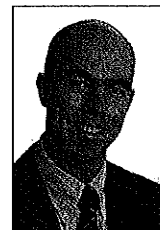


Daglig leder i norsk og tysk selskaps- og arbeidsrett



Partner,
Dr. Roland Mörsdorf
Advokatfirmaet Grette DA, Oslo

1. Innledning

I Norge brukes uttrykket »daglig leder« regelmessig for å oversette det tyske uttrykket »Geschäftsführer« til norsk. Tilsvarende brukes som regel uttrykket »Geschäftsführer« i Tyskland for å oversette uttrykket »daglig leder« til tysk. Slike oversettelser er imidlertid problematiske. For det første har uttrykkene et selskapsrettslig ulikt innhold ved at en daglig leder i norske aksjeselskaper (AS) og i norske allmennaksjeselskaper (ASA) har en annen posisjon enn en daglig leder (Geschäftsführer) i tyske aksjeselskaper (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH).¹ For det andre innehar en daglig leder ikke samme

arbeidsrettslige stilling etter henholdsvis norsk og tysk rett.

2. Tilsetting av daglig leder

a) Daglig leder

Et norsk AS skal i utgangspunktet ha en daglig leder.² I selskaper med aksjekapital på mindre enn NOK 3.000.000 kan imidlertid styret bestemme at selskapet ikke skal ha en daglig leder. Et norsk ASA skal derimot alltid ha en daglig leder.³ Dette er et absolutt krav som styret ikke kan fravike. Det samme gjelder for tyske GmbH. Et tysk GmbH skal alltid ha en⁴ eller flere daglige ledere.⁵

1. Det finnes ikke daglig leder (Geschäftsführer) i tyske allmennaksjeselskaper (Aktiengesellschaft – AG). I stedet har tyske AG et forvaltningsorgan (Vorstand) som tilsvarende daglig leder i tyske GmbH.

2. Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (»asl.«) § 6-2 første ledd.
3. Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (»asal.«) § 6-2 første ledd.
4. Dersom GmbH har flere enn 2.000 ansatte, må selskapet ha minst to daglige ledere etter

Etter både norsk⁶ og tysk⁷ selskapsrett forutsettes det at kun fysiske personer kan inneha stillingen som daglig leder. Etter norsk selskapsrett skal daglig leder være bosatt i Norge eller dersom daglig leder er en statsborger av en stat som er part i EØS-avtalen, i en slik stat.⁸ Tysk selskapsrettslig lovgivning oppstiller ikke et slik krav.⁹ Det er derfor omstridt om, og i hvilke grad, slike krav kan stilles til daglig leder i tyske GmbH. Tysk rettspraksis krever som regel at daglig leder har ubegrenset mulighet til å reise inn i Tyskland, slik at en person som ikke har denne muligheten, ikke kan tilsettes som daglig leder.¹⁰ På grunn av EØS-

avtalen er det imidlertid uproblemtisk å tilsette en nordmann som daglig leder i et tysk GmbH.

Etter norsk selskapsrett skal vedtektene angi om et norsk AS eller ASA skal ha flere daglige ledere eller om styret eller bedriftsforsamling¹¹ skal kunne bestemme at selskapet skal ha flere daglige ledere.¹² Etter tysk selskapsrett er dette derimot ikke nødvendig. Det kan likevel fastlegges i vedtektene at et tysk GmbH skal ha flere, dvs. et bestemt antall eller et minimum- eller maksimumantall daglige ledere.¹³ Dersom dette ikke er fastlagt i vedtektene, vil generalforsamlingen¹⁴ indirekte ved å tilsette henholdsvis en eller flere daglige

arbeidsrettslovgivningen, nemlig en vanlig daglig leder og en arbeidsdirektør.

5. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung / tysk lov om aksjeselskaper («GmbHG») § 6 (1): »Die Gesellschaft muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben.«
6. Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 453. Ett unntak i norsk selskapsrett er skipsaksjeselskaper, se asl. § 20-1 nr. 1, og skipsallmennaksjeselskaper, se asal. § 20-1 nr. 1.
7. GmbHG § 6 (2) 1.
8. Asl. § 6-11 første ledd og asal. § 6-11 første ledd.
9. Wachter, Aktuelle Rechtsprechung zum MoMiG, GmbHR 2009, s. 785, 788; Hueck/Fastrich i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 6, Rn. 9.
10. Lagmannsrett (OLG) Celle, avgjørelse datert 2. mai 2007 i saken 9 W 26/07, og lagmannsrett (OLG) Zweibrücken, avgjørelse datert 13. mars 2001 i saken 3 W 15/01. Se motsatt lagmannsrett (OLG) Dresden, avgjørelse datert 5. november 2002 i saken 2 U 1433/02. Her ble det konkludert at en ubegrenset mulighet til å reise inn i Tyskland ikke er en forutsetning for å kunne tilsettes som daglig leder. Se også Heßeler, Der »Ausländer als Geschäftsführer« – das Ende der Diskussion durch das MoMiG, GmbHR 2009, s. 759, 761, og lagmannsrett (OLG) Düsseldorf, avgjørelse datert 16. april 2009 i saken I-3 Wx 85/09, hvor domstolen konkluderte at det ik-

ke lenger stilles krav til at daglig leder har ubegrenset mulighet til å reise inn i Tyskland. Bakgrunnen er at det siden den siste reformen til tyske GmbH som trådte i kraft den 1. november 2008, ikke lenger er nødvendig at et GmbH har sitt operative virksomhetssete i Tyskland. Marsch-Barner/Diekmann i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 42, Rn. 2, er av den oppfatning at en ubegrenset mulighet til å reise inn i Tyskland ikke er nødvendig ettersom aksjeeierne (i generalforsamling) til enhver tid kan tilsette en annen daglig leder hvis daglig leder som er allerede tilsatt, ikke lenger kan reise inn i Tyskland. Vedrørende utflytting av det operative virksomhetssetet fra en EF/EFTA-medlemsstat til en annen medlemsstat, se Mörsdorf, Utflytting av norske selskaper til Europa, NTS 2009:1-2, s. 28-35.

11. Se nedenfor under punkt 3. a) om hvilke selskapsorgan norske AS og norske ASA skal ha.
12. Asl. § 2-2 første ledd nr. 7 og asal. § 2-2 første ledd nr. 9.
13. Hueck/Fastrich i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 6, Rn. 5.
14. Se nedenfor under punkt b).

ledere kunne treffe en beslutning om dette.¹⁵

b) Tilsetting

Daglig leder i et norsk AS tilsettes av styret.¹⁶ Det kan derimot fastlegges i vedtektene at generalforsamlingen eller bedriftsforsamlingen, dersom selskapet har en bedriftsforsamling,¹⁷ skal inneha denne tilsettingsmyndigheten.¹⁸ Daglig leder i et norsk ASA tilsettes også av styret. Det kan imidlertid også her fastlegges i vedtektene at daglig leder skal tilsettes av bedriftsforsamlingen eller av generalsforsamlingen dersom selskapet ikke har bedriftsforsamling.¹⁹ Myndigheten til å tilsette daglig leder i norske selskaper ligger altså som hovedregel hos styret.

I et tysk GmbH tilsettes derimot daglig leder i utgangspunktet av selskapets generalforsamling.²⁰ Det er imidlertid adgang til å fastlegge i vedtektene at tilsettingsmyndigheten skal tilligge andre selskapsorgan.²¹ Dersom selskapet har flere enn 2.000 ansatte, må en tilsynskomite²² opprettes i selskapet.²³ Kun i slike tilfeller må daglig leder²⁴

tilsettes av denne tilsynskomiteen.²⁵ Myndigheten til å tilsette daglig leder i et tysk GmbH ligger dermed som utgangspunkt hos selskapets generalforsamling.

c) Tilsetting og ansettelse

Etter norsk rett sonderer man ikke mellom tilsetting og ansettelse av daglig leder.²⁶ Etter tysk rett derimot er tilsetting²⁷ og ansettelse²⁸ to helt forskjellige ting.²⁹

Tilsetting av daglig leder i et tysk GmbH innebærer at en person har fått en selskapsrettslig posisjon innenfor det tyske GmbH'et, og dermed har blitt et selskapsorgan i GmbH'et. Tilsetting er således et selskapsrettslig uttrykk.³⁰ Ansettelse av en daglig leder innebærer at GmbH'et har inngått en ansettelsesavtale med vedkommende. Ansettelse er altså et arbeidsrettslig

derimot et tysk GmbH ha en tilsynskomite dersom GmbH'et har flere enn 500 ansatte. Dersom GmbH'et har flere enn 500, men mindre enn 2.000 ansatte, fastlegger den tyske Drittelbeteiligungsgesetz / trededelmedvirkningsloven hvordan tilsynskomiteen skal opprettes og hvilke oppgaver denne skal utføre; dersom GmbH'et har flere enn 2.000 ansatte, fastlegger den tyske Mitbestimmungsgesetz / bedriftsdemokratiloven hvordan tilsynskomiteen skal opprettes og hvilke oppgaver denne skal utføre.

15. Marsch-Barner/Diekmann i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 41, Rn. 12.
16. Asl. § 6-2 annet ledd og asal. § 6-2 annet ledd.
17. Se nedenfor under punkt 3. a).
18. Asl. § 6-2 annet og tredje ledd.
19. Asal. § 6-2 annet ledd.
20. GmbHG § 46 nr. 5.
21. Zöllner i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 46, Rn. 34.
22. Som kan sammenlignes med en bedriftsforsamling i norske AS og ASA, se Mörsdorf, Ledelse og corporate governance i tyske og norske allmennaksjeselskaper, NTS 2008:2, s. 85, 87, vedrørende tilsynskomite i tyske AG og bedriftsforsamling i norske ASA.
23. Etter tysk selskapsrett har et tysk GmbH – i motsetning til et tysk AG – aldri en tilsynskomite. Etter tysk arbeidsrettslovgivning må
24. derimot et tysk GmbH ha en tilsynskomite dersom GmbH'et har flere enn 500 ansatte. Dersom GmbH'et har flere enn 500, men mindre enn 2.000 ansatte, fastlegger den tyske Drittelbeteiligungsgesetz / trededelmedvirkningsloven hvordan tilsynskomiteen skal opprettes og hvilke oppgaver denne skal utføre; dersom GmbH'et har flere enn 2.000 ansatte, fastlegger den tyske Mitbestimmungsgesetz / bedriftsdemokratiloven hvordan tilsynskomiteen skal opprettes og hvilke oppgaver denne skal utføre.
25. Dersom GmbH'et har flere enn 2.000 ansatte, må selskapet ha minst to daglig ledere, nemlig en vanlig daglig leder og en arbeidsdirektør.
26. Karsten Schmidt i Scholz, GmbHG, Köln, 10. utgave 2007, § 46, Rn. 69.
27. Se for eksempel Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 451, annen avsnitt under punkt 1.2.
28. »Bestellung«.
29. »Anstellung«.
30. Karsten Schmidt i Scholz, GmbHG, Köln, 10. utgave 2007, § 46, Rn. 70. Se også Moll, GmbHR-Kommentar, GmbHR 2008, s. 1261. Mörsdorf, Rechtsprobleme im Wirtschaftsverkehr mit Norwegen, RIW 2009, s. 597, 601.

uttrykk. Tilsetning og ansettelse av daglig leder skjer helt uavhengige av hverandre. Tilsetning av en person som daglig leder medfører ikke at det automatisk inngås en ansettelsesavtale med vedkommende.³¹ En person kan altså tilsettes som daglig leder uten å samtidig bli ansatt som daglig leder. Følgen av dette blir at daglig leder ikke har krav på de fordeler og godtgjørelser, herunder lønn, som følger av en ansettelsesavtale. Omvendt kan en person ansettes som daglig leder uten å samtidig bli tilsatt som daglig leder.³²

Denne sondringen mellom tilsetning og ansettelse er spesielt viktig når en daglig leder skal fjernes. En daglig leder i tyske GmbH kan nemlig ubegrunnet,³³ og med umiddelbar virkning,³⁴ avsettes fra sin posisjon som selskapsorgan. En slik avsettelse medfører likevel ikke en automatisk avslutning av ansettelsesavtalen inngått mellom selskapet og daglig leder. Ansettelsesavtalen kan kun avsluttes, dvs. at daglig leder bare kan sies opp av selskapet i overensstemmelse med vilkårene fastsatt i ansettelsesavtalen, herunder den avtalte oppsigelsesfristen.³⁵ Dette medfører at daglig leder – selskapsrettslig – kan bli avsatt som daglig leder med umiddelbar virkning, samtidig som ansettelsesavtalen består til utløpet av

oppsigelsesfristen. Selv om selskapet ikke ønsker at daglig leder fortsetter i sin stilling, og at han av denne grunn ikke lenger arbeider i selskapet, kan vedkommende likevel kreve blant annet lønn til utløpet av oppsigelsesfristen. For å unngå en slik situasjon, kan det derfor fastsettes i ansettelsesavtalen at en selskapsrettslig avsettelse av daglig leder samtidig innebærer en umiddelbar avslutning av vedkommendes ansettelsesavtale.³⁶

Ettersom daglig leder i tyske GmbH tilsettes av generalforsamlingen,³⁷ ligger myndigheten til både å ansette og å si opp³⁸ daglig leder i tyske GmbH også hos generalforsamlingen.³⁹

3. Daglig leder i henhold til selskapsretten

Både norsk⁴⁰ og tysk⁴¹ selskapsrett skiller mellom selskapets interne beslutningsmyndighet (forvaltning, ledelse) og myndigheten til å representere selskapet utad.

a) Forvaltning og ledelse

Norske AS og ASA har som regel alltid tre selskapsorgan, nemlig en generalforsamling hvor aksjeeierne utøver den øverste myndighet i selskapet,⁴² et styre⁴³ og en daglig

31. Marsch-Barner/Diekmann i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 43, Rn. 16.
32. Dette er imidlertid veldig uvanlig; dessuten vil en person som er ansatt som daglig leder, som regel i henhold til ansettelsesavtalen kunne kreve å bli tilsatt som daglig leder.
33. Schuhmann, Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2007, s. 305.
34. GmbHG § 38 (1).
35. Partene i ansettelsesavtalen, dvs. GmbH og daglig leder, kan selvfølgelig alltid avtale at ansettelsesavtalen skal avsluttes med umiddelbar virkning eller på en nærmere bestemt dato.

36. Karsten Schmidt i Scholz, GmbHG, Köln, 10. utgave 2007, § 46, Rn. 70.
37. Se ovenfor under punkt b).
38. Og til å avsette daglig leder fra sin posisjon som selskapsorgan.
39. Moll, Arbeitsverhältnis nach »Beförderung« zum Organmitglied, GmbHR 2008, s. 1024, 1027.
40. Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 439.
41. Zöllner/Noack i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 35, Rn. 5.
42. Asl. § 5-1 og asal. § 5-1.
43. Asl. § 6-1 første ledd og asal. § 6-1 første ledd.

leder.⁴⁴ Selskaper med flere enn 200 ansatte skal i tillegg ha et fjerde organ, nemlig en bedriftsforsamling.⁴⁵ Styret er ansvarlig for forvaltningen av selskapet.⁴⁶ Daglig leder er derimot kun ansvarlig for den daglige ledelsen av selskapets virksomhet, og skal derfor følge de retningslinjer og pålegg som styret har fastsatt.⁴⁷ Daglig leder har altså ikke ansvar for saker som etter selskapets forhold er av uvanlig art eller av stor betydning.⁴⁸ Den daglige ledelsen omfatter med andre ord ikke disposisjoner som er av vesentlig betydning for selskapet, dersom de etter sin art ligger så langt utenfor selskapets egentlige virksomhet at de må karakteriseres som uvanlige.⁴⁹

Tyske GmbH har derimot kun to selskapsorgan,⁵⁰ nemlig en generalforsamling som er selskapets øverste myndighet,⁵¹ og en⁵² eller flere⁵³ daglige ledere.⁵⁴ Etter

tysk selskapsrett er ikke selskapets interne beslutningsmyndighet fordelt mellom et styre (forvaltning) og en eller flere daglige ledere (daglig ledelse).⁵⁵ I tyske GmbH er daglig leder ansvarlig for hele forvaltningen av selskapet,⁵⁶ herunder de oppgaver som faller innenfor den daglige ledelsen etter norsk selskapsrett. Daglig leder i tyske GmbH er dermed alene ansvarlig for hele forvaltningen av selskapet, mens daglig leder i norske AS og ASA kun er ansvarlig for en del av forvaltningen, nemlig den daglige ledelsen.

b) Representasjon

Styret i norske AS og ASA har ansvar for å representere selskapet utad.⁵⁷ Daglig leder i norske AS og ASA representerer imidlertid selskapet utad i saker som inngår i den daglige ledelsen.⁵⁸ Daglig leder i norske selskaper har på denne måten kun en begrenset representasjonsevne.

Etter tysk selskapsrett derimot, er ikke representasjonsevnen fordelt mellom styret og daglig leder. Det er heller ingen begrensning av representasjonsevnen hva angår saker som inngår i den daglige ledelsen. I tyske GmbH er det nemlig kun daglig leder som representerer selskapet utad.⁵⁹ Daglig

44. I et norsk AS med aksjekapital på mindre enn NOK 3.000.000 kan styret bestemme at selskapet ikke skal ha daglig leder, se ovenfor under punkt 2.a).
45. Asl. § 6-35 første ledd og asal. § 6-35 første ledd. Det kan imidlertid avtales mellom selskapet og et flertal av de ansatte eller fagforeninger at selskapet ikke skal ha bedriftsforsamling, jf. asl. § 6-35 annet ledd og asal. § 6-35 annet ledd.
46. Asl. § 6-12 første ledd og asal. § 6-12 første ledd.
47. Asl. § 6-14 første ledd og asal. § 6-14 første ledd.
48. Asl. § 6-14 annet ledd og asal. § 6-14 annet ledd.
49. Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 506.
50. Med mindre et tilsynsorgan må opprettes etter tysk arbeidsrettslovgivning eller dersom vedtektene fastlegger at videre organ som for eksempel et – frivillig – tilsynsorgan skal opprettes.
51. Zöllner i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 46, Rn. 6.
52. Dersom GmbH har flere enn 2.000 ansatte, må selskapet ha minst to daglig ledere, nem-

lig en vanlig daglig leder og en arbeidsdirektør.

53. Dersom GmbH har flere daglige ledere, oppfates de som ett selskapsorgan.
54. Zöllner/Noack i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 35, Rn. 2.
55. Dette gjelder også andre tyske selskaper, for eksempel det tyske AG, se Mörsdorf, Ledelse og corporate governance i tyske og norske allmennaksjeselskaper, NTS 2008:2, s. 85, 86.
56. Schneider i Scholz, GmbHG, Köln, 10. utgave 2007, § 35, Rn. 11.
57. Asl. § 6-30 og asal. § 6-30.
58. Asl. § 6-32 og asal. § 6-32.
59. GmbHG § 35 (1).

leders representasjonsevne er etter loven⁶⁰ ubegrenset og kan – med virkning utad – heller ikke begrenses i selskapets vedtekter eller på annen måte.⁶¹ Ultra-vires-doktrinen anvendes ikke i tysk selskapsrett.⁶² Disposisjoner foretatt av daglig leder i et tysk GmbH på vegne av selskapet er derfor alltid⁶³ bindende for selskapet. Dersom daglig leder i et norsk AS eller ASA på vegne av selskapet har foretatt disposisjoner i saker som ikke inngår i den daglige ledelsen, vil disposisjonene derimot ikke være bindende for selskapet når selskapet godtgjør at medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at representasjonsevnen ble over-skredet, og det ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonene gjeldende.⁶⁴

Ettersom daglig leder i norske AS og ASA kun representerer selskapet utad i saker som inngår i den daglige ledelsen, og derfor kun har begrenset representasjonsevne, er det mulig å utvide⁶⁵ daglig leders representasjonsevne ved å gi vedkommende fullmakt til å representere selskapet.⁶⁶ Al-

ternativt kan daglig leder gis prokura,⁶⁷ dvs. fullmakt til å opptre på vegne av selskapet i alt som hører til driften av dette.⁶⁸ Etter tysk rett er dette ikke tilfelle. Ettersom daglig leder i tyske GmbH allerede har ubegrenset representasjonsevne, er det verken mulig eller nødvendig å gi vedkommende tilleggsfullmakt eller tilleggsprokura. Fullmakt og prokura kan derimot selvfølgelig gis til personer i andre stillinger i tyske GmbH.

4. Daglig leder i henhold til arbeidsretten

a) Daglig leder som arbeidstaker

I henhold til den norske arbeidsmiljøloven⁶⁹ anses daglig leder i norske AS og ASA som arbeidstaker med selskapet som arbeidsgiver.⁷⁰ Den rettslige begrunnelsen er at daglig leder utøver arbeid i selskapets tjeneste. Daglig leder i norske AS og ASA er således både selskapsorgan og arbeidstaker.⁷¹ Det faktum at daglig leder i kraft av sin posisjon som selskapsorgan må overholde arbeidsgivers plikter som fremgår av arbeidsmiljø-

60. GmbHG § 37 (2).

61. Schneider i Scholz, GmbHG, Köln, 10. utgave 2007, § 35, Rn. 23; Heidenhein i Münchner Vertragshandbuch Band 1 – Gesellschaftsrecht, München, 2005, IV. 52., nr. 3.

62. Zöllner/Noack i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 18. utgave 2006, § 35, Rn. 80.

63. Det finnes noen få unntak i tilfelle av misbruk av representasjonsevnen. Unntakene har derimot liten praktisk betydning, se for eksempel den tyske høyesterett i sivilsaker (BGH), avgjørelse datert 10. april 2006 i saken II ZR 337/05.

64. Asl. § 6-33 og asal. § 6-33.

65. Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 557: representasjonsevne som følger av fullmakt og prokura antakelig går noe videre enn stillingsfullmakt.

66. Asl. § 6-31 første ledd og asal. § 6-31 første ledd.

67. Etter lov 21. juni 1985 nr. 80 om prokura («prokuraloven»).

68. Prokuraloven § 1.

69. Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. («aml.»).

70. Smith Ulseth, Daglig leders stillingsvern. Samspill og kollisjon mellom selskapsrett og arbeidsrett, Arbeidsrett 2006, nr. 3, s. 186, 187. Dersom daglig leder eier 50 % eller flere av aksjene i selskapet, kan daglig leder imidlertid ikke anses som arbeidstaker i arbeidsmiljølovens forstand, se Smith Ulseth, s. 188.

71. Smith Ulseth, Daglig leders stillingsvern. Samspill og kollisjon mellom selskapsrett og arbeidsrett, Arbeidsrett 2006, nr. 3, s. 186, 187.

loven,⁷² er altså ikke til hinder for at vedkommende selv også kan være arbeidstaker.

Daglig leder i tyske GmbH er derimot ikke arbeidstaker.⁷³ I henhold til tysk rettspraksis og rettsteori skyldes dette at daglig leder i tyske GmbH, i medhold av en arbeidsrettslig styringsrett, ikke kan instrueres⁷⁴ om hvordan selskapet skal forvaltes,⁷⁵ og videre at daglig leder er et selskapsorgan og selv utøver arbeidsgiveroppgaver.⁷⁶

b) Oppsigelsesvern

Etter den norske arbeidsmiljøloven må en oppsigelse være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.⁷⁷ Denne regelen er den mest sentrale bestemmelsen hva angår arbeidstakers oppsigelsesvern. Bestemmelsen gjelder

alle arbeidstakere, uavhengig av om vedkommende har en overordnet eller underordnet stilling.⁷⁸ Det må foretas en konkret saklighetsvurdering i det enkelte tilfellet. Selv om den på enkelte punkt kan stilles strengere krav til en daglig leder enn til en alminnelig arbeidstaker,⁷⁹ må det altså påvises saklig grunn for å si opp en daglig leder.⁸⁰ En daglig leder nyter dermed i prinsippet godt av oppsigelsesvernet i den norske arbeidsmiljøloven.⁸¹ I praksis er likevel oppsigelsesvern ofte ikke et aktuelt spørsmål for daglige ledere. Dette skyldes at det i de fleste tilfeller blir inngått forhåndsavtaler («etterlønnsklausuler»)⁸² mellom selskapet og daglig leder hvor sistnevnte frasier seg oppsigelsesvernet mot etterlønn ved fratreden.⁸³

Oppsigelsesvernet i Tyskland er kodifisert i den tyske oppsigelsesvernloven⁸⁴. Etter denne loven kan en arbeidstaker ikke sies opp uten at det er begrunnet i arbeidstakeren forhold, vedkommendes oppførsel eller i viktige forretningsmessige forhold som er til hinder for å beholde arbeidstakeren i virksomheten.⁸⁵ Det frem-

72. Fougner/Holo, *Arbeidsmiljøloven*, Oslo, 2. utgave 2008, s. 118.

73. Thüsing i Henssler Willemsen Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, Köln, 2. utgave 2006, vor § 611, Rn. 95; Zöllner/Noack i *Baumbach/Hueck, GmbHG*, München, 18. utgave 2006, § 35, Rn. 175. Se også den tyske høyesterett i arbeidsrettslige saker (BAG), avgjørelse datert 14. juni 2006 i saken 5 AZR 592/05, og avgjørelse datert 20. august 2003 i saken 5 AZR 79/02. Det finnes også tysk lovgivning som eksplisitt fastsetter at daglig leder ikke er arbeidstaker, for eksempel i den tyske *Arbeitsgerichtsgesetz / arbeitsvisteloven* § 5 (1) 3.

74. Pods/Thies i Henssler Willemsen Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, Köln, 2. utgave 2006, § 14 KSchG, Rn. 5.

75. Generalforsamlingen kan instruere daglig leder til enhver tid, jf. GmbHG § 37 (1). Denne instruksjonsadgangen følger imidlertid av daglig leders organstilling innenfor myndighetssystemet i tyske GmbH hvor generalforsamlingen er selskapets øverste myndighet, og ikke av en arbeidsrettslig styringsrett, se Schneider i Scholz, *GmbHG*, Köln, 10. utgave 2007, § 35, Rn. 176.

76. Kamanabrou, *Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung*, DB 2002, s. 146, 147.

77. Aml. § 15-7 første ledd.

78. Fougner/Holo, *Arbeidsmiljøloven*, Oslo, 2. utgave 2008, s. 781.

79. Fougner/Holo, *Arbeidsmiljøloven*, Oslo, 2. utgave 2008, s. 781.

80. Fougner/Holo, *Arbeidsmiljøloven*, Oslo, 2. utgave 2008, s. 728.

81. Smith Ulseth, *Daglig leders stillingsvern. Samspill og kollisjon mellom selskapsrett og arbeidsrett*, *Arbeidsrett* 2006, nr. 3, s. 186, 192 og 197.

82. En typisk formulering er: »Under henvisning til arbeidsmiljølovens § 15-16 annet ledd, er partene enige om at daglig leder frasier seg rettigheter iht. samme lovs kapittel 15, herunder vernet mot usaklig oppsigelse, slik som nærmere beskrevet i denne avtalen mot å motta etterlønn«.

83. Fougner/Holo, *Arbeidsmiljøloven*, Oslo, 2. utgave 2008, s. 868.

84. *Kündigungsschutzgesetz* («KSchG»).

85. KSchG § 1 (2).

kommer imidlertid direkte av loven at daglig leder i tyske GmbH ikke er vernet av disse oppsigelsesreglene.⁸⁶ Daglig leder i tyske GmbH har altså ikke noe vern mot oppsigelse under den tyske oppsigelsesvernloven.⁸⁷ På den annen side må oppsigelsesfristen fastsatt i ansettelsesavtalen selvfølgelig etterkommes.⁸⁸

c) Virksomhetsoverdragelse

Både norsk⁸⁹ og tysk⁹⁰ rett har regler om arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av hele eller deler av en virksomhet.⁹¹ Disse reglene er basert på europeisk rett.⁹² I tilfelle av en slik overdragelse vil arbeidstakers rettigheter og plikter som forelå på overdragelsestidspunktet, overføres fra den overdragende arbeidsgiveren til den ervervende.⁹³ Overdragelsen er ikke i seg selv grunn for oppsigelse eller avskjed fra den tidligere eller den nye arbeidsgiveren.⁹⁴ I europeisk rett⁹⁵ er arbeidstakerbegrepet definert som enhver person som i den berørte medlemsstat er beskyttet som arbeidstaker i henhold til nasjonal arbeidsrett.

Europeisk rett henviser altså til nasjonal rett.⁹⁶

Ettersom daglig leder anses som arbeidstaker etter norsk rett, vernes daglig leder i norske AS og ASA av virksomhetsoverdragelsesreglene⁹⁷ og overføres til den ervervende arbeidsgiveren ved en overdragelse. Daglig leder i norske AS og ASA har med andre ord rett til å opprettholde sin stilling overfor den ervervende arbeidsgiveren. Dette kan medføre at den ervervende arbeidsgiveren har flere daglige ledere, som igjen kan resultere i en nedbemanningsprosess. Forutsatt at nedbemanningen gjennomføres forsvarlig og oppfyller saklighetskravet,⁹⁸ vil oppsigelse av en daglig leder ikke være i strid med reglene om virksomhetsoverdragelse. Begrunnelsen er at oppsigelsen ikke skyldes virksomhetsoverdragelsen, men en overtallighetssituasjon.

Etter tysk rett er det helt annerledes. Daglig leder i tyske GmbH omfattes som nevnt ikke av arbeidstakerbegrepet.⁹⁹ Dette gjelder også i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse.¹⁰⁰ Daglig leder i tyske GmbH vernes derfor ikke av virksomhets-

86. KSchG § 14 (1) nr. 1.

87. Pods/Thies i Henssler Willemsen Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Köln, 2. utgave 2006, § 14 KSchG, Rn. 1.

88. Se ovenfor under punkt 2. c).

89. Aml. Kapittel 16.

90. Bürgerliches Gesetzbuch / tysk privatrettsloven (»BGB«) § 613a.

91. For eksempel i tilfelle av oppkjøp av en virksomhet ved en asset deal.

92. Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 som avløste tidligere direktiver, se Fougner/Holo, Arbeidsmiljøloven, Oslo, 2. utgave 2008, s. 872, og Willemsen i Henssler Willemsen Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Köln, 2. utgave 2006, § 613a BGB, Rn. 1.

93. Aml. § 16-1 og BGB § 613a (1).

94. Aml. § 16-4 og BGB § 613a (4).

95. Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 art. 2 nr. d).

96. For eksempel til aml. § 1-8 første ledd. Der som nasjonal rett unntar arbeidstakere som etter europeisk rett skal omfattes, vil imidlertid den europeiske retten gå foran, se Fougner/Holo, Arbeidsmiljøloven, Oslo, 2. utgave 2008, s. 915, og Willemsen i Henssler Willemsen Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Köln, 2. utgave 2006, § 613a BGB, Rn. 2 og 12.

97. Fougner/Holo, Arbeidsmiljøloven, Oslo, 2. utgave 2008, s. 917: den tradisjonelle avgrensingen i henhold til aml. § 1-8 er direkte bestemmende for den tilsvarende avgrensingen av aml. kapittel 16 (arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse).

98. Se ovenfor under punkt b).

99. Se ovenfor under punkt a).

100. Tysk høyesterett i arbeidsrettslige saker (BAG), avgjørelse datert 13. februar 2003 i saken 8 AZR 654/01.

verdragelsesreglene¹⁰¹ og forblir hos den overdragende arbeidsgiveren ved en overdragelse. Daglig leder i tyske GmbH har med andre ord ikke rett til å opprettholde sin stilling som daglig leder i den ervervende virksomheten. Spørsmålet om en daglig leder kan sies opp fra den ervervende arbeidsgiveren stilles da ikke.

5. Oppsummering

Daglig leder i norske AS og ASA har en annen selskapsrettslig posisjon enn daglig leder i tyske GmbH. Det alminnelige og overordnede¹⁰² forvaltningsorganet i norske AS og ASA er selskapets styre, mens daglig leders myndighet er begrenset til den daglige ledelsen av selskapet. Daglig leder i tyske GmbH er derimot alene ansvarlig for hele forvaltningen av selskapet, herunder den daglige ledelsen. Dette gjelder tilsvarende for representasjonsevnen i norske AS og ASA på den ene siden og i tyske GmbH på den andre side. Daglig leders representasjonsevne i norske selskaper er nemlig begrenset til saker som inngår i den daglig ledelsen, mens daglig leder i tyske GmbH representerer selskapet i alle sammenhenger.

Arbeidsrettslig anses daglig leder i norske AS og ASA som arbeidstaker. I tyske GmbH er det derimot motsatt. Daglig leder i tyske GmbH anses ikke som arbeidstaker. Dette medfører at daglig leder i norske selskaper, i motsetning til daglig leder i tyske GmbH, omfattes av oppsigelsesvernet, samt av det vernet som oppstår i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse.

Daglig leder (Geschäftsführer) i tyske GmbH kan på denne bakgrunn sammenlignes med styret i norske selskaper. Styret er nemlig det øverste forvaltnings- og representasjonsorganet i norske selskaper og tilsvarende på denne måten daglig leders posisjon i tyske GmbH. Fordi daglig leder i tyske GmbH¹⁰³ tilsvarende styret i norske AS og ASA, finnes det i realiteten ikke et selskapsorgan i tysk selskapsrett som tilsvarende daglig leder som selskapsorgan i norsk selskapsrett. På grunn av denne selskapsrettslige forskjellen og på grunn av de arbeidsrettslige forskjellene er det problematisk å oversette det norske uttrykket »daglig leder« til det tyske uttrykket »Geschäftsführer«, og tilsvarende det tyske uttrykket »Geschäftsführer« til det norske uttrykket »daglig leder«. En mulig løsning kan være å oversette uttrykket »daglig leder« til »Geschäftsleiter«,¹⁰⁴ samt tilsvarende oversette uttrykket »Geschäftsführer« til »direktør«.

101. Willemsen i Henssler Willemsen Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Köln, 2. utgave 2006, § 613a BGB, Rn. 224.

102. Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, Oslo, 2. utgave 2004, s. 489.

103. Og forvaltningsorgan (Vorstand) i tyske AG.

104. Eller »Verwaltungsdirektor«.