

01.07.2021

Antwort

der Landesregierung

auf die Kleine Anfrage 5554 vom 4. Juni 2021
der Abgeordneten Wibke Brems BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Drucksache 17/13970

Warum wurde das Gutachten zur Wirtschaftlichkeit der EnergieAgentur.NRW geändert?

Vorbemerkung der Kleinen Anfrage

Die Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage 5275 (Drucksache 17/13751), zum Gutachten „Variantenvergleich und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für eine künftige Energie-Agentur.NRW ab 2022“ wirft mehr Fragen auf, als Antworten zu geben. So stellt sich die Frage, warum die Studie bis zur endgültigen Version von April 2020 zwei Mal überarbeitet werden musste. Welche Gründe führten dazu, dass weitere Varianten für die Struktur einer künftigen Energie- und Klimaagentur in den Vergleich aufgenommen wurden? Und wie genau wurden die Bewertungskriterien zwischen den Versionen verändert, dass das Ergebnis ein gänzlich anderes war? Die Landesregierung sollte diese Fragen transparent beantworten, damit nicht der Eindruck entsteht, die Landesregierung habe so lange die Studienparameter geändert, bis das aus ihrer Sicht gewünschte Ergebnis herauskommt.

Der Minister für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie hat die Kleine Anfrage 5554 mit Schreiben vom 1. Juli 2021 namens der Landesregierung beantwortet.

- 1. Vor dem Hintergrund der Antwort der Landesregierung auf die Frage 1 der Kleinen Anfrage 5275: Warum genau wurden die Ergebnisse nicht mit einer Sensitivitätsanalyse auf ihre Robustheit bzw. Abhängigkeit einzelner qualitativer Bewertungen überprüft?***

Im Rahmen der Beauftragung wurden mögliche Umsetzungs- und Organisationsmodelle daraufhin untersucht, ob sie den Anforderungen des Landes für eine künftige Energieagentur entsprechen. Die Würdigung der relevanten Rechtsgebiete inklusive Darstellung der Risiken ist wesentlicher Kern der Untersuchung. Eine Sensitivitätsanalyse hätte zu keiner robusteren Einschätzung geführt. Die Modulation von Varianten hätte lediglich den Entscheidungsfindungsprozess verkompliziert, ohne jedoch im Ergebnis zu einer anderen Entscheidung zu führen.

2. Vor dem Hintergrund der Antwort der Landesregierung auf die Frage 2 der Kleinen Anfrage 5275: An welchen konkreten Punkten unterscheiden sich die Vorabversion von November 2019 respektive Januar 2020 von der Endversion der Studie aus April 2020? (Bitte konkrete Textpassagen wiedergeben)

Im ersten Entwurf von November 2019 sind zunächst vier beauftragte Varianten (Varianten 1 bis 4 des aktuellen Endberichts) dargestellt. Der Entwurf von Januar 2020 unterscheidet sich textlich an allen Stellen des Berichts, in denen die Varianten 5 und 6 neu hinzugekommen sind. Damit zusammenhängend wurde das Kapitel 4.10 „Markenrecht für Variante 6“ der Nutzwertanalyse ergänzt. Darüber hinaus wurden im Vergleich zur ersten Entwurfsfassung einzelne Aktualisierungen und Ergänzungen sowie sprachliche Korrekturen vorgenommen (siehe dazu Anlage 1).

Umfangreichere Ergänzungen bzw. Ausarbeitungen wurden in Bezug auf das Arbeitsrecht vorgenommen (siehe Anlage 2). Der Entwurf von April 2020 unterscheidet sich textlich an allen Stellen des Berichts, in denen die Variante 7 neu hinzugekommen ist. Weitere inhaltliche Änderungen oder Ergänzungen wurden nicht vorgenommen. Änderungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung können der Gegenüberstellung der Ergebnisse in Anlage 3 entnommen werden.

3. Vor dem Hintergrund der Antwort der Landesregierung auf die Frage 3 der Kleinen Anfrage 5275: Welche Beweggründe innerhalb der Landesregierung führten dazu, dass die Varianten 5 bis 7 nachträglich in den Vergleich aufgenommen wurden?

Die Varianten 2 bis 4 sahen die Ziehung der Kaufoption vor. Aufgrund der im Gutachten beschriebenen Risiken hat die Landesregierung die zu untersuchenden Varianten auf solche ohne Kaufoption ausgeweitet. Die Erweiterung hat die Entscheidungsgrundlage vervollständigt und hat damit insbesondere auch den Anforderungen von § 7 LHO entsprochen.

4. Vor dem Hintergrund der Antwort der Landesregierung auf die Frage 3 der Kleinen Anfrage 5275: Welche Bewertungskriterien wurden wie genau von den Vorabversionen aus November 2019 respektive Januar 2020 gegenüber der Endversion aus April 2020 mit welchen konkreten Auswirkungen auf die Ergebnisse geändert? (Bitte um vergleichende Darstellung)

In die Version von Januar 2020 wurde ein neues Bewertungskriterium „Übrige Rechtsrisiken“ aufgenommen. Des Weiteren wurde die Gewichtung angepasst. Eine Gegenüberstellung der Kriterien wie auch der Ergebnisse findet sich in Anlage 4. Das Beibehalten der Gewichtung in der Version von April 2020 aus der Version von Januar 2020 hätte dazu geführt, dass weiterhin die Varianten 3 und 5 mit 2,72 Punkten knapp vor den Varianten 2 und 7 mit 2,56 Punkten gelegen hätten.

Im Ergebnis lagen bei jeder Berichtsversion entweder die Landesgesellschaft (mit oder ohne Kaufoption) oder die private Gesellschaft/Vertragsmodell (mit oder ohne Kaufoption) nach Punkten vorn. Wie in der Antwort auf die Kleine Anfrage 5275 (LT-Drs. 17/13751) bereits beschrieben, wurden eben diese beiden Varianten bis zuletzt diskutiert.

- 5. Vor dem Hintergrund der Antwort der Landesregierung auf die Frage 4 der Kleinen Anfrage 5275: Inwiefern unterscheiden sich die Ergebnisse der vorgenannten Studie von einem vergleichbaren Variantenvergleich verschiedener Organisationsmodelle und einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für die EnergieAgentur.NRW im Jahr 2013 desselben Auftragnehmers? (Sofern beide Studien zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen, bitte diese Unterschiede bewerten)**

Die Ergebnisse unterscheiden sich insofern grundsätzlich voneinander, als dass die Rahmenbedingungen im Erstellungsjahr 2013 und damit auch die untersuchten Varianten andere waren. So war die EnergieAgentur.NRW GmbH zum Zeitpunkt der Untersuchung nur eine „leere Hülle“ ohne eigenes Personal. Der damalige Vertrag sah keine Kaufoption vor. Eine rein landesfinanzierte Variante war laut Bericht „nicht darstellbar“. Die EFRE-Förderung insbesondere mit Bezug auf das Risiko einer Großprojektförderung war zentraler Bewertungsgegenstand. Es wurden vier Modelle (Eigengesellschaft, Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, Vertragsmodell mit Einbindung einer privaten Gesellschaft, Vertragsmodell) mit insgesamt zehn Untervarianten untersucht. Eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung wurde erst in einer zweiten Phase und nur für die drei bestplatzierten Modelle vorgenommen. Im Ergebnis lag das Konzept ÖPP-Partnerschaftsmodell (Variante Rahmenvertrag) knapp vor dem institutionellen ÖPP-Modell (Variante Gründung und Rahmenvertrag) und dem Eigengesellschaftsmodell.

Eine Sensitivitätsanalyse wurde auch hier nicht durchgeführt, allerdings haben Sensitivitätsrechnungen laut Bericht ergeben, dass das Bewertungsmodell bei einer Veränderung der Gewichtung der einzelnen Kriterien sensibel reagiert habe. Der Bericht resümiert daraufhin: „Die Gewichtung der Bewertungskriterien ist jedoch letztlich eine Frage der strategischen Prioritätensetzung, die durch das Land NRW zu beantworten ist.“

Anhang 1 zu

Kleine Anfrage 5554 der Abgeordneten Wibke Brems der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN „Warum wurde das Gutachten zur Wirtschaftlichkeit der EnergieAgentur.NRW geändert?“, LT-Drs. 17/13970

Gegenüberstellung beispielhafter Änderungen der Entwurfsversionen von November 2019 und Januar 2020 des Variantenvergleichs für eine künftige EnergieAgentur.NRW ab 2022*

	Entwurfsversion vom 15. November 2019	Entwurfsversion vom 20. Januar 2020
2.2.3 Rahmenvertrag und Einzelaufträge	Zwischenzeitlich wurde im September 2019 seitens des MWIDE entschieden, die Option zur Verlängerung des Rahmenvertrags um ein Jahr zu ziehen. Der Rahmenvertrag und die Einzelaufträge laufen mithin nunmehr bis zum 31.12.2021.	Zwischenzeitlich wurde mit Schreiben des MWIDE vom 13.11.2019 die Option zur Verlängerung des Rahmenvertrags gegenüber der EA.NRW gezogen. Der Rahmenvertrag und die Einzelaufträge laufen mithin nunmehr bis zum 31.12.2021.
4.1.1 Landeshaushaltsrecht bei Variante 1	Von den nachstehend beschriebenen Besonderheiten zu Landesbetrieben abgesehen, müssten in allen Untervarianten im Haushaltsplan der kommenden Jahre unter Berücksichtigung der Vorgaben der LHO-NRW die notwendigen Mittel für Personal (Planstellen) sowie die sachliche Ausstattung eingestellt.	Von den nachstehend beschriebenen Besonderheiten zu Landesbetrieben abgesehen, müssten in allen Untervarianten im Haushaltsplan der kommenden Jahre unter Berücksichtigung der Vorgaben der LHO-NRW die notwendigen Mittel für Personal (Planstellen) sowie die sachliche Ausstattung eingestellt bzw. die erforderlichen Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt werden.

	<p>Ferner wären je nach konkreter Größe einer eingegliederten EnergieAgentur.NRW auch Mittel zur Beauftragung Dritter in den Haushaltsplänen vorzusehen, um eine Beauftragung dieser Dritten (Unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben) zu ermöglichen.</p>	<p>Ferner wären je nach konkreter Größe einer eingegliederten EnergieAgentur.NRW auch Mittel zur Beauftragung Dritter in den Haushaltsplänen vorzusehen, um eine Beauftragung dieser Dritten (Unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben) zu ermöglichen.</p>
<p>4.8.4 Gesellschaftsrecht für Variante 4</p>	<p>Wird ein Gemischtwirtschaftliches Modell angestrebt, gibt es ebenfalls zwei denkbare Wege. Entweder übt das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption aus und veräußert im Anschluss eine bestimmte Anzahl der Geschäftsanteile an den privaten Dritten. Alternativ hierzu können zwischen den jetzigen Gesellschaftern und dem neuen privaten Gesellschafter sowie dem Land Nordrhein-Westfalen jeweils Geschäftsanteilskaufverträge über bestimmte Geschäftsanteile abgeschlossen werden.</p>	<p>Wird ein Gemischtwirtschaftliches Modell angestrebt, gibt es ebenfalls zwei denkbare Wege. Entweder übt das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption aus und veräußert im Anschluss eine bestimmte Anzahl der Geschäftsanteile an den privaten Dritten. Alternativ hierzu können zwischen den jetzigen Gesellschaftern und dem neuen privaten Gesellschafter sowie dem Land Nordrhein-Westfalen jeweils Geschäftsanteilskaufverträge über bestimmte Geschäftsanteile abgeschlossen werden.</p> <p>Für letztere Alternative ist die Mitwirkung der jetzigen Gesellschafter der EA.NRW</p>

		erforderlich, eine direkte vertragliche Verpflichtung der agiplan GmbH und der ee energy engineers GmbH zum Verkauf der Geschäftsanteile besteht insoweit nicht.
--	--	---

* Änderungen sind grau unterlegt.

Zwischen der Entwurfsversion von Januar 2020 und der finalen Version von April 2020 (abrufbar unter www.wirtschaft.nrw/NRWEnergy4Climate) gab es keine weiteren inhaltlichen Änderungen oder Ergänzungen.

Anhang 2 zu

Kleine Anfrage 5554 der Abgeordneten Wibke Brems der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN „Warum wurde das Gutachten zur Wirtschaftlichkeit der EnergieAgentur.NRW geändert?“, LT-Drs. 17/13970

Gegenüberstellung des Kapitels 4.7 – Arbeitsrecht der Entwurfsversionen von November 2019 und Januar 2020 des Variantenvergleichs für eine künftige EnergieAgentur.NRW ab 2022*

	Entwurfsversion vom 15. November 2019	Entwurfsversion vom 20. Januar 2020
4.7.1 Arbeitsrecht für Variante 1 - Eingliederung in die Verwaltung	<p>Die Eingliederung der Aufgaben der EA.NRW in die Verwaltung, sei es durch Übernahme der Aufgaben durch eine Behörde des Landes oder durch einen Landesbetrieb, stellt die Variante mit den größten arbeitsrechtlichen Unsicherheiten dar.</p> <p>Es kann nicht ohne weiteres sichergestellt werden, dass die in den Verträgen als Kernteam bezeichneten Arbeitnehmer ohne deren individuelle Zustimmung übernommen werden könnten.</p> <p>Der Übergang vom status quo (EA.NRW als privat gehaltene Gesellschaft) zu Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) kann entweder erfolgen, indem die Arbeitnehmer durch vertragliche Vereinbarung übernommen werden (in diesem Fall verbliebe die heutige EA.NRW-Gesellschaft quasi als leere Hülle bei den jetzigen Gesellschaftern) oder indem das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption ausübt und die EA.NRW im Anschluss daran auflöst und beendet oder im Wege einer umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung auf das Land.</p> <p>Im ersten Fall kann eine Überleitung der Arbeitsverhältnisse des Kernteams lediglich auf vertraglichem Wege erfolgen.</p>	<p>Die Eingliederung der Aufgaben der EA.NRW in die Verwaltung, sei es durch Übernahme der Aufgaben durch eine Behörde des Landes oder durch einen Landesbetrieb, stellt die Variante mit den größten arbeitsrechtlichen Unsicherheiten dar.</p> <p>Es kann nicht ohne weiteres sichergestellt werden, dass die in den Verträgen als Kernteam bezeichneten Arbeitnehmer ohne deren individuelle Zustimmung übernommen werden könnten.</p> <p>Der Übergang vom status quo (EA.NRW als privat gehaltene Gesellschaft) zu Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) kann entweder erfolgen, indem (1) die Arbeitnehmer vom Land übernommen werden (in diesem Fall verbliebe die heutige EA.NRW-Gesellschaft quasi als leere Hülle bei den jetzigen Gesellschaftern) oder (2) das Land die Kaufoption ausübt und die EA.NRW im Anschluss daran auflöst und beendet oder (3) im Wege einer umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung auf das Land.</p> <p>Im ersten Fall kann eine Überleitung der Arbeitsverhältnisse des Kernteams durch einzelvertragliche Vereinbarung in Form des Abschlusses entsprechender Arbeitsverträge</p>

Um für alle Parteien einen einvernehmlichen Übergang zu gewährleisten und insbesondere Auseinandersetzungen über Kündigungsfristen zu vermeiden, werden üblicherweise dreiseitige Verträge zwischen Arbeitnehmern, bisherigem Arbeitgeber und neuem Dienstherrn abgeschlossen.

Im zweiten Fall gehen zunächst die Geschäftsanteile in das Eigentum des Landes über. Das Land erwirbt die EA.NRW mit sämtlichen Arbeitnehmern. Im Anschluss an die Übernahme der Gesellschaft wären die Arbeitsverhältnisse dann in einem weiteren Schritt rechtlich aktiv zu überführen, indem das Land neue Arbeitsverträge mit allen Arbeitnehmern der EA.NRW abschließt.

In dritten Fall gehen sämtliche Arbeitsverhältnisse der EA.NRW wie bei einer Verschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf das Land über.

In den beiden erstgenannten Fällen können sich in der tatsächlichen Abwicklung Schwierigkeiten ergeben. So ist zunächst fraglich, ob alle Mitglieder des Kernteams gewillt sind, ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Land einzugehen.

erfolgen. Um für alle Parteien einen einvernehmlichen Übergang zu gewährleisten und insbesondere Auseinandersetzungen über Kündigungsfristen zu vermeiden, werden üblicherweise dreiseitige Überleitungsverträge zwischen Arbeitnehmern, bisherigem Arbeitgeber und neuem Dienstherrn abgeschlossen.

Im zweiten Fall gehen zunächst die Geschäftsanteile in das Eigentum des Landes über. Das Land erwirbt die EA.NRW mit sämtlichen Arbeitnehmern. Im Anschluss an die Übernahme der Gesellschaft wären die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der EA.NRW dann im Zuge der Auflösung und Beendigung der EA.NRW in einem weiteren Schritt rechtlich aktiv durch Abschluss entsprechender Arbeitsverträge auf das Land zu überführen.

In dritten Fall gehen sämtliche Arbeitsverhältnisse der EA.NRW nach §§ 174, 176 UmwG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Auflösung ohne Abwicklung auf das Land über. Das bedeutet, dass sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) samt allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten sowie sämtliche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten, die zwischen der EA.NRW und Dritten bestehen, grundsätzlich unverändert auf das Land übergehen, und zwar ohne dass eine Zustimmung des Vertragspartners bzw. Gläubigers erforderlich ist.

In allen Untervarianten können sich in der tatsächlichen Abwicklung Schwierigkeiten ergeben. So ist zunächst fraglich, ob alle Mitglieder des Kernteams gewillt sind, ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Land einzugehen.

	<p>Im Falle der Vermögensübertragung gehen die Arbeitsverhältnisse zwar zunächst im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über, den Arbeitnehmern steht aber in Folge des Betriebsübergangs ein außerordentliches Kündigungsrecht zu.</p> <p>Es besteht die Möglichkeit, dass die von den Mitgliedern des Kernteams erwarteten Arbeitsbedingungen, insbesondere Gehaltsvorstellungen, nicht ohne weiteres in die Begebenheiten des neuen Dienstherrn beziehungsweise Arbeitsgebers, der tarifvertraglichen Zwänge bzw. Zwängen des Personalrates ausgesetzt sein könnte, integriert werden können.</p> <p>Die einzelvertragliche Übernahme einzelner Arbeitnehmer kann in den beiden erstgenannten Fällen zu einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB führen. Auch bei einer umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung findet § 613a BGB in Verbindung mit § 324 UmwG Anwendung. Ob ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vorliegt, ist im Wege einer Gesamtbetrachtung festzustellen. Maßgeblich ist nach der neueren Rechtsprechung, ob die „wirtschaftliche Einheit“ auf den Erwerber übergeht. Bei betriebsmittelarmen Betrieben ist für die wirtschaftliche Einheit vor allem das Personal entscheidend, welches dem Unternehmen sein Gepräge gibt. Dies sind im Falle der EA.NRW die Know-how Träger. Sobald 50% oder mehr der (maßgeblichen) Arbeitnehmer zu einem neuen Arbeitgeber oder Dienstherrn wechseln und die organisatorische Struktur und der Aufgabenbereich im Wesentlichen unverändert bleiben, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit,</p>	<p>Im ersten Fall können die betroffenen Mitarbeiter schlicht den Abschluss eines Arbeitsvertrages bzw. dreiseitigen Überleitungsvertrages verweigern, im zweiten Fall von ihrem Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB Gebrauch machen. Im dritten Fall gehen die Arbeitsverhältnisse zwar zunächst im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über, den Arbeitnehmern steht aber ein außerordentliches Kündigungsrecht zu.</p> <p>Es besteht die Möglichkeit, dass die von den Mitgliedern des Kernteams erwarteten Arbeitsbedingungen, insbesondere Gehaltsvorstellungen, nicht ohne weiteres in die Begebenheiten des neuen Dienstherrn beziehungsweise Arbeitsgebers, der tarifvertraglichen Zwängen bzw. Zwängen des Personalrates ausgesetzt sein könnte, integriert werden können.</p> <p>Die einzelvertragliche Übernahme einzelner Arbeitnehmer kann in den beiden erstgenannten Fällen zu einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB führen. Auch bei einer umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung findet § 613a BGB in Verbindung mit § 324 UmwG Anwendung. Ob ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vorliegt, ist im Wege einer Gesamtbetrachtung festzustellen. Maßgeblich ist, ob eine „wirtschaftliche Einheit“ auf den Erwerber übergeht und fortgeführt wird. Bei betriebsmittelarmen Betrieben wie der EA.NRW kommt es für das Vorliegen eines Betriebsübergangs entscheidend darauf an, dass ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft vom Erwerber übernommen bzw. neu eingestellt wird.¹⁰⁰ Es hängt von der Struktur des Betriebs ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden muss, um die Rechtsfolgen des § 613 a BGB auszulösen. Haben die Arbeitnehmer einen geringen Qualifikationsgrad, muss eine hohe Anzahl von ihnen</p>
--	---	--

dass ein Arbeitsgericht dies als Betriebsübergang wertet.

weiterbeschäftigt werden, um auf einen Fortbestand der vom Konkurrenten geschaffenen Arbeitsorganisation schließen zu können. Ist ein Betrieb wie im vorliegenden Fall stärker durch Spezialwissen und die Qualifikation der Arbeitnehmer geprägt, kann neben anderen Kriterien ausreichen, dass wegen ihrer Sachkunde wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden. Entscheidend ist, ob der weiterbeschäftigte Belegschaftsteil insbesondere auf Grund seiner Sachkunde, seiner Organisationsstruktur und nicht zuletzt auch seiner relativen Größe im Grundsatz funktionsfähig bleibt.¹⁰¹ In der Rechtsprechung wurde bislang beispielhaft wie folgt entschieden:

— BAG, Ur. v. 21.6.12 – 8 AZR 181/11: 58 % der Servicetechniker, EDV-Servicemitarbeiter und Führungskräfte in IT-Service-Betrieb genügt

— BAG, Ur. v. 29.6.2000 – 8 ABR 44/99: 50 % der Arbeitnehmer inklusive 50 % der Bauleiter und Poliere in Rohrleitungsbau genügt nicht

— BAG, Ur. v. 19.3.98 – 8 AZR 737/96: 60 % genügt bei einfacher Reinigungstätigkeit nicht

— BAG, BAG, Ur. v. 4.6.98 – 8 AZR 644/96: Chefarzt und 50 % des Pflegepersonals und Azubis genügen bei Krankenhaus nicht

— BAG 22.10.98 – 8 AZR 752/96: 57 % der Verwaltungskräfte und 43 % der Lehrer einer Einrichtung für Erwachsenenbildung reichen nicht

Insgesamt kommt im personellen Bereich der Übernahme der Führungskräfte und des damit verbundenen „Know-how“ besondere Bedeutung zu.¹⁰² Jedenfalls sobald 50% oder mehr der (maßgeblichen) Arbeitnehmer zu einem neuen Arbeitgeber oder Dienstherrn wechseln und die organisatorische Struktur und der Aufgabenbereich im Wesentlichen unverändert bleiben, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein Arbeitsgericht dies als Betriebsübergang wertet.

Ein Betriebsübergang hat zur Folge, dass auch alle anderen Arbeitsverhältnisse aus dem Betrieb, einschließlich eventuell geltender Betriebsvereinbarungen und ggf. einschließlich individualvertraglicher Fortgeltung tarifvertraglicher Regelungen auf den Erwerber übergehen.

Die Rechtswirkung des § 613a BGB würde sich auch auf eventuelle Scheinselbstständige oder fehlerhaft überlassene Leiharbeiter erstrecken. Diese würden ebenfalls durch § 613a BGB in ein Arbeitsverhältnis mit dem Land einrücken.

Ein Betriebsübergang hat zur Folge, dass auch alle anderen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse, die dem Betrieb zugeordnet sind, einschließlich eventuell geltender Betriebsvereinbarungen und ggf. einschließlich individualvertraglicher Fortgeltung tarifvertraglicher Regelungen auf den Erwerber übergehen. Für die Frage, welche Arbeitsverhältnisse dem Betrieb zugeordnet sind, kommt es darauf an, wodurch der Betrieb im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit gebildet wird.

Mangels weiterer Angaben und Informationen zum Sachverhalt kann derzeit nicht beurteilt werden, ob die EA.NRW mit den 27 Arbeitnehmern, mit welchen sie einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, selbst einen eigenständigen Betrieb im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit bildet oder mit einem oder mehreren Unterauftragnehmern einen Gemeinschaftsbetrieb bildet (dies hat das Arbeitsgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 19.12.2018, Az. 3 Ca 3743/18, ohne dies zu entscheiden, jedenfalls als sehr wahrscheinlich angesehen).

Sollte die EA.NRW einen eigenständigen Betrieb bilden, wären jedenfalls die Arbeitsverhältnisse der 27 Arbeitnehmer, welche einen Arbeitsvertrag mit der EA.NRW abgeschlossen haben, „dem Betrieb zugeordnet“ und von einem etwaigen Betriebsübergang erfasst. Zum anderen könnten etwaige Scheinselbstständige und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeiter als Arbeitnehmer der EA.NRW angesehen werden und ebenfalls durch § 613a BGB in ein Arbeitsverhältnis mit dem Land einrücken.

Es besteht darüber hinaus aber auch die Möglichkeit, dass die EA.NRW mit einem oder mehreren Unterauftragnehmern

		<p>einen Gemeinschaftsbetrieb (Projekt EnergieAgentur.NRW) bildet. In diesem Fall müsste in weiteren Schritten geklärt werden, ob die EA.NRW mit ihren 27 Vertragsarbeitnehmern (und etwaigen Scheinselbstständigen und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeitnehmern) einen abgrenzbaren Betriebs-teil innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs bildet oder von einem etwaigen Gemeinschaftsbetrieb nicht als eigenständige, wirtschaftliche Einheit abgrenzbar ist.</p> <p>Sollte die EA.NRW mit ihren 27 Vertragsarbeitnehmern (und etwaigen Scheinselbstständigen und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeitnehmern) einen abgrenzbaren Betriebsteil innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs bilden und nur mit diesen 27 Vertragsarbeitnehmern bzw. einem nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil dieser 27 Vertragsarbeitnehmer eine einzelvertragliche Übernahme (mittels Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages oder dreiseitigen Überleitungsvertrages) erfolgen, so könnte dies einen bloßen Betriebsteilübergang darstellen. In diesem Fall würden nur die diesem abgrenzbaren Betriebsteil zugeordneten Arbeitsverhältnisse, d.h. wiederum die Arbeitsverhältnisse der 27 Arbeitnehmer, welche einen Arbeitsvertrag mit der EA.NRW abgeschlossen haben, etwaige Scheinselbstständige und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeitnehmer im Wege des § 613a BGB übergehen.</p> <p>Sollte die EA.NRW mit ihren 27 Vertragsarbeitnehmern (und etwaigen Scheinselbstständigen und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeitnehmern) hingegen keinen abgrenzbaren Betriebsteil innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs bilden, käme es dann zu einem Betriebsübergang, wenn mit einem nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft des Gemeinschaftsbetriebs eine einzelvertragliche Übernahme</p>
--	--	--

		<p>(mittels Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages oder dreiseitigen Überleitungsvertrages) erfolgen würde. Im Falle der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft des Gemeinschaftsbetriebs würden dann auch alle anderen diesem Gemeinschaftsbetrieb zugeordneten Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse nach § 613a BGB auf das Land übergehen.</p> <p>In seinem Urteil vom 19.12.2018, Az. 3 Ca 3743/18 stellt das Arbeitsgericht Düsseldorf fest, dass zwischen dem Kläger, welcher einen Arbeitsvertrag mit der prisma Consult GmbH (hundertprozentige Tochtergesellschaft der agiplan GmbH) als „Ingenieur in der Arbeitsgruppe EnergieAgentur.NRW abgeschlossen hatte, und der EA.NRW als Beklagten kein Arbeitsverhältnis als Folge einer fehlerhaften Arbeitnehmerüberlassung besteht. Zwischen der EA.NRW, der ee energy GmbH sowie der prisma Consult GmbH bestand seit April 2015 ein „Arbeitsgemeinschaftsvertrag“, auf dessen Grundlage dessen Parteien gemeinsam den Zweck verfolgten/ verfolgen, die Erfüllung der Projekte und Aufträge der EA.NRW zu ermöglichen. Sie vereinbarten hierfür eine partnerübergreifende Mitarbeiterführung und Auftragsbearbeitung, d.h. die einheitliche Ausübung fachlicher und disziplinarischer Leitung gegenüber den Mitarbeitern aller drei beteiligten Unternehmen. Die EA.NRW vertrat in dem Rechtsstreit die Auffassung, dass die Vertragspartner des Arbeitsgemeinschaftsvertrages einen Gemeinschaftsbetrieb bilden. Das Arbeitsgericht Düsseldorf führt in dem zitierten Urteil aus, dass es durchaus vorstellbar sei, dass die gegründete Arbeitsgemeinschaft der drei Unternehmen entweder ein Entleiher im Sinne des AÜG sei oder die Arbeitsgemeinschaft einen Gemeinschaftsbetrieb bilde (hierfür spricht nach Auffassung des Arbeitsgerichts Düsseldorf einiges), Das Arbeitsgericht Düsseldorf lässt</p>
--	--	---

diese Frage jedoch letztlich offen. Jedenfalls in dem zu entscheidenden Fall lehnt das Arbeitsgericht Düsseldorf die Annahme einer (fehlerhaften) Arbeitnehmerüberlassung seitens der prisma Consult GmbH an die EA.NRW ab, da keine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung an die EA.NRW GmbH und keine Eingliederung in deren Betrieb vorliege.

Dieses Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf bzw. die darin getroffene Wertung – keine Arbeitnehmerüberlassung seitens der prisma Consult GmbH an die EA.NRW – ist nicht grundsätzlich auf alle Arbeitsverhältnisse im Zusammenhang mit dem Projekt EnergieAgentur.NRW übertragbar. Ebenso wenig ist das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf geeignet, die Risikoeinschätzung hinsichtlich des Vorhandenseins fehlerhafter Arbeitnehmerüberlassung an die EA.NRW entscheidend zu beeinflussen oder zu verändern. Die Frage, ob eine fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist stets auf Grundlage aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Hierbei sind weder das Arbeitsgericht Düsseldorf noch andere Arbeitsgerichte an die Einschätzung und Entscheidung in dem zitierten, erstinstanzlichen Urteil gebunden. Insbesondere kann aus dem Urteil nicht der Schluss gezogen werden, dass grundsätzlich keine fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung an die EA.NRW vorliegt. Es kann insofern weder ausgeschlossen werden, dass andere (auch höherinstanzliche) Arbeitsgerichte die Situation hinsichtlich der Arbeitnehmer der prisma Consult GmbH trotz des Arbeitsgemeinschaftsvertrages (sollte dieser noch bestehen) anders einschätzen, noch kann die Einschätzung des Arbeitsgerichts Düsseldorf auf die vertraglichen Beziehungen mit anderen Unterauftragnehmern übertragen werden. Ob, in welchem Umfang und in welcher Art mit anderen Unterauftragnehmern der EA.NRW etwaige

	<p>Im Falle der Ausübung der Kaufoption ist zwar unter Ziffer 8.5 KaufopV eine Garantie der Bietergemeinschaft in Bezug auf die Arbeitsverhältnisse enthalten. Danach hat die EA.NRW zum Stichtag <i>„mit Ausnahme des Kernteams keine Arbeitnehmer, es sei denn das Land hat dem betreffenden Arbeitsvertrag zugestimmt oder die Gesellschaft ist aufgrund gesetzlich zwingender Regelungen zur Übernahme von Arbeitnehmern verpflichtet“</i>.</p> <p>Ob dies jedoch tatsächlich der Fall ist, ist nicht gesichert. Im Gegenteil bestehen insoweit, wie unten näher dargelegt, nicht unerhebliche Zweifel. Zudem könnte die Formulierung der Ausnahme bei Bestehen gesetzlicher Übernahmeverpflichtungen der Gesellschaft Anlass zu Meinungsverschiedenheiten über die Reichweite der Garantie geben. Sind weitere Arbeitnehmer als das Kernarbeitsteam vorhanden, stellt dies also zwar gegebenenfalls eine Garantieverletzung dar (sofern das Land insoweit nicht Kenntnis hatte bzw. arbeitsrechtlichen Maßnahmen nicht zugestimmt hat), die gegebenenfalls zu</p>	<p>Arbeitsgemeinschaftsverträge geschlossen wurden oder noch sind, ist derzeit nicht bekannt.</p> <p>Damit bleibt auch nach Auswertung des Urteils des Arbeitsgerichts Düsseldorf weiter unklar, (1) ob und in welchem Umfang ggf. eine fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung an die EA.NRW erfolgt, (2) ob ggf. eine fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung an eine mögliche Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form der oder auch mehrerer unterschiedlicher Arbeitsgemeinschaften besteht oder (3) ob und in welchem Umfang ein Gemeinschaftsbetrieb im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW besteht.</p> <p>Im Falle der Ausübung der Kaufoption (Fall zwei) ist zwar unter Ziffer 8.5 KaufopV eine Garantie der Bietergemeinschaft in Bezug auf die Arbeitsverhältnisse enthalten. Danach hat die EA.NRW zum Stichtag <i>„mit Ausnahme des Kernteams keine Arbeitnehmer, es sei denn das Land hat dem betreffenden Arbeitsvertrag zugestimmt oder die Gesellschaft ist aufgrund gesetzlich zwingender Regelungen zur Übernahme von Arbeitnehmern verpflichtet“</i>.</p> <p>Ob dies jedoch tatsächlich der Fall ist, ist nicht gesichert. Im Gegenteil bestehen insoweit, wie unten näher dargelegt, nicht unerhebliche Zweifel. Zudem könnte die Formulierung der Ausnahme bei Bestehen gesetzlicher Übernahmeverpflichtungen der Gesellschaft Anlass zu Meinungsverschiedenheiten über die Reichweite der Garantie geben. Sind weitere Arbeitnehmer als das Kernarbeitsteam vorhanden, stellt dies also zwar gegebenenfalls eine Garantieverletzung dar (sofern das Land insoweit nicht Kenntnis hatte bzw. arbeitsrechtlichen Maßnahmen nicht zugestimmt hat), die gegebenenfalls zu</p>
--	--	---

Schadensersatzansprüchen führen kann, welche jedoch schwer bezifferbar und durchsetzbar wären. Sämtliche Arbeitnehmer würden im Falle eines Betriebsübergangs aber gemäß § 613a BGB auf das Land übergehen. Das Land würde für alle bisherigen Verbindlichkeiten (Gehälter, Sozialversicherungsbeiträge, Steuern) gesamtschuldnerisch mit der EA.NRW haften.

Aufgrund der aktuellen Rechtsprechung ist auch bei einem Wechsel der Arbeitnehmer zu einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber der Betriebsübergang nicht mehr per se ausgeschlossen. Bei öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern, die wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie ausüben, reicht zudem die Überleitung des Personals durch einseitige Entscheidung der zuständigen Behörde nach Auffassung des EuGH aus, um einen Betriebsübergang auszulösen (EuGH, Urt. v. 6. 9. 2011 – C-108/10; BAG Urt. v. 22.5.2014 – 8 AZR 1069/12).

Schadensersatzansprüchen führen kann, welche jedoch schwer bezifferbar und durchsetzbar wären. Sämtliche Arbeitnehmer, die einem möglichen eigenständigen Betrieb der EA.NRW zugeordnet sind (samt etwaigen Scheinselbstständigen und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeitnehmern), würden im Falle eines Betriebsübergangs aber gemäß § 613a BGB einschließlich eventuell geltender Betriebsvereinbarungen und ggf. einschließlich individualvertraglicher Fortgeltung tarifvertraglicher Regelungen auf das Land übergehen. Im Falle des Bestehens eines Gemeinschaftsbetriebs würden – trotz der Garantie – alle diesem Gesamtbetrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse im Wege des § 613a BGB übergehen, wenn mit einem nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft eines möglichen Gemeinschaftsbetriebs eine einzelvertragliche Übernahme (mittels Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages oder dreiseitigen Überleitungsvertrages) erfolgen würde. Ob die 27 Vertragsarbeitnehmer der EA.NRW einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil eines möglichen Gemeinschaftsbetriebs bilden könnten, kann derzeit nicht beurteilt werden. Das Land würde für alle bisherigen Verbindlichkeiten (Gehälter, Sozialversicherungsbeiträge, Steuern) gesamtschuldnerisch mit der EA.NRW haften.

Aufgrund der aktuellen Rechtsprechung ist auch bei einem Wechsel der Arbeitnehmer zu einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber der Betriebsübergang nicht mehr per se ausgeschlossen. Bei öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern, die wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie ausüben, reicht zudem die Überleitung des Personals durch einseitige Entscheidung der zuständigen Behörde nach Auffassung des EuGH aus, um einen Betriebsübergang auszulösen.¹⁰³

Ein Beschluss zur Auflösung der EA.NRW mit dem Ziel, deren Aufgaben unmittelbar in einer Behörde oder einem Landesbetrieb wahrzunehmen, könnte als solche einseitige Entscheidung zu werten sein. Bei Übernahme der Hauptbelegschaft durch den Auftragsnachfolger bei so genannten betriebsmittelarmen Tätigkeiten verzichtet die BAG-Rechtsprechung inzwischen ohnehin praktisch völlig auf das Merkmal eines Übergangs „durch Rechtsgeschäft“, indem keinerlei Einvernehmen zwischen bisherigem und künftigem Auftragnehmer hinsichtlich der Übernahme von Personal mehr vorausgesetzt, sondern das Einvernehmen der betreffenden Arbeitnehmer für ausreichend erklärt wird. Dies kann zur Folge haben, dass ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB vorliegt und sämtliche Arbeitsverhältnisse übergehen, soweit der jeweilige Arbeitnehmer einem Übergang nicht widerspricht. Ein solcher Widerspruch würde jedoch im Falle der Auflösung der EA.NRW zu einer betriebsbedingten Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers führen, da der bisherige Arbeitgeber nicht länger bestehen bleibt.

Ein Risiko beim Übergang in Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) liegt also generell darin, dass das Land derzeit keine genaue Kenntnis darüber hat, wie die Vertragsverhältnisse mit Unterauftragnehmern der EA.NRW gestaltet sind bzw. gelebt werden. Einerseits deuten die zur Verfügung gestellten Informationen darauf hin, dass die EA.NRW lediglich 27 Arbeitnehmer beschäftigt. Andererseits gibt die EA.NRW in ihrem Jahresbericht 2018 selbst an, 168 bzw. 177 Mitarbeiter zu haben. Ferner scheinen Personen, die Fremdpersonal sind, nach außen als offizielle Mitarbeiter der EA.NRW aufzutreten. Sollte hier

Ein Beschluss zur Auflösung der EA.NRW mit dem Ziel, deren Aufgaben unmittelbar in einer Behörde oder einem Landesbetrieb wahrzunehmen, könnte als solche einseitige Entscheidung zu werten sein. Bei Übernahme der Hauptbelegschaft durch den Auftragsnachfolger bei so genannten betriebsmittelarmen Tätigkeiten verzichtet die BAG-Rechtsprechung inzwischen ohnehin praktisch völlig auf das Merkmal eines Übergangs „durch Rechtsgeschäft“, indem keinerlei Einvernehmen zwischen bisherigem und künftigem Auftragnehmer hinsichtlich der Übernahme von Personal mehr vorausgesetzt, sondern das Einvernehmen der betreffenden Arbeitnehmer für ausreichend erklärt wird. Dies kann zur Folge haben, dass ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB vorliegt und sämtliche Arbeitsverhältnisse übergehen, soweit der jeweilige Arbeitnehmer einem Übergang nicht widerspricht. Ein solcher Widerspruch würde jedoch im Falle der Auflösung der EA.NRW zu einer betriebsbedingten Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers führen, da der bisherige Arbeitgeber nicht länger bestehen bleibt.

Ein Risiko beim Übergang in Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) liegt also generell darin, dass das Land derzeit keine genaue Kenntnis darüber hat, wie die Vertragsverhältnisse mit Unterauftragnehmern der EA.NRW gestaltet sind und gelebt werden. Einerseits deuten die zur Verfügung gestellten Informationen darauf hin, dass die EA.NRW lediglich mit 27 Arbeitnehmern Arbeitsverträge abgeschlossen hat. Andererseits gibt die EA.NRW in ihrem Jahresbericht 2018 selbst an, 168 bzw. 177 Mitarbeiter zu haben. Ferner scheinen Personen, die Fremdpersonal sind, nach außen als offizielle Mitarbeiter der EA.NRW oder der

innerhalb der EA.NRW keine saubere Trennung zwischen Eigenpersonal und Fremdpersonal vorgenommen worden sein, besteht das Risiko, dass einzelne Selbstständige in Wahrheit Scheinselbstständige sind beziehungsweise dass Fälle der fehlerhaften Arbeitnehmerüberlassung, die zur automatischen Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, der EA.NRW, führen, existieren.

All diese Arbeitsverhältnisse würden im Falle eines Betriebsüberganges im Sinne des § 613a BGB oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge wegen Vermögensübertragung auf den Erwerber des Betriebes, also das Land Nordrhein-Westfalen, mitübergehen.

Im Falle der Vermögensübertragung ist zudem streitig, ob neben den Rechten aus § 613a BGB ein weiterer (bisher rechtlich unklarer) Kündigungsschutz für die Arbeitnehmer gemäß § 323 UmwG in analoger Anwendung bestünde, wonach sich die kündigungrechtliche Stellung der Arbeitnehmer für zwei Jahre nicht verschlechtern darf.

Dies kann im Ergebnis bedeuten, dass das Land zum Beispiel nur 50% der gewünschten Know-how Träger „erwirbt“, weil die anderen Know-how Träger von ihrem Widerspruchs- bzw. Kündigungsrecht Gebrauch machen, dafür aber andere Arbeitnehmer, die nicht zum Kernteam gehören, mit auf das Land übergehen.

EnergieAgentur.NRW aufzutreten. Dies könnte einerseits auf einen Gemeinschaftsbetrieb mit den oder jedenfalls bestimmten Unterauftragnehmern im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW hindeuten.¹⁰⁴ Andererseits könnte dies auch – sollte innerhalb der EA.NRW keine saubere Trennung zwischen Eigenpersonal und Fremdpersonal vorgenommen worden sein - das Vorhandensein von Scheinselbstständigen und/oder Fällen fehlerhafter Arbeitnehmerüberlassung, die zur automatischen Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, der EA.NRW, führen, bedeuten.

All diese Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse würden dann im Falle eines Betriebsüberganges im Sinne des § 613a BGB oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge wegen Vermögensübertragung nach §§ 174, 176 UmwG auf das Land Nordrhein-Westfalen, mitübergehen.

Im Falle der Vermögensübertragung darf sich ferner gemäß § 323 UmwG die kündigungrechtliche Stellung der Arbeitnehmer für zwei Jahre nicht verschlechtern. Der genaue Umfang dieses Kündigungsschutzes ist jedoch noch umstritten.

Im Ergebnis kann sowohl ein Betriebsübergang nach § 613a BGB als auch eine Gesamtrechtsnachfolge dazu führen, dass das Land zum Beispiel nur 50% der gewünschten Know-how Träger „erwirbt“, weil die anderen Know-how Träger den Abschluss eines Arbeitsvertrages/ dreiseitigen Überleitungsvertrages ablehnen oder von ihrem Widerspruchs- bzw. Kündigungsrecht Gebrauch machen, dafür aber andere Arbeitnehmer, die nicht zum Kernteam gehören, mit auf das Land übergehen.

Eine Bewertung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Umstände bei der EA.NRW im Rahmen einer Due Diligence vor der Übernahme des Personals bzw. vor Auslösung eines Betriebsübergangs ist angeraten.

Zu bedenken ist bei Betrachtung der Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) ferner, dass die Aufgaben der EA.NRW nicht allein mit dem Kernteam zu bewältigen sind. Auf das Fremdpersonal, welches bislang von Unterauftragnehmern der EA.NRW eingesetzt wurde, kann nicht ohne weiteres zugegriffen werden. Das Land müsste unter Umständen einzelne Aufträge, die die EA.NRW bisher privatwirtschaftlich vergeben hatte, ausschreiben, um externen Unterauftragnehmern projektbezogenen zusammenarbeiten zu können (vgl. hierzu auch oben unter Ziffer 4.3.1).

Da eine Bewertung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Umstände und der Vertragsverhältnisse mit den Unterauftragnehmern (evtl. Scheinselbstständige, Arbeitnehmerüberlassung, Gemeinschaftsbetrieb) sowie der Frage, welches im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals (unabhängig vom Vertragsarbeitgeber) hinsichtlich Sachkunde und Know-how „wesentlich“ ist, ist eine Due Diligence vor der Realisierung der Variante 1 dringend angeraten.

Sollte bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB die Unterrichtung fehlerhaft, unvollständig oder nicht gegenüber allen hiervon tatsächlich betroffenen Arbeitnehmern erfolgen, setzt diese die einmonatige Widerspruchsfrist nicht in Gang.

Zu bedenken ist bei Betrachtung der Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) ferner, dass die Aufgaben der EA.NRW nicht allein mit dem Kernteam zu bewältigen sind. Auf das Fremdpersonal, welches bislang von Unterauftragnehmern der EA.NRW eingesetzt wurde, kann – ist es nicht wie vorab dargestellt dem (Gemeinschafts-)Betrieb zugeordnet oder als Arbeitnehmer der EA.NRW zu werten, so dass es im Falle eines Betriebsübergangs oder einer Gesamtrechtsnachfolge auf das Land mitübergehen würde - nicht ohne weiteres zugegriffen werden. Das Land müsste unter Umständen – sollten das weitere im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigte Personal nicht ohnehin mitübergehen - einzelne Aufträge, die die EA.NRW bisher privatwirtschaftlich vergeben hatte, ausschreiben, um mit externen Unterauftragnehmern projektbezogenen zusammenarbeiten zu können (vgl. hierzu auch oben unter Ziffer 4.3.1).

**4.7.2 Arbeitsrecht
für Variante 2 –
Landesgesellschaft**

Variante 2 (Landesgesellschaft), sieht lediglich eine Veränderung auf der Ebene der Gesellschafter vor.

Die Person des Arbeitgebers, die EA.NRW, bleibt unberührt, so dass auch die Arbeitsverhältnisse zunächst unberührt bleiben und das Know-how gesichert ist.

Der Umstand, dass die Veränderung nur auf Ebene der Gesellschafter stattfindet, bedeutet zugleich, dass nicht nur das Kernteam im Anstellungsverhältnis mit der EA.NRW verbleibt, sondern auch alle anderen eventuellen Arbeitnehmer der EA.NRW, sofern deren Arbeitsverhältnisse nicht wirksam bis zum 31. Dezember 2020 bzw. 2021 befristet sind (Zum Thema Scheinselbstständige und fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Empfehlung zur Due Diligence vgl. oben Ziffer 4.7.24.7.1. Zu beachten ist, dass es bei Arbeitsverträgen für Arbeitnehmer ab einer gewissen Leitungsebene eine sogenannte change of control-Klausel geben kann. Dies ist in Anbetracht dessen, dass die derzeitigen Gesellschafter sich verpflichtet haben das Know-how zu erhalten, zwar unwahrscheinlich, sollte eine solche Klausel jedoch existieren, führt sie zu einem Sonderkündigungsrecht des Arbeitnehmers im Fall eines Gesellschafterwechsels.

In Anbetracht dessen, dass das Land derzeit keine genaue Kenntnis davon hat, wie viele Arbeitsverhältnisse bei der EA.NRW tatsächlich vorliegen und wie rechtskonform der Umgang mit Fremdpersonal ausgestaltet ist, ist es unbedingt ratsam, eine Due Diligence vor dem Erwerb der Geschäftsanteile durchzuführen.

Variante 2 (Landesgesellschaft), sieht lediglich eine Veränderung auf der Ebene der Gesellschafter vor.

Sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) samt allen daraus resultierenden Rechten, Pflichten und auch Know-how sowie sämtliche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten, die zwischen der EA.NRW und Dritten bestehen, bleiben grundsätzlich unverändert bestehen.

Der Umstand, dass die Veränderung nur auf Ebene der Gesellschafter stattfindet, bedeutet zugleich, dass nicht nur das Kernteam im Anstellungsverhältnis mit der EA.NRW verbleibt, sondern auch alle anderen eventuellen Arbeitnehmer der EA.NRW, sofern deren Arbeitsverhältnisse nicht wirksam bis zum 31. Dezember 2020 bzw. 2021 befristet sind (Zum Thema Scheinselbstständige und fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Empfehlung zur Due Diligence vgl. oben Ziffer 4.7.1). Zu beachten ist, dass es bei Arbeitsverträgen für Arbeitnehmer ab einer gewissen Leitungsebene eine sogenannte change of control-Klausel geben kann. Dies ist in Anbetracht dessen, dass die derzeitigen Gesellschafter sich verpflichtet haben, das Know-how zu erhalten, zwar unwahrscheinlich, sollte eine solche Klausel jedoch existieren, führt sie zu einem Sonderkündigungsrecht des Arbeitnehmers im Fall eines Gesellschafterwechsels.

In Anbetracht dessen, dass das Land derzeit keine genaue Kenntnis davon hat, wie viele Arbeitsverhältnisse bei der EA.NRW tatsächlich vorliegen, welche arbeitsvertraglichen Regelungen jeweils gelten, wie rechtskonform der Umgang mit Fremdpersonal ausgestaltet ist und welche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten zwischen der

	<p>Allerdings lassen sich die Aufgaben der EA.NRW nicht allein mit dem Kernteam bewältigen. Die Hinzuziehung externen Personals beziehungsweise die Erteilung von Unteraufträgen an externe Dritte ist erforderlich. Bei der Erteilung solcher Unteraufträge sind die vergaberechtlichen Vorgaben einzuhalten und ggf. Ausschreibungen durchzuführen (vgl. hierzu auch oben unter Ziffer 4.3.2).</p> <p>Ferner sei an dieser Stelle noch auf das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot gemäß § 28 Abs. 2 Haushaltsgesetz NRW hingewiesen. Dies entfaltet zwar keine Relevanz, solange die EA.NRW sich über Entgelte für erbrachte Leistungen finanziert. Sollte jedoch beabsichtigt sein, dass die EA.NRW Zuwendungen im Sinne des § 23 Landeshaushaltsordnung NRW erhält, die der institutionellen Förderung dienen sollen, so könnten diese Zuwendungen nur bewilligt werden, wenn die EA.NRW ihre Arbeitnehmer nicht besser stellt, als vergleichbare Arbeitnehmer des Landes (vgl. hierzu auch oben unter Ziffer 4.5.2.2).</p>	<p>EA.NRW und Dritten bestehen, ist es unbedingt ratsam, eine Due Diligence vor dem Erwerb der Geschäftsanteile durchzuführen.</p> <p>Allerdings lassen sich die Aufgaben der EA.NRW nicht allein mit dem Kernteam bewältigen. Die Hinzuziehung externen Personals beziehungsweise die Erteilung von Unteraufträgen an externe Dritte ist erforderlich. Bei der Erteilung solcher Unteraufträge sind die vergaberechtlichen Vorgaben einzuhalten und ggf. Ausschreibungen durchzuführen (vgl. hierzu auch oben unter Ziffer 4.3.2).</p> <p>Ferner sei an dieser Stelle noch auf das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot gemäß § 28 Abs. 2 Haushaltsgesetz NRW hingewiesen. Dies entfaltet zwar keine Relevanz, solange die EA.NRW sich über Entgelte für erbrachte Leistungen finanziert. Sollte jedoch beabsichtigt sein, dass die EA.NRW Zuwendungen im Sinne des § 23 Landeshaushaltsordnung NRW erhält, die der institutionellen Förderung und in bestimmten Fällen auch der Projektförderung dienen sollen, so könnten diese Zuwendungen nur bewilligt werden, wenn die EA.NRW ihre Arbeitnehmer nicht besser stellt, als vergleichbare Arbeitnehmer des Landes (vgl. hierzu auch oben unter Ziffer 4.5.2.2).</p>
<p>4.7.3 Arbeitsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft</p>	<p>Ebenso wie Variante 2 (Landesgesellschaft) sieht Variante 3 (Private Gesellschaft) lediglich eine Veränderung auf der Ebene der Gesellschafter vor. Die Person des Arbeitgebers, die EA.NRW, bleibt unberührt, so dass auch die Arbeitsverhältnisse zunächst unberührt bleiben und das Know-how gesichert ist.</p>	<p>Ebenso wie Variante 2 (Landesgesellschaft) sieht Variante 3 (Private Gesellschaft) lediglich eine Veränderung auf der Ebene der Gesellschafter vor. Sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) samt allen daraus resultierenden Rechten, Pflichten sowie sämtliche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten, die zwischen der EA.NRW und Dritten bestehen, bleiben grundsätzlich unverändert bestehen.</p>

Anders als bei der Variante 2 (Landesgesellschaft) bestünde im Ergebnis zwischen dem Land und der EA.NRW lediglich eine schuldrechtliche Verbindung. Alle potentiellen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Risiken verbleiben bei der EA.NRW bzw. deren Gesellschaftern (Zum Thema Scheinselbstständige und fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Empfehlung zur Due Diligence vgl. oben Ziffer 4.7.24.7.1). Gleichzeitig hätte das Land über die schuldrechtliche Verpflichtungsebene hinaus jedoch keine Möglichkeiten zur Einflussnahme der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung und damit auch keine direkte Einwirkungsmöglichkeit auf die Sicherung des Know-hows.

Gegebenenfalls kommt es jedoch auf dem Weg zu Variante 3 (Private Gesellschaft) zu einem Zwischenerwerb der EA.NRW durch das Land Nordrhein-Westfalen. Das ist der Fall, wenn das Land zunächst sämtliche Geschäftsanteile durch Ausübung der Kaufoption erwirbt und die Gesellschaft im Anschluss an private Gesellschafter weiterveräußert. Üblicherweise gibt der Veräußerer der Anteile, im Falle eines Zwischenerwerbs also das Land Nordrhein-Westfalen, im Geschäftsanteilskaufvertrag bestimmte Garantien auch in Bezug auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse und übernimmt die Haftung für Verbindlichkeiten, die bis zum Zeitpunkt der Veräußerung der GmbH entstanden sind. In Anbetracht möglicher Risiken im Zusammenhang mit den Anstellungsverhältnissen müsste ein solcher Zwischenerwerb und die Ausgestaltung des Geschäftsanteilskaufvertrages genau abgewogen werden. Zu diesem Zweck ist die Durchführung einer Due Diligence ratsam.

Anders als bei der Variante 2 (Landesgesellschaft) bestünde im Ergebnis zwischen dem Land und der EA.NRW lediglich eine schuldrechtliche Verbindung. Alle potentiellen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Risiken verbleiben bei der EA.NRW bzw. deren Gesellschaftern (Zum Thema Scheinselbstständige und fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Empfehlung zur Due Diligence vgl. oben Ziffer 4.7.1). Gleichzeitig hätte das Land über die schuldrechtliche Verpflichtungsebene hinaus jedoch keine Möglichkeiten zur Einflussnahme der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung und damit auch keine direkte Einwirkungsmöglichkeit auf die Sicherung des Know-hows.

Gegebenenfalls kommt es jedoch auf dem Weg zu Variante 3 (Private Gesellschaft) zu einem Zwischenerwerb der EA.NRW durch das Land Nordrhein-Westfalen. Das ist der Fall, wenn das Land zunächst sämtliche Geschäftsanteile durch Ausübung der Kaufoption erwirbt und die Gesellschaft im Anschluss an private Gesellschafter weiterveräußert. Üblicherweise gibt der Veräußerer der Anteile, im Falle eines Zwischenerwerbs also das Land Nordrhein-Westfalen, im Geschäftsanteilskaufvertrag bestimmte Garantien auch in Bezug auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse und übernimmt die Haftung für Verbindlichkeiten, die bis zum Zeitpunkt der Veräußerung der GmbH entstanden sind. In Anbetracht möglicher Risiken in diesem Zusammenhang – Vertragsverhältnisse mit Unterauftragnehmern, eigenen Arbeitnehmern und anderen im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personal, (fehlerhafte) Arbeitnehmerüberlassung, Zahl und Art der dem Betrieb/ Gemeinschaftsbetrieb zuzuordnenden Beschäftigungsverhältnisse, etwaige Haftungsübernahme etc. – müsste ein solcher Zwischenerwerb und die

	<p>Eine Due Diligence ist aber auch dann angezeigt, wenn die Geschäftsanteile ohne Zwischenerwerb des Landes direkt von den jetzigen Gesellschaftern an einen oder mehrere neue private Gesellschafter veräußert werden sollen. Für ein erfolgreiches Ausschreibungsverfahren und die darin enthaltene Darstellung der zu erwerbenden Gesellschaft und der geplanten Risikoverteilung oder der intendierten Garantien ist die vorherige Kenntnis eventueller arbeitsrechtlicher Risiken sinnvoll bzw. zur Vermeidung von Risiken für die Ausschreibung erforderlich.</p> <p>In Bezug auf die Möglichkeit „Change of Control“-Klauseln in den Arbeitsverträgen und in Bezug auf möglichen Zuwendungen wird auf die obigen Ausführungen zu Variante 2 (Landesgesellschaft) verwiesen.</p>	<p>Ausgestaltung des Geschäftsanteilskaufvertrages genau abgewogen werden. Zu diesem Zweck ist die Durchführung einer Due Diligence unbedingt angeraten.</p> <p>Eine Due Diligence ist aber auch dann angezeigt, wenn die Geschäftsanteile ohne Zwischenerwerb des Landes direkt von den jetzigen Gesellschaftern an einen oder mehrere neue private Gesellschafter veräußert werden sollen. Für ein erfolgreiches Ausschreibungsverfahren und die darin enthaltene Darstellung der zu erwerbenden Gesellschaft und der geplanten Risikoverteilung oder der intendierten Garantien ist die vorherige Kenntnis eventueller arbeitsrechtlicher Risiken sinnvoll bzw. zur Vermeidung von Risiken für die Ausschreibung erforderlich.</p> <p>In Bezug auf die Möglichkeit „Change of Control“-Klauseln in den Arbeitsverträgen und in Bezug auf möglichen Zuwendungen wird auf die obigen Ausführungen zu Variante 2 (Landesgesellschaft) verwiesen.</p>
<p>4.7.4 Arbeitsrecht für Variante 4 – ÖPP Modell</p>	<p>Ebenso wie Variante 2 (Landesgesellschaft) und Variante 3 (Private Gesellschaft) sieht Variante 4 (ÖPP/Gemischtwirtschaftliches Modell) lediglich eine Veränderung auf der Ebene der Gesellschafter vor. Die Person des Arbeitgebers, die EA.NRW, bleibt unberührt, so dass auch die Arbeitsverhältnisse zunächst unberührt bleiben und das Know-how gesichert ist.</p> <p>Wie bei Variante 2 (Landesgesellschaft) ist zu beachten, dass das Land derzeit keine genaue Kenntnis davon hat, wie viele Arbeitsverhältnisse bei der EA.NRW tatsächlich</p>	<p>Ebenso wie Variante 2 (Landesgesellschaft) und Variante 3 (Private Gesellschaft) sieht Variante 4 (ÖPP/Gemischtwirtschaftliches Modell) lediglich eine Veränderung auf der Ebene der Gesellschafter vor. Sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) samt allen daraus resultierenden Rechten, Pflichten sowie sämtliche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten, die zwischen der EA.NRW und Dritten bestehen, bleiben grundsätzlich unverändert bestehen.</p> <p>Wie bei Variante 2 (Landesgesellschaft) ist zu beachten, dass das Land derzeit keine genaue Kenntnis davon hat, wie viele Arbeitsverhältnisse bei der EA.NRW tatsächlich</p>

	<p>vorliegen und wie rechtskonform der Umgang mit Fremdpersonal ausgestaltet ist. Es bestehen die oben dargestellten Risiken. Daher wäre auch bei Variante 4 (ÖPP/Gemischtwirtschaftliches Modell) die Durchführung einer Due Diligence ratsam.</p> <p>Je nach dem, in welchem Umfang das Land Gesellschaftsanteile erwirbt, stehen ihr als Gesellschafterin Möglichkeiten zur direkten Einflussnahme auf die arbeitsrechtlichen Vorgänge bei der EA.NRW offen.</p> <p>In Bezug auf die Möglichkeit „Change of Control“-Klauseln in den Arbeitsverträgen und in Bezug auf möglichen Zuwendungen wird auf die obigen Ausführungen zu Variante 2 (Landesgesellschaft) verwiesen.</p>	<p>vorliegen, welche arbeitsvertraglichen Regelungen jeweils gelten, wie rechtskonform der Umgang mit Fremdpersonal ausgestaltet ist und welche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten zwischen der EA.NRW und Dritten bestehen. Es bestehen die oben dargestellten Risiken hinsichtlich der Vertragsverhältnisse mit Unterauftragnehmern, eigenen Arbeitnehmern und anderem im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personal, (fehlerhafte) Arbeitnehmerüberlassung, Zahl und Art der dem Betrieb/ Gemeinschaftsbetrieb zuzuordnenden Beschäftigungsverhältnisse, etwaige Haftungsübernahme etc. Daher ist auch bei Variante 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell) die Durchführung einer Due Diligence dringend anzuraten.</p> <p>Je nach dem, in welchem Umfang das Land Gesellschaftsanteile erwirbt, stehen ihr als Gesellschafterin Möglichkeiten zur direkten Einflussnahme auf die arbeitsrechtlichen Vorgänge bei der EA.NRW offen.</p> <p>In Bezug auf die Möglichkeit „Change of Control“-Klauseln in den Arbeitsverträgen und in Bezug auf möglichen Zuwendungen wird auf die obigen Ausführungen zu Variante 2 (Landesgesellschaft) verwiesen.</p>
<p>4.7.5 Arbeitsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH</p>		<p>Variante 5 (Neugründung einer GmbH) birgt neben Variante 6 (Reines Vertragsmodell) aus Sicht des Landes die geringsten arbeitsrechtlichen Unsicherheiten.</p> <p>In diesem Fall werden keine Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der jetzigen EA.NRW in irgendeiner Art und Weise von der oder den neuen Bietern übernommen und auch keine sonstigen Betriebsmittel. Dann scheidet ein Betriebsübergang nach § 613a BGB aus. Die bloße Neuvergabe eines Auftrags mit abgeänderter</p>

		<p>Aufgabenstellung allein ist – jedenfalls in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt - nicht geeignet, einen Betriebsübergang nach § 613a BGB auf einen den Auftragsnachfolger auszulösen.</p> <p>Damit sind die derzeit bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der tatsächlichen Verhältnisse und der vertraglichen Situation bei der EA.NRW – Vertragsverhältnisse mit Unterauftragnehmern, eigenen Arbeitnehmern und anderen im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personal, möglicherweise (fehlerhafte) Arbeitnehmerüberlassung, Zahl und Art der dem Betrieb/ Gemeinschaftsbetrieb zuzuordnenden Beschäftigungsverhältnisse, etwaige Haftungsübernahme etc. – irrelevant.</p> <p>Ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Eine solche besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls. Als Teilaspekte der Gesamtwürdigung zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie beweglicher Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus Merkmalen wie ihrem Personal, ihren</p>
--	--	---

Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu.

In Branchen, in denen es wie im vorliegenden Fall im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen (Funktionsnachfolge) oder die reine Auftragsnachfolge hingegen stellen in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, keinen Betriebsübergang dar. Eine „wirtschaftliche Einheit“ in diesem Sinne darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden.¹⁰⁵ Etwas anderes kann in anderen Branchen gelten, in denen es nicht im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft, sondern zum Beispiel auch wesentlich auf die Ausrüstung ankommt. Dies ist nach unseren Informationen bei der EA.NRW jedoch nicht der Fall.

Demnach kann also die bloße Neuvergabe des Auftrags durch das Land und die Fortführung der entsprechenden Tätigkeit durch einen anderen, erfolgreichen Bieter mit eigenem Personal keinen Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB von der EA.NRW auf den Auftragsnachfolger auslösen. Ein Betriebsübergang in diesem Sinne käme

		<p>vielmehr nur dann in Betracht, wenn der Auftragsnachfolger einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des derzeit im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals übernimmt bzw. neu einstellt und diese wirtschaftliche Einheit tatsächlich fortführt. Hierbei hängt die Entscheidung, wann ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals erreicht ist, wiederum davon ab, ob die übergehenden Arbeitnehmer einen eher hohen oder niedrigen Qualifikationsgrad aufweisen. Im Falle eines geringen Qualifikationsgrades muss ein sehr hoher Prozentsatz der beschäftigten Arbeitnehmer übernommen werden, um eine Wahrung der Betriebsidentität anzunehmen. Kommt es hingegen – wie im vorliegenden Fall - im Wesentlichen auf die Qualifikation oder die Kenntnisse, Fähigkeiten und Kontakte des Personals an, kann hingegen bereits die Übernahme des Schlüsselpersonals einen Betriebsübergang indizieren (vgl. Ausführungen unter Variante 1).</p> <p>Nachteil der Variante 5 (Neugründung einer GmbH) ist aber der mögliche Verlust des Know-hows, das die EA.NRW in den letzten Jahren aufgebaut hat. Ein solcher Erhalt von Know-how und Personal kommt in der Variante 5 nur dann in Betracht, wenn entweder die Gesellschafter der EA.NRW im Rahmen der Ausschreibung erneut erfolgreich sind und sowohl ihre Mitarbeiter als auch die Vereinbarungen mit den unterschiedlichen Unterauftragnehmern entsprechend beibehalten oder – sollte ein anderer Bieter bzw. Bietergemeinschaft erfolgreich sein – dieser einen Großteil des derzeit im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals (unabhängig von deren Vertragsarbeitgeber) freiwillig, also ohne dahingehende Verpflichtung im Rahmen der Vergabe, übernimmt bzw. neu einstellt, ggf. mit der Folge des § 613a BGB.</p>
--	--	--

		<p>Das Ziel, das Personal stärker auf ein Unternehmen zu konzentrieren und nicht verschiedene Unterauftrag-nehmer zu haben kann hingegen ebenso wie die Vorgabe, dass die Geschäftsführer möglichst ausschließlich für die entsprechende Gesellschaft tätig sind, mittels entsprechender Gestaltung der Ausschreibung sowie des abzuschließenden Vertragspakets erreicht und durchgesetzt werden.</p>
<p>4.7.6 Arbeitsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell</p>		<p>Für Variante 6 (Reines Vertragsmodell) gilt das vorab zu Variante 5 (Neugründung einer GmbH) Gesagte entsprechend.</p> <p>Auch in dieser Variante besteht aus Landessicht kein arbeitsrechtliches Risiko, da ein Betriebsübergang nach § 613a BGB auf das Land oder den oder die neuen Bieter ohne Übernahme von Mitarbeitern nicht in Betracht kommt.</p> <p>Wie unter Variante 5 (Neugründung einer GmbH) stellt sich jedoch die Problematik des Verlusts des Know-hows und Personals, soweit nicht die Gesellschafter der EA.NRW oder die EA.NRW selbst im Rahmen der Ausschreibung erneut erfolgreich sind oder ein etwaiger Auftragsnachfolger einen Großteil der derzeit im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals (unabhängig von deren Vertragsarbeitgeber) übernimmt bzw. neu einstellt.</p>

* Änderungen sind grau unterlegt.

Zwischen der Entwurfsversion von Januar 2020 und der finalen Version von April 2020 (abrufbar unter www.wirtschaft.nrw/NRWEnergy4Climate)

gab es lediglich eine Korrektur in Ziffer 4.7.2 Variante 2: Hier wurde im zweiten Absatz das „2020 bzw.“ gestrichen. Zudem wurde die Ziffer 4.7.7 ergänzt.

Anhang 3 zu

Kleine Anfrage 5554 der Abgeordneten Wibke Brems der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN „Warum wurde das Gutachten zur Wirtschaftlichkeit der EnergieAgentur.NRW geändert?“, LT-Drs. 17/13970

Gegenüberstellung der zusammenfassenden Betrachtung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (6.10), der Ergebnisse der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (6.11) sowie der Gesamtergebnisse aus rechtlicher Betrachtung, Nutzwertanalyse und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sowie Entscheidungsempfehlung (7) der Entwurfsversionen von November 2019 und Januar 2020 des Variantenvergleichs für eine künftige EnergieAgentur.NRW ab 2022*

	Entwurfsversion vom 15. November 2019				Entwurfsversion vom 20. Januar 2020					
Kosten in der Vorlaufphase	Kosten in der Vorlaufphase	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Kosten in der Vorlaufphase	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Variante 5 – Neugründung einer GmbH	Variante 6 – Reines Vertragsmodell
	Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Ausübung Kaufoption)	25.000 EUR	25.000 EUR	25.000 EUR	Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Ausübung Kaufoption)	25.000 EUR	25.000 EUR	25.000 EUR	--	--
	Gründungs-/Errichtungskosten	100.000 EUR	100.000 EUR	100.000 EUR	Verkauf der Gesellschaftsanteile an neuen Gesellschafter (Einnahme)	25.000 EUR	25.000 EUR	25.000 EUR	--	--
	Ausschreibungskosten	--	600.000 EUR	600.000 EUR	Gründungs-/Errichtungs- und Angebotskosten des neuen Gesellschafters	100.000 EUR	100.000 EUR	100.000 EUR	125.000 EUR	40.000 EUR
	Gesamtanzahl Beschäftigte	105	105	105	Ausschreibungskosten	--	600.000 EUR	600.000 EUR	600.000 EUR	500.000 EUR
	Anzahl per Personalagentur zu rekrutierende Beschäftigte	60	40	40	Gesamtanzahl Beschäftigte	105	105	105	105	105
	Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter	25.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR	Anzahl per Personalagentur zu rekrutierende Beschäftigte	60	20	20	20	20
	Rekrutierungskosten gesamt	(60 * 25.000 =) 1.500.000 EUR	(40 * 20.000 =) 800.000 EUR	(40 * 20.000 =) 800.000 EUR	Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter	25.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR
	Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung	3	2	2,5	Rekrutierungskosten gesamt	(60 * 25.000 =) 1.500.000 EUR	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR
	Verwaltungsaufwand (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	62.000 EUR	60.700 EUR	61.500 EUR	Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung	3	2	2,5	2	2
	Kosten Verwaltungsaufwand gesamt p.a.	(3 * 62.000 =) 186.000 EUR	(2 * 60.700 =) 121.400 EUR	(2,5 * 61.500 =) 153.750 EUR	Verwaltungsaufwand (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	62.000 EUR	60.700 EUR	61.500 EUR	60.700 EUR	60.700 EUR
	Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	1,95 Mio. EUR	1,74 Mio. EUR	1,79 Mio. EUR	Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (1,75 Jahre Vorlaufphase).	(1,75 * 3 * 62.000 =) 325.500 EUR	(1,75 * 2 * 60.700 =) 212.450 EUR	(1,75 * 2,5 * 61.500 =) 269.063 EUR	(1,75 * 2 * 60.700 =) 212.450 EUR	(1,75 * 2 * 60.700 =) 212.450 EUR
					Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	1,93 Mio. EUR	1,31 Mio. EUR	1,27 Mio. EUR	1,34 Mio. EUR	1,15 Mio. EUR

**Kosten
in der
Vertrags-
laufzeit**

Kosten in der Vertragslaufzeit			
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR	9,14 Mio. EUR	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR	2,7 Mio. EUR	2,7 Mio. EUR
Personalkostenaufschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	--	10%	10%
Weiterbildungskosten pro Beschäftigtem p.a.	5.000 EUR	5.000 EUR	5.000 EUR
Einmalige Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem zu Vertragsbeginn	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR
Kostenaufschlag für internen Verwaltungs-, Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	6 % der Gesamtkosten	4 % der Gesamtkosten	6 % der Gesamtkosten
Kostenaufschlag für Aufwand der Verwaltung beim MWIDE p.a.	10 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten	10 % der Gesamtkosten
Gesamtkosten p.a. in der Vertragslaufzeit (gerundet; werden für Folgejahre indiziert)	15,6 Mio. EUR	15,3 Mio. EUR	15,9 Mio. EUR
Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende			
Anzahl Kündigungen	105	--	--
Abfindung je Beschäftigtem infolge Kündigung	(6 / 2 * 7.250 =) 21.750 EUR	--	--
Abfindung gesamt	(105 * 21.750 =) 2.283.750 EUR	--	--
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Ausübung Kaufoption)	--	25.000 EUR	25.000 EUR
Neuausschreibung	--	600.000 EUR	600.000 EUR
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende (gerundet)	2,28 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR

Kosten in der Vertragslaufzeit (Angaben für Jahr 1)					
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR	9,14 Mio. EUR	9,14 Mio. EUR	9,14 Mio. EUR	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR	2,7 Mio. EUR	2,7 Mio. EUR	2,7 Mio. EUR	2,7 Mio. EUR
Personalkostenaufschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	--	10%	10%	10%	10%
Einmalige Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem zu Vertragsbeginn	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR
Kostenaufschlag für internen Verwaltungs-, Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	6 % der Gesamtkosten	4 % der Gesamtkosten	6 % der Gesamtkosten	4 % der Gesamtkosten	4 % der Gesamtkosten
Kostenaufschlag für Aufwand der Verwaltung beim MWIDE p.a.	10 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten	10 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten
Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	14,97 Mio. EUR	14,13 Mio. EUR	14,78 Mio. EUR	14,13 Mio. EUR	14,13 Mio. EUR
Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende					
Anzahl Kündigungen	105	--	--	--	--
Abfindung je Beschäftigtem infolge Kündigung	(6 / 2 * 7.250 =) 21.750 EUR	--	--	--	--
Abfindung gesamt	(105 * 21.750 =) 2.283.750 EUR	--	--	--	--
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Ausübung Kaufoption)	--	25.000 EUR	25.000 EUR	25.000 EUR	--
Neuausschreibung	--	600.000 EUR	600.000 EUR	600.000 EUR	500.000 EUR
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende (gerundet)	2,28 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR	0,5 Mio. EUR

Ergebnis	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Ergebnis</th> <th>Variante 2 – Landesgesellschaft</th> <th>Variante 3 – Private Gesellschaft</th> <th>Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Barwert in EUR</td> <td>96,77 Mio. EUR</td> <td>93,14 Mio. EUR</td> <td>97,28 Mio. EUR</td> </tr> <tr> <td>Relative Vorteilhaftigkeit</td> <td>- 3,9 %</td> <td>--</td> <td>4,4 %</td> </tr> <tr> <td>Absolute Vorteilhaftigkeit</td> <td>- 3,67 Mio. EUR</td> <td>--</td> <td>- 4,13 Mio. EUR</td> </tr> <tr> <td>Rang</td> <td>3</td> <td>1</td> <td>2</td> </tr> </tbody> </table>	Ergebnis	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Barwert in EUR	96,77 Mio. EUR	93,14 Mio. EUR	97,28 Mio. EUR	Relative Vorteilhaftigkeit	- 3,9 %	--	4,4 %	Absolute Vorteilhaftigkeit	- 3,67 Mio. EUR	--	- 4,13 Mio. EUR	Rang	3	1	2	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Ergebnis</th> <th>Variante 2 – Landesgesellschaft</th> <th>Variante 3 – Private Gesellschaft</th> <th>Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft</th> <th>Variante 5 – Neugründung einer GmbH</th> <th>Variante 6 – Reines Vertragsmodell</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Barwert [in EUR]</td> <td>92,99 Mio. EUR</td> <td>87,58 Mio. EUR</td> <td>91,51 Mio. EUR</td> <td>87,61 Mio. EUR</td> <td>87,28 Mio. EUR</td> </tr> <tr> <td>Relativer Nachteil zur günstigsten Variante [in %]</td> <td>6,54 %</td> <td>0,34 %</td> <td>4,85 %</td> <td>0,38 %</td> <td>-- %</td> </tr> <tr> <td>Absoluter Nachteil zur günstigsten Variante [in EUR]</td> <td>5,71 Mio. EUR</td> <td>0,30 Mio. EUR</td> <td>4,23 Mio. EUR</td> <td>0,33 Mio. EUR</td> <td>-- Mio. EUR</td> </tr> </tbody> </table>	Ergebnis	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Variante 5 – Neugründung einer GmbH	Variante 6 – Reines Vertragsmodell	Barwert [in EUR]	92,99 Mio. EUR	87,58 Mio. EUR	91,51 Mio. EUR	87,61 Mio. EUR	87,28 Mio. EUR	Relativer Nachteil zur günstigsten Variante [in %]	6,54 %	0,34 %	4,85 %	0,38 %	-- %	Absoluter Nachteil zur günstigsten Variante [in EUR]	5,71 Mio. EUR	0,30 Mio. EUR	4,23 Mio. EUR	0,33 Mio. EUR	-- Mio. EUR
Ergebnis	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft																																											
Barwert in EUR	96,77 Mio. EUR	93,14 Mio. EUR	97,28 Mio. EUR																																											
Relative Vorteilhaftigkeit	- 3,9 %	--	4,4 %																																											
Absolute Vorteilhaftigkeit	- 3,67 Mio. EUR	--	- 4,13 Mio. EUR																																											
Rang	3	1	2																																											
Ergebnis	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Variante 5 – Neugründung einer GmbH	Variante 6 – Reines Vertragsmodell																																									
Barwert [in EUR]	92,99 Mio. EUR	87,58 Mio. EUR	91,51 Mio. EUR	87,61 Mio. EUR	87,28 Mio. EUR																																									
Relativer Nachteil zur günstigsten Variante [in %]	6,54 %	0,34 %	4,85 %	0,38 %	-- %																																									
Absoluter Nachteil zur günstigsten Variante [in EUR]	5,71 Mio. EUR	0,30 Mio. EUR	4,23 Mio. EUR	0,33 Mio. EUR	-- Mio. EUR																																									
Gesamtergebnis	<p>Die vorstehenden Ausführungen und Bewertungen erfolgten auf der Grundlage der vom MWIDE zur Verfügung gestellten Informationen sowie den Besprechungen mit dem MWIDE. Es wurde auftragsgemäß keine weitere Erhebung von Informationen bzw. keine Due Diligence in Bezug auf die rechtlichen, wirtschaftlichen und sonstigen tatsächlichen Verhältnisse der EnergieAgentur.NRW GmbH durchgeführt. In den vorstehenden Ausführungen wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass sich potenziell bestehende Risiken erst im Rahmen der Durchführung einer genaueren Analyse bzw. Due Diligence der rechtlichen, wirtschaftlichen und sonstigen tatsächlichen Verhältnisse der EnergieAgentur.NRW GmbH beurteilen lassen. Eine solche Due Diligence wird empfohlen, bevor das Land Nordrhein-Westfalen eine abschließende Entscheidung hinsichtlich des weiteren Vorgehens in Bezug auf die EnergieAgentur.NRW GmbH trifft. Dabei sollten neben den in diesem Variantenvergleich thematisierten Aspekten – wie etwa den arbeitsrechtlichen Verhältnissen – auch andere Themen betrachtet werden (z.B. die steuerrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft). Die Ergebnisse einer solchen Due Diligence können Einfluss auf die Bewertungen und Ergebnisse dieses Variantenvergleichs haben. Daher wird empfohlen, nach einer Due Diligence diesen Variantenvergleich zu aktualisieren. Ebenso können Veränderungen der gesetzlichen oder verwaltungsinternen Rahmenbedingungen – insbesondere hinsichtlich des Themas EFRE – die vorstehenden Bewertungen und Ergebnisse dieses Variantenvergleichs beeinflussen, so dass auch diesbezüglich anzuraten ist, eine Aktualisierung des Variantenvergleichs bei Änderungen der Rahmenbedingungen vorzunehmen.</p>	<p>Die vorstehenden Ausführungen und Bewertungen erfolgten auf der Grundlage der vom MWIDE zur Verfügung gestellten Informationen sowie den Besprechungen mit dem MWIDE. Es wurde auftragsgemäß keine weitere Erhebung von Informationen bzw. keine Due Diligence in Bezug auf die rechtlichen, wirtschaftlichen und sonstigen tatsächlichen Verhältnisse der EnergieAgentur.NRW GmbH durchgeführt. In den vorstehenden Ausführungen wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass sich potenziell bestehende Risiken erst im Rahmen der Durchführung einer genaueren Analyse bzw. Due Diligence der rechtlichen, wirtschaftlichen und sonstigen tatsächlichen Verhältnisse der EnergieAgentur.NRW GmbH beurteilen lassen. Eine solche Due Diligence wird empfohlen, bevor das Land Nordrhein-Westfalen eine abschließende Entscheidung hinsichtlich des weiteren Vorgehens in Bezug auf die EnergieAgentur.NRW GmbH trifft. Dabei sollten neben den in diesem Variantenvergleich thematisierten Aspekten – wie etwa den arbeitsrechtlichen Verhältnissen – auch andere Themen betrachtet werden (z.B. die steuerrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft). Die Ergebnisse einer solchen Due Diligence können Einfluss auf die Bewertungen und Ergebnisse dieses Variantenvergleichs haben. Daher wird empfohlen, nach einer Due Diligence diesen Variantenvergleich zu aktualisieren. Ebenso können Veränderungen der gesetzlichen oder verwaltungsinternen Rahmenbedingungen – insbesondere hinsichtlich des Themas EFRE – die vorstehenden Bewertungen und Ergebnisse dieses Variantenvergleichs beeinflussen, so dass auch diesbezüglich anzuraten ist, eine Aktualisierung des Variantenvergleichs bei Änderungen der Rahmenbedingungen vorzunehmen.</p>																																												

Nach den derzeitigen Ergebnissen der Nutzwertanalyse sowie der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung liefert die Variante 3 – Private Gesellschaft sowohl den größten Nutzwert als auch den niedrigsten und damit besten Barwert aller Varianten. Die private Gesellschaft stellt damit die am besten geeignete (höchster Nutzwert) sowie die aus Sicht des Landes wirtschaftlichste Variante (niedrigster Barwert) für eine künftige EnergieAgentur.NRW dar.

Die Varianten 2 – Landesgesellschaft und Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft liegen sowohl in der Nutzwertanalyse als auch in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung jeweils auf dem zweiten bzw. dritten Rang mit nur geringfügigen Abständen zwischen einander. Die Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung fällt in der Nutzwertanalyse hinter den vorgenannten Varianten ab und wurden deshalb auch nicht mehr monetär betrachtet.

Nach den derzeitigen Ergebnissen der Nutzwertanalyse liefern die Variante 3 – Private Gesellschaft (Status quo) und die Variante 5 – Neugründung einer GmbH beide denselben und größten Nutzwert aller Varianten und stellen damit gleichwertig, die qualitativ am besten geeigneten Varianten aus Sicht des Landes Nordrhein-Westfalen dar.

Dahinter folgen mit geringem Abstand die Variante 2 – Landesgesellschaft und erneut mit geringem Abstand gleichauf die Varianten 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft und 6 – reines Vertragsmodell. Die Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung fällt in der Nutzwertanalyse hinter den vorgenannten Varianten ab und wurden deshalb auch nicht mehr monetär betrachtet.

Den niedrigsten Barwert und damit aus monetärer Sicht die beste Variante für das Land Nordrhein-Westfalen liefert hingegen die Variante 6 – Reines Vertragsmodell. Die Varianten 3 und 5 bleiben hier jedoch mit lediglich sehr geringem Abstand von 0,34% und 0,38% hinter Variante 6 zurück und liefern den zweit- bzw. drittniedrigsten Barwert aller betrachteten Varianten.

In der Gesamtschau und vor dem Hintergrund des lediglich nur geringen monetären Nachteils der Varianten 3 und 5 sind beide mithin als sowohl qualitativ als auch quantitativ insgesamt am besten geeignete Varianten einzuschätzen.

Da zwischen beiden Varianten wiederum ein lediglich marginaler monetärer/barwertiger Unterschied von 0,04% bzw. 30.000 EUR liegt, scheint angesichts des identischen Nutzwertes eine Entscheidung allein auf dieser monetären Basis als nicht adäquat. Vielmehr gilt es, die abschließende Entscheidung zwischen den beiden Varianten 3 und 5 – die dem Land Nordrhein-Westfalen vorbehalten bleibt – vor dem Hintergrund der einzigen wesentlichen qualitativen Unterschiede beider Varianten zu treffen. So ist strategisch abzuwägen zwischen einer Know-

	<p>Vorbehaltlich der obigen Ausführungen in Bezug auf eine ratsame Due Diligence empfehlen wir auf Basis der Ergebnisse die Wahl der Variante 3 – Private Gesellschaft als Organisationsmodell für die künftige EnergieAgentur.NRW.</p>	<p>how-Sicherung mit gleichzeitigem großem arbeitsrechtlichen Restrisiko bei Variante 3 einerseits und andererseits einer Vermeidung des arbeitsrechtlichen Restrisikos aber damit einhergehend auch einem Wegfall des Know-hows bei Variante 5.</p> <p>Vorbehaltlich der obigen Ausführungen in Bezug auf eine (bei Variante 3) ratsame Due Diligence empfehlen wir die letztendliche Entscheidung zwischen der Variante 3 und 5 auf Basis der Ergebnisse sowie der vorgenannten strategischen Abwägung zu treffen. Die in beiden Fällen erforderlichen Arbeiten für eine europaweite Neuausschreibung empfehlen wir zeitnah aufzunehmen.</p>
--	---	--

* Änderungen sind grau unterlegt.

Die Ergebnisse der finalen Version von April 2020 sind dem Endbericht „Variantenvergleich“ zu entnehmen (abrufbar unter www.wirtschaft.nrw/NRWEnergy4Climate).

Anhang 4 zu

Kleine Anfrage 5554 der Abgeordneten Wibke Brems der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN „Warum wurde das Gutachten zur Wirtschaftlichkeit der EnergieAgentur.NRW geändert?“, LT-Drs. 17/13970

Gegenüberstellung der Definition und Gewichtung qualitativer Bewertungskriterien (5.1.2) und der Ergebnisse der Nutzwertanalyse (5.1.3) der Entwurfsversionen von November 2019 und Januar 2020 des Variantenvergleichs für eine künftige EnergieAgentur.NRW ab 2022*

	Entwurfsversion vom 15. November 2019	Entwurfsversion vom 20. Januar 2020
Bewertungskriterien inkl. Gewichtung	<p>A-Kriterien (Gewichtung je 13,63% von 100%)</p> <p>1 Steuerung • Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land NRW</p> <p>2 Know-how-Sicherung • Möglichkeiten zur Sicherung des Know-hows vor und nach der Vertragslaufzeit</p> <p>3 Organisatorische Flexibilität • Freiheitsgrade und Anpassungsfähigkeit während und nach der Vertragslaufzeit</p> <p>4 Auftragsflexibilität • Flexibilität und Aufwand für Zusatz- und Änderungsaufträge während der Vertragslaufzeit</p> <p>5 Geringer Betriebsaufwand • Aufwand für Aufsicht, Verwaltung und Controlling für das Land NRW</p> <p>6 Neutralität • Neutralität gegenüber privaten/ wirtschaftlichen Interessen</p> <p>7 EFRE-Förderfähigkeit • Zulässigkeit einer EFRE-Förderung</p> <p>B-Kriterium (Gewichtung 4,54% von 100%)</p> <p>8 Laufzeitverlängerung • Zulässigkeit (bzw. Erfordernis) der Verlängerung der Laufzeit des Rahmenvertrags auf sechs Jahre</p>	<p>A-Kriterien (Gewichtung je 12% von 100%)</p> <p>1 Steuerung • Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land NRW</p> <p>2 Know-how-Sicherung • Möglichkeiten zur Sicherung des Know-hows vor und nach der Vertragslaufzeit</p> <p>3 Organisatorische Flexibilität • Freiheitsgrade und Anpassungsfähigkeit während und nach der Vertragslaufzeit</p> <p>4 Auftragsflexibilität • Flexibilität und Aufwand für Zusatz- und Änderungsaufträge während der Vertragslaufzeit</p> <p>5 Geringer Betriebsaufwand • Aufwand für Aufsicht, Verwaltung und Controlling für das Land NRW</p> <p>6 Neutralität • Neutralität gegenüber privaten/ wirtschaftlichen Interessen</p> <p>7 EFRE-Förderfähigkeit • Zulässigkeit einer EFRE-Förderung</p> <p>8 Übrige Rechtsrisiken • Verbleibende rechtliche Restrisiken, bspw. Arbeitsrecht</p> <p>B-Kriterium (Gewichtung 4% von 100%)</p> <p>9 Laufzeitverlängerung • Zulässigkeit (bzw. Erfordernis) der Verlängerung der Laufzeit des Rahmenvertrags auf sechs Jahre</p>

Ergebnis der Nutzwertanalyse

	Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft (Status quo)	Variante 4 – Gemischtwirt. Gesellschaft
	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung
1 Steuerung	4	4	3	3
2 Know-how Sicherung	1	3	3	3
3 Organisatorische Flexibilität	1	2	4	3
4 Auftragsflexibilität	3	4	3	3
5 Geringer Betriebsaufwand	2	1	3	2
6 Neutralität	4	4	2	2
7 EFRE-Förderfähigkeit	1	1	3	3
8 Laufzeitverlängerung	4	4	2	2
Gesamtnutzwert (gewichtet)	2,36	2,77	2,82	2,68
Rang	4	3	1	2

	Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft (Status quo)	Variante 4 – Gemischtwirt. Gesellschaft	Variante 5 – Gründung neue Gesellschaft	Variante 6 – Ausschreibung nur Vertrag
	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung
1 Steuerung	4	4	3	3	3	2
2 Know-how Sicherung	1	3	3	3	0	0
3 Organisatorische Flexibilität	1	2	4	3	4	4
4 Auftragsflexibilität	3	4	3	3	3	3
5 Geringer Betriebsaufwand	2	1	3	2	3	3
6 Neutralität	4	4	2	2	2	1
7 EFRE-Förderfähigkeit	1	1	3	3	3	3
8 Übrige Rechtsrisiken	1	1	1	1	4	4
9 Laufzeitverlängerung	4	4	2	2	2	2
Gesamtnutzwert (gewichtet)	2,20	2,56	2,72	2,48	2,72	2,48
Rang	6	3	1	4	1	4

* Die Ergebnisse der finalen Version von April 2020 sind dem Endbericht „Variantenvergleich“ zu entnehmen (abrufbar unter www.wirtschaft.nrw/NRWEnergy4Climate).