

Bankenvereinigung  
Nordrhein-Westfalen e.V.

Andreaskloster 27 - 31, Postfach 10 02 07  
5000 Köln 1  
Telefon (02 21) 13 56 02, 13 10 24  
Telefax (02 21) 13 71 12

26. Februar 1992  
E 05-1 - St./se.

Herrn Dipl.-Betriebsw.  
Leo D a u t z e n b e r g , MdL  
Vorsitzender des Haushalts- und  
Finanzausschusses des Landtags  
Nordrhein-Westfalen  
Postfach 11 43

4000 Düsseldorf 1

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
11. WAHLPERIODE

**ZUSCHRIFT**  
**11/1358**

**Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung vom 18.12.**

Sehr geehrter Herr Dautzenberg,

das von den privaten Banken bei Frau Prof. Dr. Knobbe-Keuk, Universität Bonn, in Auftrag gegebene Rechtsgutachten zur Anerkennungsfähigkeit von Teilen des WFA-Vermögens als Haftkapital für die Westdeutsche Landesbank liegt inzwischen vor.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, daß der Hauptzweck des Gesetzes, der WestLB zusätzliche haftende Eigenmittel zuzuführen, aus rechtlichen Gründen nicht erreichbar ist:

1. Die Einbeziehung des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt in die Eigenmittel der WestLB verstößt gegen das zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung angeordnete Verbot, Haftungszuschläge wegen der Gewährträgerhaftung zu berücksichtigen.
2. Das in die WestLB eingegliederte Vermögen der WFA ist durch den Eigenmittelbegriff der EG-Richtlinie von vornherein nicht gedeckt.

Zu Ihrer näheren Information fügen wir ein Exemplar des Gutachtens bei.

Mit freundlichen Grüßen

Bankenvereinigung  
Nordrhein-Westfalen e.V.

  
(Stein)

Geschäftsführer

Anlage

*Professor Dr. Brigitte Knobbe-Keuk*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Handels-, Wirtschafts- und Steuerrecht

5300 Bonn 1, den  
Rh. Friedrich-Wilhelms-Universität  
Institut für Steuerrecht  
Konrad Adenauer Allee 24-42  
Telefon 0228 / 7391 21-22

5300 Bonn 1 (privat)  
Niebuhrstraße 57  
Telefon 0228 / 21 93 04

## **Gutachten**

zu der Frage

der Einbeziehung des Sondervermögens Wohnungsbauför-  
derungsanstalt in die bankaufsichtsrechtlichen Eigenmittel  
der Westdeutschen Landesbank

erstattet im Auftrage des  
Bundesverbandes deutscher Banken

von

**Professor Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn**

## **I n h a l t**

- I. Der zur Beurteilung stehende Sachverhalt
- II. Die für die Beurteilung relevanten Passagen des Gesetzes vom 18.12.1991 und der Gesetzesbegründung
- III. Verstoß gegen das Verbot der Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung
- IV. Zum bankaufsichtsrechtlichen Eigenmittelbegriff
- V. Verstoß der Einbeziehung des Sondervermögens Wohnungsbauförderungsanstalt gegen Artikel 2 der Eigenmittelrichtlinie
- VI. "Unbeschadet der Funktion als haftendes Eigenkapital" (§ 16 Abs. 2 WoBauFG) - eine falsche Rechtsauffassung des Gesetzgebers
- VII. Ergebnis

## **I. Der zur Beurteilung stehende Sachverhalt**

Der nordrhein-westfälische Landtag hat am 18.12.1991 das Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung verabschiedet. Durch dieses Gesetz ist die Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen mit Gesamtrechtsnachfolge auf die Westdeutsche Landesbank übertragen worden (Artikel 1: Gesetz zur Übertragung der Wohnungsbauförderungsanstalt auf die Westdeutsche Landesbank Girozentrale). In Artikel 2 des Gesetzes vom 18.12.1991 ist das Wohnungsbauförderungsgesetz geändert und neu gefaßt worden.

Das Gesetz hat den Zweck, "vor dem Hintergrund ab dem 1. Januar 1993 verschärfter Eigenkapitalanforderungen nach EG-Recht (der Westdeutschen Landesbank) zusätzliche haftende Eigenmittel zuzuführen" (Vorblatt Gesetzesbegründung). Der Bundesverband deutscher Banken hat mich gebeten, ein Rechtsgutachten zu der Frage zu erstatten, ob das auf die Westdeutsche Landesbank übergegangene Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt bankaufsichtsrechtlich als haftendes Eigenkapital der Westdeutschen Landesbank anerkannt werden kann.

## **II. Die für die Beurteilung relevanten Passagen des Gesetzes vom 18.12.1991 und der Gesetzesbegründung**

Bis zum 31.12.1991 ist die Wohnungsbauförderungsanstalt eine rechtsfähige, von der Körperschaftsteuer befreite, Anstalt des Öffentlichen Rechts gewesen. Mit der Eingliederung in die Westdeutsche Landesbank ist sie zu einer unselbständigen Anstalt des Öffentlichen Rechts geworden. Die bisherige Aufgabe der Wohnungsbauförderungsanstalt, die Landesregierung bei der Förderung des Wohnungs- und Kleinsiedlungswesen zu unterstützen (§ 11 WoBauFG), ist bestehen geblieben.

Das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt ist getrennt von dem sonstigen Vermögen der Westdeutschen Landesbank zu verwalten (§ 5 Absatz 2 WoBauFG n. F.). Die Wohnungsbauförderungsanstalt erhält eine eigene Geschäftsführung; diese wird auf Vorschlag des Ministeriums für Bauen und Wohnen - und nicht etwa auf Vorschlag des für die Westdeutsche Landesbank zuständigen Ministeriums für Wirtschaft, Mittel-

stand und Technologie - bestimmt (§ 6 Absatz 3 WoBauFG n. F.). Der maßgebliche Einfluß der Wohnungsbaupolitik auf die Aufgabenerfüllung der Wohnungsbauförderungsanstalt nach deren Eingliederung in die Westdeutsche Landesbank wird durch den Ausschuß für Wohnungsbauförderung gesichert (vgl. Begründung zu § 8 WoBauFG n. F.). Der Ausschuß überwacht die Geschäftsführung der Wohnungsbauförderungsanstalt und hat dabei insbesondere die Wirtschafts- und Finanzplanung zu beraten (§ 8 Absatz 1 WoBauFG n. F.).

Das Grundkapital, die Rücklagen, das Wohnungsbauförderungsvermögen sind bei der Westdeutschen Landesbank in eine Sonderrücklage zu stellen (§ 3 Übertragungsgesetz). Das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt bleibt also von dem Vermögen der Westdeutschen Landesbank getrennt (vgl. im einzelnen Begründung zu § 3 Übertragungsgesetz). Die Wohnungsbauförderungsanstalt hat demgemäß ihren eigenen Jahresabschluß zu erstellen.

Nach der Begründung zu § 3 Übertragungsgesetz ist mit der Vermögenstrennung sichergestellt, daß das der Westdeutschen Landesbank übertragene Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt sowie deren künftige Jahresüberschüsse und die Rückflüsse in das Wohnungsbauvermögen nur für die gesetzlich bestimmten Aufgaben der Wohnungsbauförderungsanstalt im Rahmen der Zweckbindung des § 16 Absatz 2 WoBauFG n. F. verwendet werden und das Vermögen für diese Zwecke in voller Höhe erhalten bleibt. Die Vermögenstrennung zwischen Westdeutscher Landesbank und Wohnungsbauförderungsanstalt schafft zugleich - so die Gesetzesbegründung zu § 3 Übertragungsgesetz - die Voraussetzungen dafür, daß das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt wie bislang steuerbefreit bleiben kann.

Nach § 16 Absatz 2 WoBauFG ist das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt ausschließlich für die Finanzierung der ihr obliegenden Aufgaben zu verwenden. Diese gesetzliche Zweckbindung wird in § 16 Absatz 2 WoBauFG n. F. aber ergänzt um die Worte "unbeschadet seiner Funktion als haftendes Eigenkapital im Sinne des KWG".

Der "ausschließliche" Verwendungszweck "Finanzierung der der Wohnungsbauförderungsanstalt obliegenden Aufgaben" und die Funktion als haftendes Eigenkapital im Sinne des KWG sind offensichtlich unvereinbar. Darüber, wie sich der Gesetzgeber die Auflösung dieses Widerspruchs vorstellt, geben die Gesetzesbegründung zu § 16 WoBauFG n. F. und die Ergänzung des Mantelvertrages der Gewährträger der Westdeutschen Landesbank Aufschluß: Die Gewährträger sind sich einig, daß das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt im Innenverhältnis für die Geschäftstätigkeit der Westdeutschen Landesbank nur nachrangig nach dem sonstigen haftenden Eigenkapital der Westdeutschen Landesbank haftet. Diese "nachrangige Haftung" des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt für die Geschäfte der Westdeutschen Landesbank steht aber nur auf dem Papier. Denn wenn das eigene Eigenkapital der Westdeutschen Landesbank nicht ausreicht, soll nicht auf das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt zugegriffen werden dürfen. Vielmehr sind sich die Gewährträger der Westdeutschen Landesbank darüber einig, daß die ihnen gemeinsam obliegende Verpflichtung, für die Funktionsfähigkeit der Westdeutschen Landesbank einzustehen (Anstaltslast), sich auch auf die Erhaltung der Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt erstreckt (vgl. § 5 Absatz 3 des Mantelvertrages). Damit ist in der Tat, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, "eine denkbare Inanspruchnahme (des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt) tatsächlich ausgeschlossen".

### **III. Verstoß gegen das Verbot der Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung**

Das Ergebnis, das eine denkbare Inanspruchnahme des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt für Verluste aus der Geschäftstätigkeit der Westdeutschen Landesbank tatsächlich ausgeschlossen ist, beruht auf der Berücksichtigung der den Gewährträgern der Westdeutschen Landesbank gemeinsam obliegenden Verpflichtung, für die Funktionsfähigkeit der Westdeutschen Landesbank einzustehen (Anstaltslast) und der nach außen bestehenden Gewährträgerhaftung.

Die Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung bei der Bestimmung des haftenden Eigenkapitals ist in dem KWG gerade nicht vorgesehen. Die nie

ausgefüllte Ermächtigung des § 11 Absatz 2 c KWG 1934, daß die Aufsichtsbehörde Bestimmungen soll treffen können, inwieweit bei Kreditinstituten des Öffentlichen Rechts die Haftung der Gewährträger an die Stelle des haftenden Eigenkapitals treten kann, ist in das KWG 1961 nicht übernommen worden. Die weiteren Diskussionen

- vgl. insbesondere Bericht der Studienkommission "Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft", 1979, Frankfurt, Tz. 1205 ff. -

und Initiativen zur Einführung eines Haftungszuschlages bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

- vgl. dazu Möschel, Eigenkapitalbegriff und KWG-Novelle von 1984, in ZHR 149 (1985), 206 ff., 222; vgl. auch die Materialien zur KWG-Novelle 1984, BT-Dr. 10/1441 und die Fortführung der Diskussion in den Beratungen zur EG-Eigenkapitalrichtlinie, BT-Dr. 10/6694 -

sind durch das Gemeinschaftsrecht obsolet geworden.

Nach dem 11. Erwägungsgrund und nach Artikel 4 Absatz 2 der Eigenmittelrichtlinie

- Richtlinie des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten, ABl. vom 5.5.1989, Nr. L 124/16 -

dürfen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen öffentliche Kreditinstitute Garantien des jeweiligen Mitgliedstaates oder von Gebietskörperschaften bei der Berechnung der Eigenmittel nicht berücksichtigen.

Wenn die Gewährträger der Westdeutschen Landesbank nach § 5 Absatz 3 des Mantelvertrages verpflichtet sind, für die Erhaltung der Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt in ihrer jeweiligen Höhe Sorge zu tragen, so würde die Einbeziehung des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt in die Eigenmittel der Westdeutschen Landesbank in der Sache die - nach KWG nicht vorgesehene und nach Gemeinschaftsrecht verbotene - Anerkennung eines Haftungszuschlages in Höhe des eingegliederten Sondervermögens darstellen. Die Konstruktion ist geradezu ein Schulbeispiel für eine Gesetzesumgehung. Verstoßen wird gegen das Verbot der Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten.

#### IV. Zum bankaufsichtsrechtlichen Eigenmittelbegriff

##### 1.

Der Begriff des bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitals ist in den letzten Jahren Gegenstand intensiver Erörterungen aufgrund Harmonisierungsbestrebungen auf internationaler und EG-Ebene sowie in den einzelnen Staaten gewesen. Mehr als die internationale Übereinstimmung über die Maximalforderungen für den Idealtyp (Nachrang im Konkurs, Teilnahme am laufenden Verlust, Einzahlung und Verfügbarkeit, Dauerhaftigkeit) bzw. über die Fixierung eines kleinsten gemeinsamen Nenners (Nachrang im Konkurs, Einzahlung und Verfügbarkeit, Dauerhaftigkeit) hat die Diskussion nicht gebracht und ist nicht zu erwarten; die konkreten Anforderungen aller internationalen Empfehlungen oder Regelungen an einzelne Bestandteile bzw. Positionen bewegen sich innerhalb dieses Rahmens.

Die Gesetzgeber des KWG und seiner Änderungsgesetze haben denn auch nie die Definition eines abstrakten Eigenkapitalbegriffes formuliert, sondern immer nur pragmatisch einen Katalog von haftenden Eigenkapitalbestandteilen statuiert.

Diesem Katalog haben lange die Anforderungen zugrundegelegen, wie sie in dem Bericht der Studienkommission 1979 von der Mehrheit formuliert worden sind

- a. a. O., Tz. 1260 -:

"Grundsätzlich sollten nur eingezahlte, eigene Mittel, die den Kreditinstituten dauerhaft zur Verfügung stehen und am laufenden Verlust teilnehmen, als haftendes Eigenkapital anerkannt werden."

Inzwischen stellen sich die Dinge aufgrund des erreichten Harmonisierungsstandes etwas anders dar

- vgl. dazu insbesondere Follack, Der Eigenkapitalbegriff: Eckpfeiler einer internationalen Harmonisierung der Bankenaufsicht, Österreichisches Bankarchiv 1988, 527 ff.; 676 ff.; ders., Öster-

reichisches Bankarchiv 1989, 220 ff.; ders., Österreichisches Bankarchiv 1990, 752 ff. -

So ist das Erfordernis der Teilnahme am laufenden Verlust relativiert. Sowohl die Eigenkapitalempfehlung des Cooke-Ausschusses als auch die EG-Eigenmittelrichtlinie schließen die Anerkennung nachrangiger Schuldinstrumente nicht aus, vorausgesetzt, das Kriterium der Dauerhaftigkeit ist erfüllt. Derartige Eigenkapitalbestandteile ohne Pufferfunktion

- vgl. zu den bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitalfunktionen näher Rudolph, Das effektive Bankeigenkapital, 1991, S. 32 ff. -

werden denn auch in das KWG Eingang finden

- vgl. Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesengesetz, § 10 Absatz 5 a (neu) -

Weitere "weiche" Eigenmittelbestandteile werden in Gestalt der Neubewertungsreserven in das KWG übernommen werden.

## 2.

Die Untersuchung, ob das auf die Westdeutsche Landesbank übergegangene Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt als haftendes Eigenkapital anzuerkennen ist, hat von den Vorgaben der Eigenmittelrichtlinie auszugehen.

Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten zur Anpassung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften an die Vorgaben der Richtlinie. Die Mitgliedstaaten haben den sich aus dem Inhalt einer Richtlinie ergebenden Rechtswirkungen innerstaatliche Wirksamkeit zu verschaffen

- vgl. für die allgemeine Meinung Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Artikel 189, Anm. 57 m. w. N. -

Auch bei ihrer künftigen Gesetzgebungstätigkeit sind die Mitgliedstaaten an den Inhalt der Richtlinie gebunden. Die Richtlinie entfaltet eine Schranke für die nationale Gesetzgebung. Richtlinien haben als Gemeinschaftsrecht Vorrang vor nationalen Bestimmungen, die den Regelungsgegenstand der Richtlinie betreffen. Bei der Anwendung und Auslegung nationaler Bestimmungen sind Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten an die Richtlinie gebunden.

## V. Verstoß der Einbeziehung des Sondervermögens Wohnungsbauförderungsanstalt gegen Artikel 2 der Eigenmittelrichtlinie

Nach § 2 Absatz 3 der Richtlinie müssen die in dem Katalog des § 2 Absatz 1 Nr. 1 bis 5 angeführten Bestandteile "dem Kreditinstitut uneingeschränkt und sogleich für die Risiko- und Verlustdeckung zur Verfügung stehen, sobald sich die betreffenden Risiken oder Verluste ergeben". Eine entsprechende Regelung gilt für die sonstigen Bestandteile im Sinne des Artikel 2 Abs. 1 Nr. 6 (vgl. Artikel 3 Absatz 1 Nr. 1 a).

### 1.

Das eingegliederte Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt ist formal Bestandteil des Vermögens der Westdeutschen Landesbank geworden. Auf den ersten Blick könnte man meinen, daß es damit im (freilich nur theoretischen) Fall des Konkurses oder der Liquidation der Westdeutschen Landesbank auch dem Zugriff der Gläubiger, deren Forderungen aus der Geschäftstätigkeit der Westdeutschen Landesbank herrühren, offensteht. Dem ist aber nicht so.

Das eingegliederte Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt ist gesetzlich zweckgebundenes Sondervermögen; es ist von Gesetzes wegen ausschließlich für die Finanzierung der der Wohnungsbauförderungsanstalt obliegenden Aufgaben zu verwenden (§ 16 Absatz 2 WoBauFG n. F.). Die Lage ist derjenigen beim echten Treuhandverhältnis vergleichbar. Der Treuhänder ist zwar berechtigt, die ihm übertragenen Rechte im eigenen Namen Dritten gegenüber geltend zu machen und darüber zu verfügen, dem Treugeber gegenüber aber hat er nur die Rechte, die ihm die schuldrechtliche Zweckgebundenheit des Treugutes überläßt. Nach ständiger Rechtsprechung, die zu Gewohnheitsrecht erstarrt ist, gehört das Treugut zwar formal-juristisch dem Treuhänder, nicht aber auch materiell und wirtschaftlich

vgl. für die h. M. Böhle-Stamschräder/Kilger, Kommentar zur Konkursordnung, § 43, Anm. 9; Menzel/Kuhn/Uhlenbruck, Kommentar zur Konkursordnung, § 43, Anm. 10, jeweils m. w. N. -

Im Konkurs des Treuhänders kann das Treugut deshalb ausgesondert werden.

Der Unterschied zu der Situation bei echten Treuhandverhältnissen besteht nur darin, daß die Zweckbindung des Sondervermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt nicht auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung, sondern auf dem Gesetz beruht.

Eine Parallele besteht im übrigen auch zu dem Fall, daß in einem Unternehmen Reservefonds (Unterstützungs- und Pensionsfonds) zugunsten der Mitarbeiter des Unternehmens gebildet sind und ein - wenn auch nicht rechtsfähiges - durch eigene Verwaltung verselbständigtes Sondervermögen gebildet ist. Auch in diesem Fall besteht ein Aussonderungsrecht.

Wenn man also einmal unterstellen würde, es träte bei der Westdeutschen Landesbank der Konkursfall ein, so würde hinsichtlich des Sondervermögens Wohnungsbauförderungsanstalt ein Aussonderungsrecht bestehen. Da die Wohnungsbauförderungsanstalt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers "im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden" kann (§ 5 Absatz 2 WoBauFG n. F.), könnte die Wohnungsbauförderungsanstalt sogar selbst die Aussonderung betreiben! Das eingegliederte Wohnungsbauförderungsvermögen erfüllt also noch nicht einmal die Voraussetzungen, die für die Anerkennung nachrangiger Verbindlichkeiten als bankaufsichtsrechtliches Eigenkapital erfüllt sein müssen, daß es nämlich im Konkurs den Gläubigern aus der Geschäftstätigkeit zur Verfügung steht.

## 2.

Davon abgesehen wäre das Sondervermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt aber selbst dann nicht als Eigenkapital anzuerkennen, wenn es im - theoretischen - Falle des Konkurses den Gläubigern aus der Geschäftstätigkeit der Westdeutschen Landesbank zur Verfügung stehen würde.

Denn für die Eigenmittelqualität im Sinne der Eigenmittelrichtlinie interessiert gerade nicht, was an Vermögen für die Schuldenhaftung zur Verfügung stehen mag, vielmehr kommt es auf das Vermögen an, das vom

Kreditinstitut zur Risiko- und Verlustabdeckung eingesetzt werden kann. Die in Artikel 2 Absatz 1 bis 5 der Eigenmittelrichtlinie aufgeführten Bestandteile müssen dem Kreditinstitut uneingeschränkt und sogleich für die Risiko- oder Verlustdeckung zur Verfügung stehen, sobald sich die haftenden Risiken oder Verluste ergeben. In der französischen Fassung heißt es: "Les éléments énumérés ... doivent pouvoir être utilisés immédiatement et sans restriction par l'établissement de crédit pour couvrir les risques ou pertes ..." (Art. 2 Abs. 3). Die englische Fassung lautet: "The items ... must be available ... for unrestricted and immediate use to cover risks or losses ...". Die sonstigen Bestandteile im Sinne des Artikel 2 Absatz 1 Nr. 6 können nur einbezogen werden, wenn das Kreditinstitut frei über sie verfügen kann, um normale geschäftliche Risiken abzudecken (Artikel 3 Absatz 1 a der Eigenmittelrichtlinie). In der französischen Fassung ist formuliert: "ils peuvent être librement utilisés par l'établissement de crédit pour couvrir des risques ...". In der englischen Fassung heißt es: "they are freely available to the credit institution to cover normal banking risks ...".

Der Eigenmittelbegriff der Richtlinie erfordert also die freie Verfügbarkeit für die Verlustabdeckung, das Kreditinstitut muß die Bestandteile frei für die Verlustabdeckung einsetzen (utiliser) können. Diese Voraussetzung aber ist hinsichtlich des Sondervermögens Wohnungsbauförderungsanstalt gerade nicht erfüllt. Die Westdeutschen Landesbank kann Verluste aus ihrer Geschäftstätigkeit nicht mit dem Sondervermögen Wohnungsbauförderungsanstalt abdecken, denn dieses ist von Gesetzes wegen ausschließlich für die Finanzierung der der Wohnungsbauförderungsanstalt obliegenden Aufgaben zu verwenden (§ 16 Absatz 2 WoBauFG n. F.). Die Abdeckung der Verluste der Westdeutschen Landesbank aus ihrer Geschäftstätigkeit durch das Sondervermögen Wohnungsbauförderungsanstalt wird gerade auch durch die bilanzielle Trennung beider Vermögensmassen verhindert.

Das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt erfüllt also nicht die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Qualifizierung als Eigenmittel der Westdeutschen Landesbank. Die Westdeutsche Landesbank ist durch die öffentlich-rechtliche Widmung des Vermögens gerade gehin-

dert. es zur Abdeckung von Risiken und Verlusten aus ihrer eigenen Geschäftstätigkeit einzusetzen.

#### **VI. "Unbeschadet der Funktion als haftendes Eigenkapital" (§ 16 Abs. 2 WoBauFG) - eine falsche Rechtsauffassung des Gesetzgebers**

Wenn in § 16 Absatz 2 WoBauFG n. F. bestimmt ist, daß das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt unbeschadet seiner Funktion als haftendes Eigenkapital im Sinne des KWG ausschließlich für die Finanzierung der ihr obliegenden Aufgaben zu verwenden ist, so könnte dies als Versuch verstanden werden, von Gesetzes wegen die Eigenkapitalqualität des Sondervermögens anzuordnen. Ein solcher Versuch ist aber zum Scheitern verurteilt.

Zunächst fehlt im Verhältnis Bund-Länder dem Land schon die Gesetzgebungskompetenz für die Bestimmung von bankaufsichtsrechtlichem Eigenkapital. Das Bankwesen ist als Teil des Rechts der Wirtschaft Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Artikel 75 Nr. 11 GG). Der Bund hat von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht. Damit hat das Land keine Gesetzgebungsbefugnis für diesen Bereich (Artikel 72 Abs. 1 GG).

Davon abgesehen besteht aber im Verhältnis der Europäischen Gemeinschaft zu dem Mitgliedstaat die Sperrwirkung der Eigenmittelrichtlinie als sekundäres Gemeinschaftsrecht. Der nationale Gesetzgeber, gleich auf welcher Ebene, ist, nachdem der bankaufsichtsrechtliche Eigenmittelbegriff gemeinschaftsrechtlich geregelt ist, an einer nationalen Regelung dieses Gegenstandes gehindert. Alle nationalen Instanzen, ob Gesetzgebungskörperschaften, Gerichte oder Verwaltungsbehörden (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen) sind an den Eigenmittelbegriff der Richtlinie gebunden

- vgl. oben IV.2 -.

Die Formulierung in § 16 Absatz 2 WoBauFG n. F. "unbeschadet der Funktion als haftendes Eigenkapital im Sinne des KWG" begründet also

keine (landes-)gesetzliche Statuierung von bankaufsichtsrechtlichen Eigenmitteln. Es handelt sich bei dieser Formulierung des Landesgesetzgebers schlicht um die Bekanntgabe einer falschen Rechtsauffassung.

Nach Artikel 7 der Eigenmittelrichtlinie haben die Kreditinstitute die "Einhaltung der in den Artikeln 2 bis 6 vorgesehenen Bedingungen ... den zuständigen Behörden des Mitgliedstaates nachzuweisen". Die Einbeziehung des Sondervermögens Wohnungsbauförderungsanstalt in die Eigenmittel der Westdeutschen Landesbank darf vom Bankaufsichtsamt für das Kreditwesen nicht akzeptiert werden.

## VII. Ergebnis

Der Zweck des nordrhein-westfälischen Gesetzes vom 18.12.1991, durch die Eingliederung der Wohnungsbauförderungsanstalt der Westdeutschen Landesbank zusätzliche haftende Eigenmittel zuzuführen, ist aus rechtlichen Gründen nicht erreichbar:

1. Die Einbeziehung des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt in die Eigenmittel der Westdeutschen Landesbank verstößt gegen das zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung angeordnete Verbot, Haftungszuschläge wegen der Gewährträgerhaftung zu berücksichtigen.
2. Das in die Westdeutsche Landesbank eingegliederte Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt ist durch den Eigenmittelbegriff der EG-Richtlinie von vornherein nicht gedeckt.

Bonn, den 20.2.1992

