

P R I N T V I E W

LEGAmidia (www.legamedia.net) – Network for Information Interchange



> **LEGA practice** > Articles > M&A & Corporate Finance

<MERGERS & ACQUISITIONS & CORPORATE FINANCE>

December 2001

"Increased Costs" bei Finanzierungen

Die Kosten danach

||| Ulrich Eder

Ein Grundprinzip des deutschen Schuldrechts besagt, dass die interne Kostenkalkulation des Leistenden ohne direkte Auswirkung auf die Höhe des Entgelts ist. Abgesehen von dem seltenen Ausnahmefall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage besteht die Leistungspflicht uneingeschränkt auch dann, wenn sich das Geschäft für den Leistungserbringer im Laufe der Zeit als nicht rentabel erweist. Von diesem Grundsatz kann allerdings vertraglich abgewichen werden, indem man die internen Kosten ausdrücklich zum Bestandteil der Entgeltkalkulation ausgestaltet.

Die praktische Anwendung dieser rechtstheoretischen Erwägungen zeigt sich bei der Unternehmens- und Projektfinanzierung sowie bei vielfältigen Formen moderner strukturierter Finanzierungen.

Eine solche Vertragsregelung ist hier sinnvoll und angemessen, wenn das Kreditinstitut für eine langfristige Bankdienstleistung nur mit einer "Gebühr" entlohnt wird, aber keine Marge für das Risiko erhalten soll, so dass sich während der Vertragslaufzeit bei der Bank unabwendbare Kostensteigerungen (sogenannte "Increased Costs") ergeben. Kostenverteilungsregelungen haben in großvolumigen und langfristigen Kreditverträgen einen gewissen Standard erreicht, der nachfolgend dargestellt wird.



Regulatory Change als Auslöser für Increased Costs

Zum Verständnis derartiger Klauseln bedarf es zunächst der Prüfung, welche Kostenerhöhungen ein Kreditinstitut noch nach dem bindenden und bedingungslosen Abschluss eines Kreditvertrages im Laufe der Jahre treffen können. Gemeint sind hierbei üblicherweise nicht (Quellen-)Steuerrisiken, die Gegenstand einer gesonderten Steuerentschädigungsvereinbarung sind. Ebenfalls ausgeschlossen sind Mehrkosten aufgrund Zinsänderungen, da hierzu – z.B. durch einen Marked-to-Market-Mechanismus – ebenfalls Spezialregelungen bestehen.

Es verbleiben insbesondere die Veränderungen des Kreditwesengesetzes und der entsprechenden ausländischen Bankgesetze. Hier gilt der Grundsatz, dass sämtliche Schutzregelungen des nationalen Finanzsystems durch bankrechtliche Verbote und Restriktionen zu einer Erhöhung der Kreditkosten führen, so dass nachträgliche Regeländerungen zu nachträglichem Aufwand führen. Im einzelnen sind die folgenden Kostentreiber zu unterscheiden:

Dr. Ulrich Eder
Rechtsanwalt und Steuerberater
www.ulricheder.com

New Media Agency

Webdesign für Ihr Unternehmen

The Author

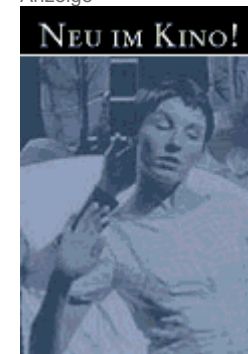
DUE FINANCE
WIRTSCHAFTSBERATUNG GMBH
STEUERBERATUNGSBÜRO

Dr. Ulrich Eder ist Rechtsanwalt am OLG Düsseldorf, Steuerberater und Geschäftsführer der **DUE FINANCE** Wirtschaftsberatung GmbH in Düsseldorf. Zuvor leitende Tätigkeit bei KPMG Peat Marwick, WIBERA Wirtschaftsberatung AG und einer Düsseldorfer Wirtschaftskanzlei. Redner auf in- und ausländischen Konferenzen.

> [ARTICLES](#)

✉ [E-MAIL](#)

Anzeige



LEGA areas

Beiträge zu folgenden Rechtsgebieten - [Articles on these legal areas:](#)

[Arbeit – Employment Law](#)

[Ausland – Foreign Law](#)

[Mergers & Acquisitions & Corporate Finance](#)

[Gesellschaft – Corporate](#)

[Gew. Rechtsschutz – Intellectual Property & Copyright / Trademarks](#)

1. Geldpolitische Instrumente der Zentralbanken (z.B. Mindestreservepolitik)
2. Bankrechtliche Kreditvorschriften (z.B. Großkreditgrenzen gemäß §§ 13, 13a KWG)
3. Bankrechtliche Eigenkapital- und Liquiditätsvorschriften (z.B. Grundsatz I gemäß § 10 Abs. 1 KWG)
4. Belastende Veränderungen der handelsbilanziellen Behandlung des jeweiligen Kredits
5. andere, im Einzelfall näher zu bestimmende Belastungen der Banken.

[Insolvenz – Bankruptcy](#)

[IT Law | E-Commerce](#)

[Immobilien- & Baurecht – Real Estate Law](#)

[Öff. Recht – Public Law](#)

[Mediation](#)

[Medien – Entertainment](#)

[Steuern – Taxes](#)

[Umwelt – Environment](#)

[Wettbewerb – Antitrust](#)

[Zivilrecht – Civil Law](#)

[Sonstiges – Other Areas](#)

Insbesondere bezüglich des letztgenannten Punktes ist eine restriktive Regelung sinnvoll, damit nicht allgemeine Kostensteigerungen dem konkreten Kredit direkt oder über einen Verteilungsschlüssel zugerechnet werden können. Increased Costs betreffen in jedem Fall lediglich die Kreditmehrkosten, niemals auch eine Entschädigungspflicht des Kreditnehmers für Regelverstöße der Bank oder deren sonstige Nachteile gegenüber den Bankaufsichtsbehörden.

<Increased Costs betreffen in jedem Fall lediglich die Kreditmehrkosten, niemals auch eine Entschädigungspflicht des Kreditnehmers für Regelverstöße der Bank.>

Eine Erhöhung der Bankkosten, eine Reduzierung des Darlehensrückzahlungsbetrages oder eine Reduktion der erwarteten Rendite aus dem Kreditgeschäft kann eintreten, wenn sich die für die Kreditgewährung geltenden Parameter zu Lasten des Kreditinstituts verändern (sog. "Regulatory Change"). Zu diesen Parametern zählen primär die unmittelbar anwendbaren Gesetze; darüber hinaus auch die offiziellen Verordnungen ohne formellen Gesetzescharakter. Als weitere Gruppe sind zu nennen die Anordnungen, Empfehlungen und sonstigen Regelungen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, den Zentralbanken sowie den für die Bilanzierung zuständigen Behörden und Körperschaften.

Eine auf den Kreditnehmer überwälzbare Kostenerhöhung darf nicht für den Fall vereinbart werden, dass das Institut lediglich die interne Policy oder ständige Praxis ändert und gleichermaßen nicht bei einer freiwilligen, d.h. für das Kreditinstitut unverbindlichen externen Empfehlung. Bei der Ausgestaltung der Increased Costs Clause ist darüber hinaus sicherzustellen, dass selbst eine zwingende Weisung oder sonstige nicht-dispositive Anordnung aus dem Gesellschafterkreis des Kreditinstituts nicht zu einer Kostenbelastung beim Kreditnehmer führt, da dieser sonst der Willkür des Bankkonzerns ausgesetzt wäre. Gleiches muss gelten bezüglich Kostenerhöhungen, die durch Befolgung der Stellungnahme eines Banken- oder Sparkassenverbandes entstehen, dem das Kreditinstitut freiwillig angehört.

Ist eine Umstrukturierung, z.B. durch Verlegung der Zahlstelle, möglich und nicht unzumutbar, wird eine entsprechende Verpflichtung nur gegen Übernahme der Mehrkosten vereinbar sein. Während die Erhöhung der Kreditrefinanzierungskosten aufgrund einer Veränderung auf Kreditnehmerseite oder einer vertraglich vereinbarten Restrukturierung der Gesamttransaktion regelmäßig zu erstattungspflichtigen Increased Costs führen wird, sollte dies nicht gelten bei einer Umstrukturierung auf Seiten des Kreditgebers, die vom Kreditnehmer nicht veranlasst wurde.



Carve-outs - Einschränkung der Erstattungspflicht

Für eine Geltendmachung von nachträglichen Kostenerhöhungen ist kein Raum, wenn sie bei Vertragsabschluss bereits von der Art und Höhe her bekannt sind. Daher sollten bereits beschlossene und veröffentlichte Gesetze oder sonstige Normen ausdrücklich aus der Entschädigungspflicht heraus genommen werden. Steht dem Kreditinstitut seitens der bankrechtlichen Regelungen ein Wahlrecht zu, das Auswirkungen auf die Höhe der Increased Costs hat, wird das Kreditinstitut regelmäßig lediglich bereit sein, dem einzelnen Kreditnehmer im Rahmen der Increased Costs Clause einen Anspruch auf nichtdiskriminierende Behandlung einzuräumen, d.h. das Wahlrecht nicht für diesen Kreditnehmer ungünstiger auszuüben als für das gesamte Kreditportfolio. Besser steht der Kreditnehmer, wenn er nicht zum Spielball der Portfoliobetrachtung der Bank wird, sondern die Kostenerstattungspflicht auf den Betrag beschränkt wird, der bei für den Einzelkredit möglichst kostenschonender Optionsausübung entstehen würde.

Beim Vergleich von Bankkonditionen sind die aufgrund der Rechtsform oder dem Ort der Zahlstelle resultierende Unterschiede zu berücksichtigen. Hier wird das im Wettbewerb stehende Kreditinstitut bei entsprechender Verhandlungsführung derartige Punkte aus der Kostenersatzklausel explizit auszuschließen bereit sein. Anwendungsbereich dieses Gedankens ist z.B. die Sondersituation der Landesbanken bezüglich der finanziellen Folgen und Lasten des Wegfalls der Anstaltslast und grundlegenden Modifizierung der Gewährträgerhaftung.

Um den Kreditnehmer vor willkürlichen Belastungen zu schützen, bedarf es im Rahmen der kreditvertraglichen Regelung zudem einer weitgehenden Festlegung der internen Kostenbasis, bei deren Veränderung ein Ersatzanspruch durchsetzbar ist. Daher sollten die dem Kreditverhältnis zugrunde liegenden Geschäftsgrundlagen (z.B. die angesetzte Grundsatzbelastung) ausdrücklich in den Vertragstext einfließen. Will das Kreditinstitut Increased Costs geltend machen, sollte ein formellen Anforderungen genügendes Regulatory Change Certificate vorgelegt werden, das eine Beschreibung der Veränderung und deren Auswirkungen auf die Bankkosten sowie eine für sachkundige Dritte nachvollziehbare und den Kreditnehmer nicht diskriminierende Kalkulation der Mehrkosten beinhaltet.

<Die dem Kreditverhältnis zugrunde liegenden Geschäftsgrundlagen sollten ausdrücklich in den Vertragstext einfließen.>

Die Erfahrung zeigt, dass entsprechende vertragliche Regelungen in der Praxis meist nicht getroffen werden, da das Kreditinstitut die internen Kalkulationsparameter weder bei Vertragsschluss noch später offen legen will. Ob das Kreditinstitut bei dieser Vorgehensweise im Streitfall seinen vermeintlichen Anspruch tatsächlich durchsetzen kann, wird sich im Einzelfall nur im Prozesswege endgültig feststellen lassen.

Von besonderer Relevanz und Regelungsbedürftigkeit sind die Fragen, ab welchem Zeitpunkt die erstattungspflichtigen Kostenerhöhungen entstanden sein müssen und für welchen Zeitraum sie geltend gemacht werden dürfen. Hier ist zunächst sicher zu stellen, dass das Tag-1-Risiko, d.h. das Risiko, dass bereits bei Vertragsschluss bestehende Kosten irrtümlicherweise nicht in das Pricing aufgenommen wurden, nicht Bestandteil der Entschädigungspflicht sein darf. Abzustellen ist somit nicht darauf, ob nach

Vertragsschluss die subjektive Kenntnis von Increased Costs erfolgte, sondern ob diese Mehrbelastung tatsächlich erst ab diesem Zeitpunkt entstanden ist.

Um den Kreditnehmer vor späteren Überraschungen zu schützen und ihm – z.B. durch eine Kreditkündigung – eine Schadensminderung zu ermöglichen, sollte geregelt sein, dass Increased Costs nur für einen Zeitraum von z.B. 90 Tagen vor tatsächlicher Kenntnis des Regulatory Change seitens der Bank gefordert werden können.

Blick in die Zukunft

Increased Costs Klauseln haben den unbestreitbaren Vorteil, dass sie zur Reduzierung der Kreditkosten führen, indem ein Risikozuschlag auf die Kreditkosten vermieden wird. Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass eine derartige Klausel nur dann akzeptabel ist, wenn hiermit ein erheblicher Pricing-Vorteil, also eine wirtschaftlich relevante Kostenersparnis für den Kreditnehmer verbunden ist. Somit handelt es sich nicht um eine Klausel, die im Kleingedruckten standardmäßig ihren Niederschlag findet, sondern um eine der Kernklauseln der Kreditverhandlungen.

Increased Costs Clauses sind in der derzeitigen Kreditpraxis oft seitens des Kreditnehmers nicht ausverhandelt und somit für ihn nachteilig. Die Erfahrung der nächsten Jahre mit Euro-Einführung, Basel II und Landesbanken-Neuregelung wird möglicherweise zeigen, dass sich hier bestehende Defizite für den Kreditnehmer als sehr teuer erweisen werden.

(c) 2001 Dr. Ulrich Eder, Due Finance,
ueder@duefinance.de, www.duefinance.de

 **LEGAmedia**
TOP www.legamedia.net

 NEWSLETTER ABONNIEREN

E-Mail



 SEITE DRUCKEN

 SEITE VERSENDEN

 NEUE SUCHE

Stichwort



(c) 2003 LEGAmedia (www.legamedia.net) – Network for Information Interchange,
E-zine für Juristen und Unternehmer / E-zine for Lawyers and Entrepreneurs, info@legamedia.net
< URL: http://www.legamedia.net/legapractice/due-finance/2001/01-12/0112_eder_ulrich_increased_costs.php >

Date: August 08, 2003 – [LEGAmedia lives!](#) – [Copyright & Disclaimer](#)