

# Checkliste

**#stayonboard**

## Ausgangspunkt

§ 84 Abs. 3 AktG und § 38 Abs. 3 GmbHG normieren mit Wirkung seit dem 12. August 2021 für Vorstandmitglieder einer AG bzw. Geschäftsführer einer GmbH einen gesetzlich verankerten Anspruch auf "Auszeit" von ihrer Organstellung (Widerruf der Bestellung und Zusicherung der Wiederbestellung) in Fällen von Mutterschutz, Elternzeit, Pflege eines Familienangehörigen oder im Fall von Krankheit. Inhaltsgleiche Regelungen sind für die SE in Kraft gesetzt worden (§ § 40 Abs. 6 SEAG bzw. § 84 Abs. 3 AktG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii) SE-VO). Der Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, alle daraus resultierenden Folgen für die Anstellungsverträge zu regeln. Damit werfen die Auszeit und ihre Auswirkungen eine Reihe von Fragen im Hinblick auf die mit den betreffenden Mitgliedern der Leitungsorgane geschlossenen Anstellungsverträge auf.

## Handlungs- und Regelungsbedarf / Relevante Themen

Insbesondere die folgenden Punkte sollten in den Anstellungsverträgen geprüft und analysiert werden, um den nunmehr gesetzlich verankerten Anspruch auf "Auszeit" (Widerruf der Bestellung und Zusicherung der Wiederbestellung) in den Anstellungsverträgen ordnungsgemäß umzusetzen und um Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Dies kann entweder proaktiv im Voraus in den verwendeten Musteranstellungsverträgen geschehen, oder bei konkretem Bedarf jeweils im Rahmen einer „stayonboard-Folgenvereinbarung“, wenn ein Anspruch auf eine solche Auszeit geltend gemacht wird. Denkbar ist auch eine konzernweite „stayonboard“ Policy.

- Folge der Auszeit  
Der Anstellungsvertrag sollte klar regeln, dass der Anstellungsvertrag während der Auszeit "ruht", d.h. die Hauptleistungspflichten (Dienstpflicht und Vergütungspflicht) suspendiert sind. Nebenpflichten (z.B. Verschwiegenheit, Wettbewerbsverbot) gelten fort.
- Koppelungsklauseln  
Im Hinblick auf die sog. Koppelungsklauseln (d.h. einer Regelung, wonach mit dem Ende der Organstellung automatisch auch der Anstellungsvertrag endet) sind die Fälle der "Auszeit" von den Fällen der sonstigen Beendigung des Amtes (z.B. Abberufung aus wichtigem Grund oder Amtsniederlegung) zu unterscheiden.
  - Im Falle der Auszeit sollte der Anstellungsvertrag lediglich "ruhen", nicht jedoch enden.
  - Regelmäßig sehen Koppelungsklauseln vor, dass in Fällen, in denen der Grund für den Widerruf der Bestellung nicht zugleich ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags ist, der Anstellungsvertrag mit einer Auslauffrist (z.B. sechs Monate) endet und solange voller Vergütungsanspruch besteht. Diese Regelung passt regelmäßig nicht zu den Fällen der Auszeit.

- Ordentliches Kündigungsrecht der Gesellschaft bei vorzeitiger Beendigung der Bestellung in Verbindung mit Abfindungsregelung

Sofern der Anstellungsvertrag eine Regelung enthält, dass die Gesellschaft bei vorzeitiger Beendigung der Organstellung berechtigt ist, den Anstellungsvertrag gegen Zahlung einer Abfindung ordentlich zu kündigen, sollte diese Regelung für den Fall der Auszeit ausgeschlossen werden.
  
- Vergütungsregelung
  - Grundsätzlich besteht während der Auszeit bzw. während des Ruhens des Anstellungsvertrags kein Vergütungsanspruch.
  
  - Ggf. möchten Gesellschaften – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben - zwecks Incentivierung oder aus Reputationsgründen den Mitgliedern ihres Leitungsorgans, die z.B. Elternzeit oder Pflegezeit in Anspruch nehmen, einen Teil der monetären Vergütung fortzahlen.
  
  - Oftmals werden Gesellschaften den Mitgliedern ihres Leitungsorgans während der Auszeit bestimmte Bestandteile der Vergütung unverändert weitergewähren wollen, z.B. die Nutzung des Dienstwagens oder einer Dienstwohnung, Fortführung von Versicherungen.
  
  - Ferner besteht Regelungsbedarf in Bezug auf (i) Tantieme/Bonus, (ii) Mitarbeiterbeteiligungen/Aktioptionen/LTIP (Berechnung der Haltedauer und Wartezeiten), (iii) die Bestimmung von Dienstjahren zur Berechnung der Altersversorgung und (iv) den Urlaubsanspruch.
  
- Zugangsrechte, Laptop/Mobiltelefon, E-Mails

Darüber hinaus könnten Regelungen zum Zugang zu Informationen bzw. Geschäftsräumen und zur Weiternutzung von Mobiltelefon/Laptop während der Auszeit getroffen werden sowie zu der Frage, wie mit im Postfach des Mitglieds des Leistungsorgans eingehenden E-Mails umgegangen werden soll.
  
- Freiwillige weitergehende Auszeit

Der Anstellungsvertrag könnte zudem Konkretisierungen in Bezug auf die freiwillige weitergehende Auszeit in den Fällen der Elternzeit, der Pflege eines Familienangehörigen oder der Krankheit (bis zu zwölf Monaten) regeln. Er könnte ggf. sogar über die gesetzliche Regelung hinausgehende Ansprüche auf Auszeit zusagen (z.B. Sabbatical).

- Kombinierte und wiederholte Inanspruchnahme

Gewisse Unklarheit besteht im Übrigen, ob derselbe oder verschiedene Tatbestände kombiniert oder wiederholt in einer Amtszeit in Anspruch genommen werden können (z.B. bei Mutterschutz und anschließender Elternzeit). Auch hier könnten klarstellende Regelungen im Anstellungsvertrag hilfreich sein.

Über die vertraglichen Aspekte hinaus sind insbesondere die folgenden Implikationen zu beachten:

- Geschäftsverteilung im Leitungsorgan

Es bedarf einer Entscheidung über die Geschäftsverteilung im jeweiligen Leistungsorgan, insbesondere um sicherzustellen, dass die Aufgaben während der Auszeit von anderen Mitgliedern des Leitungsorgans wahrgenommen werden.

- Etwaige kapitalmarktrechtliche Implikationen

Bei börsennotierten Gesellschaften sollte zunächst geprüft werden, ob die Auszeit ad hoc-relevant ist und demgemäß Publizitätspflichten auslöst. Entsprechendes gilt für die Frage, wie während der Auszeit mit kapitalmarktrechtlichen Vorgaben verfahren werden soll, die für Personen gelten, die Führungsaufgaben wahrnehmen. Neben „Managers' Transactions“ umfasst dies insbesondere die Frage der Beachtung sog. „Closed Periods“.

- Etwaige regulatorische Folgen

Bei regulierten Unternehmen ist mit den jeweiligen Aufsichtsbehörden (z.B. der BaFin) abzustimmen, ob für die Dauer der Auszeit Vorkehrungen zu treffen sind (z.B. zur Einhaltung eines regulatorisch erforderlichen Vieraugenprinzips) und ob vor der Wiederbestellung personenbezogene Zuverlässigkeitsverfahren zu wiederholen sind. Darüber hinaus sind etwaige regulatorische Anzeigepflichten zu beachten, die mit der Auszeit einhergehen können.

## Empfehlung

Anstellungsverträge für neue ebenso wie für amtierende Mitglieder in Leitungsorganen sollten im Hinblick auf die Auszeit überprüft und ggf. angepasst werden, wobei die Anpassung – je nach konkreter Situation – in den Musteranstellungsverträgen oder einer individuellen Vereinbarung vorgenommen werden kann. Denkbar ist auch eine konzernweite #stayonboard Policy. Ein zeitnahes Befassen mit dem Thema erscheint folglich ratsam.

**#stayonboard**