

CB-BEITRAG

Dr. Jan Dörrwächter, RA

CB-Forum: Vergütungsberatung und Rechtsdienstleistungsgesetz*

Angesichts der immer weiter steigenden Anforderungen unterschiedlicher Anspruchsgruppen an Vergütungssysteme, v. a. auf der Ebene der Vorstände und Geschäftsführer, sowie der damit einhergehenden zunehmenden Komplexität gewinnt die Einschaltung von Vergütungsberatern weiter an Bedeutung. Dieser Entwicklung trägt u. a. der Deutsche Corporate Governance Kodex mit der Empfehlung an den Aufsichtsrat Rechnung, bei Hinzuziehung eines externen Vergütungsexperten zur Beurteilung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung auf dessen Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen zu achten (Ziff. 4.2.2 Abs. 3 DCGK).

I. Einleitung

In jüngster Zeit ist vereinzelt die Frage aufgeworfen worden, ob und inwieweit die Tätigkeit von Vergütungsberatern Rechtsdienstleistungen enthält und somit unter das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) fällt¹. Hieran werden darüber hinaus Fragen der Compliance geknüpft.² Ziel dieses Beitrags ist es, die einzelnen Elemente der Tätigkeit von Vergütungsberatern zu beschreiben und daraufhin zu analysieren, welche Implikationen und v. a. Grenzen sich für ihre Zulässigkeit aus dem RDG ergeben.

II. Begriff der Vergütungsberatung

Der Begriff der Vergütungsberatung ist weder gesetzlich noch anderweitig definiert. Allgemein kann man Vergütungsberatung als Unternehmensberatung auf dem Spezialgebiet der Vergütung beschreiben. Konkretisierend ist es hilfreich, einzelne Schwerpunkte der Vergütungsberatung – wenn auch nicht abschließend – aufzuzählen, namentlich:

- Die Beratung von Unternehmen bei der marktgerechten Einordnung ihres Vergütungsniveaus, insbesondere im Bereich der Führungskräfte und Organmitglieder (sog. Benchmarking).
- Die Einführung von Stellenbewertungssystemen in Unternehmen sowie die darauf aufbauende Bewertung von Stellen- bzw. Funktionen (sog. Grading).
- Die Beratung und Unterstützung von Unternehmen bei der Beschreibung ihres Vergütungssystems für Vorstand und Aufsichtsrat (Vergütungsbericht), dem Dialog mit Aktionären und bei der Vorbereitung der Hauptversammlung, soweit diese Vergütungsthemen zum Gegenstand hat.
- Die Beratung von Unternehmen bei der Gestaltung ihrer – insbesondere leistungs- und erfolgsorientierten kurz- und langfristigen – Vergütungssysteme einschließlich der betrieblichen Altersversorgung, v. a. für die genannten Personengruppen.
- Die Beratung von Unternehmen im Bereich des sog. Talent & Performance Managements, also bei der Einführung adäquater

Systeme und Prozesse zur Leistungsbeurteilung und Entwicklung von Führungskräften und sonstigen Mitarbeitern, wobei dieses Tätigkeitsfeld nur in einzelnen Bereichen Vergütungsthemen berührt.

- Ein besonderes Tätigkeitsgebiet ist aufgrund der zahlreichen zusätzlichen, sich v. a. aus der Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV) ergebenden regulatorischen Anforderungen an die Vergütung die diesbezügliche Beratung von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (im Folgenden: Institute).

III. Die Regelungen des RDG

Zur Beantwortung der Frage, welche Implikationen und v. a. Restriktionen sich aus dem RDG für die Tätigkeit von Vergütungsberatern ergeben, sollen zunächst dessen Regelungssystematik sowie die wesentlichen Vorschriften beleuchtet werden, soweit sie im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind.

1. Regelungssystematik des RDG

Das RDG nennt in § 1 Abs. 1 S. 2 zunächst seinen Regelungszweck, nämlich die Rechtssuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen. Sodann definiert § 2 Abs. 1 RDG den Begriff der Rechtsdienstleistung. § 3 ist als Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet, wonach die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang erlaubt ist, in welchem sie durch das RDG selbst oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. § 5 RDG erlaubt schließlich unter bestimmten Umständen

* Zugleich eine Erwiderung auf *Jensen/Klösel*, § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz: Vergütungsberater als Compliance-Risiko, *Compliance-Berater* 2016, 401.

1 S. insbesondere *Jensen/Klösel*, *Compliance-Berater* 2016, 401.

2 *Jensen/Klösel* (Fn. 1), a. a. O.

Rechtsdienstleistungen, die als Nebenleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erbracht werden.³

2. Regelungsinhalt des RDG

Gem. § 2 Abs. 1 RDG ist Rechtsdienstleistung „jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“ Diese Begriffsbestimmung ist zunächst weit gefasst, entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zur – jedenfalls nach dem RDG erlaubnisfreien – Tätigkeit ist im vorliegenden Zusammenhang das *Erfordernis einer rechtlichen Prüfung des Einzelfalls*. Nach einer Ansicht ist bereits an dieser Stelle, also bei der Frage, welche Tätigkeiten überhaupt durch das RDG erfasst werden, aufgrund der Unbestimmtheit des § 2 Abs. 2 RDG eine teleologische sowie verfassungs- und europarechtskonforme restriktive Auslegung geboten.⁴ Dies v. a. deshalb, weil die Einschränkung der Erlaubnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet. Der materielle Anwendungsbereich des RDG ist hiernach nur in Fällen „substanzialer Rechtsanwendung“ bzw. nur dann eröffnet, wenn eine besondere rechtliche Prüfung bzw. eine spezifische juristische Subsumtion durch den Rechtssuchenden erwartet wird oder nach der Verkehrsanschauung erforderlich ist.⁵ Nach der Gegenansicht ist eine restriktive Auslegung des § 2 Abs. 1 RDG nicht geboten,⁶ weil es sich hierbei – anders als bei Art. 1 § 1 RBERG – nicht um eine die Berufsfreiheit einschränkende Verbotsnorm, sondern lediglich um eine Begriffsbestimmung handelt. Der Bedeutung der Berufsfreiheit und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BVerfG soll nach dieser Ansicht v. a. bei der Anwendung des § 5 RDG angemessen Rechnung getragen werden.⁷ Nach dieser Vorschrift sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild der Hauptleistung gehören. Das Vorliegen einer Nebenleistung ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der für diese erforderlichen Rechtskenntnisse zur beurteilen. Die erste Ansicht führt tendenziell zu einem weiteren Umfang erlaubter rechtlicher Dienstleistungen, weil diese aufgrund der engen Auslegung von § 2 Abs. 1 RDG erst gar nicht vom Anwendungsbereich des RDG erfasst werden, während nach der zweiten Ansicht die genannten zusätzlichen Voraussetzungen des § 5 RDG erfüllt sein müssen. Es sei offengelassen, welcher Meinung zu folgen ist. Auf die hier untersuchten Fragen hat dies keine entscheidende Auswirkung.

3. Schlussfolgerungen

Wichtig ist jedoch, an dieser Stelle festzuhalten, dass die Bedeutung der Berufsfreiheit sowie die zum alten RBERG ergangene Rechtsprechung v. a. des BVerfG⁸ weiterhin maßgeblich bei der Anwendung des RDG Beachtung finden müssen, sei es bereits bei der Auslegung des § 2 oder spätestens bei der Anwendung des § 5 RDG.⁹ Dabei ist zu beachten, dass angesichts der rechtlichen Durchdringung aller Lebensbereiche ein Tätigwerden für Dritte ohne die Erbringung von Rechtsdienstleistungen i. S. v. § 2 Abs. 1 – jedenfalls in seiner weiten Auslegung – sachgerecht oft nicht mehr möglich ist.¹⁰ Dies kann nicht ohne Auswirkungen auf die Anwendung des § 5 RDG bleiben.¹¹ Dienstleistungen, welche nicht dem Berufsbild des Rechtsanwalts mit seiner juristischen Breite wie Tiefe entsprechen und diese auch nicht erfordern, stellen nur im Ausnahmefall eine Gefahr für die durch das RDG geschützten Rechtsgüter¹² dar, die ein Verbot der entsprechenden Tätigkeit rechtfertigen kann.¹³ Gehen dagegen die Anforderung

an die fachliche Qualifikation des Dienstleisters über das zur Abwehr einer solchen Gefahr erforderliche Maß hinaus, liegt ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche geschützte Berufsfreiheit vor.¹⁴ Daher ist, wenn man eine Tätigkeit in den weit verstandenen Begriff der Rechtsdienstleistung gem. § 2 Abs. 1 RDG einbezieht, eine ebenso weite, die Berufsfreiheit angemessen berücksichtigende Anwendung des § 5 RDG geboten.¹⁵

Festzuhalten ist des Weiteren, dass Tätigkeiten, die über die bloße Rechtsanwendung hinaus keinen spezifisch juristischen Subsumtionsvorgang bzw. keine substantielle Rechtsanwendung beinhalten, auch nichtanwaltlichen Dienstleistern erlaubt sind, entweder, weil sie schon gar nicht von § 2 Abs. 1 erfasst werden, oder aber, weil sie von § 5 RDG gestattet werden, sofern dessen weitere Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁶ Entscheidend ist mithin, ob die auftragsgemäße „Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder aber die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht“,¹⁷ bzw. ob es sich um eine ohne Beeinträchtigung der Qualität und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der zu deren Aufrechterhalten benötigten Rechtsberater auch von anderen Dienstleistern erfüllbare Tätigkeit handelt.¹⁸ Aber auch darüber hinaus dürfte nach § 5 Abs. 1

3 § 10 RDG, der die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch registrierte Personen aufgrund besonderer Sachkunde regelt, ist vorliegend nicht relevant, weil Vergütungsberater dort nicht genannt werden. Er könnte allenfalls für den Bereich der Rentenberatung gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 2 RDG Bedeutung erlangen, v. a. soweit Beratungsleistungen auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung erbracht werden.

4 Kleine-Cosack, RDG, 3. Aufl. 2014, § 2 Rdnrn. 26 ff.; ähnlich Dreyer/Müller in: Dreyer/Lamm/Müller, RDG, 2009, § 2 Rdnrn. 17 f.

5 Kleine-Cosack (Fn. 4), a. a. O.; ähnlich Dreyer/Müller (Fn. 4), § 2 Rdnrn. 21 f.; im Erg. ebenso Deckenbrock/Henssler in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rdnrn. 34 ff., 38.

6 Römermann NJW 2011, 884, 885; ders. in: Grunewald/Römermann, RDG, 2008, § 1 Rdnr. 25.

7 Krenzler in: Krenzler, RDG, 2010, § 2 Rdnr. 10 f., § 5 Rdnrn. 1 ff.; Hirtz in: Grunewald/Römermann (Fn. 6), § 2 Rdnrn. 3, 7.

8 Grundlegend BVerfG Beschl. v. 29.10.1997 – 1 BvR 780-87, NJW 1998, 3481; ferner BVerfG Beschl. v. 27.9.2002 – 1 BvR 2251/01, NJW 2002, 3531; soweit verfassungsrechtliche Fragen betroffen sind, gilt entsprechendes aber auch für die übrige Rechtsprechung, s. etwa BGH Ur. v. 24.2.2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458; BVerwG Ur. v. 27.10.2004 – 6 C 30/03, NJW 2005, 1293.

9 S. BT-Drucks. 16/3655, S. 37, 46, 52; BT-Drucks. 16/6634, S. 51; Krenzler in: Krenzler (Fn. 7), § 2 Rdnr. 11; im Ergebnis auch Hirtz in: Grunewald/Römermann (Fn. 6), § 5 Rdnr. 7.

10 S. BVerfG Beschl. v. 29.10.1997 – 1 BvR 780-87, NJW 1998, 3481, 3482; BVerwG Ur. v. 27.10.2004 – 6 C 30/03, NJW 2005, 1293, 1297; Krenzler in: Krenzler, RDG (Fn. 7), § 5 Rdnr. 4; Kleine-Cosack (Fn. 4), § 5 Rdnr. 16.

11 S. dazu etwa Hirtz in: Grunewald/Römermann (Fn. 6), § 5 Rdnr. 46.

12 S. dazu oben III. 1.

13 S. BVerfG Beschl. v. 29.10.1997 – 1 BvR 780-87, NJW 1998, 3481, 3483; ähnlich Krenzler in: Krenzler (Fn. 7), § 5 Rdnr. 2.

14 S. Krenzler in: Krenzler (Fn. 7), a. a. O.

15 BSG Ur. v. 14.11.2013 – B 9 SB 5/12 R, NJW 2014, 493, 496; Kleine-Cosack (Fn. 5), § 5 Rdnr. 3; einschränkend Hirtz in: Grunewald/Römermann (Fn. 6), § 5 Rdnr. 14.

16 Vgl. BSG Ur. v. 14.11.2013 – B 9 SB 5/12 R, NJW 2014, 493, 494; Deckenbrock/Henssler in: Deckenbrock/Henssler (Fn. 5), § 2 Rdnr. 38.

17 BGH Ur. v. 24.2.2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458, 2459; BVerwG Ur. v. 27.10.2004 – 6 C 30/03, NJW 2005, 1293, 1295, 1296; OLG Karlsruhe Ur. v. 9.07.2008 – 6 U 51/08, NJW 2008, 3229, 3230, 3231; Dreyer/Müller in: Dreyer/Lamm/Müller (Fn. 5), § 2 Rdnr. 20.

18 BGH Ur. v. 24.2.2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458, 2459.

RDG im Lichte der gebotenen teleologischen und verfassungs- sowie europarechtskonformen Auslegung des RDG der weitaus größte Teil von Rechtsdienstleistungen, die als Nebenleistungen erbracht werden, erlaubt sein, sofern die Leistungserbringer über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen. Denn in diesen Fällen ist ein Verbot nicht zum Schutz vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung (s. § 1 Abs. 1 S. 2 RDG) erforderlich.¹⁹ Je fundierter im Übrigen die für die Haupttätigkeit notwendigen Rechtskenntnisse sein müssen, in desto größerem Umfang darf der Dienstleister auch Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung erbringen.²⁰

IV. Einordnung der Tätigkeit von Vergütungsberatern und Zulässigkeit nach dem RDG

Auf der Grundlage der Ausführungen zu Regelungssystematik und -gehalt des RDG können nun einzelne wesentliche Dienstleistungen von Vergütungsberatern darauf hin beurteilt werden, ob sie durch das RDG erlaubt sind oder nicht.

1. Benchmarking, Grading, Performance Management

Die Zurverfügungstellung von Gehaltsvergleichsdaten sowie die Durchführung von Gehaltsvergleichen (sog. Benchmarking) stellen ebenso wenig eine Rechtsdienstleistung dar wie die Erstattung von Gutachten zur Angemessenheit der Vergütung.²¹ Hier fehlt es in der Regel bereits an einem irgendwie gearteten rechtlichen Bezug, so dass der Anwendungsbereich des RDG gem. § 2 Abs. 1 erst gar nicht eröffnet ist. Dasselbe gilt für Stellen- und Funktionsbewertungen (sog. Grading) anhand allgemein oder unternehmensspezifisch definierter Kriterien sowie die Einführung und Ausgestaltung entsprechender Systeme, ferner für den oben erwähnten Bereich des Talent und Performance Managements.

2. Vergütungssysteme und -strategien

a) Allgemein

Die Beratung von Unternehmen bei der Gestaltung Ihrer Vergütungssysteme, v. a. auch der variablen Vergütungsbestandteile, stellt ebenso im Regelfall keine Rechtsdienstleistung dar, und zwar unabhängig davon, wo die Vergütung letzten Endes rechtlich verbindlich geregelt wird (Betriebsvereinbarung, Einzelvertrag etc.). Denn die Leistung des Vergütungsberaters hat in erster Linie die Entwicklung von Vergütungssystemen zum Gegenstand, welche mit der Unternehmensstrategie und -steuerung, also v. a. den maßgeblichen Unternehmenskennzahlen wie z. B. Umsatz, Ertrag, Rendite etc. im Einklang stehen und die Vergütung des Mitarbeiters an die individuelle sowie die Unternehmensperformance binden. Die Leistung des Vergütungsberaters besteht also nicht in der Vertragsgestaltung, sondern im Design von Vergütungssystemen. Die Implementierung in eine (individuelle oder kollektive) vertragliche Abrede bzw. Regelung stellt erst einen weiteren Schritt dar, bei dem dann in der Tat zumindest zum Teil von einer Rechtsdienstleistung auszugehen ist, welche aber i. d. R. auch gar nicht durch den Vergütungsberater erbracht werden dürfte.

Auch die textliche Beschreibung eines Vergütungsinstruments, etwa eines Long Term Incentive Plans oder einer Altersversorgungsregelung, als Grundlage eines rechtlichen Dokuments (z. B. eines Zusatzes zum Arbeitsvertrag einer Führungskraft oder zum Dienstvertrag eines Vorstandsmitglieds) stellt keine Rechtsdienstleistung dar. Vielmehr handelt es sich hierbei lediglich um eine Vorarbeit für die durch einen unternehmensinternen Juristen oder einen externen

Rechtsanwalt vorzunehmende Erstellung der entsprechenden rechtlich verbindlichen Vereinbarung mit dem Begünstigten. Gleiches gilt für alle sonstigen Unterstützungsleistungen, die ein Vergütungsberater in Form von Entwürfen zur Beschreibung von (v. a. variablen) Vergütungssystemen erbringt. Entgegen einer vereinzelt geäußerten Ansicht²² handelt es sich hierbei nicht um Vertragsgestaltung, welche unzweifelhaft eine Rechtsdienstleistung darstellen würde, sondern um eine – wenn auch wichtige – Zuarbeit.

Verfehlt ist die pauschale Ansicht, allein aufgrund des Umstands, dass bei der Gestaltung von Vergütungssystemen gesetzliche Vorschriften zu beachten sind wie etwa das Schuldrecht, Arbeitsrecht etc., liege eine verbotene Rechtsdienstleistung vor.²³ Dies sei zunächst an zwei Beispielen verdeutlicht:

- Der Taxifahrer, der einen Fahrgast befördert, muss selbstverständlich die geltenden Regelungen des Straßenverkehrsrechts, v. a. der StVO, beachten. Niemand käme wohl ernsthaft auf die Idee, deshalb von einer Rechtsdienstleistung des Taxifahrers zu sprechen.
- Der Architekt, der ein Haus plant, muss auf die Einhaltung der einschlägigen baurechtlichen Vorschriften achten (etwa Abstandsflächen, Vorgaben des Bebauungsplanes wie Geschoßflächenzahl etc.). Auch dies macht seine Dienstleistung nicht zu einer Rechtsdienstleistung.

Jedenfalls aber ist die Beachtung einschlägiger Rechtsnormen bei der Gestaltung von Vergütungssystemen, wenn sie eine Rechtsdienstleistung gem. § 2 Abs. 1 RDG darstellt, als Nebenleistung i. S. v. § 5 Abs. 1 RDG zu qualifizieren. Die Hauptleistung besteht in der Beratung des Unternehmens bei der Entwicklung eines marktgerechten und mit der Unternehmensstrategie konformen Vergütungssystems. Mit dieser Hauptleistung ist die Beachtung eventuell einschlägiger gesetzlicher Vorschriften untrennbar verbunden, sie gehört mithin zum Berufs- und Tätigkeitsbild iSv. § 5 Abs. 1 S. 1 RDG. Auch steht i. d. R. eindeutig der wirtschaftliche Teil der Beratung und nicht der rechtliche Teil im Vordergrund der Leistung des Vergütungsberaters, so dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 RDG für eine zulässige Rechtsdienstleistung als Nebenleistung erfüllt sind.

Die Beratung eines Unternehmens bei der Erarbeitung einer Vergütungsstrategie bzw. von Vergütungsgrundsätzen ist gedanklich noch vor der Entwicklung eines konkreten Vergütungssystems, also quasi auf einer höheren Abstraktionsstufe angesiedelt. Sie beinhaltet i. d. R. keine rechtlichen Elemente und ist dem Vergütungsberater daher ohne Weiteres erlaubt.²⁴

b) Vorstandsvergütung

Das gilt auch für den Bereich der Vorstandsvergütung. Zwar ist hier, je nachdem ob die Gesellschaft börsennotiert ist oder nicht, eine mehr oder weniger große Anzahl an einschlägigen Vorschriften zu beachten, die nicht nur – wie das Schuldrecht, Arbeitsrecht etc. – gewisse Rahmenbedingungen des Vergütungssystems setzen, sondern unmittelbar dessen Inhalt betreffen wie etwa die Vorgabe des

19 Ebenso Kleine-Cosack (Fn. 4), § 5 Rdnr. 2.

20 Deckenbrock/Henssler in: Deckenbrock/Henssler (Fn. 5), § 5 Rdnrn. 42f., 115; ähnlich Hirtz in: Grunewald/Römermann (Fn. 6), § 5 Rdnrn. 51f.; Römermann NJW 2011, 884, 886.

21 Ebenso Jensen/Klösel (Fn. 1), 402.

22 Jensen/Klösel (Fn. 1), 403.

23 So aber Jensen/Klösel (Fn. 1), 402.

24 Zur Situation bei Instituten s. unten 4.

§ 87 Abs. 1 S. 1 AktG, dass die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung des Vorstands und zur Lage der Gesellschaft stehen muss. Dies ist jedoch nur ein Aspekt unter vielen. Denn auch hier liegt der Schwerpunkt der Beratung ganz eindeutig auf der Entwicklung eines mit der Strategie und betriebswirtschaftlichen Steuerung des Unternehmens kompatiblen, marktgerechten, performance-bezogenen und performance-fördernden Vergütungssystems. Dies stellt die Hauptleistung dar, die Beachtung der Vorgaben v. a. des § 87 Abs. 1 AktG sowie bei börsennotierten Gesellschaften der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodexes (DCGK) ist im Verhältnis dazu eine Nebenleistung, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptleistung steht und zum Tätigkeitsbild der Vergütungsberatung gehört. Hier kommt die oben bereits allgemein angesprochene Erkenntnis zum Tragen, dass aufgrund der Verrechtlichung der Vorstandsvergütung eine entsprechende Beratung hierzu ohne die Beachtung der entsprechenden Vorschriften nicht sinnvoll erfolgen kann. Andererseits stehen aber die rechtliche Beurteilung und Subsumtion nicht im Vordergrund der Beratung und stellen auch keine besonderen Anforderungen an die juristische Qualifikation des Beratenden, welche ausschließlich dem Berufsbild des Rechtsanwalts entsprechen bzw. dessen volle Kompetenz erforderten.²⁵ Entscheidend bei der Beurteilung, ob ein Vergütungssystem oder auch ein einzelner Vergütungsbestandteil den Vorgaben des Aktiengesetzes und ggf. den Empfehlungen des DCGK entspricht, ist weniger die Auslegung der jeweiligen Vorschrift, sondern vielmehr das Verständnis oftmals sehr komplexer Vergütungsmechanismen. Hierbei geht es aber gerade nicht in erster Linie um Rechts-, sondern um tatsächliche Fragen, nämlich um die Beurteilung der Funktionsweise und Funktionalität von Vergütungssystemen – also den Kern der Tätigkeit des Vergütungsberaters, welche dieser aufgrund seiner spezifischen fachlichen Qualifikation im Zweifel auch am besten leisten kann.²⁶ Dass im Einzelfall auch eine etwas genauere Prüfung rechtlicher Fragen im Zusammenhang mit den an die Vorstandsvergütung gestellten Anforderungen erforderlich sein mag, ändert an diesem Ergebnis nichts. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 RDG ist es nicht erforderlich, dass die Rechtsdienstleistung im konkreten Einzelfall im Verhältnis zu der anderen Tätigkeit, mit der sie erbracht wird, eine Nebenleistung darstellt; vielmehr kommt es darauf an, ob sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild der anderen Tätigkeit gehört.²⁷ Die Grenze unzulässiger Rechtsdienstleistung ist aber dort erreicht und überschritten, wo die Prüfung rechtlicher Fragen auch isoliert erfolgen könnte, weil dann der notwendige Zusammenhang mit der Hauptleistung des Beraters nicht mehr besteht. Die Festlegung des Verhältnisses zwischen fixer und variabler Vergütung enthält keinerlei Elemente einer Rechtsdienstleistung und ist daher unproblematisch.²⁸

Erlaubt ist dem Vergütungsberater auch die Erstellung von Vergütungsberichten. Zwar richten sich die Anforderungen an den Vergütungsbericht nach den §§ 285, 314 HGB²⁹ sowie ggf. nach den Mustertabellen des DCGK, aber die Beachtung dieser Vorgaben stellt allenfalls eine nach § 5 Abs. 1 RDG erlaubte Nebenleistung dar.³⁰ Die Schulung von Aufsichts- oder sonstigen Gremien in Vergütungsangelegenheiten des Vorstands stellt schließlich, soweit keine Rechtsfragen zu konkreten Sachverhalten beantwortet werden, keine Rechtsdienstleistung dar und ist dem Vergütungsberater erlaubt.³¹

3. Verträge mit Vorständen und Führungskräften

Der Entwurf von Verträgen mit Führungskräften und Organmitgliedern, etwa auch von Aufhebungsverträgen, stellt ohne Zweifel eine

Rechtsdienstleistung dar.³² Diese kann auch nicht als Nebenleistung i. S. v. § 5 Abs. 1 RDG qualifiziert werden. Als unproblematisch ist dagegen anzusehen, wenn der Vergütungsberater das Unternehmen z. B. im Trennungsfalle bei der Berechnung der dem ausscheidenden Vorstandsmitglied aus den unterschiedlichen Vergütungsinstrumenten geschuldeten Vergütung unterstützt. Hier geht es nicht um Rechtsberatung, sondern lediglich und ausschließlich um die richtige Anwendung des Vergütungssystems, quasi als Vorfrage für die ggf. durch einen Rechtsanwalt zu leistenden Verhandlungen einschließlich der Erstellung eines Aufhebungsvertrages.³³ Die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Dienstvertrags mit dem Vorstandsmitglied obliegt hingegen naturgemäß dem internen oder externen Rechtsberater (-anwalt).

4. Institute

a) Vergütungssysteme und -strategie

Die Beratung von Instituten bei der Gestaltung ihrer Vergütungssysteme ist dem Vergütungsberater nicht durch das RDG verboten. Im Vordergrund steht auch hier zunächst die Entwicklung eines marktgerechten und strategiekonformen Vergütungssystems. Die Bedeutung, welche der Beachtung der einschlägigen Bestimmungen v. a. der InstitutsVergV zukommt, hat zwar aufgrund der angestiegenen Regeldichte der InstitutsVergV in der jüngeren Vergangenheit nicht unerheblich zugenommen. Dennoch stellt die Befolgung der Vorgaben der InstitutsVergV eine mit der Hauptleistung in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang stehende und dieser untergeordnete Nebenleistung dar. Denn der Schwerpunkt liegt auch hier weniger auf der Auslegung der entsprechenden Vorschriften und auf dem juristischen Subsumtionsvorgang, sondern vielmehr auf dem richtigen Verständnis und der zutreffenden Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse. So ist etwa die gem. § 5 Abs. 1 Ziff. 1 InstitutsVergV zu prüfende Frage, ob ein Vergütungssystem Anreize setzt, unverhältnismäßig hohe Risiken einzugehen, weniger eine Rechts- als vielmehr eine Tatfrage, die ein tiefes Verständnis der Wirkungsweise des jeweiligen Vergütungsinstruments bzw. -systems voraussetzt. Gleiches gilt auch für die nach § 6 Abs. 1 InstitutsVergV relevante Frage, ob die variable Vergütung einen wirksamen Verhaltensanreiz setzen kann, ebenso für die Feststellung der üblichen Vergütung in § 10 Abs. 1 Ziff. 2 InstitutsVergV.

Auch die diesbezügliche Beratung von besonderen Funktionen im Rahmen der Vergütungs-Governance eines Instituts ist dem Vergütungsberater daher gem. § 5 Abs. 1 RDG erlaubt.³⁴

25 S. BT-Drucks. 16/3655, S. 52, 54; BSG Urt. v. 14.11.2013 – B 9 SB 5/12 R, NJW 2014, 493, 496; Kleine-Cosack (Fn. 4), § 5 Rdnr. 27; Dreyer/Müller (Fn. 4), § 5 Rdnr. 20.

26 Vgl. zu einer ähnlichen Bewertung im Rahmen der Umschuldungsberatung OLG Karlsruhe Urt. v. 9.7.2008 – 6 U 51/08, NJW 2008, 3229, 3231.

27 Dreyer/Müller (Fn. 4), § 5 Rdnr. 10.

28 a. A. Jensen/Klösel (Fn. 1), 403, jedenfalls für Institute, dazu unten 4.

29 Für Institute richten sich die Veröffentlichungspflichten nach § 16 InstitutsVergV.

30 So interessanterweise auch Jensen/Klösel (Fn. 1), 403, ohne auf den Widerspruch zu ihrer – nach hier vertretener Auffassung abzulehnenden – Ansicht einzugehen, dass die Gestaltung von variablen Vergütungssystemen aufgrund ebenfalls zu beachtender Normen (z. B. des Arbeitsrechts etc.) eine verbotene Rechtsdienstleistung sein soll.

31 Ähnlich Jensen/Klösel (Fn. 1), 403.

32 Ebenso Jensen/Klösel (Fn. 1), 403.

33 a. A. z. T. Jensen/Klösel (Fn. 1), 403.

34 a. A. Jensen/Klösel (Fn. 1), 403.

Die Umsetzung in entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit den betroffenen Geschäftsleitern und Mitarbeitern sowie die Beurteilung der damit zusammenhängenden, zum Teil sehr komplexen, rechtlichen Fragestellungen stellt andererseits eindeutig eine Rechtsdienstleistung dar, die dem Vergütungsberater nicht erlaubt ist. Insbesondere ist sie nicht als Nebenleistung i. S. v. § 5 RDG anzusehen.

Erlaubt ist dagegen regelmäßig die Beratung bei der Gestaltung von Vergütungssystemen für bedeutende Institute i. S. v. § 17 InstitutsVergV, für welche die zusätzlichen Anforderungen der §§ 18 – 22 InstitutsVergV zu beachten sind, wobei selbstverständlich wiederum die Umsetzung der Regelungen in rechtlich verbindliche Vereinbarungen eine Rechtsanwälten vorbehaltene selbständige Rechtsdienstleistung darstellt.

Erst Recht ist die Entwicklung von Vergütungsgrundsätzen und -strategien von Instituten in erster Linie keine Rechtsdienstleistung, sondern eine ganz vorwiegend wirtschaftliche Tätigkeit, die allenfalls einzelne rechtliche Aspekte beinhaltet. Soweit deren Beachtung eine Rechtsdienstleistung darstellt, ist diese durch § 5 Abs. 1 RDG erlaubt.³⁵

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist schließlich auch die Beratung eines Instituts bei der Anpassung seiner Vergütungsstrategie und -systeme an die Geschäfts- und Risikostrategie nach § 12 Hs. 1 InstitutsVergV dem Vergütungsberater erlaubt, darin enthaltene Rechtsdienstleistungselemente sind wiederum von § 5 Abs. 1 RDG abgedeckt. Gleiches gilt auch für die jährliche Prüfung der Vergütungssysteme auf ihre Angemessenheit und Vereinbarkeit mit den Strategien nach § 12 Hs. 2 InstitutsVergV. Soweit eingewandt wird, dass die BaFin in der Auslegungshilfe zu § 12 InstitutsVergV-E eine Unterstützung durch „externe Berater“ erlaubt, jedoch gerade nicht auf an anderer Stelle im Entwurf ebenfalls ausdrückliche genannte „externe Vergütungsberater“,³⁶ so überzeugt dies nicht. Im Gegenteil spricht die Formulierung gerade für die Zulässigkeit einer Übertragung an einen Vergütungsberater. Denn schon rein sprachlogisch ist der „externe Vergütungsberater“ eine Untergruppe des „externen Beraters“. Somit ist eine Unterstützung bei der Angemessenheitsprüfung durch externe Vergütungsberater, aber auch an andere externe Berater wie z. B. Rechtsanwälte erlaubt, soweit diese über die notwendige fachliche Qualifikation zur Beurteilung des Vergütungssystems verfügen. Die im Übrigen nicht näher begründete Gegenauffassung³⁷ verkennt des Weiteren, dass hier die rechtsberatenden Elemente, soweit vorhanden, deutlich hinter die eigentliche Beratungsleistung zur Funktionsweise und Strategiekonformität der Vergütung zurücktreten.

b) Sonstige Tätigkeiten

Die Erstattung von Gutachten gem. § 14 Abs. 2 InstitutsVergV ist dem Vergütungsberater hingegen nicht erlaubt. Hierbei handelt es sich um eine selbständige Rechtsdienstleistung, welche nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 14 Abs. 2 InstitutsVergV eine „fundierte juristische Begutachtung der Rechtslage“ zum Inhalt hat.³⁸

Ob die Beratung bei der Selbsteinschätzung eines Instituts zu seiner Einstufung als bedeutend i. S. v. § 17 InstitutsVergV eine Rechtsanwälten vorbehaltene Rechtsdienstleistung darstellt,³⁹ kann vorliegend dahingestellt bleiben, da dies ohnehin kein Gegenstand von Vergütungsberatung sein dürfte. Unproblematisch ist in jedem Falle, wenn der Vergütungsberater aufgrund seiner Kenntnis des Instituts aus anderen Beratungsprojekten Argumente zu dieser Selbsteinschätzung zuliefert.

Die Unterstützung eines Instituts bei der Identifikation von Risikoträgern (sog. *Risk Taker*) nach den Standards der European Banking Authority ist dem Vergütungsberater insoweit erlaubt, als es nicht

um die Auslegung dieser Standards und die Subsumtion einzelner Sachverhalte unter diese geht, sondern um die Ermittlung der Sachverhalte an sich, weil es sich hier nicht um eine Rechtsdienstleistung handelt, sondern um die Analyse der tatsächlichen Situation des Instituts, seiner internen Organisation und Prozesse. Im Zweifel ist hier eine enge Zusammenarbeit des Vergütungsberaters mit internen oder externen Rechtsanwälten erforderlich.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Der ganz überwiegende Teil der Tätigkeit von Vergütungsberatern ist nach dem RDG erlaubt, weil es sich hierbei entweder schon nicht um Rechtsdienstleistung i. S. v. § 2 Abs. 1 RDG handelt oder aber einzelne in der Beratungstätigkeit enthaltene Rechtsdienstleistungselemente als erlaubte Nebentätigkeit i. S. v. § 5 Abs. 1 RDG zu qualifizieren sind. Nur dort, wo eindeutig die Rechtsdienstleistung – zumal als selbständige Leistung – im Vordergrund steht, ist dem Vergütungsberater ein Tätigwerden verboten. Die Grenze verläuft allgemein gesprochen zwischen der erlaubten Beratung in allen Vergütungsfragen, v. a. bei der Gestaltung und Weiterentwicklung von Vergütungssystemen und den damit zusammenhängenden, auch rechtlichen Vorgaben einerseits und der verbotenen Umsetzung in rechtlich verbindliche Regelungen und Vereinbarungen andererseits. Damit stellt die Einschaltung eines Vergütungsberaters im erstgenannten Bereich kein wie auch immer geartetes Compliance-Risiko dar. Im Gegenteil kann insbesondere dann, wenn im Aufsichtsrat hierzu keine ausreichende Fachexpertise vorhanden ist, die Einschaltung eines Vergütungsexperten durch die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrates gem. §§ 116 S. 1, 93 AktG, welche hinsichtlich der Vergütung des Vorstands durch § 116 S. 3 AktG nochmals akzentuiert wird, sogar geboten sein.⁴⁰

AUTOR



Dr. Jan Dörrwächter ist Rechtsanwalt Senior Partner und Mitglied der Geschäftsleitung der Unternehmensberatung *hkp///group*. Vor seinem Wechsel in die Beratung war er für den E.ON Konzern sowie dessen Spin-off Uniper in verschiedenen HR-Führungspositionen tätig.

35 a. A. *Jensen/Klösel* (Fn. 1), 403.

36 *Jensen/Klösel* (Fn. 1), 404, die zudem fälschlicherweise von einer „Auslagerung“ an externe Berater sprechen. Die Auslegungshilfe zu § 12 InstitutsVergV-E sieht aber nur für kleinere und weniger komplexe Institute die Möglichkeit vor, die Überprüfung vollständig oder teilweise extern auszulagern, der Begriff des Beraters fällt in diesem Zusammenhang gar nicht. Größere und komplexere Institute können nach der Auslegungshilfe bei der Überprüfung durch „qualifizierte und unabhängige externe Berater“ unterstützt werden.

37 *Jensen/Klösel* (Fn. 1), a. a. O.

38 Ebenso *Jensen/Klösel* (Fn. 1), 404.

39 So mit Nachdruck *Jensen/Klösel* (Fn. 1), 404.

40 S. *Kort* in *Großkomm-AktG*, 5. Aufl. 2015, § 87 Rdnr. 111; *Fuhrmann* in: *Fuhrmann/Linnerz/Pohlmann*, DCGK 2016, Ziff. 4 Rdnr. 167; vgl. ferner *Spindler* in *MünchKomm-AktG*, 4. Aufl. 2014, § 87 Rdnr. 129; *Fleischer* NZG 2009, 801, 804.