

## CB-BEITRAG

Dr. Jens Jensen, RA/FAArbR, und Dr. Daniel Klösel, RA

# § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz: Vergütungsberater als Compliance-Risiko

Über nichtanwaltliche Vergütungsberater ist bereits viel geschrieben worden. Ein aus Sicht der Compliance und der Vergütungs-Governance ganz wesentlicher Aspekt bei der Einschaltung von Vergütungsberatern ist dabei bislang aber gänzlich unbeachtet geblieben, nämlich das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG). Wie im Folgenden gezeigt wird, wandeln Vergütungsberater auf einem schmalen Grat zwischen zulässiger Berufsausübung und unerlaubter Rechtsberatung. Dieser Balanceakt gelingt nur selten, stellt die – hier einmal neutral formuliert – „rechtsnahe“ Beratung doch den lukrativsten Tätigkeitsausschnitt der Vergütungsberater dar. Gerade die Beachtung des RDG ist für Unternehmen bei der Beauftragung von Vergütungsberatern aber von höchster Priorität, insbesondere weil Verträge, die gegen dieses Gesetz verstoßen, im Zweifel insgesamt nach § 134 BGB nichtig sind – eine Rechtsfolge, die nicht nur Organe mit Blick auf gesetzliche Sorgfaltspflichten und die Legalitätspflicht interessieren wird, sondern gleichermaßen auch aktivistische Aktionäre.

## I. Einleitung

Dieser Beitrag ist ein Parforceritt durch das Gesellschaftsrecht, durch die Compliance und die Governance, durch das Banken- und Finanzaufsichtsrecht, das Berufsrecht, das Arbeits- und Dienstrecht und durch das Lauterkeitsrecht. Ausgangspunkt ist dabei zunächst ein rechtlicher und tatsächlicher Blick auf die Industrie der Vergütungsberater. In dem zweiten Kapitel dieses Beitrags wird dann der Versuch einer Grenzziehung zwischen zulässiger Vergütungsberatung und unerlaubter Rechtsdienstleistung anhand zahlreicher Beispiele unternommen. Daran schließt sich eine Analyse an, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen unternehmensseitig mit dem Empfang von Beratungsleistungen, die gegen das RDG verstoßen, einhergehen.

## II. Tatsächliche und rechtliche Bestandsaufnahme zum Vergütungsberater

Eine gesetzliche oder sogar auch nur allgemeine Definition des Vergütungsberaters gibt es nicht. Selbst Wikipedia schweigt sich zu Vergütungsberatern aus.<sup>1</sup> Daher wird man einen Vergütungsberater schlicht als jemanden beschreiben können, der im Bereich von Vergütung berät.

Anders als Makler, Versicherungsvermittler oder Versicherungsberater, deren Berufsausübung in §§ 34c ff. GewO streng reglementiert ist, gibt es keine besonderen berufsrechtlichen Beschränkungen für Vergütungsberater. Vergütungsberater kann mit anderen Worten jeder werden.

Eine Erwähnung von Vergütungsberatern findet sich in Ziff. 4.2.2 Abs. 3 DCGK, der als Kriterium für die Angemessenheit der Vergütung

des Vorstands u. a. auch auf die Üblichkeit der Vergütung unter Berücksichtigung des Vergleichsumfelds abstellt und der dem Aufsichtsrat für den Fall der Hinzuziehung eines „externen Vergütungsexperten“ auferlegt, auf dessen Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen zu achten. Die Dienstleistung, die dem unabhängigen Vergütungsexperten in Ziff. 4.2.2 Abs. 3 DCGK zugewiesen ist, besteht also in der Anlieferung von Gehaltsvergleichsdaten (sog. Benchmarking), die etwa den Aufsichtsrat in die Lage versetzen soll, die marktfähige Vergütung von Vorstandsmitgliedern festzulegen. Diese Tätigkeit, die Ausdruck bspw. in der Erstellung von Angemessenheitsgutachten und Marktvergleichen findet, ist in erster Linie statistischer Natur und bedarf entsprechender Datenerhebungen im Markt.

Nahezu jeder Vergütungsberater nimmt das Benchmarking unter dem Stichwort „Board Services“ aber auch zum Anlass, im Bereich Vorstand und Aufsichtsrat weitere Dienstleistungen anzubieten, darunter regelmäßig auch die Anpassung, Weiterentwicklung oder gar gleich die Neugestaltung von Vergütungssystemen nach gesetzlichen Vorgaben.

Nahezu durchgängig bewerben Vergütungsberater auf ihren Homepages zudem auch zahlreiche Beratungsleistungen in Bezug auf die Vergütungssysteme von Banken, Versicherern, Finanzdienstleistern und Fondsgesellschaften. Gerade in der Finanzbranche haben die Vergütungsberater – parallel mit dem im Wesentlichen durch die Verkündung der ersten Institutsvergütungsverordnung am 6.10.2010 markierten Beginn eines auch aktuell noch anhaltenden Trends zu immer weitergehenden regulatorischen Beschränkungen der Vergütungssysteme – eine nichtanwaltliche Schattenindustrie aufgebaut, die erstaunliche Ausmaße angenommen hat.

<sup>1</sup> Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Hauptseite> (Abruf: 26.9.2016).

Letzteres mag auch Anlass dafür sein, dass der Vergütungsberater begrifflich in dem am 12.8.2016 veröffentlichten Entwurf der Auslegungshilfe der BaFin zu § 15 InstitutsVergV-E auftaucht, der dem Vergütungskontrollausschuss u. a. die Aufgabe zuweist, Vergütungsberater auf ihre Zuverlässigkeit hin zu überwachen. Was mit Zuverlässigkeit konkret gemeint ist, ergibt sich aus dem Entwurf der Auslegungshilfe nicht.

### III. Vergütungsberatung und das RDG

Anders als ein Rechtsanwalt<sup>2</sup> können sich Vergütungsberater wie eingangs geschildert nicht auf besondere Berufsgesetze berufen, wenn es um die Erbringungen von Rechtsdienstleistungen geht. Vergütungsberater tauchen zudem auch nicht in dem Katalog von § 10 RDG auf, der bestimmten Berufsgruppen wie bspw. Rentenberatern aufgrund nachzuweisender Sachkunde<sup>3</sup> eine Erbringung von Rechtsdienstleistungen in einem eng umgrenzten Bereich erlaubt, sofern sie denn im Rechtsdienstleistungsregister registriert sind. Genauso wenig nimmt § 2 Abs. 3 RDG die Vergütungsberatung von dem Begriff der Rechtsberatung aus.

Auch die Selbstverpflichtung zahlreicher Vergütungsberater auf einen „VUVB-Kodex“<sup>4</sup> führt zu keiner Privilegierung der Branche unter dem RDG. Anders als vielfach angenommen handelt es sich bei diesem Regelwerk, das aufgrund seiner Bezeichnung als „Kodex“ gerne vorschnell in einem Atemzug mit dem in § 161 Abs. 1 AktG gesetzlich legitimierten DCGK genannt wird, lediglich um ein Regelwerk der privatrechtlichen „Vereinigung Unabhängiger Vergütungsberater e. V.“.

Das bedeutet gleichzeitig aber auch, dass Vergütungsberater die Vorschriften des RDG vollumfänglich zu beachten haben. Dies gilt auch dann, wenn ein Vergütungsberater Rechtsdienstleistungen durch angestellte Syndikusanwälte erbringen lässt, weil entscheidend ist, dass das vergütungsberatende Unternehmen selbst eine Rechtsberatungserlaubnis gem. § 59c BRAO besitzt, nicht aber die Erfüllungshelfen, derer es sich bedient.<sup>5</sup>

#### 1. Systematik des RDG

Nach § 3 RDG ist die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das RDG oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird.

Der Begriff der Rechtsdienstleistung wird in § 2 Abs. 1 RDG als jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten definiert, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Von dem „Erfordernis“ einer rechtlichen Prüfung im Einzelfall ist ausnahmsweise nur dann nicht zu sprechen, wenn es um eine simple, schematische Rechtsanwendung geht, wobei es unerheblich ist, ob es sich um eine einfache oder schwierige Rechtsfrage handelt.<sup>6</sup>

Da die Vergütungsberatung nicht in § 10 RDG genannt ist, kann Vergütungsberatern allenfalls nach § 5 Abs. 1 RDG die Erbringung einer rechtlichen Nebendienstleistung erlaubt sein.<sup>7</sup> Damit § 5 Abs. 1 RDG überhaupt anwendbar ist, muss im Vordergrund des Dienstleisters eine wirtschaftliche Dienstleistung stehen, während der Rechtsdienstleistung nach der Verkehrsanschauung nur so ein geringes Gewicht innerhalb der Gesamtleistung zukommt, dass (noch) von einer bloßen Nebenleistung ausgegangen werden kann.<sup>8</sup> § 5 RDG ist daher von vornherein nicht anwendbar, wenn zwar der Beratungsschwerpunkt auf wirtschaftlichem Gebiet liegt, aber objektiv die auf rechtlichem Gebiet liegende Nebenleistung unter Berücksichtigung des

Schutzzwecks des RDG für den Rechtssuchenden zumindest auch im Mittelpunkt steht;<sup>9</sup> in diesem Fall ist die Rechtsdienstleistung mangels Erlaubnistatbestands untersagt.

Ferner setzt die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 RDG auch einen sachlichen Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Haupt- und rechtlicher Nebenleistung voraus. An einem solchen Zusammenhang fehlt es von vornherein, wenn die Rechtsdienstleistung auch isoliert erbracht werden kann, ohne dass damit die sachgerechte Erfüllung der wirtschaftlichen Hauptleistung beeinträchtigt wird.<sup>10</sup>

Dass es wohl häufig als praktisch empfunden wird, Rechtsdienstleistungen und sonstige Tätigkeiten „aus einer Hand“ zu erhalten, ist für das Bestehen eines sachlichen Zusammenhangs unbeachtlich.<sup>11</sup>

#### 2. Der Grenzverlauf zur unerlaubten Rechtsdienstleistung

Die soeben nachgezeichneten Grundsätze des RDG bedeuten in Bezug auf die nachfolgenden Dienstleistungen, die von zahlreichen Vergütungsberatern auf deren Homepages beworben werden, Folgendes:

- Die Anlieferung von Gehaltsvergleichsdaten (Benchmarking) stellt isoliert betrachtet keine Rechtsdienstleistung dar. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Erstattung von Angemessenheitsgutachten.
- Soweit Vergütungsberater Funktions- oder Stellenbewertungen anhand selbstentwickelter Kriterien vornehmen, handelt es sich auch nicht um Rechtsdienstleistungen.
- Vertragsgestaltung ist dagegen grundsätzlich eine rechtliche Hauptdienstleistung.<sup>12</sup> Das bedeutet, dass Vergütungsberatern keine Vorstandsdiensverträge, Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern und Anstellungsverträge gestalten dürfen.
- Die Gestaltung von Betriebsvereinbarungen ist Vergütungsberatern genauso untersagt, weil es sich hier um nichts anderes als um kollektive Verträge zwischen einem Arbeitgeber und seinem Betriebsrat handelt. Etwas anderes kann ausnahmsweise nur dann gelten, wenn es um Rechtsdienstleistungen im Rahmen von Einigungs- oder Schlichtungsverfahren nach § 76 BetrVG oder § 71 BPersVG geht, weil diese nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG vom Begriff der Rechtsdienstleistung ausgenommen sind.
- Bietet ein Vergütungsberater im Rahmen des Benchmarkings auch an, individuelle oder kollektive Verträge lediglich in Bezug auf die variable Vergütung oder gar auch nur in Bezug auf weitere finanzielle oder soziale Nebenleistungen zu gestalten oder anzupassen, so ist auch diese Tätigkeit nach § 3 RDG untersagt. Insofern ist zunächst zu bedenken, dass der Kunde zwar für

2 Vgl. § 3 Abs. 1 BRAO.

3 Vgl. §§ 2 ff. Rechtsdienstleistungsverordnung.

4 Vgl. [www.vuvb.de/kodex/](http://www.vuvb.de/kodex/) (Abruf: 13.9.2016).

5 Vgl. etwa BGH, 29.7.2009 – I ZR 166/06, NJW 2009, 3242; Uckermann/Pradl, BB 2009, 1892, 1893.

6 BGH, 14.1.2016 – I ZR 107/14, BB 2016, 1410 Ls., WRP 2016, 861.

7 OLG Bremen, 30.9.2011 – 2 U 41/11, NJW 2012, 81; Eversloh, in: Uckermann u. a., Das Recht der betrieblichen Altersversorgung, 2014, Kap. 34, Rn. 43 m. w. N.

8 Vgl. nur BGH, 31.1.2012 – VI ZR 143/11, BB 2012, 1115 m. BB-Komm. Albrecht; ebenso OLG Karlsruhe, 8.10.2009 – 4 U 113/09, GRUR-RR 2010, 245.

9 Eversloh, in: Uckermann u. a., Das Recht der betrieblichen Altersversorgung, 2014, Kap. 34, Rn. 35 m. w. N.; ebenso bereits Uckermann/Pradl, BB 2009, 1892, 1895.

10 BGH, 4.11.2010 – I ZR 118/09, WM 2011, 1772, Rn. 34.

11 Uckermann/Pradl, BB 2009, 1892, 1896.

12 Vgl. nur Römermann, NJW 2011, 884, 886.

- Gehaltsvergleichsdaten zahlt, die Erhebung dieser Daten aber nicht Gegenstand des Auftrags ist, sondern eben nur die Anlieferung der bereits erhobenen Daten. Die Gestaltung von variablen Vergütungssystemen stellt im Vergleich mit der Anlieferung von Vergleichsgehältern schon keine Nebenleistung dar. Selbst wenn man dem Benchmarking den Charakter einer Hauptleistung zuerkennen wollte, bleibt das Angebot von Vertragsgestaltungen im Bereich der variablen Vergütung trotzdem eine unerlaubte Rechtsdienstleistung, weil diese einer detaillierten Prüfung und aufwändigen vertraglichen Gestaltung bedarf, sind doch Normen des AktG,<sup>13</sup> des Schuldrechts einschließlich der AGB-Kontrolle,<sup>14</sup> des kollektiven Arbeitsrechts,<sup>15</sup> des Tarifrechts,<sup>16</sup> der Rechtsprechung des BAG zu Sonderzahlungen<sup>17</sup> sowie ggf. auch zahlreiche aufsichtsrechtliche Vorschriften und deren Wechselwirkung zum Arbeitsrecht<sup>18</sup> zu beachten. Unerheblich ist, wie Vergütungsberater die von ihnen angebotenen Dienstleistungen bezeichnen: Die „Kalibrierung von Vergütungssystemen“ ist und bleibt genauso wie „Gehaltsstrukturdesign“, „Vergütungskonzepte“ oder „Bonussteuerung“ in der Sache Vertragsgestaltung.
- Sogar die bloße Definition des Verhältnisses zwischen fixer und variabler Vergütung dürfte eine rechtliche Hauptleistung darstellen, deren Erbringung Vergütungsberatern untersagt ist. Dies gilt jedenfalls bei Banken und Finanzdienstleistern, bei denen die Angemessenheit und damit aufsichtsrechtliche Zulässigkeit des Verhältnisses zwischen variabler und fixer Vergütung von zahlreichen weiteren Voraussetzungen abhängt.<sup>19</sup>
  - Soweit Vergütungsberater Unternehmen bei der Trennung von Mitarbeitern unterstützen, erreichen derlei Dienstleistungen RDG-Grenzen, sobald es um die konkrete Gestaltung von Auflösungsverträgen oder das Entwerfen von Betriebsratsanhörungen gemäß § 102 BetrVG geht. Auch eine Beratung in Bezug auf die bloßen wirtschaftlichen Eckpunkte einer Trennung ist bereits als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung anzusehen, etwa weil die Definition eines Beendigungstermins, die Höhe einer Abfindung oder die Höhe variabler Vergütungen, die für das Jahr des Ausscheidens bzw. bis zum Ausscheiden zu zahlen sind oder zur Zahlung angeboten werden sollten, einer juristischen Subsumtion bzw. Inzidentprüfung bedürfen: Fristberechnungen, die Einschätzung der Erfolgsaussichten von Kündigungsschutzklagen oder die Auslegung bzw. Anwendung von Bonusregelungen erfüllen allesamt den Begriff der Rechtsdienstleistung i. S. v. § 2 Abs. 1 RDG.
  - Soweit Vergütungsberater schließlich bspw. Aufsichtsgremien in Vergütungsangelegenheiten schulen, handelt es sich nur dann um keine Rechtsdienstleistung, wenn und solange sich die Schulung auf abstrakte Darstellungen oder fiktive Sachverhalte bezieht. Werden bei der Gelegenheit einer Schulung Fragen zu konkreten Sachverhalten beantwortet, handelt es sich um eine grundsätzlich untersagte Rechtsdienstleistung.<sup>20</sup>
  - Die Analyse von Risikoträgern ist anhand der technischen Standards der European Banking Authority vorzunehmen und richtet sich nach qualitativen und/oder quantitativen Kriterien, sie ist also „Subsumtion pur“. Die Vornahme einer Risk Taker-Analyse ist Vergütungsberatern daher untersagt, zumal die Analyse auch nicht in sachlichem Zusammenhang zu anderen Tätigkeiten, geschweige denn zu einer wirtschaftlichen Hauptleistung, steht.
  - Die Zulässigkeit einer Vertretung durch Vergütungsberater in Gerichtsverfahren richtet sich dagegen nicht nach dem RDG, weil

dieses nur außergerichtliche Rechtsdienstleistungen regelt. Im Bereich des Zivilprozesses kommt eine Vertretung durch Vergütungsberater nicht in Betracht, weil es an deren Vertretungsbefugnis fehlt (vgl. § 79 ZPO). Dasselbe gilt in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren nach dem nahezu inhaltsgleichen § 11 ArbGG.

- Eine Vertretung von Instituten durch Vergütungsberater gegenüber der BaFin, Bundesbank oder EZB in Sonderprüfungen gem. § 44 KWG kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil § 14 Abs. 5 VwVfG anordnet, dass Bevollmächtigte und Beistände zurückzuweisen sind, wenn sie entgegen § 3 RDG Rechtsdienstleistungen erbringen. Wenn etwa ein Steuerberater bereits als Beistand in einem Verfahren betreffend eine kommunale Fremdenverkehrsabgabe zurückzuweisen ist, weil diese nicht unter den Steuerbegriff des § 3 Abs. 1 Abgabenordnung fällt,<sup>21</sup> dann kann ein Vergütungsberater erst recht nicht in einer Prüfung gem. § 44 KWG zuzulassen sein.
- Von selbst dürfte sich verstehen, dass sich eine Erarbeitung und Dokumentation der Selbsteinschätzung eines Instituts als bedeutend bzw. nicht bedeutend gem. § 17 InstitutsVergV durch Vergütungsberater verbietet, weil es sich um einen (äußerst komplexen und haftungsträchtigen) Subsumtionsvorgang handelt, der mit keiner anderen Leistung in sachlichem Zusammenhang steht und deshalb einer Beratung durch Rechtsanwälte vorbehalten ist.
- Soweit es um eine Beratung von besonderen Funktionen innerhalb der Vergütungs-Governance geht (z. B. Vergütungsbeauftragter, Vergütungskontrollausschuss), handelt es sich ebenfalls um juristische Hauptdienstleistungen, die Rechtsanwälten vorbehalten sind.
- Aus demselben Grunde dürfen Vergütungsberater auch nicht Institute dabei unterstützen, Vergütungsgrundsätze und -strategien zu entwickeln. Zwar könnte man daran zweifeln, dass mit Rechtsrat verbundene Tatfragen noch zur anwaltlichen Domäne gehören; im Bereich der Vergütungsgrundsätze und -strategien sind Rechts- und Tatfragen aber häufig untrennbar miteinander verbunden.<sup>22</sup>
- Die Erstellung von Vergütungsberichten für Veröffentlichungszwecke, etwa nach Maßgabe von § 16 InstitutsVergV, ist eine im Wesentlichen deskriptive Tätigkeit, die keiner Subsumtion bedarf. Sie ist Vergütungsberatern daher erlaubt.

13 Vgl. nur *Diller*, NZG 2009, 1006; *Fleischer*, NZG 2009, 801; *Hohenstatt/Willemssen*, NJW 2008, 3462; *Lingemann*, BB 2009, 1918; *Louven/Ingwersen*, BB 2013, 1219; speziell zur Aufsichtsratsvergütung *Schäfer/Bredol*, BB 2013, 652.

14 Vgl. nur *Grillo/Freckmann*, BB 2014, 1914; *Reinecke*, BB 2013, 437; *Reinfelder*, NZA-Beil. 2014, 10.

15 Vgl. nur *Wiesenecker/Albicker*, BB 2008, 2631; zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern *Gaul*, BB 1998, 101.

16 Vgl. nur *Becker/Lelley*, BB 2015, 1397; *Greiner/Suhre*, NJW 2010, 131; *Hartmann/Lobinger*, RdA 2010, 235; LAG München, 3.3.2016 – 3 Sa 1033/16, BB 2016, 2107 m. BB-Komm. *Jensen*, BB 2016, 2112; *Siegfanz-Strauß*, RdA 2015, 266.

17 Vgl. nur *Heiden*, RdA 2012, 225; *Otto/Walk*, BB 2010, 373.

18 Vgl. nur *Annuß*, NZA-Beil. 2014, 121; *Jensen*, BB 2014, 2869; *Mujan*, BB 2013, 1653; *Zürn/Böhm*, BB 2014, 1269.

19 Vgl. nur § 5 InstitutsVergV.

20 Vgl. auch *Weth*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO-Kommentar, 4. Aufl. 2014, RDG, § 2, Rn. 64.

21 BayVG, 16.5.2014 – 4 B 13.1161, DStR 2014, 2314.

22 Vgl. *Fleischer*, in: *Kindler u. a. (Hrsg.)*, FS Hüffer, 2010, S. 187, 198.

- Die jährliche Angemessenheitsüberprüfung der Vergütungssysteme von Banken gem. § 12 Abs. 2 InstitutsVergV-E ist eine ausschließlich juristische Tätigkeit, deren Erbringung Vergütungsberatern nicht erlaubt ist. Dies entspricht auch der Ansicht der BaFin, die in der Auslegungshilfe zu § 12 InstitutsVergV-E eine vollständige oder teilweise Auslagerung der Angemessenheitsprüfung nur auf „externe Berater“ erlaubt, gerade aber nicht auf „externe Vergütungsberater“, die in dem aktuellen Entwurf der Auslegungshilfe an anderer Stelle ebenfalls ausdrücklich erwähnt werden.<sup>23</sup>
- Das RDG erlaubt Vergütungsberatern auch nicht, Gutachten gem. § 14 Abs. 2 InstitutsVergV zu erstatten, weil dem Begriff des Gutachtens bereits zu entnehmen ist, dass es sich um eine komplexe Fragestellung handelt, die naturgemäß keine Nebenleistung i. S. v. § 5 Abs. 1 RDG darstellen kann.<sup>24</sup> Ein Rückgriff auf § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG, der wissenschaftliche Gutachten von dem Begriff der Rechtsdienstleistung ausnimmt, besteht ebenso kein Raum: Wenn es sich bei dem Vergütungsberater um eine juristische Person oder allgemein um ein gewerbliches Unternehmen handelt, so kommt ein Rückgriff auf diese der Wissenschaftsfreiheit dienende Ausnahmvorschrift ohnehin nicht in Betracht; wenn es sich bei dem Vergütungsberater um eine natürliche Person handelt, wird ihr ohne die Befähigung zum Richteramt die Vorbildung fehlen, einen Vorgang in wissenschaftlicher Arbeitsweise mit Gründlichkeit und Exaktheit nach streng sachlichen und objektiven Kriterien systematisch zu untersuchen.<sup>25</sup> § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG hat in erster Linie Hochschullehrer im Blick.<sup>26</sup>

#### IV. Rechtsfolgen von RDG-Verstößen

Wie eben aufgezeigt ist die Gefahr, dass bei der Beauftragung eines Vergütungsberaters verbotene Rechtsdienstleistungen bezogen werden, erheblich. Dies gilt branchenübergreifend, insbesondere aber im Bereich Banken und Finanzen. Es wäre daher begrüßenswert, wenn die BaFin zumindest in der endgültigen Fassung der Auslegungshilfe zu § 15 InstitutsVergV-E klarstellt, dass mit Zuverlässigkeit v. a. auch die Einhaltung der Vorschriften des RDG durch den Vergütungsberater gemeint ist.

##### 1. Folgen für das beratene Unternehmen

Die Folgen der Inanspruchnahme RDG-widriger Beratungsleistungen können für Unternehmen, v. a. auch, wenn diese börsennotiert sind, und auch für die innerhalb der Unternehmen jeweils Verantwortlichen, erheblich sein.

Die vermutlich gravierendste Folge ist, dass der zugrunde liegende Vertrag zwischen Unternehmen und Vergütungsberater gem. § 134 BGB nichtig ist.<sup>27</sup> Liegt ein Vertrag vor, der nur teilweise gegen das RDG verstößt, so ist trotzdem das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht gem. § 139 BGB ausnahmsweise anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.<sup>28</sup>

Mit der Nichtigkeit folgt die Frage nach der Rückabwicklung einher, die sich äußerst komplex gestalten kann, kommt es insoweit doch auch darauf an, ob dem Unternehmen ein Mitverschulden am Bezug unerlaubter Rechtsdienstleistungen vorzuwerfen ist.<sup>29</sup> Je eklatanter der Verstoß gegen das RDG erkennbar war, umso eher wird man von einem Mitverschulden des beratenen Unternehmens ausgehen müssen, wobei insoweit auch zu berücksichtigen ist, ob der

Vergütungsberater auf die Grenzen seiner Leistungsbefugnis überhaupt unmissverständlich hingewiesen hat.<sup>30</sup>

Sollte es zu Fehlberatungen gekommen sein, kann es aus Unternehmenssicht zudem auch relevant sein, dass eine eventuell vom Vergütungsberater abgeschlossene Berufshaftpflichtversicherung im Falle von RDG-Verstößen regelmäßig nicht eintritt.<sup>31</sup>

Vereinzelt haben Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute auch schon an anderer Stelle finanziell die Folgen der Inanspruchnahme RDG-widriger Rechtsdienstleistungen zu spüren bekommen, nämlich wenn Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, denen nach § 12 Prüfberichtsverordnung im Rahmen der Jahresabschlussprüfungen auch eine Kontrolle der Vergütungssysteme anhand aufsichtsrechtlicher Maßstäbe obliegt, Begutachtungen gem. § 14 Abs. 2 InstitutsVergV, die aus der Feder von Vergütungsberatern stammten und zwecks Reduzierung berufsrechtlicher Risiken ausdrücklich mit einer Angstklausel<sup>32</sup> versehen worden waren, mit dem Hinweis zurückgewiesen haben, dass § 14 Abs. 2 InstitutsVergV aber eben gerade das fordert, nämlich eine „fundierte juristische Begutachtung“. Den betroffenen Instituten blieb nichts anderes übrig, als kostenpflichtig ein neues Gutachten einzuholen, dieses Mal allerdings von einer Anwaltskanzlei.

Gerade Fälle wie eben geschildert veranlassen die externen Abschlussprüfer der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften verstärkt dazu, die Mitarbeiter der Internen Revision von Bankinstituten im Rahmen des IDW PS 210<sup>33</sup> zur Einhaltung des RDG bei der Inanspruchnahme von Vergütungsberatern zu befragen. Werden hier beabsichtigte oder unbeabsichtigte Gesetzesverstöße festgestellt, kann sich dies ggf. sogar im Prüfungsbericht niederschlagen.<sup>34</sup>

##### 2. Besondere Implikationen für börsennotierte Gesellschaften

Gerade wenn es um die Beratung von Aufsichtsräten börsennotierter Gesellschaften betreffend die Vergütung der Vorstandsmitglieder geht, eröffnen sich neue Betätigungsfelder für aktivistische Aktionäre, wenn ein zwischen dem Aufsichtsrat und einem Vergütungsberater abgeschlossener Vertrag wegen RDG-Verstößen insgesamt oder zumindest teilweise nichtig ist:

Zwar ist ein Beschluss über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder nach der ausdrücklichen Anordnung des § 120 Abs. 4 S. 2 AktG nicht nach § 243 AktG anfechtbar; nicht

23 S. die Auslegungshilfe zu § 15 InstitutsVergV.

24 Vgl. nur *Römermann*, NJW 2011, 884, 886.

25 Vgl. nur *Weth*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO-Kommentar, 4. Aufl. 2014, RDG, § 2, Rn. 70; *von Stein*, AnwBl. 2008, 385, 388; *Teube*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 2, Rn. 186.

26 *Weth*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO-Kommentar, 4. Aufl. 2014, RDG, § 2, Rn. 70.

27 Vgl. nur BGH, 11.12.2013 – IV ZR 46/13, NJW 2014, 847; BGH, 30.10.2012 – XI ZR 324/11, WM 2012, 2322.

28 Vgl. etwa BGH, 14.4.2005 – IX ZR 109/04, NJW-RR 2005, 1290; BGH, 30.1.1997 – IX ZR 133/96, BB 1997, 646, DB 1997, 646.

29 Vgl. *Römermann*, NJW 2011, 884, 888, sowie *Sadighi*, Die Haftung von Nichtanwältinnen unter der Geltung des Rechtsdienstleistungsgesetzes, 2015, S. 347 ff.

30 S. hierzu BGH, 14.4.2005 – IX ZR 109/04, NJW-RR 2005, 1290.

31 Zur Problematik bei Rentenberatern *Römermann*, NJW 2011, 884, 888, sowie bei Steuerberatern *Uckermann/Pradi*, BB 2009, 1892, 1897.

32 S. dazu instruktiv *Römermann*, NJW 2011, 884, 885.

33 S. hierzu *Boecker/Zwirner*, WP Praxis 2012, 1, 5.

34 Vgl. *Boecker/Zwirner*, WP Praxis 2012, 1, 2.



auszuschließen sind aber Nichtigkeitsklagen nach § 241 Nr. 3 oder Nr. 4 AktG.<sup>35</sup>

Um insoweit möglichst wenig angreifbar zu sein, werden Aufsichtsräte sich nicht nur der Unabhängigkeit von Vergütungsberatern zu vergewissern haben, sondern auch sicherstellen müssen, dass die Vergütungsberater ihre Leistungen auf Grundlage wirksamer Verträge erbringen.

### 3. Verantwortlichkeiten in der Vergütungs-Governance und Sorgfaltsmaßstab

Der Bezug von RDG-widrigen Rechtsdienstleistungen geht nicht nur für die beratenden Unternehmen mit den soeben dargestellten Implikationen einher, sondern er kann die innerhalb der Vergütungs-Governance jeweils Verantwortlichen sogar persönlich betreffen.

Sowohl der Aufsichtsrat als auch der Vorstand einer Aktiengesellschaft müssen sich – ggf. über die Verweisung in § 116 S. 1 AktG – an dem Maßstab eines ordentlichen und sorgfältigen Geschäftsleiters gem. § 93 AktG messen lassen.<sup>36</sup> Für Geschäftsführer gilt der inhaltsgleiche Maßstab über die Parallelvorschrift des § 43 Abs. 1 GmbHG.

Hier geht es letztlich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich Geschäftsleiter und Aufsichtsräte – und zwar auch im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 3 InstitutsVergV oder nach § 3 Abs. 1 S. 4 und 5 VersicherungsvergV – auf Informationen Dritter verlassen dürfen, um sich vor einer etwaigen Schadensersatzpflicht abzusichern.<sup>37</sup>

Insofern ist zu konstatieren, dass das Sich-verlassen-Können auf die Richtigkeit der Dienstleistung von Vergütungsberatern nicht nur deren Unabhängigkeit bedingt,<sup>38</sup> sondern auch die Rechtswirksamkeit der zugrunde liegende Verträge. Hier geht es letztlich um nichts anderes als die für Kapitalgesellschaften generell geltende Legalitätspflicht, also die Pflicht, im Einklang mit der geltenden Rechtsordnung zu handeln.<sup>39</sup>

Die Einhaltung der Legalitätspflicht ist insofern für die Betroffenen äußerst relevant, als das rechtswidrige Verhalten im Außenverhältnis zugleich eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft darstellt,<sup>40</sup> die im Einzelfall auch handfeste monetäre Implikationen haben kann, nämlich wenn es im Rahmen eines Regresses nach § 93 Abs. 2 AktG oder § 43 Abs. 2 GmbHG in Bezug auf Schäden, die aus der Inanspruchnahme RDG-widriger Beratung resultieren, darum geht, ob eine eventuell bestehende D&O-Versicherung eintritt oder nicht.

Unabhängig hiervon sind Organmitglieder bei der Einschaltung von Beratern – und dies hat nicht nur einen gesellschafts-, sondern auch einen strafrechtlichen Hintergrund<sup>41</sup> – generell zu einer sorgfältigen Auswahl verpflichtet. In folgedessen fordern einige Stimmen für den Fall einer rechtlichen Beratung sogar den Nachweis einer besonderen Sachkunde, etwa in Form von „anerkannten Spezialisten“ in einem bestimmten Rechtsgebiet.<sup>42</sup> Auch wenn dies der fortschreitenden sachlichen Ausdifferenzierung der einzelnen Rechtsgebiete Rechnung zu tragen scheint, sind derartige Kriterien in der Praxis schwierig greifbar und damit wenig praxistauglich. Deshalb beschränkt sich die überwiegende Ansicht darauf, jedenfalls den Nachweis einer Formalqualifikation einzufordern, die durch das jeweilige Organmitglied auch einfach überprüft werden kann.<sup>43</sup> Fehlt es – wie im Falle von Vergütungsberatern<sup>44</sup> – allerdings schon an einer Formalqualifikation der Auskunftsperson, wird deren Einschaltung nicht mit den bestehenden organschaftlichen Pflichten in Einklang zu bringen sein.

## V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass eine unreflektierte Inanspruchnahme von Vergütungsberatern für Unternehmen mit zahlreichen Compliance-Risiken und unerwünschten Rechtsfolgen einhergeht, die durchaus gravierend sein können. Für die insoweit im Einzelnen verantwortlichen Organe kommt dabei sogar auch eine persönliche Haftung in Betracht, was umso schwerer wiegt, weil ein Regress gegenüber einem Vergütungsberater, der die Vorschriften des RDG nicht beachtet hat, mit rechtlichen Hürden verbunden sein kann.

Aus diesem Grunde tun Unternehmen gut daran, der Thematik besondere Beachtung zu schenken und sich im Zweifelsfall zur Klärung der Frage, ob bestimmte Dienstleistungen durch das RDG verboten sind, an die insoweit zuständige Rechtsanwaltskammer zu wenden,<sup>45</sup> wobei sowohl die Kammer, in deren Bezirk das Unternehmen seinen Sitz hat, als auch die Kammer, in deren Bezirk der Vergütungsberater seinen Sitz hat, als Ansprechpartner in Frage kommen dürften.

---

## AUTOREN



**Dr. Jens Jensen, RA/FAArbR, ist Partner der auf Arbeitsrecht und Compliance spezialisierten Kanzlei Justem Rechtsanwälte in Frankfurt a. M. Er berät Arbeitgeber in individual- und kollektivrechtlichen Angelegenheiten mit einem besonderen Fokus auf die Gestaltung von Vergütungssystemen im Banken- und Finanzsektor einschließlich damit verbundener Prozessführung.**



**Dr. Daniel Klösel ist Rechtsanwalt bei Justem Rechtsanwälte. Seine Beratungsschwerpunkte liegen in den Bereichen Compliance und Fremdpersonaleinsätze einschließlich damit zusammenhängender Haftungsfragen.**

---

35 Vgl. *Fleischer/Bedkowski*, AG 2009, 677, 681, sowie *Wagner*, BB 2013, 1731, 1734.

36 Für Geschäftsführer gilt im Ergebnis der gleiche Maßstab über die Parallelvorschrift des § 43 Abs. 1 GmbHG.

37 Vgl. *Fleischer*, BB 2010, 67, 70.

38 *Fleischer*, BB 2010, 67, 71.

39 Vgl. nur *Dendorfer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 35, Rn. 10.

40 *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1072; *Schaefer/Baumann*, NJW 2011, 3601, 3604; vgl. auch *Buschbaum/Klösel*, NJW 2011 1482, 1484.

41 Vgl. die Nachweise bei *Fleischer*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 187, 189, Fn. 15.

42 Vgl. *Binder*, AG 2008, 274, 285 f.

43 Vgl. *Fleischer*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 187, 189 ff. m. w. N.

44 S. dazu bereits Kapitel II. oben.

45 So für Zweifelsfälle bei Steuerberatern *Hässel/Hengsberger*, BB 2009, 135, 136.