

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).