

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 5

Carried Interest im Arbeitsrecht

Insbesondere zur Berücksichtigung des Carried Interest
bei der Berechnung von Abfindungen nach § 10 KSchG

Von

Severin Pretzel



Duncker & Humblot · Berlin

SEVERIN PRETZEL

Carried Interest im Arbeitsrecht

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 5

Carried Interest im Arbeitsrecht

Insbesondere zur Berücksichtigung des Carried Interest
bei der Berechnung von Abfindungen nach § 10 KSchG

Von

Severin Pretzel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg
hat diese Arbeit im Jahr 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-18416-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58416-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern
Angela Goebels-Pretzel und Gunter Pretzel

Danksagung

Die vorliegende Doktorarbeit entstand im Anschluss an mein erstes Staatsexamen an der Bucerius Law School in Hamburg. Sie wurde vom Promotionsausschuss der Bucerius Law School Hamburg im Februar 2021 als Dissertation angenommen. Die Fragestellung dieser Arbeit ergab sich aus dem Wunsch, ein sowohl juristisch interessantes und weitgehend unerforschtes als auch praktisch relevantes Thema zu untersuchen, wozu sich arbeitsrechtliche Fragen aus dem Bereich des Private Equity besonders eigneten.

Die Zeit, die ich mit der Erstellung dieser Doktorarbeit verbracht habe, war für mich gleichermaßen fachlich herausfordernd wie auch persönlich bereichernd. Ich möchte daher den Personen danken, die mich während dieser Zeit in besonderem Maße unterstützt und begleitet haben und deren Rückhalt ich es verdanke, diese Arbeit fertiggestellt zu haben.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Klaus-Stefan Hohenstatt für seine Unterstützung und sein Engagement bei der Betreuung meines Dissertationsvorhabens. Ich habe die Betreuung als die ideale Mischung zwischen inhaltlichen und zeitlichen Freiheiten, gleichzeitig jedoch stets klaren und konstruktiven Anmerkungen und Vorschlägen erlebt. Die inhaltlichen Diskussionen und nicht zuletzt auch die schnellen Korrekturen und Durchsichten haben entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Matthias Jacobs für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Professor Dr. Thomas Rönnau und Herrn Professor Dr. Jens Prütting, LL. M. oec. für ihr Mitwirken in der Prüfungskommission.

Ein herzlicher Dank gilt darüber hinaus auch dem Hamburger Arbeitsrechtsteam der Kanzlei Allen & Overy LLP um Markulf Behrendt für die Unterstützung der Erstellung dieser Arbeit in meiner Zeit als juristischer Mitarbeiter, während der ich gleichzeitig wertvolle fachliche wie persönliche Erfahrungen sammeln konnte.

Sehr dankbar bin ich auch meiner Freundin Verena Witzke, welche mir nicht nur stets in inhaltlichen Diskussionen zu meinem Dissertationsthema mit wertvollen Hinweisen und Anmerkungen zur Seite stand, sondern mir auch die zäheren Phasen, die bei einem solchen Vorhaben unvermeidlich sind, mit viel Verständnis, positiver Energie und niemals endender Hilfsbereitschaft erleichterte. Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang unser Hund Mocca. Zwar fand sie ihren Weg aus dem Tierheim in unser Zuhause erst in der Schlussphase meiner Dissertation,

diese begleitete sie jedoch voller Hingabe und als unermüdlicher Sportpartner in den Mittagspausen.

Zuletzt und ganz besonders möchte ich meinen Eltern dafür danken, dass sie mir diese Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem bisherigen Lebensweg immer unbedingt und rückhaltlos unterstützt haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht entstanden. Ihnen ist daher diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im September 2021

Severin Pretzel

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| A. Einführung | 23 |
| I. Kontext | 23 |
| II. Fragestellung | 24 |
| III. Gang der Darstellung | 26 |
| B. Private Equity – Definition, Zahlen und Abläufe in der Praxis | 27 |
| I. Begriff des Private Equity | 27 |
| II. Abgrenzung zu anderen Formen der finanziellen Beteiligung | 28 |
| III. Historische Entwicklung des Private Equity | 39 |
| IV. Private Equity in Zahlen | 40 |
| V. Volkswirtschaftliche Bedeutung des Private Equity | 41 |
| VI. Private Equity-Fonds – Typen und rechtliche Ausgestaltung | 43 |
| VII. Ablauf eines Private Equity-Investments | 59 |
| C. Carried Interest in der Praxis | 73 |
| I. Definition Carried Interest | 73 |
| II. Rechtsgrundlagen für die Gewährung von Carried Interest | 77 |
| III. Inhaltliche Ausgestaltung des Carried Interest-Modells | 78 |
| IV. Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Carry-Gesellschaft | 84 |
| D. Die Abfindung und ihre Berechnungsgrundlage | 87 |
| I. Begriff der Abfindung | 87 |
| II. Gesetzliche Grundlagen für die Zahlung einer Abfindung | 88 |
| III. Berechnungsgrundlage für die Bemessung von Abfindungen | 90 |
| E. Einbeziehung von Drittleistungen ins Arbeitsverhältnis | 98 |
| I. Schuldrechtliche Grundsätze | 99 |
| II. Die Einbeziehung externer Aktienoptionen | 104 |

| | |
|--|-----|
| III. Beispiel der betrieblichen Altersversorgung | 114 |
| IV. Vergleich zur Leistung von Trinkgeld | 121 |
| V. Zwischenergebnis | 126 |
| F. Carried Interest als Leistung aus dem Arbeitsverhältnis? | 128 |
| I. Keine Einbeziehung ins Arbeitsverhältnis | 128 |
| II. Keine Einbeziehung aufgrund Umgehungsgefahr | 159 |
| G. Ergebnis | 192 |
| Literaturverzeichnis | 193 |
| Stichwortverzeichnis | 207 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| A. Einführung | 23 |
| I. Kontext | 23 |
| II. Fragestellung | 24 |
| III. Gang der Darstellung | 26 |
| | |
| B. Private Equity – Definition, Zahlen und Abläufe in der Praxis | 27 |
| I. Begriff des Private Equity | 27 |
| II. Abgrenzung zu anderen Formen der finanziellen Beteiligung | 28 |
| 1. Abgrenzung zu Venture Capital | 28 |
| a) Begriff des Venture Capital | 28 |
| b) Unterschiede zur Private Equity-Finanzierung im engeren Sinne | 29 |
| aa) Zeitpunkt der Finanzierung vor dem Hintergrund der verschiedenen Finanzierungsphasen | 29 |
| (1) Early-Stage | 29 |
| (a) Seed-Financing (Konzept) | 29 |
| (b) Start-up-Financing (Gründung) | 29 |
| (c) First-Stage-Financing (Markteintritt) | 29 |
| (d) Early-Stage in der Finanzierungspraxis | 30 |
| (2) Expansion-Stage | 30 |
| (a) Second-Stage-Financing (Upscale) | 30 |
| (b) Third-Stage-Financing (Standardisierung) | 30 |
| (c) Expansion-Stage in der Finanzierungspraxis | 30 |
| (3) Later-Stage | 31 |
| (a) Buyout (Gesellschafterwechsel) | 31 |
| (b) Bridge-Financing (Pre-IPO) | 31 |
| (c) Turnaround-Financing (Restrukturierung) | 31 |
| (4) Zeitpunkt der Venture Capital-Finanzierung | 32 |
| (5) Finanzierungszeitpunkt bei Private Equity | 32 |
| bb) Umfang der nicht-finanziellen Unterstützung | 33 |
| cc) Minderheitsbeteiligung vs. Mehrheitsbeteiligung | 33 |
| dd) Eigenkapitaleinsatz vs. Fremdkapitaleinsatz | 34 |

| | |
|---|----|
| 2. Abgrenzung zu Mezzanine-Kapital | 34 |
| a) Begriff des Mezzanine-Kapitals | 34 |
| b) Unterschiede zu Private Equity im engeren Sinn | 35 |
| aa) Rückzahlungsverpflichtung | 35 |
| bb) Rangigkeit | 35 |
| cc) Beteiligung am Unternehmens(miss-)erfolg | 36 |
| dd) Einsatzbereich | 36 |
| 3. Abgrenzung zu Hedge-Fonds | 37 |
| a) Begriff des Hedge-Fonds | 37 |
| b) Unterschied zu Private Equity-Fonds | 37 |
| aa) Anlagestrategie | 37 |
| bb) Investitionshorizont | 38 |
| III. Historische Entwicklung des Private Equity | 39 |
| IV. Private Equity in Zahlen | 40 |
| 1. Weltweit | 40 |
| 2. In Deutschland | 40 |
| V. Volkswirtschaftliche Bedeutung des Private Equity | 41 |
| 1. Wachstumsbeschleunigung durch Private Equity | 41 |
| 2. Abbau von Marktineffizienzen | 42 |
| 3. Stabilisierung durch höhere Eigenkapitalquoten | 42 |
| 4. Erhöhung der Effizienz des Kapitalmarktes | 43 |
| VI. Private Equity-Fonds – Typen und rechtliche Ausgestaltung | 43 |
| 1. Grundlegende Konzeption | 43 |
| 2. Akteure | 44 |
| a) Initiatoren | 44 |
| b) Investoren | 45 |
| c) Weitere beteiligte Gesellschaften | 45 |
| 3. Wirtschaftliche Ausgestaltung von Private Equity-Fonds | 45 |
| a) Direktes oder indirektes Investment | 45 |
| aa) Direktfonds | 46 |
| bb) Parallelfonds | 46 |
| cc) Feederfonds | 46 |
| dd) Dachfonds | 47 |
| b) Eigentümerstruktur | 47 |
| aa) Captives | 47 |
| bb) Semi Captives | 47 |
| cc) Independents | 48 |

- c) Größe des Fonds 48
 - aa) Large Cap Buyout-Fonds 48
 - bb) Mid Cap Fonds 48
 - cc) Small Cap Fonds 48
- d) Weitere Differenzierungskriterien 48
- 4. Rechtliche Ausgestaltung von Private Equity-Fonds 49
 - a) Private Equity-Fonds als Investmentvermögen 49
 - b) Private Equity-Fonds als geschlossene AIF 50
 - c) Private Equity-Fonds als geschlossene Spezial-AIF 51
 - aa) Anlegerkategorien 51
 - (1) Professioneller Anleger 51
 - (2) Semiprofessionelle Anleger 51
 - (3) Privatanleger 52
 - bb) Private Equity-Fonds als Spezial-AIF 52
 - d) Rechtsformzwang für geschlossene Spezial-AIF 52
 - e) Private Equity-Fonds als InvGmbH & Co. KG 53
 - aa) gInvKG oder InvAG mfK? 53
 - bb) Unterschiede zur herkömmlichen GmbH & Co. KG 54
 - f) Verwaltung durch interne oder externe KVG? 54
 - aa) Kapitalverwaltungsgesellschaft im Sinne des KAGB 54
 - bb) Intern verwalteter AIF 55
 - cc) Extern verwalteter AIF 55
 - g) Fondsstruktur in der Übersicht 55
 - h) Grafische Übersicht 58
- VII. Ablauf eines Private Equity-Investments 59
 - 1. Kapitalsammelphase 59
 - 2. Investitionsphase 59
 - a) Selektion 59
 - b) Due Diligence 60
 - c) Unternehmensbewertung und Preisbildung 60
 - d) Transaktionsstruktur 61
 - aa) Einstiegsszenarien 61
 - (1) Share Deal/Asset Deal 61
 - (2) Buyout/Management Buyout 62
 - (3) Management Buyin 63
 - (4) Weitere Einstiegsmöglichkeiten 63
 - (5) Differenzierung nach Anlass des Verkaufs 63
 - bb) Deal-Strukturierung 64
 - (1) Gesellschaftsrechtliche Struktur 64

| | |
|--|-----------|
| (2) Grafische Darstellung der Transaktionsstruktur | 65 |
| (3) Finanzierungsstruktur | 65 |
| (4) Finanzierungsformen | 66 |
| cc) Signing/Closing | 67 |
| 3. Haltephase | 67 |
| a) Umstrukturierungsphase | 67 |
| b) Zentrale Haltephase | 68 |
| 4. Verkaufsphase/Exit | 68 |
| a) Trade Sale | 69 |
| b) IPO | 69 |
| c) Secondary Buyout | 70 |
| d) Buy-Back | 71 |
| e) Rekapitalisierung | 72 |
| f) Totalverlust/Liquidation | 72 |
| C. Carried Interest in der Praxis | 73 |
| I. Definition Carried Interest | 73 |
| 1. Begriff | 73 |
| 2. Zweck und Umfang | 74 |
| 3. Anteil an den Gesamteinnahmen | 76 |
| 4. Ausschüttung | 76 |
| II. Rechtsgrundlagen für die Gewährung von Carried Interest | 77 |
| III. Inhaltliche Ausgestaltung des Carried Interest-Modells | 78 |
| 1. Deal by Deal-Carry | 78 |
| a) Deal by Deal-Carry mit Loss Carryforward | 79 |
| b) Deal by Deal-Carry ohne Loss Carryforward | 79 |
| 2. Whole of Fund-Carry | 80 |
| 3. Sicherungsmechanismen zugunsten der Anlegerinteressen | 80 |
| a) Escrow-Konten | 80 |
| b) Clawback-Klauseln | 81 |
| c) Garantieerklärungen („Guarantees“) | 82 |
| 4. Sicherung der langfristigen Motivation der Fondsmanager | 82 |
| a) Vesting Schemes | 82 |
| b) Leaver Schemes | 83 |
| IV. Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Carry-Gesellschaft | 84 |
| 1. Weitere Formen der Mitarbeiterbeteiligung im Private Equity | 85 |
| 2. Co-Investment | 85 |
| 3. Sweet Equity | 86 |

| | |
|---|-----|
| D. Die Abfindung und ihre Berechnungsgrundlage | 87 |
| I. Begriff der Abfindung | 87 |
| II. Gesetzliche Grundlagen für die Zahlung einer Abfindung | 88 |
| 1. Abfindungsregelungen im KSchG | 88 |
| a) § 1a KSchG | 88 |
| b) §§ 9, 10 KSchG | 88 |
| 2. Abfindungsregelungen außerhalb des KSchG | 89 |
| a) Sozialplanabfindungen § 112 BetrVG | 89 |
| b) Nachteilsausgleich § 113 BetrVG | 89 |
| 3. Abfindungen auf Grundlage arbeitsgerichtlicher Vergleiche | 89 |
| III. Berechnungsgrundlage für die Bemessung von Abfindungen | 90 |
| 1. Monatsverdienst | 90 |
| 2. Vom Monatsverdienst umfasste Leistungen | 91 |
| a) Wortlautargument | 91 |
| b) Teleologisches Argument | 92 |
| c) Historisches Argument | 93 |
| d) Nur Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis geschuldet | 94 |
| 3. Zwischenergebnis | 97 |
| E. Einbeziehung von Drittleistungen ins Arbeitsverhältnis | 98 |
| I. Schuldrechtliche Grundsätze | 99 |
| 1. Privatautonomie und Vertragsfreiheit | 99 |
| a) Grundsatz der Vertragsfreiheit | 99 |
| b) Relativität der Schuldverhältnisse | 100 |
| aa) Vertrag zu Gunsten Dritter | 101 |
| bb) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte | 101 |
| cc) Eigenhaftung Dritter aus § 311 Abs. 3 BGB | 102 |
| c) Voraussetzungen der gesetzlichen und vertraglichen Mitverpflichtung durch Dritte | 102 |
| 2. Zwischenergebnis | 104 |
| II. Die Einbeziehung externer Aktienoptionen | 104 |
| 1. „Nokia-Urteil“ des BAG | 105 |
| a) Sachverhalt | 105 |
| b) Entscheidung | 106 |
| 2. Trennungstheorie in der Rechtsprechung | 106 |
| 3. Zurechnungstheorie | 109 |
| a) Aktienoptionen | 109 |
| b) Abstrakter Grundsatz | 109 |

| | |
|--|-----|
| 4. Stellungnahme | 110 |
| a) Zurechnungstheorie nicht überzeugend | 110 |
| b) Reichweite des Arbeitsrechts | 111 |
| aa) Beispiel Arbeitgeberdarlehen | 111 |
| bb) Beispiel Werkwohnungen | 112 |
| 5. Zwischenergebnis | 113 |
| III. Beispiel der betrieblichen Altersversorgung | 114 |
| 1. Finanzierungsformen der betrieblichen Altersversorgung | 114 |
| a) Arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung | 114 |
| b) Arbeitnehmerfinanzierte betriebliche Altersversorgung | 115 |
| aa) Entgeltumwandlung | 115 |
| bb) Eigenbeiträge | 115 |
| 2. Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung | 115 |
| a) Unmittelbare Durchführung | 115 |
| b) Mittelbare Durchführung | 116 |
| aa) Direktversicherung | 116 |
| bb) Unterstützungskasse | 116 |
| cc) Pensionskasse | 117 |
| dd) Pensionsfonds | 117 |
| 3. Sonderfall: Finanzierung durch Dritte | 118 |
| a) Bisherige Rechtsprechung zu § 7 BetrAVG | 118 |
| b) Konzernobergesellschaft kein „Arbeitgeber“ | 119 |
| c) Konzernzusage an Nicht-Arbeitnehmer nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG | 119 |
| 4. Zwischenergebnis | 120 |
| IV. Vergleich zur Leistung von Trinkgeld | 121 |
| 1. Definition des Trinkgelds | 121 |
| 2. Trinkgeld keine Vergütung | 122 |
| 3. Vertragliche Vereinbarung des Trinkgelds als Arbeitsentgelt | 123 |
| a) Tronc-Systeme | 123 |
| b) Tarifvertragliche Vereinbarungen | 124 |
| 4. Verschaffung der Verdienstmöglichkeit als Sachleistung | 124 |
| 5. Trinkgeld kein Bestandteil der Abfindung | 125 |
| 6. Zwischenergebnis | 126 |
| V. Zwischenergebnis | 126 |

| | |
|--|-----|
| F. Carried Interest als Leistung aus dem Arbeitsverhältnis? | 128 |
| I. Keine Einbeziehung ins Arbeitsverhältnis | 128 |
| 1. Gegenstand der Einbeziehung | 128 |
| a) Verschaffung der Anteile an der Carry-Gesellschaft | 128 |
| b) Leistung des Carried Interest | 129 |
| 2. Keine ausdrückliche vertragliche Einbeziehung | 129 |
| 3. Keine konkludente Einbeziehung von Carried Interest | 130 |
| a) Allgemeine Voraussetzungen konkludenter Willenserklärungen | 130 |
| b) Konkludente Vereinbarung durch Einbeziehung ins Synallagma | 131 |
| c) Konkludente Vereinbarung bei Ersetzung des Grundgehalts durch Carried Interest | 133 |
| aa) Kein Anwendungsbereich bei Fonds-Professionals | 134 |
| bb) Carried Interest kein Bestandteil des „üblichen Entgelts“ | 134 |
| cc) Sonderfall: Kein Grundgehalt, ausschließlich Carried Interest | 134 |
| d) Konkludente Einbeziehung bei Missverhältnis von Grundgehalt und Car- ried Interest | 135 |
| e) Verweis im Arbeitsvertrag | 135 |
| aa) Keine gesellschaftsrechtliche Verknüpfung | 136 |
| bb) Personenidentität der beherrschenden Gesellschafter | 137 |
| cc) Maßstab der Rechtsprechung | 137 |
| dd) § 305c Abs. 2 BGB | 138 |
| ee) Zwischenergebnis | 139 |
| f) Auf Anweisung des Arbeitgebers | 140 |
| 4. Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis in den Leaver Schemes | 140 |
| 5. Kein Anspruch aus § 612 BGB | 142 |
| a) Regelungsgehalt des § 612 BGB | 142 |
| b) Keine Relevanz bei vorhandener Vergütungsvereinbarung | 142 |
| c) Carried Interest keine „übliche Vergütung“ | 143 |
| 6. Carried Interest als eingeräumte Erwerbsmöglichkeit | 144 |
| a) Ausdrückliche Gewährung der Erwerbsmöglichkeit | 145 |
| b) Gewährung der Anteile an der Carry-Gesellschaft durch die Beratungsge- sellschaft | 145 |
| aa) Gewährung einer Gewinnchance | 145 |
| bb) Finanzieller Wert dieser Gewinnchance | 146 |
| cc) Geringe Relevanz, da praxisferne Gestaltung | 147 |
| c) Zwischenergebnis | 148 |
| 7. Einbeziehung nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung | 148 |
| a) Schuldrechtliche Grundlagen und Voraussetzungen | 149 |
| aa) Grundlagen | 149 |
| bb) Erwirkung | 149 |

| | |
|---|-----|
| cc) Ansprüche aus der Rechtsscheinhaftung | 150 |
| (1) Vertrauensbegründendes Verhalten | 151 |
| (2) Zurechenbarkeit des Vertrauens | 152 |
| (3) Schützenswertes Vertrauen | 152 |
| (4) Treuwidrige Berufung auf die Unrichtigkeit des Rechtsscheins | 153 |
| (5) Rechtsfolge der Rechtsscheinhaftung | 153 |
| dd) Vergleichbare Praxisfälle im Arbeitsrecht | 153 |
| (1) Einstand des Vertragsarbeitgebers in einer Versorgungszusage der Muttergesellschaft | 153 |
| (2) Pflichteneinstand aufgrund eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses | 154 |
| (3) Betriebliche Übung | 154 |
| (4) Konzernweiter Kündigungsschutz | 155 |
| ee) Zwischenergebnis | 156 |
| b) Anspruch auf Carried Interest unter Vertrauensschutzaspekten | 157 |
| 8. Zwischenergebnis | 159 |
| II. Keine Einbeziehung aufgrund Umgehungsgefahr | 159 |
| 1. Umgehungsverbot und Abgrenzung zur zulässigen Gestaltungsfreiheit | 160 |
| a) Definition des Umgehungsgeschäfts | 160 |
| b) Rechtliche Behandlung des verbotenen Umgehungsgeschäfts | 161 |
| aa) Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts | 161 |
| bb) Arbeitsrechtlicher Durchgriff | 162 |
| 2. Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften durch Carried Interest | 163 |
| a) Maßgebliche vergütungsbezogene Arbeitnehmerschutzvorschriften | 164 |
| aa) Mindestlohngesetz | 164 |
| bb) Verbot des Lohnwuchers | 165 |
| cc) Gleichbehandlungsgrundsatz | 165 |
| dd) Schutz vor Benachteiligung nach dem AGG | 166 |
| ee) Ansprüche auf Entgeltfortzahlung/Mutterschutz | 166 |
| ff) Kontinuitätsschutz § 613a BGB | 166 |
| gg) Pfändungsschutz § 850 ZPO | 167 |
| hh) Mitbestimmungsrechte | 167 |
| b) Umgehung weiterer Arbeitnehmerschutzrechte durch Leaver Schemes | 168 |
| aa) Überlange Bindungsdauer | 168 |
| bb) Leaver Schemes als Kündigungerschwerung | 170 |
| cc) Leaver Schemes als indirektes Wettbewerbsverbot | 170 |
| dd) Leaver Schemes im Konflikt mit Arbeitnehmerschutzrechten? | 171 |
| ee) Bereits kein finanzieller Verlust? | 172 |
| c) Umgehung durch Clawback-Vereinbarungen | 174 |
| d) Vergütungseigenschaft als Voraussetzung der Umgehung | 175 |

- e) Vergütungscharakter des Carried Interest 176
 - aa) Definition Entgelt 176
 - bb) Regulierungsrechtliche Einordnung von Carried Interest als Indiz? ... 177
 - cc) Carried Interest als Gewinnbeteiligung in Vergütungsform 179
 - (1) Carried Interest keine Tantieme 179
 - (a) Begriff der Tantieme 179
 - (b) Bewertung der Rechtsprechung 180
 - (aa) Sachverhalt 181
 - (bb) LAG Hessen: Carried Interest als Tantieme 181
 - (cc) BAG: Keine Tantieme, keine Vergütung 182
 - (c) Stellungnahme 182
 - (2) Carried Interest keine Provision 183
 - (a) Begriff der Provision 183
 - (b) Bewertung der Rechtsprechung 183
 - (c) Stellungnahme 184
 - (3) Carried Interest nicht vergleichbar mit Aktienoptionen 184
 - (4) Zwischenergebnis: Carried Interest keine Vergütung in Form einer Gewinnbeteiligung 187
 - dd) Carried Interest kein Sachbezug 187
 - ee) Zwischenergebnis: Keine Vergütungseigenschaft und damit auch keine Umgehung 189
 - f) Auch sonst keine Schutzwürdigkeit des Fonds-Professionals 189

- 3. Zwischenergebnis 191
- G. Ergebnis 192**
- Literaturverzeichnis 193**
- Stichwortverzeichnis 207**

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|---|
| a. A. | andere Ansicht |
| AEntG | Arbeitnehmer-Entsendegesetz |
| AG | (Die) Aktiengesellschaft |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| AktG | Aktiengesetz |
| Anm. | Anmerkung |
| ArbG | Arbeitsgericht |
| ArbRAktuell | Arbeitsrecht Aktuell |
| Aufl. | Auflage |
| AÜG | Arbeitnehmerüberlassungsgesetz |
| BaFin | Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BB | Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| BetrAVG | Betriebsrentengesetz |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BKR | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht |
| BT-Drs. | Deutscher Bundestag Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVK | Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften |
| CCZ | Corporate Compliance Zeitschrift |
| CFL | Corporate Finance Law |
| DB | Der Betrieb |
| d. h. | das heißt |
| Diss. | Dissertation |
| DStR | Das deutsche Steuerrecht |
| EFZG | Entgeltfortzahlungsgesetz |
| EStG | Einkommenssteuergesetz |
| EU | Europäische Union |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| f. | folgende |
| Fn. | Fußnote |
| FR | FinanzRundschau |
| FS | Festschrift |
| gem. | gemäß |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |

| | |
|-------------|--|
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbHR | GmbH-Rundschau |
| GWR | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht |
| Habil. | Habilitationsschrift |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| InsO | Insolvenzordnung |
| IStR | Internationales Steuerrecht |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i. E. | im Ergebnis |
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| KAGB | Kapitalanlagegesetzbuch |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| krit. | kritisch |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| KSzW | Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| M&A | Mergers and Acquisitions (engl.: Unternehmensfusionen und Unternehmenskäufe) |
| MiLoG | Mindestlohngesetz |
| Mio. | Millionen |
| Mrd. | Milliarden |
| MuSchG | Mutterschutzgesetz |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| n. v. | nicht veröffentlicht |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Seite(n) |
| SE | Societas Europaea, Europäische Gesellschaft |
| SpielbG NRW | Spielbankgesetz Nordrhein-Westfalen |
| st. Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| VAG | Versicherungsaufsichtsgesetz |
| vgl. | vergleiche |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZBB | Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZiP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |

| | |
|-------|---------------------|
| zit. | zitiert |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| zust. | zustimmend |

A. Einführung

I. Kontext

Die moderne Arbeitswelt des 20. und 21. Jahrhunderts hat weitreichende Änderungen mit sich gebracht, die sich auf beinahe alle Bereiche des Arbeitslebens erstrecken. Sei es der Strukturwandel aufgrund der Globalisierung oder der Veränderungsprozess hin zur digitalen „Arbeitswelt 4.0“ – sowohl von Arbeitgebern als auch von Arbeitnehmern wird nicht nur eine stete Bereitschaft zur Anpassung und zum Fortschritt, sondern auch ein wachsendes Maß an Flexibilität in jeder Hinsicht verlangt. Immer häufiger wechseln Arbeitnehmer ihre Arbeitsstelle, ihren Arbeitgeber oder sogar ihre Profession.

Diese Entwicklung bringt durchaus eine gewisse Ambivalenz mit sich. Wählt man einen negativen Ansatz, könnte man vorbringen, dass die gewohnte Konstanz und Sicherheit verloren ginge, die der hiesigen Arbeitswelt einmal immanent war. Der Arbeitnehmer kann sich nicht mehr drauf verlassen, bis zur Rente bei einem Arbeitgeber sicher beschäftigt zu sein und verlässlich in die Zukunft planen zu können; außerdem muss er sich ständig fortbilden, um auf dem Arbeitsmarkt attraktiv zu bleiben. Der Arbeitgeber dagegen muss sich ständig um qualifiziertes neues Personal kümmern. Auch ihm fehlt es an Planungssicherheit; zudem muss er stets attraktiv für Interessenten bleiben und aktuellen Trends auf dem Arbeitsmarkt folgen.

Gleichzeitig lassen sich diese Entwicklungen jedoch auch positiv betrachten. Der Verlust an Konstanz bedeutet auch einen Zugewinn an Flexibilität und Freiheit. Insbesondere für Arbeitnehmer bieten sich vermehrt Möglichkeiten, die passende Arbeitsstelle zu finden und sich idealerweise in seiner Arbeit selbst zu verwirklichen. Doch auch Arbeitgeber können durch Effizienzgewinne, vergrößerte und flexiblere Arbeitsmärkte von diesen Entwicklungen profitieren.

Diese Ambivalenz erstreckt sich auch auf den in dieser Arbeit behandelten Aspekt der Vergütung. Längst nicht mehr jeder Arbeitnehmer erhält ausschließlich sein regelmäßiges monatliches Fixgehalt für seine Arbeitsleistung. Immer häufiger erhalten Mitarbeiter in Führungspositionen Zusatzleistungen wie Gratifikationen, Dienstwägen oder andere geldwerte Vorteile. Zudem werden Teile der Vergütung zunehmend über Incentives geregelt. Solche Vergütungsbestandteile können strikt leistungsabhängig ausgestaltet sein in der Form, dass mit dem Mitarbeiter konkrete Leistungsziele vereinbart werden und der Bonusanspruch entsteht, sobald diese Leistungsziele erreicht wurden. Alternativ kann der Bonusanspruch auch an die

Voraussetzung gekoppelt werden, dass das jeweilige Arbeitgeberunternehmen ein bestimmtes Ergebnis erzielt.

Zu diesen Leistungsanreizen über die Fixvergütung hinaus gesellt sich auch die direkte Erfolgsbeteiligung für Mitarbeiter. Bei dieser erhält der Mitarbeiter einen vorab festgelegten Prozentsatz des Gewinns oder Umsatzes der Arbeitgebergesellschaft. Die Gewinnbeteiligung dient dabei gleich mehreren Zwecken. Neben den volkswirtschaftlichen Effekten, die diesem Vergütungsmodell zugeschrieben werden, dient die Gewinnbeteiligung maßgeblich dazu, Mitarbeiter zur Leistung zu motivieren und längerfristig an das Unternehmen zu binden.¹

Dieses Prinzip gilt und funktioniert in beinahe allen Branchen und Geschäftsfelder. Ein besonderer Stellenwert kommt diesem Grundsatz im Private Equity-Sektor zu. Private Equity-Fonds verwalten die von Investoren eingesammelten Mittel, indem – verknüpft formuliert – Unternehmen gekauft, restrukturiert und mit Gewinn wieder verkauft werden. Der aus den Verkäufen erzielte Erlös fließt zurück an den Fonds und wird am Ende der Laufzeit – im Idealfall mit Gewinn – an die Investoren ausgeschüttet. An diesen Gewinnen werden auch die Mitarbeiter des Fonds beteiligt, die diesen verwalten und zur Gewinnerzielung beitragen (im Folgenden: „Fonds-Professionals“). Diese sektorspezifische Form der Gewinnbeteiligung nennt sich „Carried Interest.“ Sie ist im folgenden Verlauf der zentrale Betrachtungsgegenstand dieser Arbeit.

II. Fragestellung

Über den sogenannten Carried Interest erhalten die Fonds-Professionals einen Anteil an den Gewinnen des Fonds, der für gewöhnlich ihr Grundgehalt bei weitem übersteigt. Dieser Carried Interest ist jedoch nicht nur die Hauptmotivation für die Fonds-Professionals, den Fonds so erfolgreich wie möglich zu verwalten und damit ein maßgebliches Incentive-Instrument des Arbeitgebers. Gleichzeitig beinhaltet er – sinnbildlich für die oben erwähnte Ambivalenz – erhebliches Konfliktpotential im Verhältnis der beteiligten Parteien. Das zeigt sich exemplarisch an folgendem Beispielfall:

A ist als Fonds-Professional bei der B-Gesellschaft angestellt. Die B ist mit der Private Equity-Fondsgesellschaft C schuldrechtlich über einen Beratervertrag verbunden. Das Geschäftsmodell der C sieht vor, Kapital von Investoren einzusammeln, von diesem Kapital Portfoliounternehmen zu erwerben und diese Beteiligungen nach einigen Jahren gewinnbringend zu veräußern. Der hieraus erzielte Gewinn wird an die Fondsgesellschafter bzw. die Investoren ausgeschüttet.

¹ Vgl. dazu, etwa zur Gewinnbeteiligung als Maßnahme der Erhöhung des Beschäftigungsstands sowie der Kapitalbildung *Lesch/Stettes*.

Die B verwaltet das Geschäft der Private Equity-Fondsgesellschaft C und führt die Akquisition sowie den Exit von einzelnen Beteiligungen durch. A als Fonds-Professional der B-Gesellschaft identifiziert potentielle Anlageziele für die C, arbeitet am Erwerb der jeweiligen Portfoliounternehmen mit und verwaltet diese, während sie von der C gehalten werden. Da A Arbeitnehmer der B ist, erhält er für seine Tätigkeit von B ein Grundgehalt sowie einen leistungsabhängigen Bonus.

A ist außerdem als Gesellschafter an einer weiteren Gesellschaft beteiligt, der D-Gesellschaft. Die D-Gesellschaft selbst hält Beteiligungen an der Private Equity-Fondsgesellschaft C. Die D erhält einen Anteil an den Gewinnen der Fondsgesellschaft C und gibt diesen an ihre Gesellschafter, unter anderem auch den A, weiter. Dieser Gewinnanteil ist der Carried Interest.²

Nun kündigt die B das Arbeitsverhältnis mit dem A. Im darauffolgenden Kündigungsschutzverfahren vor dem Arbeitsgericht kommt es zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG. Die Parteien sind sich jedoch uneinig, welche Leistungen bei der Berechnung der Abfindung maßgeblich sein sollten. Hinsichtlich des Grundgehalts sowie des leistungsabhängigen Bonus' ist diese Frage mit einem Blick ins Gesetz sowie unter Hinzuziehung der einschlägigen Rechtsprechung zu beantworten. Probleme bereitet allerdings der Carried Interest. A hat den Carried Interest nicht von seiner Arbeitgeberin, der B, sondern von der D erhalten. Zwischen B und D existiert keine direkte Rechtsbeziehung. Erhält der A nun im Wege der Abfindungszahlung Carried Interest von B, würde das bedeuten, dass B Ansprüche erfüllen muss, die seitens des A grundsätzlich gegenüber einem Dritten, der D-Gesellschaft, entstanden sind.

Dieses hier aufgeworfene Problem lässt sich auf zwei wesentliche juristische Fragen reduzieren. Eine Einbeziehung des Carried Interest des A in die Abfindung, die er von seiner Arbeitgeberin B erhält, setzt eine – wie auch immer rechtlich begründete – Einbeziehung des Carried Interest in das Arbeitsverhältnis von A und B voraus. Eine solche könnte sich aus vertraglichen Vereinbarungen oder aber möglicherweise aus dem faktischen Näheverhältnis von Carried Interest und Arbeitsverhältnis ergeben. Lehnt man eine Einbeziehung ab, stellt sich im Anschluss die Frage, ob sich ein Anspruch unter Umgehungsschutzgesichtspunkten ergibt. Das wäre der Fall, wenn die Auslagerung von Leistungen, die bei lebensnaher Betrachtung in einem engen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen oder aber ihrem Charakter nach eine Entgeltleistung darstellen, auf eine externe gesellschaftsrechtliche Ebene einen Missbrauch der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit der Parteien darstellt.

² Eine grafische Darstellung der Struktur eines Private Equity-Fonds findet sich im Folgenden unter B. VI.4.j).