetze, Verordnungen, Verfahrensregelungen und Entscheidungen sein.⁵

1 Deutscher Bundestag, Bericht aus Brüssel 20/2015 vom 14.12.2015 (PE-Dok 245/2015). Vertragstext abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (Stand dieser und sämtlicher nachfolgenden Online-Quellen: 02.02.2016). Eine verbindliche deutsche Übersetzung existiert derzeit nicht, weshalb für die vorliegende Betrachtung die englische Fassung zugrunde gelegt wird.

2 Deutscher Bundestag, Bericht aus Brüssel 20/2015 vom 14.12.2015 (PE-Dok 245/2015).

3 Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie), 2014, S. 1 (abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>).

4 Kapitel 10 Artikel X.1 Abs. 1 CETA.

5 Kapitel 10 Artikel X.3 CETA.

2.1.1. Anspruch auf Marktzugang und Gleichbehandlung

Unabhängig von einer entsprechenden Behandlung inländischer Investoren werden in Kapitel 10 Abschnitt 2 Art. X.5 CETA sowie Kapitel 10 Abschnitt 2 Art. X.4 CETA bestimmte wettbewerbsbeschränkende Marktzugangsschranken im Hinblick auf handelsrelevante Investitionsmaßnahmen für unzulässig erklärt.

Darüber hinaus regelt Kapitel 10 Abschnitt 3 Art. X.6 CETA den grundsätzlichen Anspruch ausländischer Investoren auf Gleichbehandlung mit inländischen Investoren sowie in Kapitel 10 Abschnitt 3 Art. X.7 CETA einen entsprechenden Anspruch von Investoren aus Drittstaaten, ohne das jedoch vorteilhaftere Behandlungsstandards aus Drittakkommen zur Anwendung kommen können (Kapitel 10 Abschnitt 3 Art. X.7 Abs. 4 S. 2 CETA). Die Ansprüche auf Gleichbehandlung beziehen sich jeweils auf den Marktzugang sowie die Erweiterung, den Betrieb, Erhalt und die Disposition der Investition im jeweiligen Territorium.⁶ Dabei ist der Anspruch davon abhängig, dass sich der ausländische Investor in einer vergleichbaren Situation wie der inländische Investor befindet (Kapitel 10 Abschnitt 3 Art. X.6 Abs. 1, Art. X.7 Abs. 1 CETA). Im Hinblick auf den Anspruch auf Gleichbehandlung ist zu berücksichtigen, dass das CETA eine Vielzahl von Ausnahmeregelungen vorsieht. Dies betrifft insbesondere sektorspezifische Ausnahmen,⁷ Ausnahmen für bestimmte Bereiche staatlichen Handelns⁸ und insbesondere den Bereich des Steuerwesens,⁹ Ausnahmen für bereits bestehende diskriminierende Maßnahmen¹⁰ oder allgemeine Ausnahmen entsprechend GATT¹¹ Art. XX¹² zum Schutz bestimmter Güter wie beispielsweise der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.¹³

Schließlich sieht Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.12 CETA das Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Hinblick auf getätigte Investitionen insbesondere hinsichtlich der Rückführung von investiertem Kapital und seiner Erträge vor.

⁶ Zur Reichweite des Meistbegünstigungsgrundsatzes vgl. Emilio Augustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on the Objections to Jurisdiction v. 25. Januar 2000, 5 ICSID Report 2002, Rn. 38 ff., abrufbar unter http://italaw.com/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf sowie Reinisch, JIDS 2011, 115 ff.

⁷ Vgl. Kapitel 10 Abschnitt 1 Art. X.1 Abs. 2 lit. b CETA (Dienstleistungen im Luftverkehrsbereich); Kapitel 10 Abschnitt 1 Art. X.1 Abs. 3 CETA (audiovisuelle Dienstleistungen für die EU/Kulturindustrie für Kanada).

⁸ Vgl. Kapitel 10 Abschnitt 1 Art. X.1 Abs. 2 lit c CETA, Kapitel 10 Abschnitt 5 Art. X.14 Abs. 5 lit. a CETA (Vergaberecht); Kapitel 10 Abschnitt 5 Art. X.14 Abs. 2 lit. b CETA (Subventionen).

⁹ Kapitel 32 Art. X.06 CETA.

¹⁰ Kapitel 10 Abschnitt 5 Art. X.14 Abs. 1 lit. a und b CETA iVm Annex I CETA (existing non-conforming measures).

¹¹ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade) vom 30. Oktober 1947.

¹² Abrufbar unter http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXX.

¹³ Kapitel 32 Art. X.02 Abs. 1 CETA.

2.1.2. Bestandschutz

2.1.2.1. Grundsatz gerechter und billiger Behandlung

Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 CETA regelt den Grundsatz gerechter und billiger Behandlung. Dieser entspricht dem völkerrechtlichen Standard bei der Behandlung von Fremden durch den Gaststaat und umfasst insbesondere das rechtsstaatliche Prinzip der Beständigkeit rechtlicher Normen und der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie den Grundsatz des Vertrauenschutzes.¹⁴ Nach der schiedsgerichtlichen Praxis setzt eine Verletzung dieses Grundsatzes ein willkürliches bzw. böswilliges Verhalten oder einen groben Sorgfaltsvorstoß voraus.¹⁵

Demgegenüber wird der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung im CETA auf eine Verletzung der in Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 Abs. 2 CETA konkretisierten Tatbestände beschränkt.¹⁶ Eine Erweiterung des Schutzmfangs des Anspruchs auf gerechte und billige Behandlung kann durch Entscheidung des CETA Trade Committee auf Vorschlag des CETA Committee on Services and Investment erfolgen (Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 Abs. 3 CETA, Kapitel 10 Abschnitt 6 Art. X.27 Abs. 2 CETA).

Indem der aus dem CETA folgende Anspruch auf gerechte und billige Behandlung im Gegensatz zu seinem generalklauselartigen Verständnis durch die Schiedsgerichte auf bestimmte Tatbestände begrenzt ist, ist die bisherige Rechtsprechung der Schiedsgerichte – insbesondere im Hinblick auf die strengen Anforderungen an den Vertrauensschutz – nicht umfassend auf zukünftige Investitionsschutzklagen im Rahmen des CETA übertragbar. So enthält der Anspruch aus Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 CETA beispielsweise nicht das Erfordernis, dass Investitionen nach Recht und Gesetz (Legalitätsprinzip) behandelt werden müssen und dass gerechte und billige Behandlung Rechtssicherheit im Sinne der Beständigkeit rechtlicher Normen, Vorhersehbarkeit

¹⁴ Kuijper/Pernice/Hindelang/Schwarz/Reuling, Study Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Provisions in the EU's international investment agreements, September 2014, S. 16; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Auflage 2014, S. 342, 343 m.w.N.

¹⁵ US-Mexican General Claims Commission, United States v. Mexico, RIAA 4 (1926), S. 60; ICSID (Additional Facility), Waste Management Inc. v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/98/2, ILM 43 (2004), Nr. 98.

¹⁶ Verschließung des Zivil-, Straf- oder Verwaltungsrechtsweges, Verletzung des „fair trial“-Grundsatzes einschließlich mangelnder Transparenz, offenkundige Willkür, gezielte Diskriminierung wegen Geschlecht, Rasse oder Religion, missbräuchliche Behandlung eines Investors. Zur Notwendigkeit einer Konkretisierung des Grundsatzes vgl. die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionsrichtlinie, KOM(2010) 343 endg., S. 9 ff., abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&qid=1420553595605&from=DE>.

staatlichen Handelns, und Konsistenz staatlichen Handelns verlangt; zudem wird auch der Vertrauensschutz¹⁷ nicht als eigenständiger Tatbestand genannt; dieser soll lediglich berücksichtigt werden (Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 Abs. 4 CETA).¹⁸

2.1.2.2. Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit

Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 Abs. 1 und 5 CETA normiert einen Anspruch auf vollen Schutz und Sicherheit. In der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung wird dieser Anspruch als umfassende Schutzpflicht des Staates vor staatlichen und privaten Eingriffen auch mittels Rechtsdurchsetzungsmechanismen verstanden und wurde beispielsweise dann als verletzt angesehen, wenn ein Staat keinen Polizeischutz gegen gewalttätige Demonstranten gewährt oder Betriebsstätten des Unternehmens rechtswidrig zerstört werden.¹⁹ Demgegenüber wird der Anspruch im CETA im Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.9 Abs. 5 CETA auf vollen Schutz und Sicherheit für die „physische Sicherheit“ für Investoren und Investitionen durch die jeweilige Exekutive begrenzt.

2.1.2.3. Anspruch auf Entschädigung bei Verlusten in Notstandsituaten

Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.10 CETA gewährt einen Schutz in Form von Entschädigungen für Verluste, die durch Krieg, Naturkatastrophen oder andere Notsituationen entstehen. Diese Klausel ist standardmäßig in Investitionsschutzabkommen enthalten, kommt jedoch selten zur Anwendung.²⁰

2.1.2.4. Schutz gegen Enteignungen und enteignungsgleiche Eingriffe

Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.11 Abs. 1 CETA schützt getätigte Investitionen vor Verstaatlichungen, Enteignungen und Maßnahmen, die einen vergleichbaren Effekt haben. Für das Vorliegen einer Enteignung ist von Bedeutung, ob und inwieweit der Entzug und die Übertragung des Eigentumstitels im Gaststaat die Renditebasis der getätigten Investition mindert oder vernichtet. Eine indirekte oder de facto-Enteignung liegt beispielsweise dann vor, wenn Kontroll-, Benutzungs- oder Leistungsmöglichkeiten hinsichtlich des Vermögensgegenstandes in einer Weise beeinträchtigt werden, die den Kernbereich des Eigentumsrechts betrifft.²¹ Insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Schwere und Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist in der schiedsge-

17 Vgl. ICSID, CMS GAS Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, ILM 44 (2005), S. 1205, Nr. 399 ff.; ICSID, Tecmed S.A. v. The United Mexican States. Case no. ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), Nr. 154.

18 Vgl. Schill (oben Fußn. 3), S. 13 f.

19 Vgl. ICSID, American Manufacturing and Trading, Inc v. Republic of Zaire, Case No. ARB/93/1, ILM 36 (1997) S. 1531, Rn. 6.04 ff.

20 Schill (oben Fußn. 3), S. 15; Vgl. auch Kuijper/Pernice/Hindelang/Schwarz/Reuling, Study Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Provisions in the EU's international investment agreements, September 2014, S. 17.

21 Vgl. Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), S. 133; Ruzza, Expropriation and Nationalization, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013, Rn. 13 ff.; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Auflage 2014, S. 350.

richtlichen Rechtsprechung die Frage der Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungsloser Regulierung von Eigentum umstritten.²² Diese Abgrenzung wird in Kapitel 10 Annex X.11 Abs. 1 lit. b CETA dahingehend klargestellt, dass eine indirekte Enteignung einen substantiellen Entzug der grundlegenden Eigenschaften von Eigentum des Investors, einschließlich der Nutzungs- und Verfügungsbefugnis ohne Titeltransfer voraussetzt. Die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger indirekter Enteignung und entschädigungsloser Regulierung hat sich zudem am konkreten Einzelfall zu orientieren und beispielsweise die wirtschaftliche Auswirkung einer Maßnahme, deren Dauer, deren Eingriff in berechtigtes Vertrauen des Investors oder den Charakter der Maßnahme als Faktoren in Betracht zu ziehen.²³ Allgemeine und nicht-diskriminierend wirkende Maßnahmen, die zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit wie beispielsweise der Gesundheit, der Sicherheit oder der Umwelt erlassen werden, stellen gemäß Kapitel 10 Annex X.11 Abs. 3 CETA nur in Ausnahmefällen eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung dar, insbesondere wenn ihre Auswirkungen im Vergleich zu dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel offensichtlich unverhältnismäßig sind.²⁴

Eine Enteignung oder enteignungsgleiche Maßnahme kann dann rechtmäßig sein, wenn mit ihr ein öffentliches Ziel verfolgt wird, sie im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens in nicht diskriminierender Weise erfolgt und mit der Zahlung einer unverzüglichen, adäquaten und effektiven Entschädigung²⁵ verbunden ist. Zudem muss ein entsprechender Rechtsschutz²⁶ gegen die enteignende oder enteignungsgleiche Maßnahme gewährleistet sein.

3. Zu möglichen Berührungspunkten zwischen CETA und sozialem Wohnungsbau bzw. einschlägigen Verbraucherschutznormen

3.1. Sozialer Wohnungsbau und einschlägige Verbraucherschutznormen

In tatsächlicher Hinsicht war die Bedeutung der sozialen Wohnraumförderung geraume Zeit rückläufig.²⁷ Neuerdings gibt es – insbesondere angesichts von infolge hoher Flüchtlingszahlen

22 Vgl. Ruzza, Expropriation and Nationalization, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013, Rn. 13 ff.

23 Kapitel 10 Annex X.11 Abs. 2 CETA.

24 Vgl. Kuijper/Pernice/Hindelang/Schwarz/Reuling, Study Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Provisions in the EU's international investment agreements, September 2014, S. 17; Krajewski, ZUR 2014, 397.

25 Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.11 Abs. 2 und 3 CETA.

26 Kapitel 10 Abschnitt 4 Art. X.11 Abs. 4 CETA.

27 Vgl. Bunzel, ZfBR 2015, 11 („... von ganz wenigen Städten abgesehen weitgehend zum Erliegen gekommen“).

gestiegenem Wohnraumbedarf – Anzeichen für eine Umkehr dieses Trends.²⁸ Rechtlich ist die soziale Wohnraumförderung aufgrund der Neufassung von Artikel 74 Absatz 1 Nr. 18 GG²⁹ im Rahmen der Föderalismusreform³⁰ 2006 in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen.³¹ Das Wohnraumförderungsgesetz (WoFG)³² des Bundes blieb und bleibt allerdings insofern weiter gültig, wie es nicht durch entsprechende landesrechtliche Regelungen ersetzt wurde bzw. wird.³³

Das Wohnraumförderungsgesetz sieht gemäß § 2 Absatz 1, § 11 Absatz 1 die folgenden Förderinstrumente vor: Förderung des Wohnungsbaus, Förderung der Modernisierung von Wohnraum, Erwerb von Belegungsrechten an bestehendem Wohnraum und Erwerb bestehenden Wohnraums.³⁴ Alle Bindungen, die Folge der öffentlichen Förderung sein sollen (Miet- und Belegungsbindungen, Zweckbestimmung) sowie die Bestimmungen über Einsatzart und Höhe der Förderung, Dauer der Gewährung, Verzinsung und Tilgung der Fördermittel, Einhaltung der Einkommensgrenzen und Wohnungsgröße ergeben sich dabei nicht aus den bundesgesetzlichen Regelungen, sondern aus der in Einklang mit den landesrechtlichen Bestimmungen zu erlassenden Förderzusage (§§ 13, 25 WoFG), die in Form eines Verwaltungsaktes oder in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgen kann.³⁵ Durch die Förderung entsteht keine besondere Eigenschaft der geförderten Wohnung selbst; die eintretenden Bindungen treffen vielmehr den Adressaten des Verwaltungsaktes bzw. den Vertragspartner des öffentlich-rechtlichen Vertrages, also den Förderungsempfänger selbst.³⁶

28 Medienberichten zufolge habe der Bund die Mittel für den sozialen Wohnungsbau für die Jahre 2016 bis 2019 um jährlich jeweils 500 Millionen Euro aufgestockt und damit in diesen Jahren fast verdoppelt, vgl. „Sozialer Wohnungsbau: Hendricks will Verdoppelung der Bundesmittel“, Haufe.de vom 21. Januar 2016 (abrufbar unter http://www.haufe.de/immobilien/wirtschaft-politik/sozialer-wohnungsbau-hendricks-will-350000-neue-wohnungen-bauen_84342_336152.html). Vgl. auch Paul, Berlin plant Bau von zehn neuen Siedlungen mit 50.000 Wohnungen, Berliner Zeitung vom 18. Januar 2016.

29 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist.

30 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. 8. 2006 (BGBl I 2034).

31 Bunzel ZfBR 2015, 11.

32 Wohnraumförderungsgesetz vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2376), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 2. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1610) geändert worden ist.

33 Bunzel ZfBR 2015, 11.

34 Heimsoeth RNotZ 2002, 88, 93.

35 Heimsoeth RNotZ 2002, 88, 93.

36 Heimsoeth RNotZ 2002, 88, 93.

Am 1. Juni 2015 trat mit dem Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG) zudem die so genannte „Mietpreisbremse“ in Kraft.³⁷ Hierdurch darf seitdem in „durch Rechtsverordnung einer Landesregierung ausgewiesenen ,Gebieten mit einem angespannten Wohnungsmarkt‘ ... bei einer Vermietung die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 II BGB³⁸) höchstens um zehn Prozent übersteigen. (§ 556d I BGB). Hatte der bisherige Mieter nach seinem Vertrag zulässigerweise bereits eine über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegende Miete zu zahlen, darf die neue Miete bis zur Höhe dieser Vormiete vereinbart werden. Um zu verhindern, dass der Vermieter mit dem bisherigen Mieter kurz vor Vertragsende noch eine höhere Miete vereinbart, bleiben bei der Ermittlung der Vormiete Mietminderungen sowie solche Mieterhöhungen, die mit dem vorherigen Mieter innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des Mietverhältnisses vereinbart worden sind, unberücksichtigt (§ 556e I BGB). Hat der Vermieter in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) durchgeführt, darf die an sich zulässige Miete um den Betrag überschritten werden, der sich bei einer Modernisierungsmieterhöhung (§ 559 I bis III und § 559a I bis IV BGB) ergäbe. Dabei ist bei der Berechnung von der ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 II BGB) auszugehen, die bei Beginn des Mietverhältnisses ohne Berücksichtigung der Modernisierung anzusetzen wäre (§ 556e II BGB). Eine zum Nachteil des Mieters von den Vorschriften der Mietpreisbremse abweichende Vereinbarung ist unwirksam (§ 556g I BGB). Rügt der Mieter eine Überschreitung der zulässigen Miethöhe, muss der Vermieter die ab Zugang der Rüge zu viel geleisteten Mieten zurückzahlen.“³⁹

3.2. Potentielle Implikationen

Ob im Falle des Inkrafttretens von CETA kanadische Investoren im Zusammenhang mit zukünftigen staatlichen Maßnahmen hinsichtlich der staatlichen sozialen Wohnraumförderung möglicherweise auf CETA gestützte Ansprüche erheben könnten, kann ausgehend von den obigen Feststellungen grundsätzlich nicht pauschal vorab, sondern nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, ob eine Maßnahme eine enteignungsgleiche bzw. indirekt enteignende Wirkung hat. Rechtswissenschaftliche Fachliteratur, die sich explizit mit den möglichen Implikationen von CETA für die soziale Wohnraumförderung befasste, liegt derzeit zudem nicht vor. Ausgehend von allgemeinen Stellungnahmen bzw. Diskussionsbeiträgen zu CETA lassen sich zum jetzigen Zeitpunkt lediglich nachfolgende Feststellungen treffen:

37 BGBI. I 2015, S. 610.

38 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBI. I S. 2018) geändert worden ist.

39 Herrlein, NZM 2016, 1, 8.

3.2.1. Bereichsausnahmen für den sozialen Wohnungsbau

Das CETA ist entsprechend seinem „Negativisten-Ansatz“⁴⁰ grundsätzlich auf sämtliche Maßnahmen anwendbar, solange diese nicht im Einzelfall explizit von der Anwendung ausgenommen sind.⁴¹ Entsprechende Ausnahmen werden im CETA für bestehende Maßnahmen im Annex I normiert, für bestehende und zukünftige im Annex II. Die soziale Wohnraumförderung wird weder im Annex I noch im Annex II ausdrücklich genannt. Fraglich ist aber, ob sie unter eine allgemeine Bereichsausnahme subsumiert werden kann.

3.2.1.1. Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt

In Artikel X.1 Ziff. 2 Var. 6 CETA ist eine Ausnahme für Handlungen vorgesehen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt vorgenommen werden.⁴² Unabhängig von unterschiedlichen Interpretationen dieser Begrifflichkeit im Detail wird ein Konsens dahingehend festgestellt, dass hoheitliche Gewalt in diesem Sinne nur jene Aktivitäten umfasst, die den Kern staatlicher Souveränität bilden.⁴³ Daraus wird abgeleitet, „dass die meisten öffentlichen Dienstleistungen, inklusive Sozial- und Gesundheitswesen, Bildung sowie netzgestützte Dienstleistungen und Universaldienstleistungen wie Post- oder Telekommunikationsleistungen von der Ausnahmeklausel nicht erfasst werden.“⁴⁴ Trifft dieser Befund zu, dürfte selbiges dann auch für die soziale Wohnraumförderung gelten.

3.2.1.2. „Public utilities“-Klausel

Im Annex II enthält der CETA-Vertragstext folgende Ausnahme:

„Investment

In all EU Member States, services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.

Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations.

40 Vgl. Krajewski, EuZW 2015, 301, 302.

41 Krajewski, EuZW 2015, 301, 302.

42 „The Section on Establishment of Investments, and the Section on Non-Discriminatory Treatment with regard to the establishment or acquisition of a covered investment, do not apply to measures relating to: ... Activities carried out in the exercise of governmental authority.“

43 Krajewski, EuZW 2015, 301, 303 m.w.N.

44 Krajewski, EuZW 2015, 301, 303.

Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical.

This reservation does not apply to telecommunications and to computer and related services.“

Auffallend an dieser in der Literatur als „unklar“⁴⁵ kritisierten Klausel ist, dass sie dem Wortlaut nach nicht darauf abstellt, dass die entsprechenden Dienstleistungen *objektiv* public utilities darstellen. Entscheidend ist dem Wortlaut nach vielmehr, dass sie auf nationaler bzw. lokaler Ebene *als* public utilities *angesehen werden*. Dies zusammengenommen mit der Tatsache, dass die folgende Aufzählung verschiedenster Bereich nicht etwa abschließend, sondern lediglich beispielhaft ist, verdeutlicht, dass die Frage, ob namentlich Maßnahmen im Zusammenhang mit der sozialen Wohnraumförderung unter die Public-utilities-Ausnahme zu subsumieren sind, zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Ermangelung einschlägiger Auslegungsentscheidungen nicht verlässlich zu beantworten ist.

Allerdings wird in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die Klausel ohnehin nur eine beschränkte Reichweite habe und den betreffenden Sektor mitnichten in toto aus dem Anwendungsbereich von CETA ausnehme:

„Zunächst ist zu sehen, dass sich die Klausel in der üblichen Verwendung nur auf die Verpflichtung zu Marktzugang bezieht. Das bedeutet, dass die Klausel Verletzungen des Inländerbehandlungsprinzips nicht erfasst. Damit können diskriminierende Maßnahmen wie Subventionen, die nur für Inländer reserviert sind oder nur für den Konsum inländischer Dienstleistungen gezahlt werden, oder der Ausschluss von ausländischen Unternehmen von der Erbringung einer Dienstleistung, durch die ‚public utilities‘-Klausel nicht geschützt werden. (...) Zudem erfasst die ‚public utilities‘-Klausel nur zwei Typen von Marktzugangsbeschränkungen, nämlich Monopole und Ausschließlichkeitsrechte. Andere Marktzugangsbeschränkungen wie Quoten oder wirtschaftliche Bedarfsprüfungen werden hiervon nicht erfasst.“⁴⁶

3.2.2. Nur beschränkte Überprüfbarkeit von Subventionen und Vergaben

Hinsichtlich der möglichen Auswirkungen von CETA auf öffentliche Auftragsvergaben besteht kein einheitliches Meinungsbild.

Zum Teil wird etwa die Auffassung vertreten, die CETA-Vertragsbestimmungen blieben „hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Instrumente der kommunalen Selbstverwaltung wie etwa so genannte ‚In-House‘-Vergaben oder interkommunale Zusammenarbeit ... im Unklaren“ und stellten daher ihre Zulässigkeit in Frage.⁴⁷ Auch könnte CETA „den aktuellen Ansätzen für eine sozial-ökologische Reform des Beschaffungswesens Hürden in den Weg legen, vor allem den Vergabe- und Tariftreuegesetzen der Bundesländer. Zwar enthält das Beschaffungskapitel einige

45 Krajewski, EuZW 2015, 301, 303.

46 Krajewski, EuZW 2015, 301, 304.

47 Krajewski, Der Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen, in; Kölner Netzwerk für Daseinsvorsorge (Hrsg.), CETA & TTIP, in: CETA & TTIP – Auswirkungen auf die kommunale Daseinsvorsorge, S. 5 f.

Klauseln, die eine Kopplung der Auftragsvergabe an ökologische Kriterien möglich erscheinen lassen. Entsprechende Klauseln für die Bindung an soziale Kriterien (etwa die Einhaltung von Mindestlöhnen, Tarifverträgen oder Ausbildungszielen) fehlen jedoch. So sieht Artikel III.2. Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Moral sowie zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen vor. Laut Artikel IX.6 dürfen Beschaffungsstellen technische Spezifizierungen vorschreiben, die u.a. dem Schutz natürlicher Ressourcen oder der Umwelt dienen. In beiden Artikeln fehlen aber Sozialstandards. Daneben legt Artikel XIV.5 fest, dass als Zuschlagskriterien entweder das vorteilhafteste Angebot (*most advantageous tender*) oder der niedrigste Preis gilt. Umstritten ist aber, ob das ‚vorteilhafteste Angebot‘ auch soziale Kriterien einbeziehen würde.“⁴⁸

Von anderer Seite wird darauf hingewiesen, dass durch CETA gegenüber den ohnehin geltenden europarechtlichen Vergaberegelungen keine Neuerungen zu erwarten seien:

„Es ist ganz klar, dass die Ausnahmen zu den Monopolen, die schon genannt wurden, sämtliche Ausnahmen für öffentlich geförderte Bildung, Wasserversorgung und Ähnlichem, vollumfänglich die Regulierungshoheit wahren. Es gibt allerdings (...) in dem allgemeinen Abkommen von GATS von 1995 schon kleine Bereiche, wo die Märkte in einzelnen Mitgliedstaaten geöffnet worden sind. Das haben wir in CETA nicht zurückgedreht, aber mehr ist auch nicht passiert. Das ist in Deutschland zum Beispiel für private Dienstleister, wie private Altenheime und private Erwachsenenbildung passiert, und wenn die mal geöffnet worden sind, dann haben wir nicht gedacht, dass es im Kanadaabkommen zurückgedreht werden soll. Aber neue Marktöffnungen oder weitergehende Beschränkungen sind da nicht vereinbart worden. Das Gleiche gilt im öffentlichen Auftragswesen. Es steht im Kanada- Abkommen nichts drin, was nicht das wahrt, was die Richtlinien, die wir innerhalb der EU haben, schon gewährleisten. Also alle Standards, alle Regeln, die vom europäischen Vergaberecht vorgeschrieben werden – das ist ja sehr kompliziert, da stehen eine Menge Dinge drin – bleiben weiterhin anwendbar. Es ist also keine Einschränkung der dort vorhandenen Möglichkeiten. Die Kriterien, wie Green Procurement oder ähnliche Dinge, gelten alle weiter. (...) Und der Investitionschutz, der dahinter steht, ist auch nur anwendbar, wenn jemand schon niedergelassen im Lande tätig ist, weil es nur um den Schutz von bestehenden Investitionen geht. Der Investitionschutz sagt nichts zum Zugang zum Markt. Das ist eine ganz andere Geschichte.“⁴⁹

Hinsichtlich Subventionen wird unter anderem hervorgehoben, dass betreffende Rügen vom Streitschlichtungsmechanismus ausgenommen seien.⁵⁰ Das Investitionskapitel klammert Subventionen zwar von den Marktzugangs- und Nichtdiskriminierungsregeln aus, „nicht aber von dem Prinzip der billigen und gerechten Behandlung und dem Enteignungsschutz (Article X.14 (5b)).

48 Fritz, PowerShift e.V., Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 15.12.2014 Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada CETA: Risiken für die öffentliche Daseinsvorsorge, 2014, Ziff. 8 (abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/345502/590584f4275aac6dbaf78096b4a4a835/thomas-fritz--powershift-data.pdf>).

49 Schlegelmilch, Mündliche Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zu CETA, Protokoll der 25. Sitzung in der 18. WP vom 15. Dezember 2014, S. 14 f.

50 Fritz (oben Fußn. 48), Ziff. 7.

Zwar kann auch von dem Konsultationsmechanismus Druck zur Beseitigung öffentlicher Zuwendungen ausgehen, besonders problematisch erscheint aber das Schlupfloch des Investitionskapitels. Private Wettbewerber könnten die Subventionierung ihrer im öffentlich Auftrag tätigen Konkurrenten für Umsatzeinbußen verantwortlich machen und als eine Form indirekter Enteignung darstellen. Ausgleichszahlungen etwa an Träger der freien Wohlfahrtspflege, Krankenhäuser oder gemeinnützige Wohnungsgesellschaften gerieten so womöglich durch Investitionstribunale unter Beschuss. (...) Der Bruch angeblich ‚legitimer Erwartungen‘ von Investoren wurde explizit in die CETA-Definition der billigen und gerechten Behandlung aufgenommen (siehe Kapitel X.9 des Investitionskapitels).“⁵¹

3.2.3. Mietpreisbremse

Ob in einer Maßnahme eine Enteignung liegt, kann wie gesehen⁵² nicht pauschal, sondern nur im jeweiligen Einzelfall unter Einbeziehung sämtlicher relevanter Faktoren beurteilt werden (Kapitel 10 Annex X.11 Abs. 2 CETA). Bei der Verfolgung eines legitimen öffentlichen Ziels liegt im Zweifel keine Enteignung vor (Kapitel 10 Annex X.11 Abs. 3 CETA):

„Solange die in Frage stehende Maßnahme nicht zwischen In- und Ausländern diskriminiert und darüber hinaus einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen schafft, tritt keine Entschädigungs- oder Schadensersatzpflicht ein. (...) Annex X.11 Abs. 3 CETA bestimmt zudem, dass allgemein und nicht-diskriminierend anwendbare Maßnahmen, die zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit, wie Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt erlassen werden, nur in Ausnahmefällen eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung darstellen, insbesondere wenn ihre Auswirkungen im Vergleich zu dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel offensichtlich unverhältnismäßig („manifestly excessive“) sind. Entschädigungspflichten kommen dementsprechend nur in Betracht, wenn die fragliche Maßnahme einen ausländischen Investor ungleich belastet, mithin also ein Sonderopfer darstellt, oder aber, ohne Differenzierung offensichtlich unverhältnismäßig ist.“⁵³

Insbesondere aber kann aufgrund CETA weder die Aufhebung noch der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen verlangt werden.⁵⁴

Und schließlich würde auch ein Gewinnrückgang infolge allgemeiner gesetzlicher Änderungen ohne das Hinzutreten weiterer spezifischer Umstände wohl keinen materiellen Schadensersatzanspruch aus CETA auslösen können:

51 Fritz (oben Fußn. 48), Ziff. 7.

52 Siehe oben Gliederungspunkt 2.1.2.4.

53 Schill (oben Fußn. 3), S. 17 f.

54 Schill (oben Fußn. 3), S. 31.

„Klagt ein Investor wegen Gewinnrückgangs im Gefolge der Änderung von Rechtsvorschriften durch einen Staat ..., so kann eine Entschädigung nicht allein aufgrund dieser Tatsache erfolgen. Nachgewiesen werden müsste vielmehr eine Verletzung der Investitionsbestimmungen (z. B. Diskriminierung, Rechtsverweigerung usw.).“⁵⁵

4. Zusammenfassung

Eine kurSORISCHE Bestandsaufnahme der vorliegenden Bewertungen zu CETA hat ergeben, dass tiefergehende, fachlich fundierte rechtliche Analysen der Implikationen von CETA speziell für den Bereich der sozialen Wohnraumförderung nicht vorliegen. Ausgehend von den insofern nicht unmittelbar anwendbaren Befunden ist unsicher, ob sich Maßnahmen im Bereich der sozialen Wohnraumförderung auf eine CETA-Bereichsausnahme stützen könnten. Allerdings erscheint auch die Gefahr, dass gesetzgeberische Maßnahmen zur Gewährleistung der hinreichenden Versorgung finanzschwächerer Bürger mit bezahlbarem Wohnraum bzw. zum Schutz dieser Klientel vor starken Mietsteigerungen als – indirekte – Enteignung im Sinne von CETA gewertet werden könnten, nach derzeitigem überwieGenden Meinungsstand wohl als eher fernliegend, da CETA ausdrücklich festlegt, dass nichtdiskriminierende Maßnahmen, die dem Ziel dienen, legitimen öffentlichen Wohlfahrtsinteressen zu dienen, keine indirekte Enteignung darstellen (Kapitel 10 Annex X.11 Abs. 3 CETA).

- Ende der Bearbeitung -

55 Europäische Kommission, Investitionsschutz und Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten in EU-Abkommen, November 2013, S. 5 (Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)292, 11. Dezember 2014, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/348278/4899058bee5f44f10acd161571ddadde/rupert-schlegelmilch--eu-komm- 2-data.pdf>).