

Endbericht

Variantenvergleich EnergieAgentur.NRW

Variantenvergleich und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für eine künftige EnergieAgentur.NRW ab 2022

Berlin, 9. April 2020



In Kooperation mit:



Vorbemerkung

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

Zusammenfassung

Im Rahmen der vorliegenden Variantenuntersuchung wurden sieben mögliche Umsetzungs- und Organisationsmodelle (Varianten) für eine künftige EnergieAgentur.NRW betrachtet. Dafür wurden die Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung, Variante 2 – Landesgesellschaft, Variante 3 – Private Gesellschaft (Status quo), Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, Variante 5 – Neugründung einer GmbH, Variante 6 – Reines Vertragsmodell und Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft unter Berücksichtigung etwaiger Vorgaben des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWIDE) mittels einer rechtlichen Würdigung der relevanten Rechtsgebiete, einer Nutzwertanalyse auf Basis verschiedener Kriterien sowie einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung miteinander verglichen.

Rechtliche Würdigung

Landeshaushaltsrecht: Hinsichtlich der Verwirklichung der Variante 1 Untervariante 3 (Landesbetrieb) bestehen erhebliche haushaltsrechtliche Hürden. Hinsichtlich der Umsetzung der Varianten 2 (Landesgesellschaft), 3 (Private Gesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell) und Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) sind insbesondere die haushaltsrechtlichen Vorgaben des § 65 LHO-NRW einzuhalten. Der Rechtfertigungsaufwand mit Blick auf § 65 LHO-NRW für Variante 2 (Landesgesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) dürfte dabei deutlich größer sein als für Variante 3 (Private Gesellschaft), da in Variante 2 und 4 eine langfristige Beteiligung des Landes angestrebt wird.

EFRE-Rechtsgrundlagen: In den Varianten 3 (Private Gesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell), 5 (Neugründung einer GmbH) und 6 (Reines Vertragsmodell) erscheint mit Blick auf die derzeitigen Entwürfe der Dach-VO und EFRE-VO für die zukünftige Förderperiode eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE nicht systemisch ausgeschlossen. In den Varianten 1 (Eingliederung in die Verwaltung), 2 (Landesgesellschaft) und Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) ist die Darstellung eines transparenten und wettbewerblichen Auswahlverfahrens als Grundlage der Projektauswahl jedoch kaum darstellbar, was jedenfalls nach derzeitiger Bewertung durch die EFRE-Verwaltungsbehörde eine Förderung als schwer durchführbar erscheinen lässt. Weiterhin bestehen seitens der EFRE-Verwaltungsbehörde Bedenken, ob in Variante 1 eine Förderung von Personalkosten einer eingegliederten EnergieAgentur.NRW zulässig wäre, da hier Bedenken in Bezug auf das sog. Zusätzlichkeitsprinzip bestünden. Insgesamt wird abzuwarten sein, wie sich die Entwürfe von Dach-VO und EFRE-VO auf europäischer Ebene entwickeln und insbesondere was die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission für Spielräume eröffnen bzw. Grenzen setzen.

Vergaberecht: In Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) ist kein Vergaberecht zu beachten. Das Vergaberecht ist nur zwischen zwei rechtlich voneinander verschiedenen juristischen Personen des öffentlichen und/oder privaten Rechts anwendbar. In Variante 2 (Landesgesellschaft) und Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) können Aufträge vom Land an die EA.NRW bzw. die neue Landesgesellschaft¹ ohne Ausschreibung vergeben werden, wenn die Voraussetzungen des § 108 GWB (sog. Inhouse-Ausnahmetatbestand) eingehalten werden. In den Varianten 3 (Private Gesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell), 5 (Neugründung einer GmbH) und 6 (Reines Vertragsmodell) ist eine europaweite Ausschreibung zur

¹ Soweit nachfolgend von der EA.NRW gesprochen wird, ist damit die EnergieAgentur.NRW GmbH in ihrer aktuellen gesellschaftsrechtlichen Form gemeint. Wenn im Kontext der jeweiligen Textpassage hingegen von der EnergieAgentur.NRW gesprochen wird, ist damit die Institution inhaltlich und losgelöst von der gesellschaftsrechtlichen bzw. sonstigen organisatorischen Form gemeint. Soweit von EnergieAgentur.NRW gesprochen wird, ist damit auch eine neue Landesgesellschaft gemeint (Variante 7).

Vergabe von Leistungen (Rahmenvertrag) gemeinsam mit allen oder Teilen der Geschäftsanteile (kombinierte Vergabe) erforderlich (zu den Herausforderungen siehe Ziffer 4.3). Die Ausschreibung der Variante 6 (Reines Vertragsmodell) dürfte dabei zwar am wenigsten aufwendig sein, hat jedoch ein etwas höheres Risiko, im Hinblick auf die Einhaltung des Gebots der losweisen Vergabe und ein erhöhtes Risiko hinsichtlich der Begründung einer längeren als der gesetzlich für vier Jahre vorgesehenen Vertragslaufzeit von Rahmenvereinbarungen.

Europäisches Beihilfenrecht: Bei allen Varianten verbleibt ein Restrisiko, dass die Vergütung bzw. sonstige (finanzielle) Ausstattungen/Maßnahmen an bzw. zugunsten die/der EnergieAgentur.NRW als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) bewertet werden könnten. Dabei ist das Risiko in der Variante 3 (Private Gesellschaft), 5 (Neugründung einer GmbH) und 6 (Reines Vertragsmodell) am geringsten und auch bei Variante 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) ist das Restrisiko gegenüber Varianten 1 (Eingliederung in die Verwaltung), 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) geringer einzuschätzen, wenn das Land Nordrhein-Westfalen ein ordnungsgemäßes, wettbewerbliches, transparentes und diskriminierungsfreies europaweites Vergabeverfahren durchführt. Da bei der Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) sowie der Variante 2 (Landesgesellschaft) und der Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) kein Vergabeverfahren durchgeführt werden kann, um die Marktgerechtigkeit der Vergütung bzw. sonstigen (finanziellen) Ausstattung der EnergieAgentur.NRW zu bestimmen, lässt sich eine entsprechende Marktgerechtigkeit der Vergütung/sonstigen (finanziellen) Ausstattung nur über Gutachten feststellen, was das Risiko einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV erhöht.

Auch hinsichtlich einer möglichen Beihilfe zugunsten der Erwerber der Geschäftsanteile an der EA.NRW in den Varianten 3 (Private Gesellschaft) sowie 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) gilt, dass bei Durchführung eines ordnungsgemäßen, wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien europaweiten Vergabeverfahrens das Risiko einer unzulässigen Beihilfe sehr gering erscheint.

Je nach konkreter Ausgestaltung der Leistungserbringung der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW gegenüber Dritten, die als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne einzuordnen sind, kann eine Beihilfe im Sinne des § 107 Abs. 1 AEUV nicht von vornherein in allen Konstellationen ausgeschlossen werden. Insofern ist hier ggf. bei jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Tatbestand des § 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, bzw. ob und wenn ja welche Ausnahmetatbestände (z.B. De-minimis-Verordnung) Anwendung finden. Grundsätzlich möglich ist es jedoch auch, ohne Rückgriff auf die De-minimis-Verordnung, die Leistungserbringung gegenüber Dritten allgemein beihilfenkonform zu gestalten, etwa durch die Zahlung eines marktgerechten Entgelts seitens der Dritten. Das beihilfenrechtliche Risiko ist in allen Varianten gleich.

Zuwendungsrecht: In allen Varianten sind die an die EA.NRW bzw. die EnergieAgentur.NRW zu zahlenden Entgelte keine Zuwendungen im Sinne des § 23 LHO NRW, da es sich um vertraglich vereinbarte finanzielle Gegenleistungen für Leistungen handelt, die den Bestimmungen der Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen. Damit sind die besonderen haushaltsrechtlichen Regelungen für Zuwendungen, etwa das Besserstellungsverbot oder die Besonderheiten der institutionellen Förderung, unbeachtlich. Eine Finanzierung über Zuwendung in den Varianten 2 (Landesgesellschaft), 3 (Private Gesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell), 5 (Neugründung einer GmbH), 6 (Reines Vertragsmodell) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) erscheint zwar theoretisch denkbar, würde jedoch dazu führen, dass das Land Nordrhein-Westfalen kaum inhaltliche Vorgaben in Bezug auf Leistungen und Inhalte der EA.NRW bzw. EnergieAgentur.NRW machen könnte und bis auf reaktive Kontrollmöglichkeiten weitgehend ohne Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten in Bezug auf Leistungen der EA.NRW bzw. EnergieAgentur.NRW stünde. Deshalb wurde diese Finanzierung nicht weiter im Detail betrachtet.

Steuerrecht: In allen Varianten sind Leistungen, die die EnergieAgentur.NRW gegen Entgelt gegenüber Dritten erbringt, und Leistungen, die die EnergieAgentur.NRW am Markt von Dritten einkauft (z.B. Subunternehmer), umsatzsteuerpflichtig.

Arbeitsrecht: Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) kann erreicht werden, indem das Land Nordrhein-Westfalen mit den Mitarbeitern der EA.NRW (und ggf. weiteren Dritten) vertragliche Vereinbarungen zur Überleitung der Arbeitsverhältnisse in den öffentlichen Dienst abschließt. Dabei könnte das Land die EA.NRW entweder vorher durch Ausübung der Kaufoption übernehmen und dann selbst liquidieren oder ohne die Kaufoption auszuüben, einzelne Arbeitnehmer der EA.NRW bzw. des im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals mittels Abschlusses entsprechender Arbeitsverträge oder dreiseitiger Überleitungsverträge in den Landesdienst übernehmen. Beide Vorgehensweisen können zu einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB führen, wenn ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des derzeit im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals übernommen wird. Ein Betriebsübergang hätte zur Folge, dass auch alle anderen Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (z.B. Scheinselbstständige, fehlerhaft überlassene Leiharbeiter), die dem (Gemeinschafts-)Betrieb zugeordnet sind, einschließlich eventuell geltender Betriebsvereinbarungen und ggf. einschließlich individualvertraglicher Fortgeltung tarifvertraglicher Regelungen auf das Land übergehen. Alternativ lässt sich die Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) auch durch eine umwandlungsrechtliche Vermögensübertragung nach §§ 174, 176 UmwG, also einen Übergang des gesamten Vermögens der EA.NRW im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Auflösung ohne Abwicklung auf das Land erzielen. Das bedeutet, dass sämtliche bei 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. Den Arbeitnehmern der EA.NRW steht in diesem Fall jedoch ein außerordentliches Kündigungsrecht zu.

In den Varianten 2 (Landesgesellschaft), 3 (Private Gesellschaft) und 4 (ÖPP-Modell) bleibt die EA.NRW Arbeitgeberin aller (27) Arbeitnehmer, mit welchen sie Arbeitsverträge abgeschlossen hat. In diesen Varianten werden lediglich die Geschäftsanteile der EA.NRW veräußert, so dass sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse samt allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten sowie sämtliche sonstigen Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten, die zwischen der EA.NRW und Dritten bestehen, grundsätzlich unverändert fortbestehen. Unklar ist bei der derzeitigen Sachverhaltslage die Art und Weise der Vertragsgestaltung der EA.NRW mit den Unterauftragnehmern sowie der tatsächliche Umgang mit Fremdpersonal zwischen EA.NRW und ihren Unterauftragnehmern. Ein Risiko für das Land als neuem Gesellschafter könnte darin liegen, dass im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigtes Personal als fehlerhaft überlassene Leiharbeiter oder Scheinselbstständige anzusehen sein könnten, mit der Folge, dass diese einen Anspruch auf Beschäftigung bei der EA.NRW hätten und die EA.NRW ggf. Sozialbeiträge nachzuzahlen hätte. Da z.B. die Darstellung der Mitarbeiter im Jahresbericht der EA.NRW Fragen zur Ausgestaltung des Umgangs mit Fremdpersonal aufwirft, wäre eine genauere Klärung nur über eine Due Diligence zu erreichen.

Variante 5 (Neugründung einer GmbH) und Variante 6 (Reines Vertragsmodell) bergen aus Sicht des Landes die geringsten arbeitsrechtlichen Unsicherheiten, da in diesem Fall ein Betriebsübergang nach § 613a BGB auf das Land, von dem Land gehaltenen Gesellschaften oder einen oder mehrere neue Bieter ausscheidet, sofern keine der EA.NRW zurechenbare Mitarbeiter übernommen werden. Allerdings besteht in diesen beiden Varianten ein erhöhtes Risiko hinsichtlich des Erhalts von Know-how und Personal. Dies wäre hier nur möglich, wenn die Gesellschafter der EA.NRW im Rahmen der nächsten Ausschreibung erneut erfolgreich

sind oder ein anderer, erfolgreicher Bieter einen Großteil des derzeit im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals (unabhängig vom derzeitigen Vertragsarbeitgeber) ohne dahingehende Verpflichtung im Rahmen der Vergabe übernimmt bzw. neu einstellt.

In Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) gehen zunächst mangels Ausübung der Kaufoption und Erwerb der EA.NRW keine arbeitsrechtlichen oder sonstigen Risiken auf die neue Landesgesellschaft über. Es kann jedoch auch in Variante 7 zu einem Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB kommen, sofern ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des derzeit im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals durch Abschluss neuer Arbeitsverträge „übernommen“ wird. Der Abschluss neuer Arbeitsverträge allein kann für die Auslösung eines Betriebsüberganges in betriebsmittelarmen Unternehmen genügen, es ist kein Rechtsgeschäft oder auch nur Einvernehmen zwischen früherem und neuem Betriebsinhaber erforderlich. Allerdings besteht im vorliegenden Fall im Hinblick auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines möglichen Betriebsübergangs die Schwierigkeit, dass der Sachverhalt nicht vollständig ist. Daher ist offen, ob die EA.NRW allein einen eigenständigen Betrieb im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit darstellt oder ob diese mit einem oder mehreren Unterauftragnehmern einen (abgrenzbaren oder nicht abgrenzbaren) Teil eines Gemeinschaftsbetriebs bildet. Damit ist unklar, wie viele und welche Arbeitsverhältnisse der wirtschaftlichen Einheit zugerechnet werden können. Die Schwelle des wesentlichen Teils der Belegschaft und die genaue Reichweite eines möglichen Betriebsübergangs lassen sich daher nicht beurteilen. Ein weiteres Risiko der Variante 7 liegt im möglichen Verlust von Know-how.

Bezüglich der Varianten, die eine Ausübung der Kaufoption beinhalten, sei darauf hingewiesen, dass es im Kaufoptionsvertrag bestimmte Garantien in Bezug auf die arbeitsrechtliche Situation der EA.NRW zum Stichtag gibt. Die Werthaltigkeit dieser Garantie ist allerdings fraglich. Der genaue Inhalt der Garantie könnte streitig sein, etwaige Schadensersatzansprüche wären nur schwer bezifferbar und damit kaum durchsetzbar und es besteht eine limitierende Haftungsbegrenzung. In Varianten 1 und 2 verbleiben die vorstehend skizzierten Risiken beim Land Nordrhein-Westfalen. In den Varianten 3 und 4 gehen diese ganz bzw. teilweise, auf die (neuen) privaten Gesellschafter über. Jedoch können in Variante 3 und 4 entsprechende arbeitsrechtliche Risiken die Wirtschaftlichkeit (und ggf. Rechtssicherheit (Thema unzumutbares Wagnis) eines Vergabeverfahrens belasten. Im Rahmen der Varianten 5, 6 und 7 ist die Garantie mangels Ausübung der Kaufoption unbeachtlich. Festzuhalten ist jedoch, dass die Garantie nicht geeignet ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen die Zuordnung weiteren im Rahmen des Projekts EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals zu dem (Gemeinschafts-)Betrieb oder das Entstehen eines darüberhinausgehenden Arbeitsverhältnisses zu verhindern.

Gesellschaftsrecht: Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Entweder durch individualvertragliche Übernahme der Arbeitnehmer der EA.NRW (die Geschäftsanteile der EA.NRW verbleiben im Besitz der jetzigen Gesellschafter und die Gesellschaft wird zu einer leeren Hülle) oder durch Ausübung der Kaufoption und anschließende Auflösung und Beendigung der EA.NRW oder durch eine umwandlungsrechtliche Vermögensübertragung. Die Varianten 2 bis 4 können jeweils über die Ausübung der Kaufoption und in den Varianten 3 (Private Gesellschaft) und 4 (ÖPP-Modell) sich daran anschließende erneute Veräußerung der Geschäftsanteile ganz oder teilweise an private Unternehmen im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens erreicht werden. Bei Variante 5 gründen der oder die erfolgreichen Bieter, bei Variante 7 gründet das Land Nordrhein-Westfalen eine neue GmbH oder Bieter oder Land kaufen zu diesem Zweck eine Vorratsgesellschaft. Die Kaufoption spielt dann keine Rolle. Bei Variante 6 (Reines Vertragsmodell) spielen gesellschaftsrechtliche Aspekte keine Rolle.

Mit Blick auf derzeit bestehende und für die Zukunft erneut gewünschten Einflussrechte des Landes Nordrhein-Westfalen als Nicht-Gesellschafter auf grundlegende Entscheidungen innerhalb der EA.NRW (wie Ge-

schäftsführerbestellungen) – im vorliegenden Variantenvergleich in den Varianten 3 und 5 relevant – verbleiben Restrisiken hinsichtlich der Wirksamkeit entsprechender Rechte sowie der Auswirkungen und Reichweite einer etwaigen Unwirksamkeit. Insofern wird es bei Umsetzung der Varianten 3 und 5 erforderlich sein, das genaue Ausmaß von Einflussrechten und damit verbundene Risiken im Rahmen der Vorbereitung einer Neuausschreibung abzuwägen. Die Möglichkeit der Vereinbarung von Einflussrechten des Landes ist bei Variante 6 noch eingeschränkter, da hier nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine allein dem Projekt EnergieAgentur.NRW dienende juristische Person existiert.

Datenschutz: Wie unten unter Ziffer 4.9 ausgeführt, bestehen gegen die aktuelle Praxis der Abrechnung von Leistungen der EA.NRW gegenüber dem MWIDE bzw. der Zwischengeschalteten Stelle („ZGS“) und anderen Stellen vor dem Hintergrund der neuen DSGVO und nach Auffassung der LDI-NRW datenschutzrechtliche Bedenken. Denn die Erfassung und Weitergabe der personenbezogenen Daten von Mitarbeitern in den vertraglich im aktuellen Rahmenvertrag geforderten Tätigkeitsnachweisen – Beschreibung der Leistungen unter Angabe des jeweils die Leistung ausführenden Mitarbeiters der EA.NRW oder ihrer Unterauftragnehmer unter Angabe von Datum und Zeiten – könnte laut LDI-NRW nicht in allen Fällen hinreichend gerechtfertigt sein und damit einen datenschutzrechtlichen Verstoß darstellen. Auch wenn es überzeugende Argumentationsansätze dafür gibt, dass die aktuelle Praxis datenschutzrechtlich gerechtfertigt ist, kann jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die LDI-NRW einen Verstoß feststellt und Anordnungen zur Abstellung der Praxis sowie Bußgelder verhängt. Denkbar sind auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen von betroffenen Personen, also den Mitarbeitern. Da Rechtsprechung zu der konkreten Fragestellung nicht ersichtlich ist, kann weiterhin nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass entsprechende Anordnungen und/oder ein verhängtes Bußgeld auch gerichtlich bestätigt werden (vgl. im Einzelnen unten unter Ziffer 4.9). Um das Risiko der Feststellung eines Verstoßes des Abrechnungssystems der EA.NRW gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen zu vermeiden, erfolgte am 5. September 2019 ein Gespräch zwischen der EFRE-Verwaltungsbehörde, EFRE-Prüfbehörde, dem MWIDE und der LDI-NRW, in denen der LDI-NRW die Rechtfertigungsgrundlagen für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Mitarbeiter zu Abrechnungszwecken erläutert wurden. Eine entsprechende schriftliche Stellungnahme erfolgte im Nachgang Ende September, in der auch um Zustimmung der LDI-NRW zur bisherigen Abrechnungspraxis gebeten wurde, welche allerdings noch aussteht. Erst nach Zugang dieser Zustimmung ist sichergestellt, dass die LDI-NRW keine datenschutzrechtlichen Bedenken mehr hat und auch keine Anordnungen zur Abstellung der bisherigen Abrechnungspraxis treffen wird. Sollte eine Zustimmung ausbleiben, müsste erneut und gemeinsam mit allen Beteiligten eine Anpassung der Abrechnungspraxis erarbeitet werden, so dass einerseits die EFRE-Förderfähigkeit sichergestellt wird und andererseits datenschutzrechtliche Bedenken ausgeräumt werden. Ansätze für mögliche Anpassungen sind zwar ersichtlich, da bislang die EFRE-Prüfbehörde auf dem Standpunkt steht, dass eine personenbezogene Zuordnung von Leistungen und Leistungszeiten eine Zahlungsvoraussetzung für die EFRE-Fördermittel an das MWIDE ist, würde eine Anpassung des Abrechnungssystems in Zukunft die Förderfähigkeit von Vorhaben des MWIDE, die von der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW umgesetzt werden, aber in Frage stellen (vgl. hierzu unten Ziffer 4.2). Die vorstehenden Risiken aus datenschutzrechtlicher Sicht sowie die Risiken des Verlusts der EFRE-Förderfähigkeit bestehen in allen sieben Varianten im Wesentlichen unterschiedslos.

Markennutzung Variante 6. Auch bei Umsetzung der Variante 6 (Reines Vertragsmodell) kann im Rahmenvertrag für die dort näher bezeichneten Dienstleistungen und Produkte die Nutzung der unter der beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) eingetragenen Wort-Bildmarke mit dem Aktenzeichen 3020130450779 „EnergieAgentur.NRW“ vorgegeben werden. Bei der Nutzung der Wort-Bildmarke muss aber berücksichtigt werden, dass die Nutzung nur zur Kennzeichnung der in dem Rahmenvertrag näher bezeichneten Dienstleistungen und Produkte erfolgt und der Grundsatz der Firmenwahrheit gemäß § 18 Abs. 2 HGB nicht außer Acht gelassen werden darf. Die Nutzung der Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ dürfte

daher nicht so weit gehen, dass sie über die eigentliche Identität des erfolgreichen Bieters irreführt. Daher muss weiterhin z.B. auf Geschäftspapieren, im Impressum des Internetauftritts etc. die Firma des erfolgreichen Bieters deutlich gemacht werden, um dem Grundsatz der Firmenwahrheit zu entsprechen.

Nutzwertanalyse

Im Rahmen der Nutzwertanalyse wurden die sieben Varianten anhand verschiedener mit dem MWIDE abgestimmter qualitativer Kriterien verglichen. Im Ergebnis liefern die Varianten 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) den größten Nutzwert vor den Varianten 3 (Private Gesellschaft) und 5 (Neugründung einer Gesellschaft) mit dem jeweils zweitgrößten Nutzwert, vor den Varianten 1 (Eingliederung in die Verwaltung), 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) und schließlich 6 (Reines Vertragsmodell) mit dem niedrigsten Nutzwert.

Die Varianten 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) liefern denselben höchsten Nutzwert. Die Variante 2 (Landesgesellschaft) liefert zudem von allen Varianten bei den meisten Kriterien den maximalen Nutzwert. Dies gilt für die Steuerungsmöglichkeiten durch das Land, infolge u.a. des direkten Weisungsrechts auf die Geschäftsführung, für die Auftragsflexibilität infolge der stets möglichen und wenig aufwendigen Inhouse-Vergaben vom Land an die Landesgesellschaft sowie für die Neutralität gegenüber etwaigen privaten oder wirtschaftlichen Interessen. Mit ebenfalls maximalem Nutzwert wird das Kriterium der Laufzeitverlängerung gewertet, da dieser Aspekt für die Landesgesellschaft keine Rolle spielt, weil die Laufzeit der vertraglichen Grundlagen flexibel ist. Insofern verbleibt aber eben auch kein vergaberechtliches Restrisiko wie bei den Varianten 3, 4, 5 und 6. Bei den übrigen Kriterien liefert die Variante 2 hingegen nur mittlere bzw. geringe Nutzwerte. Die organisatorische Flexibilität bleibt hinter der der Varianten 3, 4, 5 und 6 zurück. Der Betriebsaufwand ist bei der Landesgesellschaft von allen Varianten am größten, da neben dem Vertragscontrolling und der Beteiligungsverwaltung insbesondere auch die Restrukturierung der Landesgesellschaft einen hohen inhaltlichen und zeitlichen Aufwand verursacht. Ferner wird die EFRE-Förderfähigkeit für diese Variante von der EFRE-Verwaltungsbehörde derzeit äußerst kritisch eingeschätzt, weswegen der Nutzwert hier nur (sehr) gering ist.

Die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) bleibt zwar bei der Know-how-Sicherung etwas hinter der Variante 2 zurück, da infolge der Neugründung eine Sicherung des derzeit bestehenden Know-hows nicht möglich ist. Hier ist lediglich und infolge der langfristigen Fortführung der Gesellschaft eine Sicherung des im Laufe der Betrachtungszeit neu aufgebauten Know-hows möglich. Infolge der Neugründung ist jedoch auch das Übrige - arbeitsrechtliche - Risiko geringer als bei Variante 2 und der Nutzwert entsprechend etwas höher. Bei den übrigen Kriterien erreicht die Variante 7 dieselben Nutzwerte wie die Variante 2.

Die Variante 3 (Private Gesellschaft) liefert zwar nur beim Kriterium der organisatorischen Flexibilität den maximalen Nutzwert, jedoch bei der überwiegenden Mehrzahl der übrigen Kriterien einen großen und damit (gemeinsam mit der Variante 5) den insgesamt zweithöchsten Nutzwert. Die Steuerungsmöglichkeiten durch das Land/das MWIDE sind durch entsprechende vertragliche Regelungen gut. Die Sicherung des bestehenden Know-hows kann durch die Ausübung der Kaufoption, die Sicherung des künftigen Know-hows durch die erneute Vereinbarung auch einer künftigen Kaufoption gut erfolgen. Durch den Rahmenvertrag zwischen Land Nordrhein-Westfalen und der künftigen Gesellschaft besteht eine gute Flexibilität für etwaige Zusatz- und Änderungsaufträge bei geringem damit einhergehendem Aufwand. Der Betriebsaufwand für das Land konzentriert sich auf das Vertragscontrolling und bietet damit den höchsten Nutzwert aller Varianten. Nach derzeitiger Einschätzung der EFRE-Verwaltungsbehörde ist bei der privaten Gesellschaft das Risiko der Zulässigkeit einer Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE nur gering. Einen nur mittleren Nutzwert liefert die Variante lediglich beim Kriterium Neutralität, da eine private Gesellschaft ggf. weniger neutral als die beiden öffentlichen Varianten 1, 2 und 7 wahrgenommen werden könnte, und beim Kriterium

Laufzeitverlängerung des Rahmenvertrags, da hier zumindest ein Restrisiko verbleibt, dass dessen Verlängerung auf sechs Jahre vergaberechtlich nicht zulässig sein könnte. Allein beim Kriterium Übrige Rechtsrisiken liefert die Variante infolge der arbeitsrechtlichen Unsicherheiten bezüglich einer ggf. erforderlichen Übernahme sämtlicher Mitarbeiter, Scheinselbständiger und fehlerhaft überlassener Arbeitnehmer der EA.NRW einen niedrigen Nutzwert.

Die Variante 5 (Neugründung einer GmbH) liefert insgesamt denselben zweithöchsten Nutzwert wie Variante 3. Anders als dort ist jedoch wegen der Neugründung der Gesellschaft eine Sicherung des bestehenden Know-hows nicht möglich und der Nutzwert in diesem Kriterium entsprechend nicht gegeben. Dem entgegen steht jedoch ein maximaler Nutzwert beim Kriterium Übrige Rechtsrisiken, da ebenfalls wegen der Neugründung keine besonderen arbeitsrechtlichen Risiken bestehen. Die übrigen Nutzwerte in den Einzelkriterien entsprechen denen der Variante 3.

Die Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) liefert in der Gesamtschau aller Varianten einen mittleren Nutzwert. Zwar liefert auch sie – wie die anderen öffentlichen Varianten 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) – bei den Kriterien Steuerung, Neutralität und Laufzeitverlängerung den maximalen und bei der Auftragsflexibilität einen großen Nutzwert. Bei den übrigen Kriterien hingegen bleibt sie z.T. deutlich hinter den übrigen Varianten. Insbesondere die Know-how-Sicherung ist hier schlechter zu bewerten, da nicht sichergestellt werden kann, dass das Kernteam übernommen werden kann. Die organisatorische Flexibilität ist nur sehr gering und die derzeitigen erheblichen Bedenken der EFRE-Verwaltungsbehörde bzgl. einer EFRE-Förderfähigkeit gelten hier noch etwas stärker als bei Varianten 2 und 7.

Die Variante 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) liefert knapp hinter der Variante 1 und vor der Variante 6 den zweitniedrigsten Nutzwert. Sie bleibt bei der Steuerung geringfügig hinter den Varianten 2 und 7 und auf einem Niveau mit den Varianten 3, 5 und 6. Die Know-how-Sicherung ist hier wie bei den vorgenannten Varianten durch die Ziehung bzw. Vereinbarung einer künftigen Kaufoption gut möglich. Die organisatorische Flexibilität ist größer als bei den öffentlichen Varianten 1, 2 und 7, aber kleiner als bei der rein privaten Gesellschaft und liefert mithin einen mittleren Nutzwert. Die Auftragsflexibilität ist wie bei den übrigen Ausschreibungsvarianten 3, 5 und 6 infolge des Rahmenvertrags groß. Der Betriebsaufwand ist wegen der Organisationsstruktur jedoch groß, da neben dem Vertragscontrolling auch eine Beteiligungsverwaltung zu erbringen sowie die Gesellschaftsbeteiligung als solche inhaltlich (und mit entsprechendem zeitlichem Aufwand) vorzubereiten ist. Bezüglich der Neutralität ist die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ebenso einzuschätzen wie die private Gesellschaft in den Varianten 3 und 5, jedoch schlechter als die Varianten 1, 2 und 7. Die Nutzwerte für die Kriterien EFRE-Förderfähigkeit, Übrige Rechtsrisiken und Laufzeitverlängerung stellen sich wie bei der Variante 3 dar.

Die Variante 6 (Reines Vertragsmodell) liefert den niedrigsten Nutzwert aller betrachteten Varianten. Die Steuerungsmöglichkeiten sind hier im Vergleich der Varianten am kleinsten, da hier nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine allein dem Projekt EnergieAgentur.NRW dienende juristische Person existiert. Eine Know-how-Sicherung ist infolge der Ausschreibung nur des Vertrags auch hier nicht möglich und der Nutzwert wie bei Variante 5 nicht gegeben. Auch hier steht dem jedoch wegen des sich daraus ergebenden Wegfalls etwaiger besonderer arbeitsrechtlicher Risiken ein maximaler Nutzwert beim Kriterium Übrige Rechtsrisiken entgegen. Beim Kriterium Neutralität liefert die Variante 6 den geringsten Nutzwert aller Varianten, da zwar die Wort-Bild-Marke genutzt, gleichwohl aber die Firma des erfolgreichen Bieters angegeben sein muss. Bei den übrigen Kriterien werden dieselben Nutzwerte erreicht wie bei den Varianten 3 und 5.

Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung wurden sämtliche Zahlungsströme der Varianten 2 bis 7 über den Betrachtungszeitraum erfasst und entsprechende Barwerte ermittelt. Die Berechnung der Barwerte ergibt, dass die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) mit ca. 67,76 Mio. Euro den mit großem Abstand niedrigsten Barwert liefert. Diese Variante stellt damit aus Sicht des Landes Nordrhein-Westfalen die wirtschaftlichste Lösung für eine künftige EnergieAgentur.NRW dar. Der große Abstand bzw. Vorteil gegenüber den übrigen Varianten ergibt sich insbesondere aus den wesentlich niedrigeren Personalkosten infolge der Vergütung nach Tarif des öffentlichen Dienstes und einem Verzicht auf die Einbindung teurer externer Headhunter. Dem gegenüber steht jedoch, dass die neu gegründete Landesgesellschaft nicht wie die übrigen Varianten bereits zum 01.01.2021 mit dem vollen Personalstamm ausgestattet ist und deshalb ggf. nicht von Beginn an denselben Leitungsumfang erbringen kann bzw. erbringen wird.

Dahinter folgen die Varianten 6 (Reines Vertragsmodell), 5 (Neugründung einer GmbH und 3 (Private Gesellschaft) mit ähnlichen Barwerten in Höhe von ca. 87,28 Mio., ca. 87,58 Mio. und ca. 87,61 Mio. Euro. Ihr relativer Nachteil gegenüber der Variante 7 beträgt zwischen ca. 28,8% und 29,3% bzw. in absoluten Zahlen ca. 19,5 bis 19,8 Mio. Euro.

Mit geringem Abstand dahinter liegen die Variante 2 Landesgesellschaft mit einem Barwert von ca. 89,1 Mio. Euro und einem relativen Nachteil von ca. 31,4% bzw. ca. 21,3 Mio. Euro und schließlich die unwirtschaftlichste Variante 4 mit einem Barwert von ca. 91,51 Mio. Euro und einem Nachteil von ca. 35,1% bzw. 23,8 Mio. Euro.

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	1
Zusammenfassung	2
Inhaltsverzeichnis	10
Abbildungsverzeichnis	16
Tabellenverzeichnis	16
1 Aufgabenstellung und Vorgehensweise	17
2 Ausgangssituation	18
2.1 Aktuelle Aufstellung der EnergieAgentur.NRW	18
2.2 Aktuelle Vertragsgrundlagen	20
2.2.1 Der Kooperationsvertrag	21
2.2.2 Der Kaufoptionsvertrag	21
2.2.3 Rahmenvertrag und Einzelaufträge	22
2.2.3.1 Der Rahmenvertrag	22
2.2.3.2 Einzelaufträge	23
2.3 Künftige Aufgaben und Ausrichtung der EA.NRW	23
2.4 Vorgaben des MWIDE	25
3 Betrachtete Umsetzungs- und Organisationsmodelle (Varianten)	27
3.1 Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	27
3.1.1 Nachgeordnete Behörde des MWIDE	27
3.1.2 Eingliederung in eine bestehende Landesbehörde (z.B. LANUV)	27
3.1.3 Landesbetrieb gem. § 26 LHO	27
3.2 Variante 2 – Landesgesellschaft	27
3.3 Variante 3 – Private Gesellschaft (Status quo)	27
3.4 Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell	28
3.5 Variante 5 – Neugründung einer GmbH	28
3.6 Variante 6 – Reines Vertragsmodell	28
3.7 Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	28
4 Rechtlicher Rahmen	29
4.1 Landeshaushaltsrecht	29
4.1.1 Landeshaushaltsrecht bei Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	29
4.1.2 Landeshaushaltsrecht bei Variante 2 – Landesgesellschaft	30
4.1.2.1 § 65 Abs. 1 LHO-NRW	30
4.1.2.1.1 Wichtiges Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen	32

4.1.2.1.2	Keine bessere und wirtschaftlichere Alternative	32
4.1.2.2	Weitere Vorgaben des § 65 LHO-NRW	32
4.1.2.2.1	§ 65 Abs. 3 und 5 LHO-NRW – Beteiligung an anderen Unternehmen sowie Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften	32
4.1.2.2.2	§ 65 Abs. 6 und 7 LHO-NRW – Sicherstellung der Interessenswahrnehmung und Parlamentsvorbehalt bei Veräußerung	33
4.1.3	Landeshaushaltsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)	33
4.1.4	Landeshaushaltsrecht für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell	35
4.1.5	Landeshaushaltsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	35
4.1.6	Landeshaushaltsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	35
4.1.7	Landeshaushaltsrecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	36
4.2	EFRE-Rechtsgrundlagen	36
4.3	Vergaberecht	40
4.3.1	Vergaberecht für Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	40
4.3.2	Vergaberecht für Variante 2 – Landesgesellschaft	41
4.3.3	Vergaberecht für Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)	42
4.3.3.1	Besonderheiten Rahmenvertrag	43
4.3.3.2	Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb	44
4.3.3.3	Losweise Vergabe	45
4.3.3.4	Unkalkulierbare Risiken	46
4.3.4	Vergaberecht für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell	47
4.3.5	Vergaberecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	48
4.3.6	Vergaberecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	49
4.3.7	Vergaberecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	50
4.4	Europäisches Beihilferecht	51
4.4.1	Beihilfe zugunsten der EnergieAgentur.NRW	51
4.4.1.1	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme	52
4.4.1.2	Begünstigung zugunsten eines Unternehmens	52
4.4.1.2.1	Die Begünstigung	52
4.4.1.2.2	Begünstigung an ein bestimmtes Unternehmen	54
4.4.1.3	Verfälschung des Wettbewerbs	56
4.4.1.4	Auswirkungen auf Handel zwischen Mitgliedstaaten	57
4.4.1.5	Ergebnis	57
4.4.2	Beihilfe zugunsten des Erwerbers	58
4.4.2.1	Bei vorgegebenem Kaufpreis	59
4.4.2.1.1	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme	59

4.4.2.1.2	Begünstigung durch das Vertragspaket	60
4.4.2.1.3	Begünstigung bei Beendigung des Vertragsverhältnisses	60
4.4.2.2	Bei Wettbewerb bzgl. des Kaufpreises	61
4.4.3	Beihilfe zugunsten Dritter	61
4.4.3.1	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen	61
4.4.3.2	Begünstigung zugunsten eines Unternehmens	62
4.4.3.2.1	Selektivität	62
4.4.3.3	Verfälschung des Wettbewerbs	64
4.4.3.4	Auswirkungen auf Handel zwischen Mitgliedstaaten	64
4.4.3.5	Exkurs De-minimis-Ausnahme	65
4.5	Zuwendungsrecht für Varianten 1 bis 7	65
4.5.1	Auswirkungen einer Zuwendungsfinanzierung auf das Vergaberecht	66
4.5.2	Haushaltsrechtliche Hinweise	67
4.5.2.1	Projektförderung ./ institutionelle Förderung	67
4.5.2.2	Das Besserstellungsverbot	67
4.6	Steuerrecht	68
4.6.1	Umsatzsteuer	68
4.6.1.1	Steuerrecht für Variante 1 - Eingliederung in die Verwaltung	68
4.6.1.1.1	Grundsätzliche Umsatzsteuerpflicht	68
4.6.1.1.2	Bemessungsgrundlage	69
4.6.1.2	Steuerrecht für Varianten 2 bis 7	70
4.6.2	Umsatzsteuerliche Organschaft	70
4.6.2.1	Allgemeines	70
4.6.2.2	Organschaft in Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	70
4.6.2.3	Organschaft in Variante 2 – Landesgesellschaft	71
4.6.2.4	Organschaft in Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)	71
4.6.2.5	Organschaft in Variante 4 – ÖPP Modell	71
4.6.2.6	Organschaft in Variante 5 – Neugründung einer GmbH	71
4.6.2.7	Organschaft in Variante 6 – Reines Vertragsmodell	71
4.6.2.8	Organschaft in Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	72
4.7	Arbeitsrecht	72
4.7.1	Arbeitsrecht für Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	72
4.7.2	Arbeitsrecht für Variante 2 – Landesgesellschaft	77
4.7.3	Arbeitsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft	78
4.7.4	Arbeitsrecht für Variante 4 – ÖPP Modell	79

4.7.5	Arbeitsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	79
4.7.6	Arbeitsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	81
4.7.7	Arbeitsrecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	81
4.8	Gesellschaftsrecht	83
4.8.1	Gesellschaftsrecht für Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung	83
4.8.2	Gesellschaftsrecht für Variante 2 – Landesgesellschaft	84
4.8.2.1	Notwendige Schritte zu Variante 2	84
4.8.2.2	Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Variante 2	85
4.8.3	Gesellschaftsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft	85
4.8.3.1	Notwendige Schritte zu Variante 3	85
4.8.3.2	Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Variante 3	86
4.8.4	Gesellschaftsrecht für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell	87
4.8.5	Gesellschaftsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	88
4.8.6	Gesellschaftsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	89
4.8.7	Gesellschaftsrecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	89
4.8.7.1	Notwendige Schritte zu Variante 7	89
4.8.7.2	Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Variante 7	89
4.8.7.3	Zusammenschlusskontrolle für Variante 7	90
4.9	Datenschutzrecht	91
4.9.1	Grundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten	91
4.9.2	Übermittlung personenbezogener Beschäftigtendaten	91
4.9.2.1	Rechtfertigungsansätze hinsichtlich der Übermittlung der Beschäftigtendaten	91
4.9.2.2	Potenzielle Sanktionen bei Feststellung eines Verstoßes gegen Datenschutzvorschriften	94
4.9.2.3	Empfehlung	94
4.9.3	Variantenvergleich	94
4.10	Markenrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	95
5	Nutzwertanalyse	97
5.1.1	Festlegung möglicher Organisationsformen	97
5.1.2	Definition und Gewichtung qualitativer Bewertungskriterien	97
5.1.3	Qualitative Bewertung der Varianten / Ergebnis der Nutzwertanalyse	99
5.1.4	Bewertung Variante 1 - Eingliederung in die Verwaltung	100
5.1.5	Bewertung Variante 2 - Landesgesellschaft	102
5.1.6	Bewertung Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)	104
5.1.7	Bewertung Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	105
5.1.8	Bewertung Variante 5 – Neugründung einer GmbH	107

5.1.9	Bewertung Variante 6 – Reines Vertragsmodell	108
5.1.10	Bewertung Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	110
5.1.11	Zusammenfassung Ergebnis aller Varianten	112
6	Wirtschaftlichkeitsuntersuchung	115
6.1	Zeitliche Annahmen	115
6.2	Preisentwicklung / Indexierung	116
6.3	Dynamische Investitionsrechnung / Kapitalwertmethode	116
6.4	Grundsätzliche Annahmen	116
6.5	Kostenannahmen zu Variante 2 – Landesgesellschaft	118
6.5.1	Kosten in der Vorlaufphase für Variante 2 – Landesgesellschaft	118
6.5.2	Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft	120
6.5.3	Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 2 – Landesgesellschaft	121
6.6	Kostenannahmen zu Variante 3 – Private Gesellschaft	121
6.6.1	Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 3 – Private Gesellschaft	121
6.6.2	Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 3 – Private Gesellschaft	123
6.6.3	Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 3 - Private Gesellschaft	124
6.7	Kostenannahmen zu Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	125
6.7.1	Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 4 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	125
6.7.2	Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 4 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	126
6.7.3	Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 4 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	127
6.8	Kostenannahmen zu Variante 5 – Neugründung einer GmbH	127
6.8.1	Kosten in der Vorlaufphase für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	127
6.8.2	Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	129
6.8.3	Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	129
6.9	Kostenannahmen zu Variante 6 – Reines Vertragsmodell	130
6.9.1	Kosten in der Vorlaufphase für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	130
6.9.2	Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	131
6.9.3	Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	132
6.10	Kostenannahmen zu Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	133
6.10.1	Kosten in der Vorlaufphase für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	133
6.10.2	Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	134
6.10.3	Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	135
6.11	Zusammenfassung aller Annahmen der betrachteten Varianten	135

6.12	Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung	137
7	Gesamtergebnis aus rechtlicher Betrachtung, Nutzwertanalyse und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sowie Entscheidungsempfehlung	139

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Aktuelle Organisationsform der EA.NRW	19
Abbildung 2: Vorgehen zur Identifikation der geeignetsten Organisationsform	97
Abbildung 3: Kriterien der Nutzwertanalyse	98
Abbildung 4: Ergebnis der Nutzwertanalyse	100

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Zeitschiene der untersuchten Varianten	115
Tabelle 2: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 2 - Landesgesellschaft	120
Tabelle 3: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft	121
Tabelle 4: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft	121
Tabelle 5: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 3 – Private Gesellschaft	123
Tabelle 6: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 3 – Private Gesellschaft	124
Tabelle 7: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 3 – Private Gesellschaft	124
Tabelle 8: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	126
Tabelle 9: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	127
Tabelle 10: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	127
Tabelle 11: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	128
Tabelle 12: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	129
Tabelle 13: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 5 – Neugründung einer GmbH	130
Tabelle 14: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	131
Tabelle 15: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	132
Tabelle 16: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 6 – Reines Vertragsmodell	132
Tabelle 17: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	134
Tabelle 18: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft	135
Tabelle 19: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft	135
Tabelle 20: Übersicht sämtlicher Annahmen für die sechs betrachteten Varianten 2 bis 7	136
Tabelle 21: Ergebnis der WU / Barwerte und Vorteilhaftigkeiten der fünf betrachteten Varianten	137

1 Aufgabenstellung und Vorgehensweise

Das Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWIDE) hat die PD – Berater der öffentlichen Hand GmbH in Kooperation mit Eichler Kern Klein Rechtsanwälte PartG mbB beauftragt, mögliche Umsetzungs- und Organisationsmodelle (Varianten) für eine künftige EnergieAgentur.NRW zu untersuchen. Die Untersuchung gliedert sich in zwei Phasen:

- **Phase 1: Variantenvergleich**, mit
 - Bewertung des rechtlichen Rahmens und
 - Nutzwertanalyse,
- **Phase 2: Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.**

In Abstimmung mit dem MWIDE werden folgende sieben Varianten (einschließlich Untervarianten) untersucht:

- **Variante 1 – Eingliederung der EA.NRW in die Verwaltung,**
- **Variante 2 – EA.NRW als Landesgesellschaft,**
- **Variante 3 – EA.NRW als privat gehaltene Gesellschaft (Status quo),**
- **Variante 4 – EA.NRW als gemischtwirtschaftliche Gesellschaft,**
- **Variante 5 – EA.NRW als Neugründung einer GmbH,**
- **Variante 6 – EnergieAgentur.NRW als Reines Vertragsmodell,**
- **Variante 7 – EnergieAgentur.NRW als neu gegründete Landesgesellschaft.**

Der vorliegende Bericht gliedert sich wie folgt:

Zunächst erfolgt eine einführende Darstellung der Ausgangssituation (Ziff. 2). Die vorstehenden Varianten einschließlich einzelner Untervarianten sind in Ziffer 3 im Detail dargestellt und werden im Folgenden unter Berücksichtigung der unter Ziffern 2.3 und 2.4 dargestellten künftigen Aufgaben einer EnergieAgentur.NRW sowie der Vorgaben des MWIDE in diesem Variantenvergleich ergebnisoffen und ohne jedwede Vorfestlegung auf eine etwaige Variante betrachtet. In Phase 1 im Zuge des Variantenvergleichs erfolgt zunächst eine Untersuchung und Bewertung des rechtlichen Rahmens (Ziff. 4). Anschließend werden die Varianten in einer Nutzwertanalyse anhand verschiedener Kriterien miteinander verglichen und die am besten geeignete Variante ermittelt (Ziff. 5). Danach erfolgt der quantitative Vergleich der Varianten im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und die Ermittlung der wirtschaftlichsten Variante (Ziff. 6). Abschließend erfolgt die Zusammenführung der Einzelergebnisse zu einem Gesamtergebnis und eine Entscheidungsempfehlung (Ziff. 7).

Der vorliegende Variantenvergleich baut auf den vom MWIDE zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen sowie den geführten Abstimmungsgesprächen auf. Darüber hinaus wurden keine weiteren Informationen herangezogen und insbesondere keine Due Diligence in Bezug auf die EA.NRW durchgeführt. Bestimmte in diesem Variantenvergleich dargestellte, potentielle Risiken sollten in Absprache mit dem MWIDE im Nachgang zu diesem Variantenvergleich genauer begutachtet werden, um das jeweilige Risikopotential genauer bewerten zu können.

2 Ausgangssituation

2.1 Aktuelle Aufstellung der EnergieAgentur.NRW

Die EnergieAgentur.NRW GmbH („EA.NRW“)² ist im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen („NRW“) zur Umsetzung dessen energiepolitischer Ziele tätig. Als neutrale Institution erbringt die EA.NRW in den Dienstleistungskategorien

- Netzwerke,
- Erstberatung,
- Marktinitiativen und
- Öffentlichkeitsarbeit & Wissensmanagement

verschiedene Leistungen im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen für Kommunen, Unternehmen, Verwaltungen, für Fach- und Privatleute zu den folgenden 16 Themengebieten

- T 1 Windenergie,
- T 2 Biomasse,
- T 3 Geothermie, Wärmepumpen,
- T 4 Photovoltaik,
- T 5 KWK, Nah- & Fernwärme, Kraftwerke der Zukunft,
- T 6 Wasserkraft,
- T 7 Netze, Speicher, Pumpspeicher, Systemtechnik & -dienstleistungen,
- T 8 Wärme, Gebäude,
- T 9 Mobilität (erneuerbare Systeme & Antriebe),
- T 10 Brennstoffzellen, Wasserstoff,
- T 11 Energieanwendung, Klimaschutz in Industrie & Gewerbe,
- T 12 Energieanwendung, Klimaschutz in Kommunen & Regionen,
- T 13 Geschäfts-, Finanzierungs- und Vermarktungsmodelle,
- T 14 Querschnittsthemen Klimaschutz & Energie,
- T 15 Energieforschung,
- T 16 Energie-, Bergbauwirtschaft & -technik.³

Die vorstehenden Leistungen werden aktuell auf Grundlage eines zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW bestehenden Rahmenvertrags sowie verschiedener auf Grundlage dieses Rahmenvertrags geschlossener Einzelaufträge erbracht (vgl. im Einzelnen zum Rahmenvertrag und den Einzelaufträgen unten Ziffer 2.2.3) .

Gesellschafter der EA.NRW sind aktuell die

- agiplan GmbH und
- ee energy engineers GmbH

² Soweit nachfolgend von der EA.NRW gesprochen wird, ist damit die EnergieAgentur.NRW GmbH in ihrer aktuellen gesellschaftsrechtlichen Form gemeint. Wenn im Kontext der jeweiligen Textpassage hingegen von der EnergieAgentur.NRW gesprochen wird, ist damit die Institution inhaltlich und losgelöst von der gesellschaftsrechtlichen bzw. sonstigen organisatorischen Form gemeint.

³ Vorstehende Informationen übernommen auf Grundlage der Webseite der EA.NRW (Stand 01.07.2019)

zu jeweils 50 %.⁴ Zwischen den aktuellen Gesellschaftern der EA.NRW sowie dem Land Nordrhein-Westfalen besteht sowohl ein Kooperationsvertrag als auch ein Kaufoptionsvertrag in Bezug auf sämtliche Geschäftsanteile der EA.NRW (vgl. im Einzelnen zum Kooperationsvertrag und dem Kaufoptionsvertrag unten Ziffern 2.2.1 und 2.2.2).

Aktuell beschäftigt die EA.NRW selbst gemäß den vertraglichen Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung zum bestehenden Rahmenvertrag (Anlage 5 zum RV) neben den beiden Geschäftsführern 27 Angestellte. Soweit Leistungen aus den Einzelaufträgen nicht durch das eigene Personal und sachliche Mittel erbracht werden können, bedient sich die EA.NRW der personellen und sachlichen Kapazitäten von Unterauftragnehmern zur Erbringung ihrer Leistungsverpflichtungen aus dem Rahmenvertrag bzw. den auf dessen Grundlage abgeschlossenen Einzelaufträgen. Die beiden Gesellschafter der EA.NRW sind dabei zugleich Unterauftragnehmer der EA.NRW. Die Zahl der Beschäftigten der Gesellschafter der EA.NRW, die für die EA.NRW tätig werden, ist u.a. aufgrund von Ab- und Zugängen häufigen Änderungen unterworfen. Für die Zwecke dieses Variantenvergleichs wird auch mit Blick auf den Halbjahresbericht I/2019 der EA.NRW davondavon ausgegangen, dass insgesamt 162 Personen für die EA.NRW tätig sind, wobei ein Großteil dieser Personen bei den Gesellschaftern der EA.NRW beschäftigt sein sollen. Die Beschäftigten der Gesellschafter treten dabei nach außen als Mitarbeiter der EA.NRW auf. Weiterhin erbringen andere, mit der EA.NRW nicht gesellschaftsrechtlich verbundene Unterauftragnehmer Leistungen für die EA.NRW im Rahmen von Unterauftragnehmerverträgen. Die Anzahl an Personen, die von diesen Unterauftragnehmern für Leistungen der EA.NRW eingesetzt werden, liegt bei 64 Personen (Stand: 5. November 2019). Ob und inwieweit Mitarbeiter von Unterauftragnehmern auch andere Leistungen als solche für die EA.NRW erbringen, ist dem Ministerium nicht im Einzelnen bekannt. Ein entsprechender Informationsanspruch des MWIDE gegenüber der EA.NRW besteht aber auch nicht.

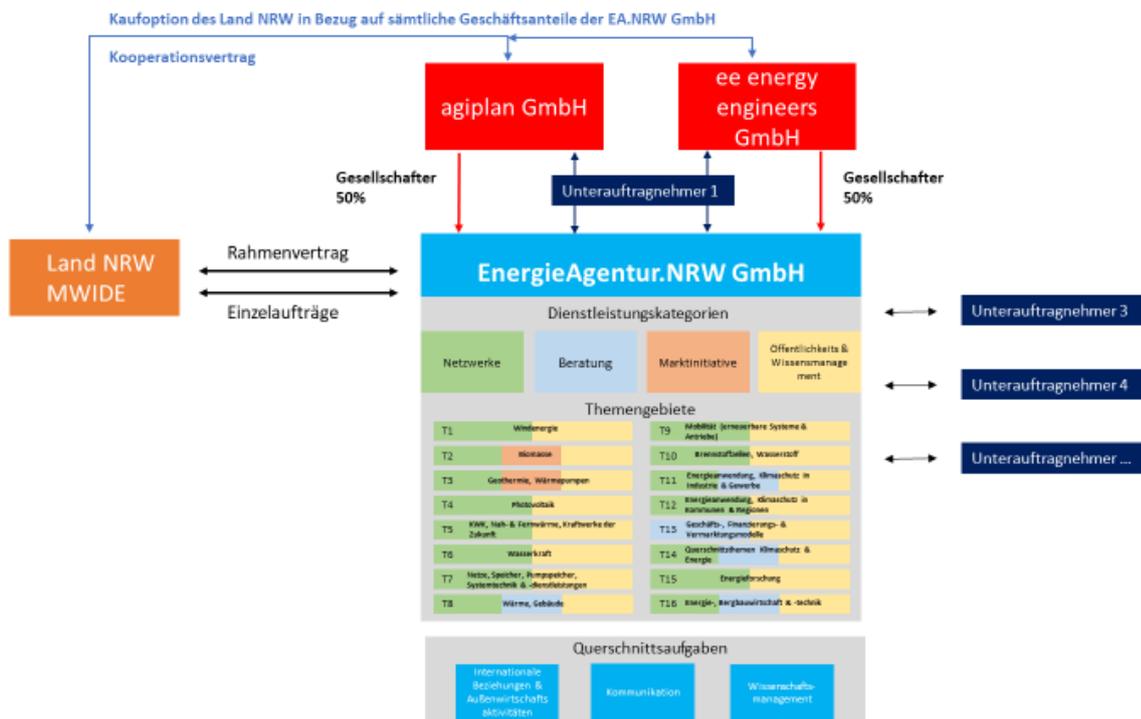


Abbildung 1: Aktuelle Organisationsform der EA.NRW

⁴ Siehe zuvor

Die Finanzierung der Tätigkeit der EA.NRW erfolgt aktuell kofinanziert aus EFRE- und aus Landesmitteln durch Vergütung für die Leistungen der EA.NRW auf der Grundlage des bestehenden Rahmenvertrags sowie der jeweils auf dessen Grundlage geschlossenen Einzelaufträge. Begünstigte im Sinne der EFRE-Kofinanzierung ist das Land Nordrhein-Westfalen selbst. Die EA.NRW erhält keine Fördermittel im Sinne der § 14 HGrG i.V.m. § 23 LHO-NRW und ist auch nicht Begünstigte im Sinne der Dach- bzw. EFRE-Verordnung (VO (EU) Nr. 1303/2013 i.V.m. VO (EU) Nr. 1301/2013). Im Rahmenvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW sowie den Einzelaufträgen wurden bestimmte Verpflichtungen, die originär den Begünstigten im Sinne der Dach- bzw. EFRE-Verordnung (VO (EU) Nr. 1303/2013 i.V.m. VO (EU) Nr. 1301/2013) treffen, auf die EA.NRW übertragen. Die Details der besonderen Situation hinsichtlich der EFRE-Finanzierung und die aktuell bestehende Vertragsgestaltung zwischen der EA.NRW und dem Land Nordrhein-Westfalen wurden im Vorfeld der Beauftragung mit der EFRE-Verwaltungsbehörde im Detail abgestimmt. Eine Überprüfung der aktuell bestehenden vertraglichen Ausgestaltung durch die EFRE-Prüfbehörde hat keine systemischen Beanstandungen ergeben.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzierung hat sich die EA.NRW im Rahmenvertrag (dort §§ 6.1, 14.3) verpflichtet, dem MWIDE sowie der LeitmarktAgentur.NRW, die von der EFRE-Verwaltungsbehörde als Zwischengeschaltete Stelle („ZGS“) benannt wurde, die Erbringung der in den Einzelaufträgen bestimmten Leistungen nachzuweisen. Zu diesem Zweck übermittelt die EA.NRW personenbezogene Daten ihrer eigenen Beschäftigten sowie der Beschäftigten der von der EA.NRW eingesetzten Unterauftragnehmer („Mitarbeiter“), die in einem Zeiterfassungssystem erhoben werden. Aus diesen Daten geht hervor, welche namentlich benannte Person, aus welcher Qualifikationsstufe, wie viele Stunden welche Leistung bzw. Tätigkeit erbracht hat. Ein Auszug aus dem Zeiterfassungssystem wird an die Empfänger (MWIDE und ZGS) im monatlichen Intervall als Anlage zur Vergütungsrechnung für jeden Einzelauftrag separat übermittelt (§ 6.2 RV). Für das MWIDE besteht gegenüber der EFRE-Verwaltungsbehörde sowie insb. der EFRE-Prüfbehörde die Verpflichtung, alle Qualifikationsstufen des für die EA.NRW eingesetzten Personals zu überprüfen. Überprüfung und die Feststellung der Richtigkeit der Einordnung sind zu dokumentieren, so dass sie für etwaige Prüfungszwecke zur Verfügung stehen. Zu diesem Zweck werden dem MWIDE auch die Lebensläufe der Mitarbeiter zur Verfügung gestellt. Die EFRE-Prüfbehörde macht davon nach derzeitigem Diskussionsstand die Zahlung der EFRE-Förderung in Bezug auf personelle Kosten der EA.NRW abhängig.

Darüber hinaus wird für die Einzelaufträge jeweils ein monatlicher StatusCheck erstellt, der darüber informiert, welche Mitarbeiter in welchem Projekt tätig waren. Hier können die konkreten Tätigkeiten den einzelnen Mitarbeitern jedoch nicht namentlich zugeordnet werden, es sei denn, es handelt sich um einen Arbeitsbereich, in dem nur eine Einzelperson arbeitet. Der StatusCheck wird dem jeweiligen Einzelauftragsverantwortlichen des Landes Nordrhein-Westfalen zur Prüfung und inhaltlichen Bestätigung übermittelt.

Nachfolgend sind bestimmte Aspekte der aktuellen Vertragsgrundlagen zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW sowie deren aktuellen Gesellschaftern dargestellt, die die Grundlage der derzeitigen Leistungserbringung durch die EA.NRW darstellen.

2.2 Aktuelle Vertragsgrundlagen

Im Juni 2014 wurde durch notariell beurkundetes Angebot und Annahme zwischen den Parteien (1) Nordrhein-Westfalen (damals vertreten durch das Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz) und (2) agiplan GmbH / ee energy engineers GmbH zunächst ein Kooperationsvertrag sowie ein Kaufoptionsvertrag geschlossen. Auf Grundlage des Kooperationsvertrags waren die agiplan GmbH / ee energy engineers GmbH unter anderem dazu verpflichtet, eine GmbH zu gründen (die Energie-

Agentur.NRW GmbH), die sodann mit dem Land Nordrhein-Westfalen einen Rahmenvertrag über die Erbringung verschiedener Leistungen abzuschließen hatte. Nach Errichtung der EnergieAgentur.NRW GmbH erfolgte der Abschluss des Rahmenvertrags sowie von 33 Einzelaufträgen durch die Parteien am 18. bzw. 26.09.2014. Dem Vertragsschluss vorausgegangen war ein Ausschreibungsverfahren mit Bekanntmachung veröffentlicht im EU-Amtsblatt am 8.11.2013 Nr. 2013/S 221-385065 („**Ausschreibungsverfahren 2013**“), in Bezug auf den Abschluss der vorgenannten Verträge. Das Ausschreibungsverfahren 2013 wurde als Verhandlungsverfahren mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb durchgeführt. Die Gesellschaften agiplan GmbH / ee energy engineers GmbH hatten sich gemeinsam als Bietergemeinschaft an der Ausschreibung 2013 beteiligt und den Zuschlag erhalten. Nachfolgend sollen wesentliche Aspekte der auf Grundlage des Ausschreibungsverfahrens 2013 abgeschlossenen Verträge dargestellt werden.

2.2.1 Der Kooperationsvertrag

Nach dem abgeschlossenen Kooperationsvertrag („**KoopV**“) waren die agiplan GmbH / ee energy engineers GmbH („**Bietergemeinschaft**“) verpflichtet, zunächst eine GmbH neu zu gründen, deren Satzung bestimmten Vorgaben entsprechen muss (Ziff. 3 des KoopV). Weiterhin enthält der KoopV die Verpflichtung der Bietergemeinschaft dafür Sorge zu tragen, dass die neu gegründete GmbH den ausgeschriebenen Rahmenvertrag sowie verschiedene Einzelaufträge mit dem Land Nordrhein-Westfalen abschließt (Ziffer 5 KoopV). Im Übrigen wird auf folgende, wesentliche Regelungen des KoopV hingewiesen:

einzelne Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Landes Nordrhein-Westfalen hinsichtlich der Ausübung von Gesellschafterrechten (z.B. Vinkulierung der Geschäftsanteile oder Bestellung von GFs, Ziffern 3.4 und 3.5 KoopV),

Recht und Verpflichtung der Bietergemeinschaft zur Nutzung der Marke EnergieAgentur.NRW etwa in Bezug auf die Firmierung der neu gegründeten GmbH für die Laufzeit des Rahmenvertrags,

Einstandspflichten der Bietergemeinschaft für die Vertragserfüllung des Rahmenvertrags durch die neu gegründete GmbH (Ziffer 5.3 KoopV),

Vertragserfüllungsbürgschaft sowohl für Verpflichtungen der GmbH aus dem Rahmenvertrag und den Einzelaufträgen als auch für die Verpflichtungen der Verkäufer aus dem Kaufoptionsvertrag (Ziffer 7 KoopV), Laufzeit des KoopV endet mit Beendigung des Rahmenvertrags (Ziffer 9 KoopV).

2.2.2 Der Kaufoptionsvertrag

Der zwischen die agiplan GmbH / ee energy engineers GmbH auf der einen und dem Land Nordrhein-Westfalen auf der anderen Seite abgeschlossene Kaufoptionsvertrag („**KaufopV**“) regelt eine Kaufoption für das Land Nordrhein-Westfalen an sämtlichen Geschäftsanteilen der neu von der Bietergemeinschaft entsprechend der Vorgaben des Kooperationsvertrags zu errichtenden GmbH – der heutigen EA.NRW (Ziffer 3 KaufopV).

Der Kaufoptionsvertrag sieht vor, dass die Kaufoption regulär jederzeit innerhalb der festen Laufzeit des Rahmenvertrags gemäß § 17.1 bzw. 18.2 des Rahmenvertrags ausgeübt werden kann, wobei die Kaufoption mit Zugang einer schriftlichen Ausübungserklärung beim Verkäufer (Bietergemeinschaft) ausgeübt gilt (Ziffer 4 KaufopV). Aufgrund der Verlängerung des Rahmenvertrages bis zum 31.12.2021, ist nunmehr auch die Ausübung der Kaufoption bis zum 31.12.2021 möglich.

Über die Ausübung hinaus steht die Abtretung der Geschäftsanteile gemäß Ziffer 6 KaufopV unter den folgenden aufschiebenden Bedingungen:

- Beendigung des Rahmenvertrags,
- Erhalt fusionskontrollrechtliche Freigabe,

— Zahlung des Kaufpreises.

Zu den Details der aufschiebenden Bedingungen und Möglichkeiten des Verzichts wird auf Ziffer 6 des KaufopV verwiesen.

Der Kaufpreis in Höhe der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile (= 25.000 EUR Stammkapital) und dessen Fälligkeit sind in Ziffer 5 des KaufopV geregelt. Eine Stichtagsregelung hinsichtlich der wirtschaftlichen Wirkung des Verkaufs der Geschäftsanteile findet sich in Ziffer 7 des KaufopV.

Der Verkäufer übernimmt verschiedene in Ziffer 8 KaufopV geregelte Garantien etwa zu

- Gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen,
- Jahresabschlüssen,
- Steuern,
- Geschäftsbetrieb,
- Arbeitsverhältnisse,
- Fördermittel,
- Rahmenvertrag,
- Versicherungen,
- Bürgschaften und Garantien,
- Geistiges Eigentum und Know-how,
- Prozesse, Gerichtsverfahren, Forderungen oder behördliche Untersuchungen.

Der Kaufoptionsvertrag enthält weiterhin Regelungen zur Haftung. Haftungsbegrenzung der Verkäufer (10 Mio. EUR) sowie eine spezielle Freistellungsregelung für Steuern in Ziffer 9 des KaufopV.

2.2.3 Rahmenvertrag und Einzelaufträge

Entsprechend der Verpflichtungen aus dem Kooperationsvertrag wurde die aktuelle EA.NRW gegründet und im Handelsregister unter HRB 73285 eingetragen. Die EA.NRW (als „**Auftragnehmer**“) und das Land Nordrhein-Westfalen (als „**Auftraggeber**“) haben am 18. bzw. 26.09.2014 den ausgeschriebenen Rahmenvertrag („**RV**“) mit einer Laufzeit von sechs Jahren (und einer Verlängerungsoption von einem Jahr) sowie in der Folge verschiedene gemeinsam mit dem Rahmenvertrag ausgeschriebene Einzelaufträge abgeschlossen. Seit Abschluss des Rahmenvertrags wurden bestimmte Einzelaufträge verlängert bzw. neue Einzelaufträge abgeschlossen.

Aktuell bestehen 15 Einzelaufträge auf Basis des Rahmenvertrags deren Laufzeit sämtlich am 31.12.2020 endet.

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.

2.2.3.1 Der Rahmenvertrag

Grundlage aller Einzelaufträge ist der im Ausschreibungsverfahren 2013 ausgeschriebene Rahmenvertrag einschließlich seiner Anlagen (insbesondere der Leistungsbeschreibung Anlage 5 zum RV). Der Rahmenvertrag regelt die Grundlagen der Leistungserbringung durch die EA.NRW gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen. Der Rahmenvertrag ermöglicht es dem Land Nordrhein-Westfalen die EA.NRW mit unterschiedlichen Dienstleistungen (verschiedene in der Leistungsbeschreibung definierte Dienstleistungskategorien) zu verschiedenen in der Leistungsbeschreibung genauer definierten Themengebieten zu beauftragen (Einzelaufträge). Die Grundlagen der Leistungspflichten ergeben sich somit als eine Art Baukastensystem aus dem

Rahmenvertrag und insbesondere dessen Leistungsbeschreibung wobei erst durch die Abrufe im Rahmen der Einzelbeauftragung konkrete Leistungspflichten entstehen. In der Ausschreibung 2013 wurden gleichzeitig mit dem Rahmenvertrag bereits 33 Einzelaufträge mit ausgeschrieben. Im Rahmenvertrag sind folgende wesentliche Aspekte geregelt:

Allgemeine Verpflichtungen des Auftragnehmers insb. § 4 RV – z.B. Tariftreu und Mindestlohn; Genehmigungen; Spezialregelungen hinsichtlich der EFRE-Finanzierung und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers;

Vergütung und Nachweis der Leistungserbringung insb. §§ 6, 7, 14 RV – Stundenabrechnung nach Qualifikationsstufen und entsprechenden Nachweisen auf Basis konkreter Einzelaufträge plus Kostenerstattung in konkret vertraglich geregelter Rahmen;

Zustimmungsvorbehalte insb. §§ 8 und 11RV – Zustimmung bei Einbeziehung neuer, nicht in der Ausschreibung benannter Unterauftragnehmer oberhalb 100.000 €, sowie Katalog der zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte in § 11.1 RV;

Laufzeit und Beendigungsunterstützung §§ 17 und 18 RV – RV Beginn 01.01.2015 und reguläres Ende 31.12.2020; Verlängerungsoption zugunsten des Landes NRW um ein Jahr bis 31.12.2021; mit Schreiben des MWIDE vom 13.11.2019 wurde die Option zur Verlängerung des Rahmenvertrags gegenüber der EA.NRW gezogen;

Haftung § 19 RV – grnds. gesetzlicher Haftungsmaßstab, aber Haftungsbegrenzung zugunsten AN grnds. auf fünf Mio. € je Schadensfall (vgl. Im Detail § 19.4 RV);

Berichtspflichten, Informations- und Weisungsrechte insb. §§ 10, 12 und 26 RV – turnusmäßige Berichtspflichten hinsichtlich der Leistungen aus Einzelaufträgen sowie Halbjahres- und Jahresberichte; monatliche Jours fixes; Weisungsrecht in Bezug auf die Leistungserbringung; Vorlagepflichten in Bezug auf den Jahresabschluss und weitere in § 26.1 genannte Unterlagen sowie Recht zur Prüfung und Anforderung weiterer Unterlagen seitens des Auftraggebers

IP und Datenschutz §§ 21, 22, 24 und 25 RV – Regelungen zu den Rechten am geistigem Eigentum und Rechteeräumung an Arbeitsergebnissen; Einräumung Nutzungsrecht an verschiedenen Vertragsmarkten; Verpflichtung zur Einhaltung der Bestimmungen zum Datenschutz.

2.2.3.2 Einzelaufträge

Einzelaufträge können zu allen in der Leistungsbeschreibung (Anlage 5 zum RV) beschriebenen Dienstleistungskategorien sowie allen in der Leistungsbeschreibung beschriebenen Themengebieten erteilt werden. Grundlage und Bestandteil des vom Auftragnehmer zu erstellenden Angebots für einen Einzelauftrag ist stets der Rahmenvertrag. Weiterhin hat der Auftragnehmer im Rahmen seines Angebots eines Einzelauftrags stets das als Anhang 67 zur Leistungsbeschreibung beigefügte Muster Einzelaufträge zu nutzen. Der Einzelauftrag kommt durch Annahme des Angebots vom Auftragnehmer durch den Auftraggeber zustande.

2.3 Künftige Aufgaben und Ausrichtung der EA.NRW

Aus der Leistungsbeschreibung des MWIDE für die Beauftragung des vorliegenden Variantenvergleichs ergeben sich folgende Vorgaben und Anforderungen für die zukünftige EnergieAgentur.NRW:

„Die Landesregierung NRW hat sich zum Ziel gesetzt, Nordrhein-Westfalen als Energieland zu stärken. Bezahlbare Energiepreise und Versorgungssicherheit stehen dabei im Einklang mit den Zielen des Klimaschutzes. Dabei bekennt sich die Landesregierung NRW zum Klimaschutzabkommen von Paris, um ab Mitte dieses Jahrhunderts weitgehend treibhausgasneutral zu wirtschaften und die globale Erderwärmung gegenüber dem vorindustriellen Niveau um nicht mehr als 2 Grad, nach Möglichkeit um nicht mehr als 1,5 Grad ansteigen zu lassen.

Seit Ende Januar 2019 liegt zudem der Abschlussbericht der branchen- und länderübergreifenden Kommission für „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (WSB-Kommission) mit Empfehlungen an die Bundesregierung vor. Diese Empfehlungen haben weitreichende Folgen für die Menschen in den betroffenen Regionen sowie für den Wirtschaftsstandort Deutschland und Nordrhein-Westfalen. Die Landesregierung unterstützt die Entscheidungen der WSB-Kommission und sieht große Handlungsspielräume.

Das Bekenntnis zum Klimaschutzabkommen von Paris sowie der Abschlussbericht der WSB-Kommission sind massive Treiber eines Transformationsprozesses, der Auswirkungen auf das gesamte Land haben wird. Alle energie- und klimaschutzrelevanten Bereiche werden davon betroffen sein: Die Energiewirtschaft wie auch die Industrie, die Bereiche Wohnen, Bauen und Quartiere, der Verkehrsbereich, die Landwirtschaft und nicht zuletzt die privaten Haushalte. Alle Bereiche sind gefordert und müssen ihren Beitrag zum Klimaschutz und zum notwendigen Transformationsprozess beisteuern.

Die Landesregierung NRW wird die Akteure in NRW bestmöglich unterstützen und technologieoffene und innovative Modernisierungsprozesse vorantreiben. Dabei setzt sie unterschiedliche Methoden und Instrumente ein, um ihre ambitionierten Ziele zu erreichen. Ein etabliertes Instrument in der Energie- und Klimaschutzpolitik des Landes ist das Leistungsangebot der EnergieAgentur.NRW, die die Landesregierung NRW bereits seit 1990 bei der Umsetzung ihrer Ziele unterstützt. Aktuell erbringt die EnergieAgentur.NRW als eigenständige Gesellschaft ihre Dienstleistungen auf der Grundlage eines Rahmenvertrages mit dem Land NRW und darauf basierender Einzelaufträge (Einzelabrufe). Der Vertrag und die Einzelaufträge enden zum 31.12.2020. Um eine lückenlose Fortführung und Weiterentwicklung der Leistungen zu gewährleisten, soll eine künftige EnergieAgentur.NRW ab 1.1.2021 ihre Arbeit zur Unterstützung der energie- und klimaschutzpolitischen Ziele der Landesregierung NRW aufnehmen.

Wesentliche Aufgabe der künftigen EnergieAgentur.NRW wird es sein, insbesondere die Unternehmen und die Kommunen in NRW zu sensibilisieren, zu motivieren und zu mobilisieren, ihre Potenziale zur Erreichung der Treibhausgasneutralität auszubauen und zu nutzen. Sie soll zudem die Akteure im Land befähigen, innovative Lösungen für den gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozess zu entwickeln und zur Umsetzung zu bringen. Für die Umsetzung sollen verschiedene Formate von Beratungsleistungen, Akteursvernetzung, Wissenstransfer und Öffentlichkeitsarbeit eingesetzt werden.

Die künftige EnergieAgentur.NRW soll die Landesregierung in zwei Richtungen unterstützen: Zum einen soll sie die Politik in NRW in die Breite tragen und Strategien der Landesregierung umsetzen, zum anderen soll sie der Landesregierung Rückkopplung zu den Akteursbedarfen im Land bieten und so eine Optimierung ermöglichen.

Folgende Handlungsfelder sollen strategisch entwickelt werden:

- Impulse für urbane Energielösungen
- Schub für die Wärmewende – Ausbreitung klimagerechter Quartiere und Gebäude
- Neue Energieeffizienz- und CO₂-Minderungspotenziale erschließen
- Effektivierung und Perspektivenentwicklung emissionsarme Mobilität
- Lösungen für das Energiesystem der Zukunft
- KWK-Potentiale in NRW als effiziente Technologie nutzen
- Akzeptanz für die Energiewende stärken und Chancen aufzeigen, Flexibilisierungspotentiale in der Industrie voranbringen
- Erneuerbare Energien als tragende Säule der Energiewende in NRW stärken.

Als lernende Organisation soll die EA.NRW auf Akteursinteressen reagieren und die eigene Leistung kontinuierlich verbessern.

Die Landesregierung soll in die Leistungserbringung der künftigen EnergieAgentur.NRW eng eingebunden sein und geeignete Steuerungsmöglichkeiten haben, die Leistungen zu lenken und ggf. zu korrigieren. Die Qualität der Leistungserbringung soll durch den Einsatz zu bestimmender Indikatoren messbar gemacht werden und stets ein hohes Niveau erreichen.

Eine neue EnergieAgentur.NRW soll für eine Laufzeit von sechs Jahren eingerichtet werden, um eine kontinuierliche und effektive Leistungserbringung zu gewährleisten. Als Orientierungsgröße soll von einem Gesamtbudget von rund 12 Mio. Euro pro Jahr ausgegangen werden. Sollte eine Erhöhung des Gesamtbudgets eine Veränderung in der Bewertung der Organisationsmodelle oder der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung verursachen, soll dies mit aufgezeigt werden. Dabei soll eine Erhöhung des Gesamtbudgets von ca. 50 % einkalkuliert werden.

Für die Umsetzung der dargestellten Aufgaben kommen unterschiedliche Umsetzungs- und Organisationsmodelle in Betracht, die zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorgegeben sind.“

2.4 Vorgaben des MWIDE

Zusätzlich zu den vorstehend beschriebenen Änderungen des Aufgabenfelds und der Ausrichtung ergeben sich aus der Leistungsbeschreibung für die Beauftragung des vorliegenden Variantenvergleichs sowie den mit dem MWIDE geführten Besprechungen folgende Vorgaben und Anforderungen für die zukünftig EnergieAgentur.NRW. Die Reihenfolge stellt dabei keine Rangfolge dar.

- Die Varianten sind ergebnisoffen hinsichtlich der Frage zu untersuchen; in welcher Form die noch zu präzisierenden Aufgaben, Leistungen und Geschäftsfelder der künftigen EnergieAgentur.NRW ab 2022 erledigt werden können.
- Grundsätzlich soll die EnergieAgentur.NRW „im Auftrag“ des Landes handeln und nicht selbst Leistungen generieren, die durch das Land lediglich gefördert werden, da eine enge Einbindung des Landes sowie lenkungs- und Korrekturmechanismen gewünscht sind.
- Eine eigene wirtschaftliche Betätigung der EnergieAgentur.NRW ist im Rahmen der vorgegebenen Aufgabenstellung und in enger Abstimmung mit dem Auftraggeber zwar denkbar, hat aber keine Priorität. Gemäß Konsens mit Industrie und Handwerk, soll die EnergieAgentur.NRW bestehenden privatwirtschaftlichen Strukturen in der Energieberatung und im industriellen und handwerklichen Umfeld keine Konkurrenz machen.
- Die EnergieAgentur.NRW soll auch zukünftig eine möglichst hohe Flexibilität bei gleichzeitig geringem administrativem Aufwand seitens des MWIDE bieten, um die von ihr zu erbringenden Leistungen im Laufe der Zeit verändern bzw. erweitern zu können. Aufgrund der tatsächlichen Entwicklung der Umstände des Klimaschutzes und des weiteren Aufgabenfelds für die EnergieAgentur.NRW können nicht sämtliche Leistungsinhalte bei Auftragsvergabe konkret umschrieben werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die beabsichtigte Laufzeit.
- Ob eine Fortsetzung der angepassten Tätigkeiten der EnergieAgentur.NRW ohne EFRE-Finanzierung erforderlich bzw. möglich ist, ist bislang nicht abschließend geklärt. Im Rahmen dieses Variantenvergleichs soll jedoch weiterhin eine EFRE-Finanzierung in die Betrachtung einbezogen werden. Eine Variante, die eine EFRE-Finanzierung erlaubt, wird grundsätzlich bevorzugt.
- Die Neutralität der EnergieAgentur.NRW, insbesondere die Unabhängigkeit von den großen Energieerzeugern und deren Interessen, wird als wesentliches Merkmal angesehen, das auch in Zukunft gewahrt werden soll.
- Das Know-how, das die EnergieAgentur.NRW GmbH in den letzten Jahren aufgebaut hat, d.h. insbesondere das Personal, soll soweit möglich erhalten bzw. in ein neues Modell überführt werden. Es besteht zudem der Wunsch, das Personal stärker zu konzentrieren und nicht verschiedenste Unterauftragnehmer

- zu haben, die wesentliche Leistungen und damit auch wesentliche personelle Mittel zur Verfügung stellen. Soweit die EnergieAgentur.NRW als eigenständige, juristische Person ihre Arbeit fortsetzt, sollen die Geschäftsführer möglichst ausschließlich für die Gesellschaft tätig sein.
- Zudem wäre es vorteilhaft, wenn für die Vergütung der Leistungen der EnergieAgentur.NRW durch das Land keine Umsatzsteuer anfällt. Die freiwerdenden Mittel sollen stattdessen der inhaltlichen Arbeit dienen.
 - Es sollen möglichst weitreichende Steuerungs- und Sanktionsmöglichkeiten für das Land bestehen.
 - Die unterschiedlichen Leistungen sollen wie bislang aus einer Hand erbracht werden, um u.a. die sich aus den Überschneidungen der verschiedenen Themenschwerpunkte ergebenden Synergie-Effekte zu nutzen.
 - Bei einer Organisationsform mit einer Gesellschaft als Auftragnehmer soll die Geschäftsführung möglichst zu 100% für diese Gesellschaft arbeiten sowie möglichst nur eine Gesellschaft das Personal beschäftigen.

3 Betrachtete Umsetzungs- und Organisationsmodelle (Varianten)

Nachfolgend sind die gemeinsam bestimmten sechs Umsetzungs- und Organisationsmodelle (Varianten) skizziert, die im Rahmen dieses Variantenvergleichs näher betrachtet werden:

3.1 Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung

In allen Untervarianten der Variante 1 wird die EnergieAgentur.NRW GmbH als eigenständige Gesellschaft aufgelöst.

3.1.1 Nachgeordnete Behörde des MWIDE

Die Aufgaben und Leistungen der EnergieAgentur NRW werden in dieser Untervariante von dem Land Nordrhein-Westfalen selbst erbracht, und zwar in dem sie einer nachgeordneten Behörde des MWIDE übertragen werden.

3.1.2 Eingliederung in eine bestehende Landesbehörde (z.B. LANUV)

Die Aufgaben und Leistungen der EnergieAgentur NRW werden in dieser Untervariante von dem Land Nordrhein-Westfalen selbst erbracht, und zwar in dem sie einer bestehenden Landesbehörde übertragen werden.

3.1.3 Landesbetrieb gem. § 26 LHO

Die Aufgaben und Leistungen der EnergieAgentur NRW werden in dieser Untervariante von einem durch das Land Nordrhein-Westfalen errichteten Landesbetriebs selbst erbracht, dessen Aufgabe die Erfüllung der Aufgaben der EnergieAgentur NRW ist.

3.2 Variante 2 – Landesgesellschaft

In Variante 2 soll die EnergieAgentur.NRW GmbH als 100% landeseigene Gesellschaft im Auftrag (d.h. auf vertraglicher Grundlage) des Landes Nordrhein-Westfalen ihre für die Zukunft neu zu definierenden Leistungen erbringen. Das Land Nordrhein-Westfalen übt seine Kaufoption in Bezug auf sämtliche Geschäftsanteile der EA.NRW aus. Nach Übergang sämtlicher Geschäftsanteile der EA.NRW von ihren bisherigen Gesellschaftern auf das Land Nordrhein-Westfalen ist das Land alleiniger Gesellschafter der EA.NRW. Die Beauftragung der dann landeseigenen EA.NRW soll dann auf der Grundlage eines direkt vom Land an die EA.NRW vergebenen Auftrags erfolgen.

3.3 Variante 3 – Private Gesellschaft (Status quo)

In Variante 3 soll die EnergieAgentur.NRW GmbH weiterhin als private Gesellschaft – d.h. von privaten Gesellschaftern gehalten – im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen ihre für die Zukunft neu zu definierenden Leistungen erbringen. Im Rahmen einer sog. kombinierten Vergabe sollen die Geschäftsanteile an der EA.NRW (Geschäftsanteilskaufvertrag) gemeinsam mit einem neuen Rahmenvertrag (sowie bestimmten Einzelaufträgen) neu ausgeschrieben werden. Teil dieses Vertragspakets wäre es zudem, dass sich das Land Nordrhein-Westfalen erneut eine Kaufoption bzgl. sämtlicher Geschäftsanteile an der EA.NRW zum Ende

der Laufzeit des Rahmenvertrags einräumen lässt (Kaufoptionsvertrag). Zur Umsetzung dieser Variante ist es erforderlich, dass das Land Nordrhein-Westfalen über die Geschäftsanteile der EA.NRW verfügen kann. Hierfür ist in dieser Variante vorgesehen, dass das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption in Bezug auf sämtliche Geschäftsanteile der EA.NRW ausübt, um die Anteile dann an den/die erfolgreichen Bieter/Mitglieder der Bietergemeinschaft als Ergebnis des Vergabeverfahrens zu veräußern und zu übertragen.

3.4 Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell

In Variante 4 soll die EnergieAgentur.NRW GmbH als teils von privaten Gesellschaftern und teils vom Land Nordrhein-Westfalen gehaltene Gesellschaft im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen ihre für die Zukunft neu zu definierenden Leistungen erbringen. Auch in dieser Variante ist vorgesehen, einen neuen Rahmenvertrag (sowie bestimmten Einzelaufträgen) gemeinsam mit einem Teil der Geschäftsanteile der EA.NRW neu auszuschreiben (kombinierte Vergabe). Auch hier wäre es Teil dieses Vertragspakets, dass sich das Land Nordrhein-Westfalen erneut eine Kaufoption bzgl. sämtlicher Geschäftsanteile an der EA.NRW zum Ende der Laufzeit des Rahmenvertrags einräumen lässt (Kaufoptionsvertrag). Zur Umsetzung dieser Variante ist es erforderlich, dass das Land Nordrhein-Westfalen über die Geschäftsanteile der EA.NRW verfügen kann. Hierfür ist in dieser Variante vorgesehen, dass das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption in Bezug auf sämtliche Geschäftsanteile der EA.NRW ausübt, um einen Teil der Anteile dann an den/die erfolgreichen Bieter/Mitglieder der Bietergemeinschaft als Ergebnis des Vergabeverfahrens zu veräußern und zu übertragen.

3.5 Variante 5 – Neugründung einer GmbH

In Variante 5 übt das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption in Bezug auf die EA.NRW nicht aus. In dieser Variante ist vorgesehen, einen neuen Rahmenvertrag (sowie bestimmte Einzelaufträge) gemeinsam mit der Verpflichtung zur Neugründung einer „EnergieAgentur.NRW GmbH“ neu auszuschreiben (kombinierte Vergabe). Auch hier wäre es Teil dieses Vertragspakets, dass sich das Land Nordrhein-Westfalen erneut eine Kaufoption bzgl. sämtlicher Geschäftsanteile an der neuen „EnergieAgentur.NRW GmbH“ zum Ende der Laufzeit des Rahmenvertrags einräumen lässt (Kaufoptionsvertrag).

3.6 Variante 6 – Reines Vertragsmodell

In Variante 6 übt das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption in Bezug auf die EA.NRW nicht aus. In dieser Variante ist vorgesehen, einen neuen Rahmenvertrag (sowie bestimmte Einzelaufträge) auszuschreiben, ohne dass der erfolgreiche Bieter vertraglich verpflichtet wird, eine eigenständige Gesellschaft zur Erfüllung des Rahmenvertrags und der Einzelaufträge zu gründen. Nach außen gegenüber Bürgern, Kommunen und Unternehmen soll der erfolgreiche Bieter unter der Wort-Bildmarke „EnergieAgentur.NRW“ auftreten.

3.7 Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

In Variante 7 übt das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption in Bezug auf die EA.NRW nicht aus. In dieser Variante ist vorgesehen, dass das Land Nordrhein-Westfalen eine neue GmbH in 2020 selbst gründet oder eine Vorratsgesellschaft erwirbt, die dann mit den erforderlichen Sach- und Personalmitteln ausgestattet wird.

4 Rechtlicher Rahmen

In Abstimmung mit dem MWIDE und gemäß dessen Auftrag wurden die nachfolgenden, für die künftige EnergieAgentur.NRW relevanten, Rechtsgebiete betrachtet und jeweils für die einzelnen Varianten bewertet:

- Landeshaushaltsrecht,
- EFRE-Rechtsgrundlagen,
- Vergaberecht,
- Europäisches Beihilfenrecht,
- Zuwendungsrecht,
- Steuerrecht,
- Arbeitsrecht,
- Gesellschaftsrecht,
- Datenschutzrecht.

Für die Variante 6 enthält der Variantenvergleich zudem eine Einschätzung zu der Reichweite und den Grenzen eines Auftretens des erfolgreichen Bieters unter der Marke „EnergieAgentur.NRW“. Für die Variante 7 enthält der Variantenvergleich zudem eine Einschätzung zu fusionskontrollrechtlichen Aspekten.

4.1 Landeshaushaltsrecht

4.1.1 Landeshaushaltsrecht bei Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung

Nach den staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben wäre (1) eine nachgeordnete Behörde zu schaffen, (2) die Aufgabenwahrnehmung einer bestehenden Behörde zuzuordnen oder (3) die Errichtung eines Landesbetriebs vorzunehmen. Sodann wäre eine Eingliederung des Unternehmens der EnergieAgentur.NRW insbesondere der erforderlichen Mitarbeiter vorzunehmen, wofür verschiedene Möglichkeiten der Eingliederung in Betracht kommen, die nachfolgend in Ziffer 4.7 arbeitsrechtlich und in Ziffer 4.8.1 gesellschaftsrechtlich im Einzelnen dargestellt sind.

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. 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.

Exkurs⁵ zum Landesbetrieb: Landesbetriebe sind im Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) sowie der Landeshaushaltsordnung-NRW (LHO-NRW) nur hinsichtlich ihrer Wirtschaftsführung rudimentär geregelt (§ 18 HGrG sowie § 26 BHO/LHO). Ziffer 1.1. der VV zur § 26 BHO definiert einen Bundesbetrieb als „*rechtlich unselbständige abgesonderte Teile der Bundesverwaltung, deren Tätigkeit erwerbswirtschaftlich ausgerichtet ist*“. Ziffer 1.1 der VV zur LHO-NRW geht etwas über die Bundesdefinition hinaus und bestimmt, dass

⁵ Der Variantenvergleich beinhaltet keine staatsorganisationsrechtlichen Ausführungen etwa im Hinblick auf die Anforderungen staats- und verwaltungsrechtlichen Anforderungen zur Einrichtung einer neuen Behörde oder den Anforderungen und Verfahrensschritten zur Errichtung eines Landesbetriebs. Ebenso sind die Vorgaben des § 7 LHO-NRW nicht näher in diesem Variantenvergleich dargestellt, da dieser Variantenvergleich gerade der Vorbereitung der Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung des § 7 LHO-NRW dienen soll.

Landesbetriebe rechtlich unselbständige, organisatorisch abgesonderte Teile der Landesverwaltung sind, „deren Tätigkeit erwerbswirtschaftlich oder zumindest auf Kostendeckung ausgerichtet ist“. In Nordrhein-Westfalen wird der Landesbetrieb neben § 26 LHO-NRW auch in § 14 a Landesorganisationsgesetz (LOG-NRW) behandelt und gesetzlich definiert. Die in § 14a Abs. 1 LOG-NRW vorgesehene Definition eines Landesbetriebs deckt sich mit Ziffer 1.1 VV zu § 26 LHO-NRW. Ferner wird in § 14a Abs. 2 LOG-NRW klargestellt, dass ein Landesbetrieb auch hoheitliche Aufgaben wahrnehmen kann. In der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 14a LOG-NRW (1999) verweist der Gesetzgeber darauf, dass die Organisationsform Landesbetrieb in Zukunft stärker genutzt werden soll, um mittels betriebswirtschaftlicher Mechanismen Effizienzvorteile zu heben.⁶ Dabei ist der Gesetzgeber bewusst von der Definition im Bundesrecht insofern abgewichen, als dass neben der Ausrichtung auf eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit auch eine kostendeckende Ausrichtung als für die Errichtung eines Landesbetriebs ausreichend angesehen wird. Der Gesetzentwurf stellt aber auch klar, dass der Anteil der entgelt- bzw. gebührenfähigen Tätigkeiten erheblich sein muss.⁷ Begründet wird die Zulässigkeit der Abweichung vom Bundesrecht mit den aus Art. 83, 84 GG abgeleiteten Organisationsfreiheit der Länder.⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007⁹ mit Blick auf Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG entschieden, dass für die erwerbswirtschaftliche Ausrichtung ein Angebot von Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt mit einem eigenen Geschäftsbetrieb kennzeichnend ist, der über eine bloße Vermögensverwaltung hinausgeht. In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall bewertete das Gericht den in Rheinland-Pfalz geschaffenen Landesbetrieb Straßen und Verkehr nicht als Landesbetrieb, da dieser in den Außenbeziehungen keine Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt am Markt anbiete und damit nicht auf eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtet sei.¹⁰ Inwieweit der zumindest teilweise bestehende Widerspruch zwischen den Bundes- und Landesdefinitionen des Begriff Bundes- und Landesbetrieb sich materiell hinsichtlich der Zulässigkeit der Errichtung von Landesbetrieben auswirkt, soll hier nicht entschieden werden¹¹. Klar ist jedoch mit Blick auf die Regelungen des LOG-NRW sowie den VV zu § 26 LHO-NRW, dass jedenfalls ein erheblicher Teil einer EnergieAgentur.NRW als Landesbetrieb auf die Erwirtschaftung von Einnahmen zur Kostendeckung gerichtet sein müsste. Dies scheint – unter Betrachtung der derzeitigen aber voraussichtlich auch der künftigen Aufgaben, Leistungen und Geschäftsfelder der EnergieAgentur.NRW – jedoch unrealistisch. Weiterhin sind für Landesbetriebe bestimmte spezielle Anforderungen der LHO-NRW etwa zur Transparenz von Vergütungen (§ 65 b LHO-NRW), der Buchführung (§ 74 LHO-NRW) und Rechnungslegung (§ 87 LHO-NRW) zu beachten.

4.1.2 Landeshaushaltsrecht bei Variante 2 – Landesgesellschaft

Die haushaltsrechtlichen Anforderungen für die Beteiligungen des Landes Nordrhein-Westfalen als Gesellschafterin der EA.NRW ergeben sich primär aus § 65 LHO-NRW sowie weiteren nachfolgend skizzierten Regelungen der LHO-NRW.

4.1.2.1 § 65 Abs. 1 LHO-NRW

Nach § 65 Abs. 1 LHO-NRW soll sich das Land, „außer in den Fällen des Absatzes 5, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn

⁶ Zweites Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen, Drs. 12/4320 zu § 14 a; S. 143.

⁷ Zweites Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen, Drs. 12/4320 zu § 14 a; S. 144.

⁸ Zweites Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen, Drs. 12/4320 zu § 14 a; S. 145.

⁹ BVerwG, Urt. v. 29.8.2007 – 9 C 2.07

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 29.8.2007 – 9 C 2.07

¹¹ Zur Diskussion vgl. König, Ziele des Wirtschaftens in Bundes- und Landesbetrieben, DÖV, 2009, S. 21ff.

- 1. ein wichtiges Interesse des Landes vorliegt und sich der vom Land angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,*
- 2. die Einzahlungsverpflichtung des Landes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,*
- 3. das Land einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält,*
- 4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden,*
- 5. gewährleistet ist, dass die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Bezüge jedes einzelnen Mitglieds der Geschäftsführung, des Aufsichtsrates, des Beirates oder einer ähnlichen Einrichtung unter Namensnennung, aufgeteilt nach erfolgsunabhängigen und erfolgsbezogenen Komponenten sowie Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung, im Anhang des Jahresabschlusses gesondert veröffentlicht werden. Ist der Jahresabschluss nicht um einen Anhang zu erweitern, ist die gesonderte Veröffentlichung an anderer geeigneter Stelle zu gewährleisten. ...“*

§ 65 Abs. 2 LHO-NRW bestimmt darüber hinaus, dass das für die Gründung oder Erwerb zuständige Ministerium die Einwilligung des Finanzministeriums einzuholen hat, bevor das Land Anteile an einem Unternehmen erwirbt, seine Beteiligung erhöht oder sie ganz oder zum Teil veräußert. Entsprechendes gilt bei einer Änderung des Nennkapitals oder des Gegenstandes des Unternehmens oder bei einer Änderung des Einflusses des Landes. Das Finanzministerium ist an den Verhandlungen zu beteiligen.

Entsprechend der vorgenannten Bestimmungen der LHO-NRW müsste vor einem Erwerb der Geschäftsanteile der EA.NRW zunächst die Zustimmung des Finanzministeriums eingeholt werden und dabei grundsätzlich die in § 65 Abs.1 LHO-NRW beschriebenen Vorgaben erfüllt sein. Aus unserer Sicht muss dies auch dann gelten, wenn, wie vorliegend, eine bestehende Kaufoption in Bezug auf die Geschäftsanteile der EA.NRW ausgeübt wird, da die Erfüllung der Anforderungen des § 65 LHO-NRW entsprechend dessen Sinn und Zweck zum Zeitpunkt der Entscheidung des Erwerbs bzw. hier der Ausübung der Kaufoption vorliegen müssen. An der Erfüllbarkeit der Vorgaben gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 LHO-NRW durch entsprechende Satzungsänderungen und Vereinbarungen etwa mit Geschäftsführern bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, da in der Variante 2 das Land Nordrhein-Westfalen Alleingesellschafter der EnergieAgentur.NRW GmbH wäre. Die Rechtsform der GmbH gewährleistet, dass die Einzahlungsverpflichtung des Landes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist (§ 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO-NRW). Als Alleingesellschafter hat das Land einen angemessenen Einfluss insbesondere auch in einem einzurichtenden Aufsichtsrat (§ 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO-NRW) und kann über ggf. erforderliche Satzungsänderungen sowie Vereinbarungen mit künftigen Geschäftsführern und Aufsichtsräten sicherstellen, dass die Anforderungen der § 65 Abs. 1 Nr. 4 und 5 zur Rechnungslegung und Publikation eingehalten werden.

Im Hinblick auf die Vorgaben des § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO-NRW gilt Folgendes:

Nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO-NRW soll sich das Land, außer in den Fällen des § 65 Abs. 5 LHO-NRW, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn ein wichtiges Interesse des Landes vorliegt und sich der vom Land angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt.

4.1.2.1.1 Wichtiges Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen

Nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO-NRW muss für den Erwerb der Geschäftsanteile in wichtiges Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen bestehen. Um dies festzustellen, sind zunächst die vom Land verfolgten Ziele zu identifizieren. Klar ist, dass nicht jedes Ziel ein wichtiges Interesse darstellen kann und etwa die Beteiligung an einem Unternehmen allein zum Zwecke der Erzielung von Gewinnen nicht ausreichend sein soll.¹² In den für Beteiligungen auf Bundesebene zu beachtenden „Hinweise für gute Beteiligungsführung“¹³ wird in Ziffer 7 Satz 1 ausgeführt, dass ein wichtiges Interesse vorliegt, „wenn hierdurch bedeutsame Aufgaben des Bundes erfüllt werden“. Hinsichtlich der Frage, welche Aufgaben bedeutsam sind, muss auch mit Blick darauf, dass § 65 Abs. 1 eine „Sollvorschrift“ ist, ein weiter Ermessensspielraum bestehen, wobei anerkannt ist, dass politische Erwägungen ein „wichtiges Interesse“ i.S.v. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO begründen können.¹⁴

Mit Blick auf die Ausführungen der Leistungsbeschreibung im Rahmen der Ausschreibung des Beratungsauftrags für diesen Variantenvergleich hat das Land die Ziele, die es mittels der EnergieAgentur.NRW verfolgt, wie bereits oben unter Ziff. 2.3 aufgeführt, beschrieben.

Auf Grundlage der dort beschriebenen Aufgaben und Ziele der künftigen EnergieAgentur.NRW ist davon auszugehen, dass ein wichtiges Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen im Sinne des § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO-NRW besteht. Der Klimaschutz sowie die Begleitung aller Akteure in Nordrhein-Westfalen hin zu mehr Energieeffizienz und zur Erreichung der Treibhausgasneutralität ist eine staatspolitische Zielvorgabe und die Unterstützung des Landes Nordrhein-Westfalens bei der Umsetzung dieser Ziele durch die EnergieAgentur.NRW stellt damit ein wichtiges Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen an der EnergieAgentur.NRW dar.

4.1.2.1.2 Keine bessere und wirtschaftlichere Alternative

§ 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO-NRW verlangt ferner, dass sich der vom Land Nordrhein-Westfalen angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt. Dabei ist zu prüfen, ob nicht ein Tätigwerden des Landes Nordrhein-Westfalen in weniger bindender Form als einer kapitalmäßigen Beteiligung an der EA.NRW ausreichen würde. In Betracht kommt dabei neben der Einschaltung von Behörden, Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts, insbesondere die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die Gewährung von Darlehen, Zuwendungen oder Kooperationen in Form von schuldrechtlichen Verträgen. Eine solche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist Bestandteil dieses Variantenvergleichs, weshalb insoweit auf die Ausführungen unter Ziffer 6 dieses Variantenvergleichs verwiesen wird. Insofern wäre für die Umsetzung dieser sowie der weiteren Varianten mit einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse dieses Variantenvergleichs eine wertende Entscheidung zu treffen, ob der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreicht werden kann.

4.1.2.2 Weitere Vorgaben des § 65 LHO-NRW

4.1.2.2.1 § 65 Abs. 3 und 5 LHO-NRW – Beteiligung an anderen Unternehmen sowie Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

Gemäß § 65 Abs. 3 LHO-NRW soll das zuständige Ministerium darauf hinwirken, dass ein Unternehmen, an dem das Land unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt ist, nur mit seiner Zustimmung eine Beteiligung von mehr als dem vierten Teil der Anteile eines anderen Unternehmens erwirbt, eine solche Beteiligung erhöht oder sie ganz oder zum Teil veräußert (§ 65 Abs. 3 Satz 1 LHO-NRW). Das zuständige Ministerium hat

¹² Wernsmann in Gröpl, Kommentar zur BHO/LHO, 2. Auflage, § 65 BHO/LHO, Rn 5.

¹³ Beschluss der Bundesregierung vom 24.09.2001, E-VSF: H 07 32

¹⁴ Eibelshäuser/Nowak, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand: 2014, § 65 BHO, Rn. 35

vor Erteilung seiner Zustimmung die Einwilligung des Finanzministeriums einzuholen (§ 65 Abs. 3 Satz 2 LHO-NRW). Die Grundsätze des § 65 Abs. 1 Nr. 3 und 4 sowie des § 65 Abs. 2 Satz 2 gelten entsprechend.

Da nach unserem derzeitigen Kenntnisstand keine Beteiligungen der EA.NRW an anderen Unternehmen bestehen bzw. nach unserer Kenntnis begründet werden sollen, ist die Vorgabe des § 65 Abs. 3 LHO-NRW aktuell nicht relevant.

Ebenso wenig ist § 65 Abs. 5 LHO-NRW einschlägig, da es sich bei der EA.NRW um eine GmbH und nicht eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft handelt.

4.1.2.2.2 § 65 Abs. 6 und 7 LHO-NRW – Sicherstellung der Interessenswahrnehmung und Parlamentsvorbehalt bei Veräußerung

Gemäß § 65 Abs. 6 LHO-NRW soll das zuständige Ministerium darauf hinwirken, dass die auf Veranlassung des Landes gewählten oder entsandten Mitglieder der Aufsichtsorgane der Unternehmen bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Landes berücksichtigen.

Weiterhin ist § 65 Abs. 7 LHO-NRW zu berücksichtigen, wonach Anteile an Unternehmen, die eine besondere Bedeutung haben und deren Veräußerung im Haushaltsplan nicht vorgesehen ist, nur mit Einwilligung des Landtags veräußert werden dürfen, soweit nicht aus zwingenden Gründen eine Ausnahme geboten ist. Ist die Einwilligung nicht eingeholt worden, so ist der Landtag alsbald von der Veräußerung zu unterrichten. Da in Variante 2 zunächst keine Veräußerung der Anteile geplant ist, spielt diese Regelung derzeit für Variante 2 keine Rolle.

Weiterhin sind nach der LHO-NRW die besonderen Bestimmungen zur Transparenz (§ 65 a LHO-NRW) und Einbeziehung des Landesrechnungshofs (§§ 66, 68, 69, 102 LHO NRW) im Rahmen der Errichtung und Steuerung bzw. Management der Eigengesellschaft zu beachten, die jedenfalls auch eine Satzungsänderung der EA.NRW erfordern.

Für den Erwerb der Gesellschaft (Ausübung der Kaufoption) einschließlich der Transaktionskosten müssten im Haushaltsplan unter Berücksichtigung der Vorgaben der LHO-NRW entsprechende Mittel bereitgestellt werden. Weiterhin müssten Mittel für die Erfüllung der Aufgaben der EA.NRW als dann Eigengesellschaft des Landes unter Beachtung der Haushaltsregelungen bereitgestellt bzw. Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt werden (d.h. primär die Vergütung der Leistungen der EA.NRW gegenüber dem Land auf Grundlage eines sog. Inhouse-Auftrags sowie ggf. weitere Kosten etwa für die Beteiligungsführung vgl. unten Ziffer 4.3.2 des Variantenvergleichs).

4.1.3 Landeshaushaltsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)

Gemäß Variante 3 sollen sämtliche Geschäftsanteile an der EA.NRW im Wege einer sog. kombinierten Vergabe gemeinsam mit einem neuen Rahmenvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW in einem europaweiten Vergabeverfahren ausgeschrieben werden (vgl. unten Ziffer 4.3.3). Mit Zuschlag verpflichtet sich das Land Nordrhein-Westfalen, sämtliche Geschäftsanteile an den/die erfolgreichen Bieter abzutreten. Um dieser Verpflichtung nachkommen zu können, muss das Land Nordrhein-Westfalen zumindest für eine logische Sekunde die Geschäftsanteile an der EA.NRW innehaben. Praktisch würde somit im Idealfall die Kaufoption in Bezug auf die Geschäftsanteile der EA.NRW derart ausgeübt, dass eine logische Sekunde später (ggf. auch mit etwas Verzug) die Geschäftsanteile direkt an den/die erfolgreichen Bieter weiterveräußert und abgetreten werden.¹⁵ Formell ergibt sich damit, dass das Land Nordrhein-Westfalen

¹⁵ Die Möglichkeiten und Hindernisse für ein solch genaues Timing müssten weiter untersucht werden und hängen auch maßgeblich von den weiteren Entscheidungen sowie dem (zeitlichen) Ablauf einer Ausschreibung ab.

zunächst Geschäftsanteile an einem privaten Unternehmen (GmbH) erwirbt und danach Geschäftsanteile an diesem privaten Unternehmen wieder veräußert.

Auch wenn die Regelungen in § 65 LHO-NRW nicht für den Zweck eines kurzfristigen Zwischenerwerbs geschaffen wurden, bleibt es entsprechend des eindeutigen Wortlauts der Norm sowie den Ausführungen in den VV zu § 65 LHO-NRW dabei, dass Geschäftsanteile erworben und dann veräußert werden, so dass gemäß § 65 Abs. 2 LHO-NRW eine frühzeitige Einbindung und Einwilligung des Finanzministeriums erforderlich erscheint.

Anders als in Variante 2 spricht aber mit Blick auf die Soll-Vorschrift des § 65 Abs. 1, 3, 5 und 6 LHO-NRW alles dafür, dass für die Variante 3 nicht sämtliche Vorgaben für den Erwerb einer Beteiligung an einem privaten Unternehmen seitens des Landes und die Vorgaben etwa zur Kontrolle und Transparenz an dieses Unternehmen erfüllt sein müssen. Denn das Halten der Geschäftsanteile an der EA.NRW soll in Variante 3 möglichst nur eine logische Sekunde, jedenfalls aber nur für einen kurzen Interimszeitraum erfolgen, bis die Geschäftsanteile an den/die erfolgreichen Bieter weiterveräußert und wirksam abgetreten wurden. Sinn und Zweck der inhaltlichen Vorgaben des § 65 LHO-NRW ist es, Vorgaben und Hürden für Beteiligungen des Landes aufzustellen, um eine uferlose Beteiligung des Staates an privaten Unternehmen Schranken zu setzen. Eine solche „echte“ Beteiligung des Landes Nordrhein-Westfalen an einem privaten Unternehmen ist in der Variante 3 jedoch gerade nicht bezweckt. Die Einhaltung der Vorgaben des § 65 LHO-NRW etwa mit Blick auf die Transparenz bei Geschäftsführergehältern wäre für einen kurzen Interimszeitraum reine Förmerei. Aber angesichts der gesetzlich nicht geregelten Sondersituation der Variante 3 kann hier nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass auch eine andere, formelle Sichtweise vertreten wird. Daher sollte das Finanzministerium frühzeitig in den Prozess eingebunden und um eine entsprechende Einwilligung gebeten werden.

Im Rahmen der Abstimmung mit dem Finanzministerium ist dann unter Berücksichtigung des § 65 Abs. 7 LHO-NRW die Beteiligung (Einwilligung) des Landtags für die Veräußerung zu klären. Gemäß § 65 Abs. 7 LHO-NRW dürfen Anteile an Unternehmen, die eine besondere Bedeutung haben und deren Veräußerung im Haushaltsplan nicht vorgesehen ist, nur mit Einwilligung des Landtags veräußert werden, soweit nicht aus zwingenden Gründen eine Ausnahme geboten ist. Soweit für die Umsetzung der Variante die Veräußerung im Haushaltsplan vorgesehen wird, ist § 65 Abs. 7 LHO-NRW nicht weiter relevant; im Übrigen müssten die Kriterien für eine besondere Bedeutung bewertet werden, bei denen folgende Faktoren eine wesentliche Rolle spielen z.B. (1) die Größe eines Unternehmens, (2) wirtschaftspolitische Gründe, (3) wichtige Staatsinteressen oder (4) die vom Land bisher eingesetzten Mittel sein.¹⁶ Vorliegend scheinen keine besonderen Gründe ersichtlich, die eine besondere Bedeutung i.S.d. § 65 LHO-NRW einer nur kurzfristig gehaltenen Beteiligung an der EANRW begründen könnten. Vielmehr spricht mit Blick auf die besondere Situation der Variante 3 (nur kurzfristiges Halten der Beteiligung im Rahmen eines einheitlichen Beschaffungsvorgangs für Leistungen) alles dafür, dass die Beteiligung an der EA.NRW nicht derart bedeutend im Sinne des § 65 Abs. 7 LHO-NRW sein kann, dass eine Einwilligung im Sinne des § 65 Abs. 7 LHO-NRW erforderlich ist. Aber auch hier sollte diese Position frühzeitig mit dem Finanzministerium abgestimmt werden (bzw. die Veräußerung von vornherein in den Haushaltsplan aufgenommen werden.), da auch hier eine Bewertung vertreten werden kann.

Für den Erwerb der Gesellschaft (Ausübung der Kaufoption) einschließlich der Transaktionskosten müssten im Haushaltsplan unter Berücksichtigung der Vorgaben der LHO-NRW entsprechende Mittel bereitgestellt werden. (Ebenso müssten die zu erwartenden Einnahmen aus der Veräußerung der Geschäftsanteile im Haushaltsplan eingestellt werden). Weiterhin müssten Mittel für die Erfüllung der Aufgaben der EA.NRW als

¹⁶ Wernsmann in Gröpl, Kommentar zur BHO/LHO, 2. Auflage, § 65 BHO/LHO, Rn 25.

Dienstleister des Landes unter Beachtung der Haushaltsregelungen bereitgestellt bzw. Verpflichtungsermächtigungen veranschlagen werden (d.h. primär die Vergütung der Leistungen der EA.NRW gegenüber dem Land auf Grundlage des Rahmenvertrags sowie der jeweiligen Einzelaufträge).

4.1.4 Landeshaushaltsrecht für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell

Die Ausführungen zu Variante 2 (vgl. oben Ziffer 4.1.2 dieses Variantenvergleichs) gelten grundsätzlich auch in Bezug auf Variante 4. Besonderheiten ergeben sich jedoch dadurch, dass das Land Nordrhein-Westfalen in Variante 4 nicht Alleingesellschafterin ist, sondern sich die Gesellschafterstellung mit dem/den erfolgreichen Bietern aus dem Vergabeverfahren (vgl. unten Ziffer 4.3.4 dieses Variantenvergleichs) teilt. Dabei wäre noch zu entscheiden und hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Vorgaben relevant, ob sich das Land Nordrhein-Westfalen mehrheitlich oder mit einer Minderheitsbeteiligung an der EA.NRW als ÖPP-Gesellschaft beteiligt. Denn bestimmte Vorgaben der LHO-NRW (z.B. § 65 a LHO-NRW Offenlegung der Vergütung bei privatrechtlichen Unternehmen) gelten nur für Mehrheitsbeteiligungen bzw. differenzieren zwischen verschiedenen Beteiligungshöhen des Landes. Weiterhin wird es anders als in Variante 2 für Variante 4 und die Zustimmung einer entsprechenden Beteiligungslösung durch das Finanzministerium erforderlich sein, dass in der vertraglichen Dokumentation in den Vergabeunterlagen (z.B. Satzung, Gesellschaftervereinbarungen, ...) gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO-NRW geforderte „angemessene Einfluss“ des Landes auf die EA.NRW als ÖPP-Gesellschaft hinreichend abgebildet wird. Welchen Grad die Einflussnahme im Detail haben muss bzw. sollte, lässt sich nicht schematisch bestimmen. Vielmehr ist die Frage stets für den jeweiligen Einzelfall relativ zu dem mit der Beteiligung verfolgten Zweck und die Höhe und Bedeutung der Beteiligung für das Land zu entscheiden. Auch in dieser Variante wird es wie in Variante 2 auch erforderlich werden, die Satzung der EA.NRW anzupassen, so dass die Vorgaben für Landesbeteiligungen eingehalten werden¹⁷

4.1.5 Landeshaushaltsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Da in dieser Variante kein Erwerb bzw. eine Veräußerung der EnergieAgentur.NRW vorgesehen ist wäre eine unmittelbare Beachtung des § 65 LHO-NRW und der weiteren haushaltsrechtlichen Regelungen für Landesbeteiligungen nicht erforderlich. Nötig wäre es aber mit Blick auf den abzuschließenden Rahmenvertrag, wie bei allen anderen langfristigen Rahmenverträgen und Aufträgen des Landes Nordrhein-Westfalens auch, im Haushaltsplan die notwendigen Mittel für die Erfüllung der Leistungen einer EnergieAgentur.NRW entsprechend der Regelungen des Rahmenvertrags bzw. der auf dessen Grundlage (mitausgeschriebenen) abzuschließenden Einzelaufträge bereitzustellen bzw. ggf. Verpflichtungsermächtigungen für Folgejahre zu veranschlagen.

4.1.6 Landeshaushaltsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Da in dieser Variante keine gesellschaftsrechtlich institutionalisierte EnergieAgentur.NRW vorgesehen ist und demnach auch keine Beteiligung seitens des Landes Nordrhein-Westfalens in Betracht kommt, spielen die Regelungen des § 65 LHO-NRW in dieser Variante keine Rolle. Nötig wäre es aber, wie bei allen anderen langfristigen Rahmenverträgen und Aufträgen des Landes Nordrhein-Westfalens auch, im Haushaltsplan die notwendigen Mittel für die Erfüllung der Leistungen einer EnergieAgentur.NRW entsprechend der Regelungen des Rahmenvertrags bzw. der auf dessen Grundlage (mitausgeschriebenen) abzuschließenden Einzelaufträge bereitzustellen bzw. ggf. Verpflichtungsermächtigungen für Folgejahre zu veranschlagen.

¹⁷ Wernsmann in Gröpl, Kommentar zur BHO/LHO, 2. Auflage, § 65 BHO/LHO, Rn 9 ff.

4.1.7 Landeshaushaltsrecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Die Ausführungen hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Anforderungen für den Erwerb der EA.NRW in Variante 2 gelten in entsprechender Form ebenso auch für die Gründung einer neuen Landesgesellschaft in Form einer GmbH. Dementsprechend müsste vor einer Gründung einer neuen Landes-GmbH zunächst die Zustimmung des Finanzministeriums eingeholt werden und dabei grundsätzlich die in § 65 Abs.1 LHO-NRW beschriebenen Vorgaben erfüllt sein. Hinsichtlich der Erfüllbarkeit der Vorgaben gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 LHO-NRW durch entsprechende Satzungsregelungen und Vereinbarungen etwa mit Geschäftsführern bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, da in der Variante 7 das Land Nordrhein-Westfalen Alleingesellschafter wäre. Im Übrigen wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 4.1.2 inhaltlich verwiesen.

4.2 EFRE-Rechtsgrundlagen

Grundlage einer finanziellen Unterstützung durch Mittel des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung („EFRE“) im Förderzeitraum 2021 bis 2027 sind die derzeit noch im Entwurfsstadium befindlichen Verordnungen (1) Entwurf einer Verordnung mit gemeinsamen Bestimmungen für den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds Plus, den Kohäsionsfonds und den Europäischen Meeres- und Fischereifonds sowie mit Haushaltsvorschriften für diese Fonds und für den Asyl- und Migrationsfonds, den Fonds für die innere Sicherheit und das Instrument für Grenzmanagement und Visa – COM(2018) 375 final („DachVO“)¹⁸ und (2) Entwurf einer Verordnung mit besonderen Bestimmungen für den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung und den Kohäsionsfonds – KOM(2018) 372 end. („EFRE-VO“)¹⁹. Auf diesen Verordnungen aufbauend, gibt die Kommission dann Leitlinien zur Anwendung heraus und sind von den Mitgliedsstaaten und Bundesländern in Abstimmung mit der Kommission sogenannte Programme (in der aktuellen Förderperiode 2014 – 2020 das „Operationelle Programm Nordrhein-Westfalens für die Förderung von Investitionen in Wachstum und Beschäftigung aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung“) zur weiteren Konkretisierung der Vergabe und Verwaltung der EFRE-Mittel zu erstellen bzw. erstellen die Länder weitere Rahmenrichtlinien zur Vergabe von Förderungen aus dem EFRE.

Förderfähig im Sinne der DachVO sind bestimmte „Vorhaben“ (Art. 2 Abs. 3 DachVO), d.h. insb. „ein Projekt, ein Vertrag, eine Maßnahme oder ein Bündel von Projekten, ausgewählt im Rahmen der betroffenen Programme“. Wie in der aktuell laufenden EFRE-Förderperiode und dem derzeitigen Status der Finanzierung von bestimmten Aufgaben und Leistungen der EA.NRW wäre in allen bislang angedachten Varianten nicht die EA.NRW, sondern das Land Nordrhein-Westfalen selbst „Begünstigte“ im Sinne von Art. 2 Abs. 10 DachVO und zwar für bestimmte von der Verwaltungsbehörde ausgewählte Vorhaben, für dessen Umsetzung sich das Land Nordrhein-Westfalen dann der EA.NRW aufgrund einer vertraglichen Leistungsaustauschbeziehung bedient. Eine unmittelbare Förderung der EA.NRW war und ist nicht seitens des MWIDE beabsichtigt, da die EA.NRW „im Auftrag“ des Landes handeln und nicht selbst Leistungen generieren soll, die durch das Land lediglich gefördert werden. Aus den aktuell vorliegenden Entwürfen der DachVO und der EFRE-VO bestehen grnds. keine Bedenken dagegen, dass das Land Nordrhein-Westfalen auch in Zukunft als Begünstigte im Sinne des Art. 2 Abs. 10 DachVO Fördermittel empfängt und im Rahmen der Realisierung des geförderten Vorhabens sich Dritter auf vertraglicher Basis bedient. Entscheidend ist, dass die jeweiligen Vorhaben als solche förderfähig sind (Erfüllung der Ziele Maßnahmenkategorien, Outputspezifikationen), sowie die allgemeinen und speziellen Vorgaben der DachVO und EFRE-VO sowie der in Zukunft noch hierzu ergehenden

¹⁸ Unser aktuell bekannter Stand 29.05.2018.

¹⁹ Unser aktuell bekannter Stand 29.05.2018.

Entscheidungen und Leitlinien der Kommission und der noch zu entwickelnden nationalen operativen Programme etwa zur Förderfähigkeit, dem Auswahlprozess, dem Nachweis der Erbringung des Vorhabens und der ordnungsgemäßen Mittelverwendung sowie der Zielerfüllung eingehalten werden.

Ein Anspruch auf Förderung eines oder mehrerer Vorhaben durch EFRE-Mittel besteht nicht. Als Bestandteil der sog. geteilten Mittelverwaltung obliegt es der von den Mitgliedsstaaten – in Deutschland von den Bundesländern – eingerichteten sog. Verwaltungsbehörde Vorhaben, die gefördert werden sollen, auszuwählen (vgl. Art. 66 Abs. 1 DachVO). Gemäß Art. 67 Abs. 1 DachVO legt die Verwaltungsbehörde für die Auswahl der Vorhaben *„nichtdiskriminierende, transparente Kriterien und Verfahren fest, die die Gleichstellung der Geschlechter sicherstellen sowie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung und der Umweltpolitik der Union im Einklang mit Artikel 11 und Artikel 191 Absatz 1 AEUV Rechnung tragen, und wendet diese an.“* Bei der Auswahl der Vorhaben obliegt es der Verwaltungsbehörde:

- (a) sicherzustellen, dass die ausgewählten Vorhaben mit dem Programm in Einklang stehen und einen wirksamen Beitrag zum Erreichen von dessen spezifischen Zielen leisten;
- (b) sicherzustellen, dass die ausgewählten Vorhaben in Einklang mit den entsprechenden Strategien und Planungsdokumenten stehen, die für die Erfüllung von grundlegenden Voraussetzungen festgelegt wurden;
- (c) sicherzustellen, dass die ausgewählten Vorhaben ein optimales Verhältnis zwischen der Höhe der Unterstützung, den unternommenen Aktivitäten und dem Erreichen der Ziele herstellen;
- (d) zu überprüfen, dass der Begünstigte über die notwendigen finanziellen Mittel und Mechanismen verfügt, um Betriebs- und Instandhaltungskosten abzudecken;
- (e) sicherzustellen, dass für ausgewählte Vorhaben, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates²⁰ fallen, eine Umweltverträglichkeitsprüfung oder ein Screening-Verfahren auf Grundlage der Anforderungen dieser Richtlinie, geändert durch Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates²¹ durchgeführt wird;
- (f) zu überprüfen, dass bei Vorhaben, die bereits vor der Einreichung eines Antrags auf Förderung bei der Verwaltungsbehörde angelaufen sind, das anwendbare Recht eingehalten wird;
- (g) sicherzustellen, dass die ausgewählten Vorhaben in den Geltungsbereich des betroffenen Fonds fallen und einer Art der Intervention oder – beim EMFF – einem Unterstützungsbereich zugeordnet werden;
- (h) sicherzustellen, dass die Vorhaben keine Tätigkeiten umfassen, die Teil eines Vorhabens mit Verlagerung gemäß Artikel 60 DachVO waren oder eine Verlagerung einer Produktionstätigkeit im Einklang mit Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a DachVO darstellen würden;
- (i) sicherzustellen, dass die ausgewählten Vorhaben nicht Gegenstand einer mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission in Bezug auf eine Vertragsverletzung nach Artikel 258 AEUV sind, die die Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Ausgaben oder die Leistung der Vorhaben gefährdet;

²⁰Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. L 26 vom 28.1.2012, S. 1).

²¹Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. L 124 vom 25.4.2014, S. 1).

- (j) die Gewährleistung der Klimaverträglichkeit der Infrastrukturinvestitionen mit einer erwarteten Lebensdauer von mindestens fünf Jahren sicherzustellen.

Weitere spezifischere Vorgaben zur Auswahl von Vorhaben für die Förderung durch EFRE-Mittel finden sich u.a. in der EFRE-VO (vgl. etwa Art 4 und 6) und werden sich noch aus den künftigen OP-EFRE bzw. Rahmenrichtlinien des Landes Nordrhein-Westfalen ergeben (die bislang noch nicht im Entwurf vorliegen).

Unter Berücksichtigung der aktuellen Entwürfe der DachVO sowie der EFRE-VO und auf Grundlage der Ergebnisse der Besprechung am 09.07.2019 sowie dem Telefonat vom 19.07.2019 mit dem Referat V.1 - Verwaltungsbehörde für den EFRE, Ziel „Wachstum und Beschäftigung“, Europäische Struktur- und Investitionsfonds (ESI-Fonds) des MWIDE („**EFRE-Verwaltungsbehörde**“) ist auf folgende Hindernisse hinsichtlich der generellen (systembedingten) Förderfähigkeit bestimmter Vorhaben einer künftigen EnergieAgentur.NRW besonders hinzuweisen.²²

- **Ziele:** Inhaltlich passen nach aktueller Einschätzung der EFRE-Verwaltungsbehörde weite Teile der Leistungen und Inhalte der EA.NRW in Zukunft nicht mehr unter die durch den EFRE geförderten Prioritäten und Ziele (vgl. zu den Zielen etwa Art. 4 DachVO und Art. 2 EFRE-VO), gleichgültig in welcher Organisationsform eine künftige EA.NRW aufgestellt ist und damit auch variantenunabhängig. Ein wesentlicher Grund hierfür sei neben veränderten inhaltlichen Schwerpunkten der EU-Kommission vor allem auch die aus Sicht der EFRE-Verwaltungsbehörde gesteigerten Anforderungen an die Nachprüfbarkeit der Wirkungen der EFRE-Förderung etwa hinsichtlich der Reduzierung des CO₂-Ausstoßes. In Bezug auf die inhaltliche Übereinstimmung der Vorhaben, die das Land Nordrhein-Westfalen mittels der EnergieAgentur.NRW in Zukunft umsetzen möchte, mit den Prioritäten und Zielen des EFRE wird man wohl abwarten müssen, wie das „operationelle Programm“ (in der DachVO nur „Programm“ genannt vgl. Art 16 ff. DachVO) aussehen wird bzw. wie sich die Abstimmung hierzu mit der Kommission gestaltet. Erst dann wird man unter Konkretisierung der einzelnen Aufgaben (Vorhaben) einer künftigen EnergieAgentur.NRW abschließend bestimmen können, ob (einzelne) Vorhaben inhaltlich unter die Ziele und Prioritäten fallen bzw. die weiteren Fördervorgaben erfüllt werden können.
- **Zusätzlichkeitsprinzip:** Nach aktueller Einschätzung der EFRE-Verwaltungsbehörde sind Personalkosten einer in die Landesverwaltung NRW eingegliederten EA.NRW (Variante 1 gleich in welcher Untervariante) nicht EFRE-förderfähig. Begründet wird dies insbesondere mit dem sog. „Zusätzlichkeitsprinzip“. Zusätzlichkeit ist einer der Grundsätze der Funktionsweise der Europäischen Struktur- und Investitionsfonds. Das Prinzip der Zusätzlichkeit (Additionalität) besagt, dass Finanzmittel der EU-Strukturfonds nur unter der Voraussetzung bereitgestellt werden, dass hierdurch keine öffentlichen Strukturausgaben eines Staates ersetzt werden ("Zusätzlichkeit der Mittel"). Dies bedeutet, dass Europäische Fördermittel nur zusätzlich zu den nationalen Pflichtaufgaben eingesetzt werden dürfen.²³ Mit anderen Worten: Die finanziellen Zuweisungen aus den Struktur- und Investitionsfonds dürfen nicht zu einer Reduzierung nationaler Strukturausgaben in diesen Regionen führen, sondern müssen eine Ergänzung der nationalen öffentlichen Ausgaben sein. Die Kommission überprüft, ob alle Mitgliedsstaaten den Grundsatz der Zusätzlichkeit einhalten bzw. eingehalten haben.²⁴ Ob alle Aufgaben (Projekte) einer EnergieAgentur.NRW, die in Variante 1 in die Verwaltung eingegliedert würde, als ohnehin nationalstaatlich finanziert anzusehen sind und daher eine finanzielle Förderung von bestimmten Vorhaben einer EnergieAgentur.NRW aus dem EFRE am Zusätzlichkeitsprinzip scheitert, erscheint nicht zwingend. So findet sich etwa in der Liste der EFRE-geförderten Vorhaben im Land Nordrhein-Westfalen²⁵ die Förderung „Personalausgaben LANUV“ in der

²² Gegenstand des Variantenvergleichs ist nicht die Prüfung, ob bestimmte einzelne Vorhaben einer künftigen EA.NRW konkret förderfähig sind.

²³ https://www.esf.de/portals/DE/Service/Glossar/Functions/glossar.html;jsessionid=4325DBBE60CECEEFF25F2F05F3376F92?cms_lv2=47340&cms_lv3=44602#lv3

²⁴ https://ec.europa.eu/regional_policy/de/policy/what/glossary/a/additionality/

²⁵ <https://www.efre.nrw.de/daten-fakten/liste-der-vorhaben/> Stand 31.12.2018.

aktuellen Förderperiode. Weshalb für bestimmte Vorhaben in der aktuellen Förderperiode Personalausgaben einer Behörde des Landes Nordrhein-Westfalens zulässig ist, in der kommenden Förderperiode aufgrund des Zusätzlichkeitsprinzips aber ausgeschlossen sein sollen, ist nicht ganz klar. Sicher wären nicht alle Personalkosten einer EnergieAgentur.NRW in Variante 1 förderfähig (was aber auch für andere Varianten gelten dürfte). Allerdings dürfte der Begründungsaufwand und die Abgrenzungsschwierigkeiten mit Blick auf das Zusätzlichkeitsprinzip in Variante 1 deutlich schwieriger sein, als in den anderen Varianten. Denn nur solche Vorhaben und daraus resultierende Personalkosten, die nicht zu den ohnehin vorgesehenen nationalen Struktur- bzw. Pflichtaufgaben des Staats gehören, sind förderfähig. Insofern wird man jedes einzelne Projekt (Vorhaben) der EnergieAgentur.NRW an diesem Maßstab bewerten müssen.

— **Auswahlverfahren:** Nach Art. 67 Abs. 1 der DachVO hat die Verwaltungsbehörde für die Auswahl der Vorhaben nichtdiskriminierende, transparente Kriterien und Verfahren festzulegen, die die Gleichstellung der Geschlechter sicherstellen sowie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung und der Umweltpolitik der Union im Einklang mit Artikel 11 und Artikel 191 Absatz 1 AEUV Rechnung tragen. Methodik und Kriterien des Auswahlverfahrens sind vom sog. Überwachungsausschuss gemäß Art. 35 Abs. lit. (a) DachVO zu genehmigen. In dem in der aktuellen Förderperiode 2014 -2020 geltende Operationelle Programm des Landes Nordrhein-Westfalen ist vorgesehen, dass jedes Vorhaben, das aus dem EFRE gefördert werden soll, ein transparentes Auswahlverfahren durchläuft. Das Projektauswahlverfahren gliedert sich in der aktuellen Förderperiode in:

- Bei **Wettbewerben** werden die Auswahlkriterien in Wettbewerbsaufrufen (Calls) konkretisiert und festgelegt. Die Auswahlkriterien sind die Grundlage für ein Scoring, mit dem die eingereichten Projekte beurteilt werden. In dem Call werden u.a. die inhaltlichen Ziele des Wettbewerbs, die formalen Anforderungen, die Auswahlkriterien, die Zusammensetzung des Gutachtergremiums und ein Zeit- und Ablaufplan dargestellt. Im Gutachtergremium sind unabhängige Expertinnen und Experten vertreten, die insbesondere die fachliche und fördertechnische Qualität der Vorhaben bewerten. Die von ihnen ausgewählten Projekte werden zur Förderung vorgeschlagen.
- Bei **Projektaufrufen** handelt es sich um ein Auswahlverfahren, bei dem Kommunen, Regionen sowie öffentliche Einrichtungen und Träger aufgerufen werden, sich mit Konzepten und daraus abgeleiteten Projektvorschlägen zu bewerben. In dem Aufruf werden u.a. die inhaltlichen Ziele, die formalen Anforderungen, die Auswahlkriterien und ein Zeit- und Ablaufplan dargestellt. Die Auswahl der Projekte, die zur Förderung vorgeschlagen werden, erfolgt durch ein Gutachtergremium, in dem in der Regel auch unabhängige Expertinnen und Experten vertreten sind.
- Eine **kriteriengesteuerte Einzelfallentscheidung** kann bei innovativen Kooperations- und Transfervorhaben von besonderer landespolitischer Bedeutung bzw. in begründeten Einzelfällen, bei denen eine Projektauswahl über Wettbewerbe oder Projektaufrufe nicht möglich ist, zur Anwendung kommen. Auf Vorschlag der fachlich beteiligten Ressorts bzw. eines Fachgremiums werden der Staatssekretärskonferenz diese Projekte zur Förderung vorgeschlagen. Die Empfehlung basiert auf den definierten Auswahlkriterien für das jeweilige spezifische Ziel. Die Staatssekretärskonferenz gibt auf dieser Grundlage eine Förderempfehlung ab. Sie kann die Aufgabe ggf. an ein von ihr beauftragtes Gremium übertragen.
- **Öffentliche Ausschreibungen**
- **Förderung nach fachlichen Richtlinien.**

Die Vorhaben einer EnergieAgentur.NRW für eine Förderung mittels kriteriengesteuerter Einzelfallentscheidung auszuwählen, wird aus Sicht der Verwaltungsbehörde in der kommenden Förderperiode nicht

mehr möglich sein. Der Fokus der EU-Kommission läge in verstärktem Maße auf transparenten und wettbewerblichen Verfahren, mittels derer einzelne Vorhaben ausgewählt würden. Solche transparenten Verfahren könnten jedenfalls in den Varianten 1 und 2 nicht durchgeführt werden, da dort eine unmittelbare Aufgabenübertragung bzw. Beauftragung der EnergieAgentur.NRW (in ihrer jeweiligen Organisationsstruktur) in Bezug auf bestimmte Vorhaben erfolgen würde. Im Unterschied dazu findet in den Varianten 3, 4, 5 und 6 eine öffentliche Ausschreibung in Bezug auf den Rahmenvertrag sowie bestimmte bereits bestimmbare Einzelaufträge (Vorhaben im Sinne der EFRE-Förderung) statt. Aus Sicht der Verwaltungsbehörde würde ein entsprechendes Vergabeverfahren jedenfalls in Bezug auf diese Einzelaufträge dem wettbewerblichen Gedanken der Auswahl von Vorhaben zumindest entgegenkommen. Kritischer wird dies in Bezug auf später über den Rahmenvertrag direkt beauftragte neuen Vorhaben gesehen, da hier keine weitere wettbewerbliche Auswahl erfolgt, sondern die Beauftragung über den ausgeschriebenen Rahmenvertrag direkt an die EA.NRW bzw. die diese steuernde in Vergabeverfahren ausgewählten Gesellschafter erfolgt. Insofern wäre es auch bei den Varianten 3, 4, 5 und 6 nicht sicher, dass zukünftige nicht mitausgeschriebene Vorhaben/Einzelaufträge auch aufgrund des Mangels eines transparenten Auswahlverfahrens förderfähig sind, wenn die Verwaltungsbehörde eine kriteriengesteuerte Einzelfallentscheidung als nicht ausreichend erachtet.

- **Großprojekte.** In den uns vorliegenden Entwürfen der DachVO sowie der EFRE-VO ist der Begriff „Großprojekt“ und die besonderen Voraussetzungen zur Förderung von Vorhaben, die als Großprojekt einzustufen sind, im Gegensatz zu den EFRE-Verordnungen der aktuellen Förderperiode 2014 - 2020 nicht mehr enthalten. Entsprechend des Telefonats mit der EFRE-Verwaltungsbehörde vom 19.07.2019 gibt es jedoch eine Initiative im Trilogverfahren doch wieder besondere Voraussetzungen für die Förderung besonders großer Vorhaben in die DachVO bzw. EFRE-VO aufzunehmen. Man wird abwarten müssen, wie und ob sich die weitere Diskussion zu diesem Thema in den Verordnungen für die kommende Förderperiode niederschlagen wird und welche Konsequenz dies für eine künftige Förderung von Vorhaben einer EnergieAgentur.NRW haben könnte.
- **Datenschutz.** Da bislang die EFRE-Verwaltungsbehörde sowie die EFRE-Prüfbehörde auf dem Standpunkt stehen, dass eine personenbezogene Zuordnung von Leistungen und Leistungszeiten in Bezug auf von der EA.NRW erbrachte Vorhaben eine Zahlungsvoraussetzung für die EFRE-Fördermittel an das MWIDE ist, würde eine Anpassung des Abrechnungssystems zwecks Vermeidung des Risikos eines datenschutzrechtlichen Verstoßes (vgl. hierzu unten Ziffer 4.9) in Zukunft die Förderfähigkeit von Vorhaben des MWIDE, die von der EA.NRW umgesetzt werden, zumindest teilweise ausschließen. Die EFRE-Verwaltungsbehörde sowie die EFRE-Prüfbehörde stützen ihre Position auf den Art. 125 Abs. 4 a der aktuell gelten Dachverordnung Verordnung (EU) 1303/2013 (ähnliche Regelung enthalten in Art. 68 Abs. 1 des Entwurfs der neuen Dach-VO). Auch wenn diese Regelung keine konkreten Vorgaben und Rechte zur Abfrage personenbezogener Daten enthält, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die EFRE-Verwaltungsbehörde bzw. EFRE-Prüfbehörde trotz rechtlicher Bedenken in Bezug auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Erhebung und Weitergabe aller Daten von auf einem Vorhaben abgerechneten Mitarbeitern besteht.

4.3 Vergaberecht

4.3.1 Vergaberecht für Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung

Vergaberechtliche Vorgaben sind nach Eingliederung der EnergieAgentur.NRW in die Landesverwaltung Nordrhein-Westfalen im Verhältnis zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der „EnergieAgentur.NRW“, gleichgültig in welcher Organisationseinheit im Sinne der Ziffer 3.1.1 bis 3.1.3, nicht zu beachten. Das Vergaberecht ist nur zwischen zwei rechtlich voneinander verschiedenen juristischen Personen des öffentlichen und/oder privaten Rechts anwendbar. In allen unter Ziffer 3.1.1 bis 3.1.3 beschriebenen Formen

der Eingliederung ist die EnergieAgentur.NRW keine eigene juristische Personen, sondern Bestandteil der Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen und kann mithin entsprechend der staats- und verwaltungsrechtlichen Vorgaben direkt zur Erfüllung bzw. Erbringung (neuer) Aufgaben und Leistungen angewiesen werden.

Das Vergaberecht ist jedoch zu beachten, wenn zur Erfüllung der Aufgaben der EnergieAgentur.NRW (eingliedert in die Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen) Leistungen von Dritten beschafft werden sollen. Da in dieser Variante entsprechende Leistungen durch das Land Nordrhein-Westfalen beschafft würden, das sowohl nach Haushaltsrecht als auch dem europäischen Vergaberecht öffentlicher Auftraggeber ist und damit grdns. das Vergaberecht zu beachten hat.

4.3.2 Vergaberecht für Variante 2 – Landesgesellschaft

Vorausgesetzt die nachfolgend beschriebenen Vorgaben für die sog. vergaberechtsfreie Inhouse-Beauftragung gemäß § 108 GWB werden eingehalten, kann eine EnergieAgentur.NRW GmbH als landeseigene Gesellschaft vom Land Nordrhein-Westfalen flexibel beauftragt werden, ohne dass vergaberechtliche Vorgaben zu beachten sind.

Gemäß § 108 Abs. 1 GWB ist das GWB-Vergaberecht nicht anwendbar auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen eines öffentlichen Auftraggebers an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,
2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und
3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 108 Abs. 1 GWB gilt für den vorliegend Fall Folgendes:

Nach wirksamer Ausübung der Kaufoption und wirksamer Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile an der EnergieAgentur.NRW GmbH an das Land Nordrhein-Westfalen ist das Land alleiniger Gesellschafter der EnergieAgentur.NRW GmbH. Als Alleingesellschafter hat das Land Nordrhein-Westfalen eine Kontrolle über die EnergieAgentur.NRW GmbH wie über eine eigene Dienststelle im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 1 sowie Abs. 2 GWB, da das Land Nordrhein-Westfalen über seine Weisungsrechte als Alleingesellschafter einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der EnergieAgentur.NRW GmbH ausübt. (Es werden Satzungsänderungen und ggf. weitere Anpassungen der gesellschaftsrechtlichen Dokumentation (z.B. Geschäftsordnung für GF) erforderlich werden, auch um die haushaltsrechtlichen Anforderungen einzuhalten). Da keine privaten Kapitalbeteiligungen bestehen, wenn das Land Nordrhein-Westfalen sämtliche Geschäftsanteile an der EnergieAgentur.NRW hält, kommt es für die Bejahung des Inhouse-Tatbestands des § 108 Abs. 1 GWB entscheidend darauf an, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten der EnergieAgentur.NRW der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie vom Land Nordrhein-Westfalen betraut wurde. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils wird grundsätzlich der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert herangezogen. Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert vor oder sind sie nicht aussagekräftig, genügt

es, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.

In Fällen in denen wie vorliegend eine vormals durch private Unternehmen gehaltene Gesellschaft durch einen öffentlichen Auftraggeber übernommen wird, der beabsichtigt, die Gesellschaft als inhousefähige Gesellschaft zu führen, wird in der Literatur grundsätzlich davon ausgegangen, dass eine retrospektive Betrachtung nicht erfolgen muss, sondern eine prognostische Betrachtung ausreichend ist. Vorliegend muss diese Frage, ob eine rein prognostische Betrachtung erfolgen kann, nicht entschieden werden, da gem. Aussage des MWIDE die EA.NRW aktuell und wohl auch bis zur Ausübung der Kaufoption über 90% ihrer Umsätze mit der Erbringung von Leistungen aus dem Rahmenvertrag bzw. den darauf basierenden Einzelaufträgen mit dem Land Nordrhein-Westfalen erwirtschaftet. Insofern ist es für eine zukünftige Beauftragung der EnergieAgentur.NRW GmbH als landeseigene Gesellschaft entscheidend, dass auch in Zukunft mehr als 80% der Tätigkeit (Umsätze) der EA.NRW der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie vom Land Nordrhein-Westfalen beauftragt wurde, d.h. weniger als 20% des Umsatzes mit Einnahmen von Dritten stammen.

Als landeseigene Gesellschaft unterläge die EnergieAgentur.NRW GmbH denselben Vorgaben, wie alle landeseigenen Gesellschaften, was auch die Frage und genauere Prüfung der Anwendbarkeit vergaberechtlicher Vorschriften durch die EnergieAgentur.NRW GmbH selbst betrifft (Jedenfalls oberhalb der europäischen Schwellenwerte gem. § 106 GWB ist in dieser Variante wohl von einer Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die EnergieAgentur.NRW GmbH auszugehen, da alles dafür spricht, dass die EA.NRW als landeseigene Gesellschaft öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB ist²⁶).

4.3.3 Vergaberecht für Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)

In Variante 3 ist weder die Ausübung der Kaufoption in Bezug auf die Geschäftsanteile der EA.NRW durch das Land Nordrhein-Westfalen noch die Weiterveräußerung der Anteile an ein oder mehrere private Unternehmen als solche vergaberechtlich relevant. Eine Ausschreibungsverpflichtung nach dem GWB-Vergaberecht besteht jedoch in Bezug auf den Abschluss eines Rahmenvertrags (sowie der Einzelaufträge) zwischen der EA.NRW und dem Land Nordrhein-Westfalen. Durch die Kombination der Beschaffung von Leistungen sowie der Veräußerung der Geschäftsanteile an der EA.NRW durch das Land Nordrhein-Westfalen wird der Gesamtvorgang als sog. kombinierte Vergabe ausschreibungspflichtig. Zum Hintergrund der Ausschreibungspflicht Folgendes:

Nach §§ 97 ff. GWB sind öffentliche Aufträge von öffentlichen Auftraggebern oberhalb der sog. Schwellenwerte europaweit auszuschreiben, es sei denn, ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand ermöglicht eine Vergabe des Auftrags ohne Ausschreibung. Das Land Nordrhein-Westfalen ist als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Der in Variante 3 vorgesehene Rahmenvertrag (bei einem Auftrag wäre es genauso) zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW stellt eine Rahmenvereinbarung im Sinne des § 103 Abs. 5 GWB dar, für die dieselben Vorschriften gelten, wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Die nach dem Rahmenvertrag zu vergebenden Leistungen sind als Dienst- und Lieferleistungen im Sinne des § 103 GWB zu qualifizieren. Gemäß § 106 GWB i.V.m. Art 4. RL 2014/24/EU liegt der aktuelle Schwellenwert für die nach dem Rahmenvertrag auszuschreibenden Leistungen bei 214.000 € (netto). Der Schwellenwert ist damit vorliegend eindeutig überschritten, ohne dass es auf die Details der Schätzung des Auftragswerts ankommt.

²⁶ Dies hängt jedoch auch von der konkreten gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung und der tatsächlichen inhaltlichen Tätigkeiten der EA.NRW ab und müsste im weiteren Fortgang des Projektes genauer untersucht werden. Ebenso sollte, falls diese Variante weiterverfolgt wird, noch einmal abschließend geprüft werden, ob bei Finanzierungen über EFRE, für die jeweils finanzierten Projekte nicht auch Ausschreibungspflichten im Unterschwellenbereich bestehen, da die Weitergabe der EFRE-Mittel durch das Land NRW an die EA.NRW unter Anwendung des Inhouse-Tatbestands eine Sonderkonstellation darstellt, die ggf. und nach Rücksprache mit der EFRE-Verwaltungsbehörde, Ausschreibungen der EA.NRW stets erfordert.

Ausnahmetatbestände, die eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht ermöglichen würden, sind nicht ersichtlich.

Der Rahmenvertrag wäre daher in Variante 3 ggf. gemeinsam mit bestimmten bereits feststehenden Einzelaufträgen nach den Regelungen des GWB i.V.m. der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) europaweit auszuschreiben. Die Details einer solchen Ausschreibung sind genauer zu erörtern und im Einzelnen entsprechend der Vorgaben des MWIDE zu prüfen. Im Rahmen dieses Variantenvergleichs soll jedoch auf folgende Aspekte im Hinblick auf ein vorzunehmendes Vergabeverfahren hingewiesen werden:

4.3.3.1 Besonderheiten Rahmenvertrag

Gemäß § 21 VgV gelten für die Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen (auch „Rahmenverträge“) einige wesentliche, besondere Anforderungen auf die nachfolgend hingewiesen werden soll:

- Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Eine Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. (§ 21 Abs. 1 VgV).
- Wird eine Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen geschlossen, so werden die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben. Für die Vergabe der Einzelaufträge kann der öffentliche Auftraggeber das an der Rahmenvereinbarung beteiligte Unternehmen in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs auffordern, sein Angebot erforderlichenfalls zu vervollständigen. (§ 21 Abs. 3 VgV).
- Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf höchstens vier Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor (§ 21 Abs. 6 VgV).²⁷

Die Rahmenvereinbarung ist nach wie vor die flexibelste Beschaffungsvariante, da sie es dem Auftraggeber während ihrer Laufzeit ermöglicht, die Bedarfsdeckung innerhalb des gesteckten Rahmens inhaltlich sowie quantitativ anzupassen. Allerdings erfährt die Flexibilität der Rahmenvereinbarung nicht nur durch die oben dargestellte Regelung des § 21 VgV sondern vor allem durch eine jüngere Entscheidung des EuGH eine gewisse Einschränkung. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 19.12.2018²⁸ entschieden, dass es einen Verstoß gegen das europäische Vergaberecht darstellt, wenn bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung keine Höchstmenge angegeben wird. Zwar erging diese Entscheidung noch zu den alten jetzt nicht mehr geltenden europäischen Vergaberichtlinien, aufgrund der Ähnlichkeit der Regelungen zur Rahmenvereinbarungen in den alten und neuen Vergaberichtlinien der EU dürfte die Argumentation und Auslegung des EuGH aber auch heute noch anwendbar sein.²⁹ Wird die angegebene Höchstmenge erreicht, so wäre eine Erweiterung der Rahmenvereinbarung und Erteilung weiterer Einzelaufträge nur unter Beachtung der Grundsätze des § 132 GWB zur Zulässigkeit von Vertragsänderungen möglich.

Weiterhin zu beachten ist die gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Maximallaufzeit von Rahmenvereinbarungen in Höhe von 4 Jahren. Vorliegend besteht der Wunsch des MWIDE die Rahmenvereinbarung über einen Zeitraum von sechs Jahren abzuschließen und damit länger als die grundsätzlich vom Gesetz vorgesehenen 4 Jahre. Um eine längere Laufzeit rechtssicher zu realisieren, müssen daher besondere Umstände vorliegen, die eine entsprechende Verlängerung rechtfertigen.

²⁷ Diese Laufzeitbegrenzung gilt auch für die auf Grundlage der Rahmenvereinbarung abgeschlossenen Einzelaufträge Völlink in Ziekow/Völlink, § 4 VOL/A, 2011, Rn 7.

²⁸ EuGH Urt.v. 19.12.2018 – C-216/17 - „Antitrust und Coopservice“.

²⁹ Vgl. hierzu auch Schröder, EuGH schränkt Flexibilität von Rahmenvereinbarungen ein, Vergabeblog des DVNW, <https://www.vergabeblog.de/2019-01-28/eugh-schraenkt-flexibilitaet-von-rahmenvereinbarungen-ein-eugh-urt-v-19-12-2018-c-216-17-antitrust-und-coopservice/>

Die Heranziehung des Auftragsgegenstands oder anderer besonderer Umstände zur Begründung einer Verlängerung der vierjährigen Laufzeit soll nach Ansicht des OLG Düsseldorf nur in eng begrenzten Sonderfällen in Betracht kommen.³⁰ Das OLG Düsseldorf hielt z.B. die Begründung, eine sechsjährige Laufzeit ermögliche ein wirtschaftlicheres Angebot und sei auch aufgrund eines Auftragnehmerwechsels gerechtfertigt, für die Begründung einer ausnahmsweise längeren Laufzeit für unzureichend.

Für zulässig wurde eine längere Laufzeit erachtet, die damit begründet wurde, dass eine Amortisation der zur Vertragserfüllung notwendigen Investitionen innerhalb des vierjährigen Zeitraums nicht möglich war³¹.

Vorliegend sind zwei besondere Umstände zu berücksichtigen, die ggf. eine Verlängerung der Regellaufzeit von vier auf sechs Jahre rechtfertigen. Bei der vorliegenden Variante 3 muss berücksichtigt werden, dass nicht nur ein Rahmenvertrag abgeschlossen wird, sondern als Bestandteil der kombinierten Vergabe auch ein (neuer) privater Gesellschafter der EA.NRW in der Ausschreibung ermittelt wird, der die Geschäftsanteile an der EA.NRW vom Land Nordrhein-Westfalen erwirbt. Der Aufwand in Bezug auf den Erwerb und die mit dem Erwerb einhergehenden Risiken ist damit wesentlich höher als bei üblichen Ausschreibungen von Rahmenvereinbarungen für Dienstleistungen. Ferner wird die Notwendigkeit zur Erhaltung und ggf. Neubesetzung und Erweiterung des Personalstamms in der EA.NRW aus Sicht der bietenden Unternehmen eine hohe Hürde zur Teilnahme an dem Ausschreibungsverfahren sein. Eine langfristige Planbarkeit als bei üblichen Rahmenverträgen scheint daher notwendig. Ob daneben der Gleichlauf der Laufzeit eines Rahmenvertrags mit der EFRE-Förderperiode (2021 bis 2027) als Argument mit herangezogen werden kann, erscheint vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten einer EFRE-Finanzierung³² äußerst fraglich.

Da die Entscheidung, ob eine Laufzeitverlängerung über vier Jahre hinaus zulässig ist, stets eine Einzelfallentscheidung ist und einschlägige Rechtsprechung nicht ersichtlich ist, verbleibt vorliegend ein Risiko, dass bei vergaberechtlicher Überprüfung eine Verlängerung der vierjährigen Regelfrist als unzulässig bewertet würde.

4.3.3.2 Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

Die Frage der Strukturierung des Vergabeverfahrens kann erst abschließend entschieden werden, wenn die Variante 3 weiter verfolgt werden sollte. Es spricht jedoch bereits gegenwärtig einiges dafür, dass das Verfahren als sog. Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb strukturiert werden sollte und auch kann.

Gemäß § 14 Abs. 2 und 3 VgV ist ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb – im Gegensatz zu dem offenen und nicht offenen Verfahren – nur dann zulässig, wenn eine oder mehrere Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 VgV einschlägig sind. Ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ist danach etwa zulässig, wenn

- „*der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,*
- *die Leistung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vom öffentlichen Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine Europäische Technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nummer 2 bis 5 beschrieben werden kann“ § 14 Abs. 3 Nr. 3 und 4 VgV.*

³⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2012 – Verg 95/11.

³¹ Bay ObLG, Beschl. v. 17.2.2005 – Verg 27/04; Völlink in Ziekow/Völlink, § 4 VOL/A, 2011, Rn 7; Poschmann in Müller/Wrede, § 4 EG VOL/A, Rn 87.

³² Vgl. oben Ziffer 4.2

Auch wenn eine abschließende Bewertung erst erfolgen kann, wenn die von der EA.NRW zu erbringenden Leistungen konkreter feststehen, erscheint es derzeit gut vertretbar, dass einer bzw. beide der oben zitierten Ausnahmetatbestände des § 14 Abs. 3 Nr. 3 und 4 VgV einschlägig sind und ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zulässig ist. Für ein entsprechendes Verfahren sind mit Blick auf die Komplexität der Ausschreibung zwischen 9 und 12 Monaten ab Bekanntmachung bis zum Zuschlag zu veranschlagen.

4.3.3.3 Losweise Vergabe

Die Vergabe der Geschäftsanteile an der EA.NRW in Verbindung mit dem Abschluss eines neuen Rahmenvertrags zwischen der EA.NRW und dem Land Nordrhein-Westfalen soll einheitlich im Wege einer kombinierten Vergabe erfolgen. Hierfür erforderlich ist es, dass keine Aufteilung des Auftragsgegenstandes in Lose stattfindet.

Nach § 97 Abs. 4 GWB sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind daher regelmäßig in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB). Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB). Eine Aufteilung der Leistungen aus dem Rahmenvertrag jedenfalls in Fachlose, etwa eine Aufteilung in Themengebiete und/oder nach bestimmten Dienstleistungskategorien ist vorliegend grundsätzlich denkbar.

Bei der Abwägung der für und gegen eine Losvergabe sprechenden Gesichtspunkte darf sich der Auftraggeber jedoch für eine Gesamtvergabe entscheiden, wenn dafür aner kennenswerte wirtschaftliche oder technische Gründe bestehen. Sie rechtfertigen eine Gesamtvergabe, wenn die damit für den Auftraggeber verbundenen Vorteile bei vertretbarer prognostischer und auf den Vertragszeitraum bezogener Sicht und Abwägung der beteiligten Belange überwiegen.³³

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber als Nachfrager von Leistungen durch seine Vergaben nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen hat. Vielmehr bestimmt allein der Auftraggeber im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Am Auftrag interessierte Unternehmen haben sich darauf einzustellen.³⁴ Das Losbildungsgebot fordert weder eine marktunübliche Trennung des Auftrags in Einzelteile noch eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages; dem öffentlichen Auftraggeber steht vielmehr das Leistungsbestimmungsrecht zu, weshalb er beispielsweise nicht gezwungen ist, "Einzelteile" von verschiedenen Anbietern zu beschaffen, wenn für ihn aus sachlichen Gründen nur ein Paket aus einer Hand sinnvoll ist.

Bei der Prüfung der Notwendigkeit einer losweisen Vergabe sind neben den wirtschaftlichen und technischen Gründen, die eine Gesamtvergabe im Einzelfall rechtfertigen können, auch die schützenswerten, übergeordneten Zielsetzungen des Auftraggebers zu berücksichtigen.

Der mit § 97 Abs. 4 GWB bezweckte Mittelstandsschutz und der Grundsatz der Chancengleichheit kleinerer Unternehmen stößt nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung an seine Grenzen, als der Auftraggeber zumindest solche eigenen Interessen nicht zu opfern braucht, die er nur in Gestalt einer Gesamtvergabe zu erreichen vermag. Den Gegenstand der Leistung bestimmt ausschließlich die Vergabestelle. Eine Zerlegung

³³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.06.2014 – Verg 38/13.

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.09.2011 – VII-Verg48/11.

in einzelne Teil- oder Fachlose kommt somit nicht in Betracht, wenn diese in ihrer Summe den mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten übergeordneten Zielsetzungen nicht mehr entsprechen.³⁵

Schützenswerte übergeordnete Zielsetzungen des Auftraggebers im Rahmen der vorgesehenen kombinierten Vergabe sind der unterbrechungsfreie Weiterbetrieb und Leistungserbringung der bestehenden EA.NRW sowie der Erhaltung des in der EA.NRW gebündelten Know-hows als Ganzes und damit der wirtschaftliche Einkauf der öffentlichen Hand und die sparsame Verwendung von Steuergeldern.

Gegenstand der Vergabe ist die Veräußerung der Geschäftsanteile der EA.NRW in Verbindung mit dem Abschluss eines neuen Rahmenvertrags zur Erbringung verschiedener Dienstleistungen zwischen der EA.NRW und dem Land Nordrhein-Westfalen. Der/die erfolgreiche(n) Bieter ist/sind verpflichtet, die Geschäftsanteile an der EA.NRW zu übernehmen, die ihrerseits mittels des Rahmenvertrags sowie verschiedener mitausgeschriebener Einzelaufträge zur Erbringung von verschiedenen Leistungen gebündelt und gemanagt in einer Hand verpflichtet wird. Ausgangspunkt dieser Gesamtvergabe sind im Rahmen einer funktionalen Betrachtung die übergeordneten Zielsetzungen (1) des unterbrechungsfreien Weiterbetriebs der bestehenden EA.NRW; (2) der Erhaltung des in der EA.NRW gebündelten und über die Jahre vom Land Nordrhein-Westfalen bezahlten Know-hows und (3) die Sicherung einer zentralen landesweiten Anlaufstelle als ein Ansprechpartner des Land Nordrhein-Westfalen, die die verschiedenen und dennoch eng miteinander verknüpften Themengebiete rund um das Thema Energie und Klimaschutz für das Land, die Kommunen, Unternehmen und Bürger in Nordrhein-Westfalen aufbereitet und durch eine integrierte Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit sowie Wissensmanagement und Beratung zugänglich macht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Land nicht nur einzelne Dienstleistungen (wie Beratung und Öffentlichkeitsarbeit) rund um das Thema Energie und Klimaschutz beschaffen möchte. Die EnergieAgentur.NRW soll vielmehr als eigenständige und neutrale Institution für Energie und Klimaschutz fungieren und als ganzheitlicher Ansprechpartner Bürger, Unternehmen und Kommunen in Nordrhein-Westfalen befähigen, innovative Lösungen für den gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozess zu entwickeln und zur Umsetzung zu bringen. Für diese Umsetzung sollen verschiedene Formate von Beratungsleistungen, Akteursvernetzung, Wissenstransfer und Öffentlichkeitsarbeit eingesetzt werden. Eine Aufteilung der unterschiedlichen Leistungen würde damit nicht einfach nur zu einem höheren Koordinierungsaufwand des Landes Nordrhein-Westfalen führen und die für die qualitative Leistungserbringung erforderlichen Synergieeffekte verhindern, sondern schlicht das Ziel verfehlen, eine neutrale EnergieAgentur.NRW als Institution zu erhalten bzw. zu schaffen.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Land Nordrhein-Westfalen im Laufe der aktuellen Vertragsdurchführung und bereits zuvor umfangreiche Investitionen in die Errichtung und den Aufbau der EnergieAgentur.NRW getätigt hat und sich insbesondere zur Sicherung des so aufgebauten und finanzierten Know-hows eine Kaufoption bzgl. sämtlicher Geschäftsanteile der EA.NRW gesichert hat. Dieser Wert soll bei der in Variante 3 vorgesehenen kombinierten Vergabe fruchtbar gemacht werden.

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen spricht alles dafür, dass vorliegend ein Abweichen von dem in § 97 Abs. 4 GWB normierten Gebot der losweisen Vergabe zulässig ist. Da die Abwägung jedoch stets eine Frage des jeweiligen Einzelfalls ist, verbleibt jedoch ein Restrisiko, dass im Falle der Einlegung eines Nachprüfungsverfahrens in Bezug auf die vorgesehene kombinierte Vergabe die Vergabekammer bzw. das OLG Düsseldorf zu einer anderen Bewertung kämen.

4.3.3.4 Unkalkulierbare Risiken

Anders als im Baubereich enthält die vorliegend anwendbare VgV kein ausdrückliches Verbot der Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse mehr. Teilweise wird allerdings vertreten, dass sich die Unzulässigkeit der

³⁵ vgl. auch OLG Jena, Beschl. v. 06.06.2007 - 9 Verg 3/07.

Überwälzung ungewöhnlicher Wagnisse bereits aus dem allgemeinen Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung herleiten lässt. Dem wird wiederum entgegengehalten, dass die Verpflichtung zur klaren und erschöpfenden Beschreibung nicht zwingend etwas damit zu tun habe, ob den Bietern bestimmte Risiken auferlegt werden dürfen oder nicht.³⁶ Denn ein Wagnis kann eindeutig und erschöpfend beschrieben sein und dennoch ein ungewöhnliches Risiko für den Bieter bleiben. Der Meinungsstreit darüber, wie man das Institut des „ungewöhnlichen Wagnisses, dogmatisch innerhalb des Vergaberechts verorten kann, ist jedoch nicht von entscheidender Bedeutung. Denn jedenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen sind völlig unzumutbare Anforderungen, die eine vernünftige kaufmännische Kalkulation unmöglich machen, weiterhin unzulässig.³⁷ Wann ein solches unzumutbares Risiko vorliegt und ob ein Bieter ein solches geltend macht, ist stets eine Frage des Einzelfalls. In Ziffer 4.7 (Arbeitsrecht) wird empfohlen eine Bewertung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Umstände bei der EA.NRW im Rahmen einer Due Diligence vorzunehmen, da bei derzeitiger Betrachtung nicht klar ist, ob ein Risiko mit Blick auf das Thema Scheinselbstständige und fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung besteht, das ggf. dazu führt, dass mehr Arbeitnehmer als nur das Kernteam, als Arbeitnehmer der EA.NRW gelten. Solange nicht klar ist, wie die Sachverhaltslage diesbezüglich einzuschätzen ist, verbleibt auch vergaberechtlich ein Risiko, dass mangels Klarheit und damit Kalkulierbarkeit der arbeitsrechtlichen Verhältnisse in der EA.NRW Bieter eine Ausschreibung mit dem Argument eines unzumutbaren Wagnisses (erfolgreich) angreifen könnten. Erst nach einer solchen Sachverhaltsklärung lässt sich das Risiko bewerten und soweit überhaupt erforderlich Lösungsmöglichkeiten für die Ausschreibung (z.B. Klärung der arbeitsrechtlichen Verhältnisse vor Ausschreibung) entwickeln.

4.3.4 Vergaberecht für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell

Die Beauftragung der EA.NRW mit Leistungen hat wie in der Variante 3 (Private Gesellschaft) im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung zu erfolgen, wobei in der vorliegenden Variante 4 nicht sämtliche Geschäftsanteile, sondern nur Teile davon an einen/mehrere private Unternehmen veräußert würden.

Eine vergaberechtsfreie Inhouse-Beauftragung der EA.NRW als gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gemäß § 108 Abs. 1 GWB kann in dieser Variante auch dann nicht erfolgen, wenn sich das Land Nordrhein-Westfalen im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen und vertraglichen Möglichkeiten eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle über die EA.NRW einräumen lässt. Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB dürfen an der juristischen Person keine direkten privaten Kapitalbeteiligungen bestehen, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln. Die in § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB angelegte Rückausnahme ist gemäß der nationalen und europäischen Gesetzes- bzw. Richtlinienbegründung für eng begrenzte Sondersituationen geschaffen worden, die vorliegend nicht einschlägig sind. Durch eine private Kapitalbeteiligung an der EA.NRW (und sei sie auch gering) würde eine direkte private Kapitalbeteiligung geschaffen werden, die eine ausschreibungsfreie Beauftragung der EA.NRW verhindert.

Auch eine Beauftragung der EA.NRW in einem Zeitpunkt, in dem das Land Nordrhein-Westfalen alleinige Gesellschafterin der EA.NRW ist und eine darauffolgende Veräußerung von Geschäftsanteilen an private Unternehmen wäre vergaberechtlich nicht zulässig. Grundsätzlich ist zwar die Veräußerung von Geschäftsanteilen durch öffentliche Auftraggeber vergaberechtlich nicht relevant. Der EuGH hat jedoch entschieden,

³⁶ Krohn in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 19, 2. Auflage, Rn. 43.

³⁷ Krohn in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 19, 2. Auflage, Rn. 44.

dass die Veräußerung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft, die vergaberechtsfrei öffentliche Aufträge gestützt auf den Inhouse-Tatbestand erhalten hat, zu einer Neuausschreibungspflicht dieser vergaberechtsfrei vergebenen Aufträge führt.³⁸

Insofern ist auch bei diesem Modell eine Ausschreibung eines Rahmenvertrags gemeinsam mit Teilen der Geschäftsanteile an der EA.NRW erforderlich. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zur Variante 3 (Private Gesellschaft) unter Ziffer 3.3 verwiesen.

4.3.5 Vergaberecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Die Beauftragung der EA.NRW mit Leistungen mittels eines Rahmenvertrags sowie bestimmter mitausgeschriebener Einzelaufträge hat wie in der Variante 3 (Private Gesellschaft) im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung zu erfolgen. Daher kann insoweit auf die Ausführungen oben zu Variante 3 verwiesen werden. Anders als in Variante 3 und 4 sieht Variante 5 keinen Erwerb und anschließende Veräußerung der Geschäftsanteile der bestehenden EA.NRW vor, sondern vielmehr die Verpflichtung des erfolgreichen Bieters zur Neugründung und personellen sowie sachlichen Ausstattung einer EnergieAgentur.NRW GmbH nach Abschluss des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 43 Abs. 3 kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass eine Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung eine bestimmte Rechtsform annimmt, soweit dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist. In der Kommentarliteratur wird verschiedentlich, jedoch ohne nähere Begründung, eine Anwendbarkeit dieser Regelung allgemein für den Fall der Vorgabe zur Gründung einer Projektgesellschaft vertreten, wenn diese anstelle des Bieters bzw. einer Bietergemeinschaft den Auftrag ausführen soll.³⁹ Ob eine solche Anwendung zwingend ist, erscheint fraglich, denn insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden wird deutlich, dass die Verknüpfung zwischen Auftragsverhältnis sowie gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und Verpflichtungen letztlich Bestandteil des sehr weiten Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers ist, der eben nicht nur einen Leistungserbringer sondern vielmehr ein funktionsfähiges und über die Vertragslaufzeit des Auftrags hinausgehendes Unternehmen nachfragt, dessen Gesellschafter er später werden kann. Der Beschaffungsbedarf ist vorliegend eben nicht nur die reine Leistungserbringung, sondern das darüberhinausgehende Ziel der Errichtung eines Unternehmens, welches ein bestimmtes Know-how aufbaut und ggf. später vom Land Nordrhein-Westfalen übernommen werden kann. Aus unserer Sicht spricht daher vorliegend alles dafür, dass die Verpflichtung zur Gründung einer neuen GmbH im Auftragsfall nicht an § 43 Abs. 3 GWB zu messen ist, sondern schlicht zulässiger Ausdruck der Formulierung des bestehenden Beschaffungsbedarfs des Landes Nordrhein-Westfalens ist. Selbst wenn man die Zulässigkeit der Forderung zur Errichtung einer neuen GmbH im Auftragsfall an den Vorgaben des § 43 Abs. 3 GWB messen würde, so spräche alles dafür, dass die Forderung vergaberechtlich zulässig ist. Der wohl überwiegende Teil der Kommentatoren verlangt mit Blick auf § 43 Abs. 3 GWB einen „sachlichen Grund“ der die Vorgabe des öffentlichen Auftraggebers zur Gründung einer Projektgesellschaft rechtfertigt.⁴⁰ Vorliegend bestehen verschiedene sachliche Gründe, die eine entsprechende Forderung rechtfertigen. Zunächst besteht bei der Wahl der Variante 5 der Wunsch, dass das Land Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit hat, die EnergieAgentur.NRW (als eigenständige Gesellschaft) zu einem späteren Zeitpunkt selbst zu übernehmen und dass aufgebauter Know-how selbst zu nutzen, was letztlich nur dann möglich ist, wenn die Leistungen von einer eigens geschaffenen Projektgesellschaft erbracht werden. Eine organisatorische Abkopplung der EnergieAgentur.NRW von dem erfolgreichen Bieter bzw. der erfolgreichen Bietergemeinschaft sorgt zudem dafür, dass

³⁸ EuGH, Urteil vom 10.11.2005 - Rs. C-29/04.

³⁹ Hausmann/von Hoff in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 43 VgV, Rn 37; Mager in Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 43 VgV, Rn. 36 ff.

⁴⁰ Bultmann in BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, § 43 VgV Rn. 74; Hausmann/von Hoff in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 43 VgV, Rn 37; Schellscheidt in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, § 43 VgV, Rn 27; strenger wohl nur Voppel in Voppel/Osenbrück/Bubert, § 43 VgV, Rn. 50.

das vom Land Nordrhein-Westfalen verfolgte Ziel, für eine neutrale Aufgabenerfüllung der EnergieAgentur.NRW zu sorgen, bestmöglich erreicht wird. Eine reine Projektgesellschaft, deren Gesellschaftszweck einzig darauf gerichtet ist, in enger Abstimmung und unter Berücksichtigung der vertraglichen Vorgaben des Landes Nordrhein-Westfalens Bürger, Unternehmen und Kommunen hinsichtlich der Themen Energie und Klimaschutz zu sensibilisieren, zu motivieren und zu mobilisieren, ihre Potenziale zur Erreichung der Treibhausgasneutralität auszubauen und zu nutzen sowie innovative Lösungen für den gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozess zu entwickeln und zur Umsetzung zu bringen, ist am besten geeignet diese Aufgaben neutral, d.h. ohne Berücksichtigung sonstiger Unternehmensinteressen zu verwirklichen. Auch ist der Fokus auf die vertraglich zu erbringenden Leistungen und Themen stärker, wenn die Leistungen von einer hierfür eigens gegründeten und mit Personal ausgestatteten Gesellschaft erbracht werden und nicht nebenher durch ein oder mehrere Unternehmen, die auch andere Leistungen erbringen. Hierbei ist insbesondere auch zu bedenken, dass die EnergieAgentur.NRW zwar verschiedene Leistungen und Themen bearbeitet, es für die hochwertige Leistungserfüllung aber essentiell ist, dass eine sehr enge Vernetzung und Zusammenarbeit der einzelnen Leistungsbereiche und Themengebiete erforderlich ist und dies genauso wie eine koordinierte Zusammenarbeit mit dem Land am besten durch eine organisatorisch eigenständige Einheit mit der hierfür erforderlichen Personaldecke gewährleistet wird. Insofern spricht vorliegend alles dafür, dass eine kombinierte Ausschreibung eines Rahmenvertrags (Einzelaufträge) und der Verpflichtung zur Gründung und Ausstattung einer Gesellschaft, die diese vertraglichen Leistungen erbringt, vergaberechtlich zulässig ist. Mit Blick auf die kaum vorhandene Rechtsprechung zu § 43 Abs. 3 VgV, verbleibt allerdings ein sehr geringes Restrisiko, dass bei einer gerichtlichen Überprüfung eine andere Bewertung vertreten würde.

4.3.6 Vergaberecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Variante 6 unterscheidet sich von den Varianten 3, 4 und 5 erheblich dadurch, dass hier lediglich ein Rahmenvertrag sowie bestimmte Einzelaufträge ausgeschrieben werden, jedoch keine Verpflichtung des erfolgreichen Bieters bzw. der erfolgreichen Bietergemeinschaft zur Gründung bzw. Aufrechterhaltung einer eigenständigen Gesellschaft besteht. Hinsichtlich der Ausschreibungspflicht sowie den in diesem Variantenvergleich dargestellten Besonderheiten bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen kann grundsätzlich auf die Ausführungen zu Variante 3 (Ziffer 4.3.3) verwiesen werden.

Hinsichtlich der Einschätzung zur Verlängerung der Laufzeit des Rahmenvertrags sowie zum Gebot der losweisen Vergabe und für Variante 3 in Ziffern 4.3.3.1 und Ziffer 4.3.3.3 gelten in Variante 6 jedoch folgende Besonderheiten.

Laufzeit des Rahmenvertrags. Anders als im Rahmen der Abwägung in Variante 3 dargestellt und auch abweichend von der Situation in Variante 5 soll in Variante 6 weder eine bestehende Gesellschaft fortgeführt noch eine neue Gesellschaft gegründet werden. Insofern kann das unter Ziffer 4.3.3.1 angeführte Argument der Komplexität und des Aufwands zum Weiterbetrieb bzw. der Gründung (Variante 5) einer EnergieAgentur.NRW als eigenständiges Unternehmen für die ausnahmsweise Verlängerung der Laufzeit des Rahmenvertrags von den gesetzlich vorgesehenen 4 auf 6 Jahre hier nicht herangezogen werden. Als Argumentation verbliebe neben Wirtschaftlichkeitserwägungen hier wohl nur, dass auch bei einer reinen Rahmenvertragsausschreibung aufgrund der hohen Komplexität der Leistungserbringung sowie der Auftragsvolumina, auch innerhalb des Betriebs des erfolgreichen Bieters erhebliche Investitionen etwa in Personal und die allgemeinen Strukturen zur Erfüllung der umfangreichen Aufgaben erforderlich wäre. Es steht zu vermuten, dass je länger die Laufzeit des Rahmenvertrags gewählt wird, umso größer auch das Interesse und damit der Wettbewerb um den Auftrag ausfallen dürfte. Insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen dürften die Investitionen in einen erforderlichen Personalaufbau und die damit einhergehende Ressourcenallokation eine hohe Hürde darstellen, die bei kurzen Laufzeiten ggf. nicht hinreichend attraktiv sind. Dennoch

verbleibt hier ein wohl etwas höheres Risiko im Hinblick auf die Zulässigkeit der Verlängerung der Laufzeit des Rahmenvertrags als in den Varianten 3 bis 5.

Losweise Vergabe. Auch hier gilt, dass anders als im Rahmen der Abwägung in Variante 3 dargestellt und auch abweichend von der Situation in Variante 5 soll in Variante 6 weder eine bestehende Gesellschaft fortgeführt noch eine neue Gesellschaft gegründet werden. Es besteht demnach keine Verknüpfung des Ziels zur Errichtung/Beibehaltung der EnergieAgentur.NRW als eigenständiges Unternehmen mit der Leistungserbringung selbst, so dass diese Verknüpfung und die damit einhergehende Komplexität der Gesamtmaßnahme nicht mehr als Argument gegen eine losweise Vergabe genutzt werden kann. Weiterhin relevant bleibt aber auch hier, dass es das aner kennenswerte Ziel des Landes Nordrhein-Westfalens ist, einen einzelnen Ansprechpartner als Kompetenzzentrum für Bürger, Unternehmen und Kommunen in Nordrhein-Westfalen rund um das Thema Energie und Klimaschutz zu schaffen, was durch eine mögliche Zersplitterung in einzelne Themen bzw. Teilleistungen bei einer losweisen Vergabe, die dann ggf. von unterschiedlichen Anbietern erbracht werden, nicht mehr der Fall wäre. Ebenso verbleibt das nachvollziehbare Argument, dass die Leistungen (z.B. Schulungsveranstaltungen zur Energieeffizienz und Netzwerkarbeit) zwar von unterschiedlichen Unternehmen erbracht werden könnten, eine solche Aufteilung jedoch nicht nur wirtschaftliche Synergieeffekte verhindern würde, sondern viel wichtiger auch inhaltlich eine qualitativ hochwertige und enge Vernetzung nur innerhalb einer Institution praktisch und effektivwirklich möglich ist. Vertragliche Regelungen, wonach mehrere unterschiedliche Leistungserbringer miteinander kooperieren sollen, um die Qualität ihrer jeweiligen Leistungen zu verbessern und Erfahrungen austauschen, die der jeweils andere für seine Tätigkeit braucht, sind nicht genauso geeignet bei Leistungen, die einen übergeordneten und komplexen Zweck erfüllen sollen, qualitativ hochwertige Ergebnisse zu erzielen, wie die Leistungserbringung aus einer Hand.

Insofern sind auch hinsichtlich der Variante 6 gute Gründe vorhanden, die eine Gesamtvergabe aller Leistungen innerhalb eines Rahmenvertrags als gut vertretbar erscheinen lassen, allerdings erscheint das Restrisiko, dass im Falle der Einlegung eines Nachprüfungsverfahrens in Bezug auf die einheitliche Rahmenvertragsausschreibung die Vergabekammer bzw. das OLG Düsseldorf zu einer anderen Bewertung kämen, etwas höher als in den Varianten 3, 4 oder 5.

4.3.7 Vergaberecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Die Ausführungen in Bezug auf Variante 2 gelten entsprechend auch hinsichtlich der vergaberechtlichen Vorgaben für eine ausschreibungsfreie unmittelbare Beauftragung der neu gegründeten Landesgesellschaft durch das Land Nordrhein-Westfalen⁴¹. Entscheidend ist insofern, dass alle in § 108 Abs. 1 GWB dargestellten Voraussetzungen des sog. Inhouse-Tatbestands stets erfüllt werden. An der generellen Erfüllbarkeit dieser Kriterien in Bezug auf eine neu zu gründende Landesgesellschaft in Form einer GmbH bestehen keine Zweifel. Im Rahmen der Gestaltung der gesellschaftsrechtlichen Dokumentation (Satzung, GO für GF und AR etc.) der neuen Landesgesellschaft wird darauf zu achten sein, dass die Kontrollrechte des Landes Nordrhein-Westfalen wie über eine eigene Dienststelle bestehen bzw. nicht eingeschränkt werden (§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Ferner wird man hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums kontinuierlich darauf achten müssen, dass mehr als 80% der Tätigkeiten der neuen Landesgesellschaft der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie vom Land als kontrollierendem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde; mit anderen Worten,

⁴¹ Auch hier gehen wir davon aus, dass die neue Landesgesellschaft in Form einer GmbH gegründet wird, da andere Gesellschaftsrechtsformen z.B. eine Aktiengesellschaft hinsichtlich der erforderlichen Kontrollrechte deutlich kritischer zu sehen sind, als bei einer GmbH. Sollte in Zukunft eine andere Rechtsform als eine GmbH in Betracht gezogen werden, wird dringend empfohlen die Inhouse-Fähigkeit einer solchen Gesellschaftsform im Einzelnen zu untersuchen.

der Drittumsatz muss unter 20% bleiben. Im Übrigen wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 4.3.2 inhaltlich verwiesen.

4.4 Europäisches Beihilferecht

Vorliegend kommen in den zu untersuchenden Varianten europäische Beihilfen seitens des Landes Nordrhein-Westfalen an (1) die EnergieAgentur.NRW in Variante 1 bzw. die EA.NRW in Varianten 2 bis 6 (bei Variante 6 an den Träger der EnergieAgentur.NRW mithin den erfolgreichen Bieter/die erfolgreiche Bietergemeinschaft) bzw. die neue Landesgesellschaft in Variante 7; (2) in Varianten 3 und 4 den/die Erwerber der Geschäftsanteile der EA.NRW und/oder (3) Dritte, die Leistungen der EnergieAgentur.NRW bzw. der EA.NRW erhalten, in Betracht.⁴²

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind Beihilfen im Grundsatz verboten. Beihilfen sind

- staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen gleich welcher Art,
- die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige,
- den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und geeignet sind,
- den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Eine Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor, wenn alle vier Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sind.⁴³ Auch der Verkauf von Vermögensgegenständen oder der Einkauf von Waren bzw. Dienstleistungen durch die öffentliche Hand kann eine Beihilfe beinhalten, wenn die öffentliche Hand bessere Konditionen hätte erzielen können, als sie im Ergebnis vereinbart.⁴⁴ Beihilfen müssen, sofern sie nicht durch eine Verordnung oder einen Beschluss der Kommission („KOM“) freigestellt sind, bei der KOM notifiziert und von ihr genehmigt werden. Solange die KOM diese Genehmigung nicht erteilt hat, darf die Beihilfe nicht gewährt werden. Es gilt das Durchführungsverbot gem. Art 108 Abs. 3 AEUV.⁴⁵

4.4.1 Beihilfe zugunsten der EnergieAgentur.NRW

Zu prüfen ist, ob die Vergütung für Leistungen in den Varianten 2 bis 7 an die EA.NRW (EnergieAgentur.NRW bzw. die neue Landesgesellschaft) bzw. die Haushaltszuweisung an die EnergieAgentur.NRW in Variante 1 zur Erfüllung ihrer Aufgaben eine Beihilfe zugunsten der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW (in Variante 6 ihrer jeweiligen Trägergesellschaft(en)) oder einer neuen Landesgesellschaft in Variante 7 sein kann.

⁴² Theoretisch käme auch eine Beihilfe zugunsten der aktuellen Gesellschafter der EA.NRW in Betracht, wenn das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption in Bezug auf die Geschäftsanteile an der EA.NRW ausübt und den dort vereinbarten Kaufpreis an die Gesellschafter bezahlt. Diese sehr theoretische Möglichkeit wurde in diesem Variantenvergleich nicht als eigenständige Konstellation dargestellt, wird jedoch als Exkurs unter Ziffer 4.4.2 skizziert.

⁴³ EuGH, Urt. v. 01.07.2008, Verb. Rs. C-341/06 P, Rn. 121 - Chronopost; Urt. v. 02.09.2010, Rs. C-399/08 P, Rn. 38 - Kommission/Deutsche Post; Urt. v. 18.02.2016, Rs. C-446/14 P, Rn. 21 - Tierkörperbeseitigung.

⁴⁴ EuG, Urt. v. 28.02.2012, Rs. T-281/00, Rn. 89, 90 - Land Burgenland; EuG, Urt. 28.01.1999, Rs. T-14/96, Rn. 70 ff. - BAI/Kommission; Kleine/Sühnel, in: Birnstiel/Bungeberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 98; Arhold, in: MünchKomm Beih VergR, Art. 107 Rn. 200 ff.

⁴⁵ Nachfolgend wird untersucht, ob durch Maßnahmen des Landes Nordrhein-Westfalen zugunsten der (1) EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW, (2) den Erwerbern und (3) sonstigen Dritten, die Leistungen der EnergieAgentur.NRW erhalten, eine Beihilfe zugunsten dieser Personengruppen (Unternehmen) im Sinn des § 107 Abs. 1 AEUV vorliegen könnte. Absprachegemäß nicht dargestellt wird, ob und wenn ja welche Rechtfertigungsmöglichkeiten und Ausnahmetatbestände eingreifen könnten (z.B. Art 107 Abs. 3 AEUV, DAWI-Beschluss, AGVO, etc.); eine entsprechende vertiefte Prüfung soll erst erfolgen, wenn es Präferenzen für die eine oder andere Variante gibt. Enthalten ist unter Ziffer 4.4.3 jedoch ein Exkurs zum Thema De-minimis-Ausnahme.

4.4.1.1 Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme

Als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) können nur solche Maßnahmen angesehen werden, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden.

Der Begriff der Beihilfe wird dabei weit ausgelegt und erfasst grundsätzlich auch alle Maßnahmen, mit denen die Belastungen verringert werden, die ein Unternehmen im Wettbewerb normalerweise zu tragen hat. Für das Vorliegen einer Beihilfe kommt es nicht auf deren Form, Bezeichnung, Gründe oder Ziele an, sondern allein darauf, ob es sich um eine Zuwendung handelt, für die keine marktgerechte Gegenleistung erbracht wird.⁴⁶

Die Zahlung der Vergütung oder Haushaltszuweisungen bzw. sonstige (finanziell relevante) Maßnahmen des Landes Nordrhein-Westfalen an die EnergieAgentur.NRW bzw. die EA.NRW stellen beihilfenrelevante Maßnahmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

4.4.1.2 Begünstigung zugunsten eines Unternehmens

4.4.1.2.1 Die Begünstigung

Unter einer Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist grundsätzlich jeder durch staatliche Mittel bewirkte wirtschaftliche Vorteil zu verstehen, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.⁴⁷ Ein solcher Vorteil kann auch darin liegen, dass ein Unternehmen im Auftrag des Staats Leistungen erbringt und hierfür eine Gegenleistung erhält, die höher ist, als es unter normalen Marktbedingungen der Fall gewesen wäre.

Auf der anderen Seite liegt eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung tatbestandlich dann nicht vor, wenn staatliche Mittel zu Marktbedingungen gewährt werden; wenn also zwar staatliche Mittel an ein Unternehmen fließen, hierfür jedoch eine marktgerechte Gegenleistung erbracht wird.

Für staatliche Maßnahme, bei denen das staatliche Handeln nicht rein hoheitlichen Charakter hat, haben Kommission und Rechtsprechung den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers („market economy investor principle“) entwickelt, um bei öffentlichen Investitionen (insbesondere Kapitalzuführungen) festzustellen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt.⁴⁸ Um zu ermitteln, ob eine Investition einer öffentlichen Stelle eine staatliche Beihilfe darstellt, ist zu prüfen, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können⁴⁹. Dabei wird gefragt, ob ein privates Unternehmen von vergleichbarer Größe wie die staatliche Einrichtung in vergleichbarer Lage hätte veranlasst werden können, die entsprechenden Leistungen in diesem Umfang und zu diesen Konditionen zu gewähren.

Nach der beihilfenrechtlichen Praxis der EU-Kommission kann die Marktgerechtigkeit von Leistung und Gegenleistung und damit das Fehlen einer beihilfenrechtlich relevanten Begünstigung auf verschiedenen Wegen nachgewiesen werden. Insbesondere bei Beschaffungsvorgängen bzgl. nicht standardisierten Leistungen, die einen allgemeinen Börsen- oder Marktpreis haben, ist für den Nachweis der Marktgerechtigkeit der

⁴⁶ EuGH, Rs. C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Rn. 51; Rs. C-404/97, Slg. 2000, I-4897, Rn. 44; Cremer, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 5. Auflage, Art. 107 Rn. 10 m.w.N.

⁴⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.04.1999, Rs. C-342/96, Rn. 41 – Spanien/Kommission; EuGH, Urt. v. 11.07.1996, Rs. C-39/94, Rn. 60 – SFEI u. a.

⁴⁸ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Abs. 1, Rn. 2.

⁴⁹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 74 m.w.N.

Gegenleistung entweder die Durchführung eines Biet- bzw. Vergabeverfahrens oder die Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens erforderlich.⁵⁰

Grundsätzlich ist bei Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand davon auszugehen, dass bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens unter Beachtung der auch in Deutschland umgesetzten aktuellen europäischen Vergaberichtlinien die Gewähr dafür besteht, dass der Einkauf zu Marktpreisen erfolgt und in der Konsequenz keine beihilfenrelevante Begünstigung vorliegt⁵¹. Die Kommission hat hierzu in ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe aus dem Jahr 2016 eindeutig ausgeführt:

„Für die Einhaltung der obigen Anforderungen kann es als ausreichend angesehen werden, wenn die in den Vergaberichtlinien (148) [gemeint sind die Vergaberichtlinien, die die aktuelle Grundlage auch des in Deutschland geltenden Vergaberechts oberhalb der EU-Schwellenwerte bilden] vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden, sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Verfahrens erfüllt sind. Dies gilt nicht bei Vorliegen besonderer Umstände, die die Ermittlung eines Marktpreises unmöglich machen, wie etwa beim Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung“⁵²

Da in den Varianten 3 bis 6 die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den in Deutschland auf Grundlage der europäischen Richtlinien geltenden vergaberechtlichen Grundlagen (im Wesentlichen GWB und VgV) vorgesehen ist und alle interessierten Marktteilnehmer in Europa entsprechend der europaweiten Bekanntmachung diskriminierungsfrei angesprochen werden, spricht zunächst einmal alles dafür, dass der als Ergebnis der Ausschreibung gefundene Preis als Gegenleistung für die Leistungen der EA.NRW einen Marktpreis darstellt und somit keine Beihilfe zugunsten der EA.NRW bzw. EnergieAgentur.NRW vorliegt. Rein vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass bei Vergabeverfahren grundsätzlich das Risiko besteht, dass lediglich ein Bieter ein Angebot abgibt. In diesem Fall stellt die KOM erhöhte Anforderungen für den Nachweis, dass das Vergabeverfahren zu einem marktkonformen Preis führt:

„[...] Wenn nur ein einziges Angebot abgegeben wird, ist das Verfahren in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten, außer wenn i) bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen, oder ii) sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.“⁵³

Was genau unter „strengen Vorkehrungen“ zu verstehen ist, die, wenn vorgesehen, auch bei Abgabe nur eines Angebots den Preis als marktgerecht erscheinen lassen, lässt die Kommission offen. Von wesentlicher Bedeutung sollte sein, dass der Auftraggeber bei der Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen in besonderem Maße darauf achtet, dass ein möglichst breiter Wettbewerb entstehen kann. So sollten die Anforderungen für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren nicht zu hoch sein, bei den Zuschlagskriterien dem Preis ein wesentliches Gewicht zukommen und auch im Übrigen der Ablauf des Verfahrens sehr wettbewerbsintensiv gestaltet werden. Bestimmte Informationsdefizite von Wettbewerbern der aktuellen Gesellschafter

⁵⁰ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, AEUV Art. 107, Rn. 14.

⁵¹ Guarrata / Wagner, Das Verhältnis von Vergabe- und Beihilferecht, NZBau 2018, S. 443ff.; KOM-Entscheidung v. 10.12.2008, Az. K(2008) 7826, JadeWeserPort, Rz. 72-76; Arhold in MüKo, Band 3 Beihilfen- und Vergaberecht, § 107 AEUV, Rn. 200; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art 107 AEUV, 3. Auflage, Rn. 32

⁵² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 93.

⁵³ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 93.

der EA.NRW sollten, soweit als möglich, im Verfahren ausgeglichen werden und die Fristen zur Angebotsabgabe derart bemessen sein, dass Wettbewerber die erforderliche Zeit haben, ihre Beteiligung am Verfahren und Angebotserstellung vorzubereiten. Unter Berücksichtigung dieser Bedingungen spricht vieles dafür, dass am Ende ein Marktpreis ermittelt wird, selbst wenn nur ein Bieter ein endgültiges Angebot abgeben sollte. Rein vorsorglich empfiehlt sich zusätzlich, am Ende des Verfahrens eine abschließende Bewertung vorzunehmen, um ggf. darüber zu entscheiden, ob zusätzliche Maßnahmen zu treffen sind, um sich von der Marktkonformität des Angebotspreises zu vergewissern. Die KOM hat in ihrer bisherigen Spruchpraxis teilweise gefordert, ein im Rahmen einer Ausschreibung ermitteltes Entgelt einer Gegenprobe (cross check) zu unterziehen und eine Vergleichsanalyse mit für ähnliche Verträge gezahlten Entgelten durchzuführen.⁵⁴ Welcher Benchmark konkret für den zur Ausschreibung vorgesehenen Rahmenvertrag herangezogen werden könnte, müsste näher geprüft werden.

Bei den Varianten 1 und 2⁵⁵ und auch in Variante 4 ist dabei zu berücksichtigen, dass hier zwischen dem Land-Nordrhein-Westfalen und der EnergieAgentur.NRW bzw. der EA.NRW nicht nur ein reines Leistungsaustauschverhältnis besteht, sondern in den Varianten 2 und 4 das Land Nordrhein-Westfalen zudem Gesellschafter ist bzw. in Falle der Variante 1 die EnergieAgentur.NRW Bestandteil des Landes Nordrhein-Westfalen selbst ist. Insofern kann in diesen Varianten für die Frage der Begünstigung nicht ausschließlich auf die oben dargestellten Grundsätze zur Beurteilung einer Begünstigung in einem Leistungsaustauschverhältnis zurückgegriffen werden bzw. fehlt es (teilweise) an einer europaweiten Ausschreibung zur Beurteilung der Marktgleichheit. Insofern wäre mittels Beibringung eines ggf. auch mehrerer entsprechender Gutachten, die Marktgleichheit der an die EnergieAgentur.NRW (Variante 1) geleisteten finanziellen Ausstattung bzw. des an die EA.NRW (Variante 2) zu zahlenden Entgelts und ggf. weiterer (finanzieller) Leistungen nach dem market economy investor principle zu belegen. Da der EU-Kommission jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung der Marktgleichheit zukommt und sie sich in jüngerer Zeit etwa bei Privatisierungen kritisch über den Wert und Aussagegehalt von Gutachten geäußert hat, verbleibt ein höheres beihilfenrechtliches Risiko bei der Umsetzung der Varianten 1 und 2 und ein etwas höheres Risiko in Variante 4 (abhängig insbesondere auch von der konkreten Ausgestaltung der Variante). Hinsichtlich der Variante 6 besteht die Vermutung, dass der Kreis der möglichen Bieter größer sein könnte als bei den anderen (auszuschreibenden) Varianten, da der Aufwand hinsichtlich Aufrechterhaltung bzw. Errichtung einer eigenständigen Gesellschaft sowie deren personelle, finanzielle und inhaltliche Ausstattung ggf. abschreckend wirken könnte. Daher dürfte bei Variante 6 das Risiko geringer sein, dass nur ein Angebot abgegeben wird und damit auch der potenzielle, zusätzliche Aufwand eines Nachweises der Marktgleichheit des Entgelts geringer sein.

4.4.1.2.2 Begünstigung an ein bestimmtes Unternehmen

Beihilferechtlich relevant sind ausschließlich solche Begünstigungen, die einem bestimmten Unternehmen im Sinne des Art 107 Abs. 1 AEUV als Begünstigtem zukommen. Der Unternehmensbegriff im beihilferechtlichen Sinne wird sehr weit ausgelegt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs umfasst der Begriff des Unternehmens jede organisatorische Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁵⁶ Es ist ein rein funktionaler Begriff, wonach es weder auf die Motivation noch auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht ankommt. Für die Einordnung der

⁵⁴ KOM, Beschl. v. 14.07.2016, SA.40680 – Deutschland Offshore Terminal Bremerhaven, Rn. 20.

⁵⁵ In Variante 2 ist wie oben unter Ziffer 4.3.2 dargestellt eine sog. Inhouse-Vergabe gedeckt durch § 108 GWB seitens des Landes NRW direkt an die EA.NRW vergaberechtlich zulässig. Diese vergaberechtliche Zulässigkeit einer Direktvergabe hat jedoch keine Auswirkungen auf die beihilferechtliche Zulässigkeit der Beauftragung. Vielmehr ist die beihilfenrechtliche Zulässigkeit, d.h. insbesondere auch die Frage einer möglichen Begünstigung eines landeseigenen Unternehmens, autonom beihilfenrechtlich anhand der allgemeinen Grundsätze zu beurteilen (vgl. hierzu auch Guarrata / Wagner, Das Verhältnis von Vergabe- und Beihilfenrecht, NZBau 2018, S. 443/449).

⁵⁶ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 97.

EnergieAgentur.NRW bzw. Teilen von ihr als Unternehmen ist daher in allen Varianten entscheidend, ob die jeweilige Leistung als wirtschaftliche Tätigkeit einzuordnen ist oder als Ausübung hoheitlicher Befugnisse ohne Marktbezug bzw. eine ansonsten nichtwirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Da jede organisatorische Einheit erfasst ist, ist es für die Einordnung einer organisatorischen Einheit als Unternehmen nicht entscheidend, ob sie etwa Teil einer Behörde ist. Die KOM hat hierzu in ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfen aus dem Jahr 2016, sehr deutlich gemacht, dass auch eine Einheit, „die offiziell Teil der öffentlichen Verwaltung ist“, dennoch als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne anzusehen ist, wenn, sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.⁵⁷ Insofern kommt es in allen sechs Varianten – d.h. auch in den Untervarianten 1 und 2 der Variante 1 – darauf an, ob die von der EnergieAgentur.NRW bzw. der EA.NRW zu erfüllenden Aufgaben bzw. zu erbringenden Leistungen als eine wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sind. Eine Einheit kann dann als öffentlich handelnd angesehen werden, wenn die betreffende Tätigkeit Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist oder sie ihrem Wesen, ihrem Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden ist. Insofern sind klassische staatliche Aufgaben, wie die öffentliche Sicherheit (Polizei), Flugsicherung und auch Überwachungstätigkeiten des Umweltschutzes als hoheitliche Tätigkeiten angesehen worden.⁵⁸ Auch wenn Themen wie Klimaschutz und Energieeffizienz immer stärker in den politischen und auch legislativen Fokus rücken, dürften die einzelnen Tätigkeiten der EnergieAgentur.NRW wie Beratung, Netzwerkarbeit, Veranstaltungsmanagement nicht allein dadurch, dass sie auf Themen wie Klimaschutz und Energieeffizienz ausgerichtet sind, hoheitliche Tätigkeiten darstellen. Dies wird aus unserer Sicht auch dadurch deutlich, dass etwa mit Blick auf andere Bundesländer festzustellen ist, dass es dort privatrechtlich organisierte Anbieter für im Wesentlichen vergleichbare Leistungen, wie die der EnergieAgentur.NRW gibt (z.B. Hessen - HA Hessen Agentur GmbH, Niedersachsen - Klimaschutz- und Energie-Agentur Niedersachsen GmbH). Außerdem hat auch das Land Nordrhein-Westfalen die Leistungen bislang durch ein privatrechtlich organisiertes und in privater Hand befindliches Unternehmen, die EA.NRW, erbringen lassen, was jedenfalls auch als Indiz dafür angesehen werden kann, dass die Leistungen nicht als klassische, hoheitliche Maßnahme betrachtet wurden. Dies wird weiterhin dadurch deutlich, dass der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit von der Kommission und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wiederum sehr weitgehend als "das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen am Markt" definiert wird.⁵⁹ Für die Frage, ob die EnergieAgentur.NRW, egal in welcher organisatorischen (Rechts-)Form, wirtschaftlich tätig ist, kommt es also entscheidend darauf an, ob es für die Leistungen, die sie erbringt, einen Markt gibt. Als wirtschaftlich können jedenfalls solche Tätigkeiten angesehen werden, die auch von anderen Wirtschaftsteilnehmern gegen Entgelt erbracht werden, wobei die KOM deutlich gemacht hat, dass es jedenfalls im Falle von Marktabschottungen bereits ausreichend ist, wenn Dritte interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistungen auf dem Markt zu erbringen. Dabei ist die Frage der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht für die Einheit insgesamt, sondern vielmehr für jede einzelne der verschiedenen Tätigkeiten einer bestimmten Einheit zu prüfen. In jüngerer Vergangenheit hat die KOM im Hinblick auf Tourismusförderung die Ansicht vertreten, dass bestimmte Dienstleistungen wie z.B. allgemeine Marketingkampagnen zur Vermarktung bestimmter Regionen nicht als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sind.⁶⁰ Auch wenn diesbezüglich kritisiert wird, dass auch für solche Kampagnenleistungen grundsätzlich ein Markt vorhanden sei, so dass bei strenger Sichtweise eine wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen wäre⁶¹, verbleiben in dem Bereich der allgemeinen Förderung von Wirtschaft, Tourismus aber wohl auch des Klimaschutzes und der Energieeffizienz (CO₂-Reduzierung) bislang Spielräume, um bestimmte Leistungen vertretbar als nicht wirtschaftlich einzuordnen.

⁵⁷ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 8.

⁵⁸ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Abs. 1, Rn. 25.

⁵⁹ Vgl. u.a. Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2000, Pavlov u. a., verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74; Urteil des Gerichtshofs vom 10. Januar 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a., C-222/04, Rn. 107.

⁶⁰ Vgl. etwa Wiedenbauer in ecolex, März 2018, S. 261 m.w.N.

⁶¹ Otter, PWC-Blog, Kommunale Unternehmen in Recht, Steuern und Beratung, Teil 11: Aktuelles zum Beihilfenrecht, https://blogs.pwc.de/steuern-und-recht/files/2017/11/Herbstserie-2017_Teil-11.pdf

Die EnergieAgentur.NRW soll nach unserem bisherigen Verständnis grundsätzlich in allen Varianten auch in Zukunft die unter Ziffer 1 dargestellten Dienstleistungen – etwa Informationsvermittlung- und -veranstaltungen, Netzwerkarbeit sowie Erstberatungsleistungen – anbieten. Aus unserer Sicht verbleibt jedenfalls mit Blick auf das sehr breite Spektrum von Dienstleistungen und unter Betrachtung etwa des Jahresberichts der EnergieAgentur.NRW für das Jahr 2018 ein deutliches Risiko, dass, wenn auch nicht alle, so doch der überwiegende Teil der Leistungen als wirtschaftliche Tätigkeit betrachtet werden müssen. Dabei muss aus unserer Sicht auch berücksichtigt werden, dass es andere Anbieter wie die Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena) aber auch verschiedene Energie-Agenturen anderer Bundesländer (z.B. HA Hessen Agentur GmbH, Klimaschutz- und Energie-Agentur Niedersachsen GmbH, Thüringer Energie- und Green Tech-Agentur GmbH, Klimaschutz und Energieagentur Baden-Württemberg, Energieagentur Rheinland-Pfalz, Energieagentur Schleswig-Holstein) gibt, die aus unserer Sicht jedenfalls ein sehr ähnliches Leistungsspektrum anbieten, so dass wohl einiges dafür spricht, dass ein Markt für einen Großteil der Leistungen der EnergieAgentur.NRW existiert und die Tätigkeiten deshalb als wirtschaftlich einzustufen sind. Hinzu kommt, dass auch die EA.NRW selbst mit Nachunternehmern arbeitet, die offensichtlich auch Leistungen erbringen, die nicht nur exklusiv von der EA.NRW am Markt erbracht werden. Abschließend ließe sich die Frage jedoch nur mit einer umfassenden Marktanalyse und Betrachtung jeder einzelnen Leistung, die die EnergieAgentur.NRW in Zukunft anbieten soll, klären, auf deren Ergebnis dann auch die Frage einer möglichen Trennung der Tätigkeiten (Trennungsrechnung) aufbauen könnte.

4.4.1.3 Verfälschung des Wettbewerbs

Staatliche Begünstigungen für Unternehmen stellen nur dann staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dar, wenn durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige der Wettbewerb verfälscht wird oder zu verfälschen droht. Auch wenn dies ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des Beihilfentatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, ist es durch die Anwendung der KOM sowie Auslegung durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte letztlich konturenlos. Die KOM steht in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung auf folgendem Standpunkt:

„In der Praxis wird daher im Allgemeinen eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV festgestellt, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt“⁶²

Auch wenn die Rechtsprechung nicht ganz so weitgehend ist, verlangt sie nur marginal weitergehend, dass die KOM eine plausible Begründung und summarische Prüfung der (drohenden) Wettbewerbsverfälschung vornimmt.⁶³ Weiterhin hat die Rechtsprechung die Vermutung aufgestellt, dass sog. Betriebsbeihilfen grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen verfälschen.⁶⁴ Ebenfalls wohl herrschende Meinung ist, dass es kein sog. Spürbarkeitserfordernis für die Bejahung der (drohenden) Wettbewerbsverfälschung gibt.⁶⁵ Im Ergebnis kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, dass eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung anzunehmen ist, wenn die finanziellen Leistungen des Landes Nordrhein-Westfalen an die EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW eine Begünstigung im oben beschriebenen Sinne darstellen.

⁶² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 187.

⁶³ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, AEUV Art. 107, Rn. 32.

⁶⁴ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Rn. 158.

⁶⁵ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Rn. 159; Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, AEUV Art. 107, Rn. 35. Hinsichtlich der Anwendbarkeit der sog. De-Minis-Verordnung VO 1407/2013 wird unter Ziffer 4.4.3 unten näher eingegangen.

4.4.1.4 Auswirkungen auf Handel zwischen Mitgliedstaaten

Staatliche Begünstigungen für Unternehmen stellen nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV nur eine staatliche Beihilfe dar, soweit sie „den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Hierbei muss nicht festgestellt werden, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hat, sondern lediglich, ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben könnte.⁶⁶ Das Unternehmen, welches die staatliche (finanzielle) Maßnahme erhält, muss nicht selbst europaweit tätig sein, da schon die Verbesserung der nationalen Stellung gegenüber potentiellen europäischen Konkurrenten eine hinreichende Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV haben kann. Die KOM ist insofern der Ansicht, dass *ein staatlicher Zuschuss, der einem Unternehmen gewährt wird, das ausschließlich örtliche oder regionale Dienst und keine Dienste außerhalb seines Heimatstaats erbringt, sich dennoch auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten auswirken [kann], wenn diese Dienste auch von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten erbracht werden könnten und diese Möglichkeit nicht rein hypothetischer Natur ist*.⁶⁷ Trotz dieser weiten und von den europäischen Gerichten bestätigten Auslegung des Tatbestandsmerkmals durch die KOM hat diese insbesondere in den Jahren 2015 und 2016 mehrere Entscheidungen getroffen, in denen sie die Auffassung vertreten hat, dass die zu beurteilende staatliche Maßnahme rein lokalen Charakter hatte und folglich den Handel unter den Mitgliedsstaaten nicht beeinträchtigen konnte.⁶⁸ Mit Blick auf die EnergieAgentur.NRW bzw. die EA.NRW spricht einiges dafür, dass die Kommission Beihilfen – soweit die Maßnahmen zugunsten der EnergieAgentur.NRW überhaupt eine Begünstigung darstellen vgl. hierzu oben Ziffer 4.4.1.2 – als den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigend bewerten dürfte. Die EnergieAgentur.NRW ist und soll auch weiterhin in ganz Nordrhein-Westfalen tätig sein. Damit ist die EnergieAgentur.NRW auch in Grenzgebieten zu anderen Mitgliedsstaaten der europäischen Union tätig. Das Dienstleistungsportfolio der EnergieAgentur.NRW umfasst verschiedenste Dienstleistungen von den bei einigen aus unserer Sicht nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten ein Interesse daran hätten, die Leistungen auf dem Markt in Nordrhein-Westfalen zu erbringen. Eine (finanzielle) Begünstigung der EnergieAgentur.NRW könnte insofern anderen Unternehmen auch aus anderen Mitgliedsstaaten den Zugang etwa in Bezug auf Beratungsleistungen im Energieeffizienzbereich erschweren. Auch wenn die Intensität des Eingriffs vorliegend gering sein dürfte, stellt sich die Möglichkeit einer Beeinträchtigung nicht als rein hypothetische Möglichkeit dar.

4.4.1.5 Ergebnis

Bei allen Varianten verbleibt ein Restrisiko, dass die Vergütung bzw. sonstige (finanzielle) Ausstattung/Maßnahmen an bzw. zugunsten der EnergieAgentur.NRW als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV bewertet werden könnten. Dabei ist das Risiko in den Varianten 3 (Private Gesellschaft), 5 (Neugründung einer GmbH) und insbesondere 6 (Reines Vertragsmodell) am geringsten und auch bei Variante 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) ist das Restrisiko gegenüber Varianten 1 (Eingliederung in die Verwaltung), 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) geringer einzuschätzen, wenn das Land Nordrhein-Westfalen ein ordnungsgemäßes, wettbewerbliches, transparentes und diskriminierungsfreies europaweites Vergabeverfahren durchführt. Da bei den Varianten 1 (Eingliederung in die Verwaltung), der Variante 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) kein Vergabeverfahren durchgeführt werden kann, um die Marktgerechtigkeit der Vergütung bzw. sonstigen (finanziellen) Ausstattung bzw. der sonstigen finanziellen Unterstützung der EnergieAgentur.NRW zu bestimmen, lässt sich eine

⁶⁶ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 190.

⁶⁷ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 192.

⁶⁸ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (2016/C 262/01), Rn 196ff. sowie insbesondere die Entscheidung der Kommission vom 29.04.2015 – C(2015) 2793 final.

entsprechende Marktgerechtigkeit der Vergütung nur über Gutachten feststellen, was das Risiko einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV erhöht.

Exkurs: Insbesondere für die Varianten 1, 2 und 7 stellt sich die Frage, ob unter Anwendung des Beschlusses der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind („DAWI-Beschluss“), eine Freistellung von der Notifizierungspflicht trotz einer (potentiellen) Beihilfe erreicht werden kann. So sind Ausgleichsleistungen, die an ein Unternehmen gewährt werden, welches mit der Durchführung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) betraut wurde, von der Pflicht der Notifizierung befreit, sofern die jährliche Zuwendung die Summe von 15 Mio. Euro nicht überschreitet (Freistellungsbeschluss der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2011). Kernvoraussetzung für diese Befreiung nach dem Freistellungsbeschluss ist eine wirksame Betrauung der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung (Gemeinwohlverpflichtung). Bei der Definition, was eine solche als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Einzelnen darstellt, haben die Mitgliedsstaaten einen gewissen Spielraum.⁶⁹ Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass das Land die Tätigkeiten der EnergieAgentur.NRW als eine solche Dienstleistung definiert. Zu beachten ist allerdings, dass die Rechtsprechung des EuGHs eine Gemeinwohlverpflichtung in den Fällen ablehnt, in denen ein Marktversagen nicht nachgewiesen werden kann. Bringt der Markt in diesem Bereich ein angemessenes Angebot an vergleichbaren Leistungen (Qualität und Preis) hervor, so wäre eine DAWI zu verneinen.⁷⁰ Jedenfalls soweit Variante 1, 2 und 7 weiterverfolgt werden sollen, wird empfohlen, genauer zu prüfen, ob und wenn ja für welche Leistungsbereiche bzw. Aufgaben der EnergieAgentur.NRW durch eine Betrauung mit DAWI eine Freistellung von der Notifizierungspflicht bzw. die beihilfenrechtliche Absicherung der Variante erreicht werden kann.

4.4.2 Beihilfe zugunsten des Erwerbers

In den Varianten 3 und 4 ist vorgesehen, dass sämtliche oder Teile der Geschäftsanteile der EA.NRW vom Land Nordrhein-Westfalen an einen/mehrere private Erwerber (im Folgendem nur „der Erwerber“) veräußert werden. Der Erwerber wird im Rahmen eines notariell zu schließenden Geschäftsanteilskaufes einen Kaufpreis für die Geschäftsanteile an das Land entrichten. Die Veräußerung der Geschäftsanteile wird gemeinsam mit dem Rahmenvertrag und ggf. bestimmten Einzelaufträgen zwischen der EA.NRW und dem Land Nordrhein-Westfalen ausgeschrieben (sog. kombinierte Vergabe vgl. oben Ziffer 4.3.3). Zudem ist vorgesehen, dass sich das Land Nordrhein-Westfalen eine Kaufoption in Bezug auf sämtliche an die privaten Gesellschafter veräußerten Geschäftsanteile einräumen lassen wird, bei deren Ausübung es dem/den privaten Gesellschaftern als Verkäufer einen Kaufpreis zu zahlen hat. Veräußert die öffentliche Hand Vermögensgegenstände, so muss der Kaufpreis für diese marktüblich sein. Der Kaufpreis darf insbesondere nicht unterhalb des Marktpreises liegen, weil er dem Erwerber andernfalls eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt. Die Beihilfe liegt in diesem Fall in der Differenz zwischen Marktpreis und tatsächlich gezahltem Preis.

Zu prüfen ist zunächst, ob der Kaufpreis für die Geschäftsanteile eine Beihilfe zugunsten des Erwerbers sein kann (wenn dieser Kaufpreis nicht dem Marktpreis entspricht). Hinsichtlich der Ermittlung des Kaufpreises kommen aus unserer Sicht zwei Möglichkeiten in Betracht - (1) der Kaufpreis wird in den Vergabeunterlagen (Geschäftsanteilskaufvertrag) vom Land Nordrhein-Westfalen (verhandelbar) vorgegeben oder (2) der Kaufpreis ist von den Bietern im Rahmen der kombinierten Vergabe im Wettbewerb anzubieten und wird als eigenes Zuschlagskriterium bewertet.

⁶⁹ Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, § 107 AEUV, Rn. 60.

⁷⁰ Urteil vom 7.11.2012, Az. T -137/10, Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI) gegen Europäische Kommission)

4.4.2.1 Bei vorgegebenem Kaufpreis

Zu prüfen ist, ob die Festlegung des Kaufpreises für die Geschäftsanteile eine Beihilfe zugunsten des Erwerbers sein kann, wenn dieser Kaufpreis nicht dem Marktpreis entspricht. Allein fraglich ist hier, ob der Erwerber durch die Festlegung des Kaufpreises begünstigt wird.

4.4.2.1.1 Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme

Um eine potentielle Begünstigung durch die Kaufpreisregelung beurteilen zu können, ist zunächst zu prüfen, ob die Festsetzung des Kaufpreises allein die beihilfenrechtlich zu beurteilende, staatliche Maßnahme ist, oder ob diese im Zusammenhang mit anderen vertraglichen Regelungen zu prüfen ist. Die KOM und die europäischen Gerichte gehen davon aus, dass in bestimmten Fällen mehrere aufeinanderfolgende Maßnahmen des Staats für die Zwecke des Art. 107 Abs. 1 AEUV als eine Maßnahme angesehen werden können. Das ist dann der Fall, wenn aufeinanderfolgende Maßnahmen in Anbetracht ihrer zeitlichen Reihenfolge, ihres Zwecks und der Lage des Unternehmens zum Zeitpunkt dieser Maßnahmen derart miteinander verknüpft sind, dass sie sich unmöglich voneinander trennen lassen.⁷¹ Die Abfolge einer Mehrzahl von staatlichen Maßnahmen kann als eine zusammenhängende Maßnahme gesehen werden, wenn alle weiteren Maßnahmen zum Zeitpunkt der ersten Maßnahme geplant oder vorhersehbar waren.⁷² Eine getrennte Prüfung von Maßnahmen bzgl. desselben Unternehmens findet statt, wenn eine spätere Maßnahme das Ergebnis eines zum Zeitpunkt der früheren Maßnahme auftretenden unvorhergesehenen Ereignisses ist.⁷³

Dies bedeutet für die hier aufgeworfene Frage:

Aus unserer aktuellen Sicht zur Gestaltung der Varianten 3 und 4 würde das Land Nordrhein-Westfalen im Rahmen des Geschäftsanteilkaufvertrags nicht lediglich den Kaufpreis (ggf. nach Verhandlungen) festlegen. Vielmehr würden in diesem Geschäftsanteilkaufvertrag weitere vertragliche Regelungen vorgesehen. Dazu gehört aus unserer Sicht insbesondere eine (Rück-) Kaufoption zum Ende der Vertragslaufzeit des Rahmenvertrags, deren Höhe derjenigen des Kaufpreises entspricht (sofern nicht Abzüge vorgenommen werden). Das Land Nordrhein-Westfalen schreibt zudem den Geschäftsanteilkaufvertrag zusammen mit dem Rahmenvertrag aus, der die Pflichten der EA.NRW regelt. Die beiden Verträge werden durch Verweise und Bezugnahmen in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen. Der Erwerber hat im Rahmen des Vergabeverfahrens die Möglichkeit, sämtliche relevanten Faktoren dieses Vertragspakets zu bewerten, zu verhandeln und in die Ermittlung seines Angebotspreises einzubeziehen. Er kann insbesondere den Kaufpreis bzw. das Risiko einer nicht vollständigen Rückzahlung des Kaufpreises in seinem Angebot berücksichtigen. Die Höhe des Angebotspreises des Erwerbers setzt sich aus den im Rahmenvertrag sowie den Einzelaufträgen bestimmten Vergütungsbestandteilen zusammen, die zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW als Ergebnis des Vergabeverfahrens vereinbart wird. Je höher die Vergütung nach dem Rahmenvertrag und den Einzelaufträgen ist, desto höher fällt der Gewinn der EA.NRW aus, den der Erwerber (ganz oder teilweise) der EA.NRW entnehmen kann. Der Erwerber hat also die Möglichkeit, die Kosten für den Kaufpreis (einschließlich etwaiger Finanzierungen) in seinem Angebot für die Vergütung nach dem Rahmenvertrag sowie den Einzelaufträgen zu berücksichtigen. Das Vertragspaket muss (soweit die Gestaltung

⁷¹ EuGH, Urt. v. 19.03.2013, Verb. Rs. C-399/10 P, Rn. 104 – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission u. a.; EuG, Urt. v. 13.09.2010, Verb. Rs. T-415/05 P, Rn. 177 – Griechenland u. a./Kommission; KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 81.

⁷² KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 81.

⁷³ KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 81; Beschl. der KOM v. 19.12.2012 über die staatliche Beihilfe SA.35378, Deutschland – Finanzierung des Flughafens Berlin Brandenburg (ABl. EU C 36/10 vom 8.2.2013, S. 11), Erwägungsgründe 14 - 33.

wie vorliegend skizziert erfolgt) deswegen im Rahmen der beihilfenrechtlichen Würdigung als untrennbar miteinander verbunden betrachtet werden.⁷⁴

4.4.2.1.2 Begünstigung durch das Vertragspaket

Für das Vorliegen einer Beihilfe müsste das Land Nordrhein-Westfalen den Erwerber durch die Regelungen des Vertragspakets, insbesondere durch die Festlegung des Kaufpreises, begünstigen. Eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist eine wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten hätte.⁷⁵ Wie bereits oben ausführlich ausgeführt, führt der Umstand, dass das Vertragspaket umfassend im Rahmen eines ordnungsgemäßen den Regelungen des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens europaweit ausgeschrieben wird dazu, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der auf Grundlage des Vergabeverfahrens ermittelte Preis – hier insbesondere auch unter Berücksichtigung eines festgelegten Kaufpreises - dazu führt, dass von einer Marktgleichheit des Vertragswerks und damit keiner Begünstigung des erfolgreichen Bieters auszugehen ist.⁷⁶

4.4.2.1.3 Begünstigung bei Beendigung des Vertragsverhältnisses

Möglicherweise könnte jedoch eine beihilfenrechtliche Begünstigung des Erwerbers im Zusammenhang mit den Regelungen bei Beendigung des Rahmenvertrags bzw. der Regelungen zur Ausübung der Rückkaufoption vorliegen (dies gilt auch für die Variante 5).

Das Land Nordrhein-Westfalen kann, so unsere aktuelle Annahme,⁷⁷ zwischen zwei Endschaftsvarianten – (1) Ausübung der (Rück)Kaufoption und (2) Nichtausübung der Option – wählen. Je nach Variante, für die sich das Land Nordrhein-Westfalen entscheidet, kann diese für den Erwerber unterschiedliche wirtschaftliche Vor- und Nachteile verursachen. Wählt das Land Nordrhein-Westfalen die Variante – Ausübung Rückkaufoption - könnte die Frage aufgeworfen werden, ob das Land Nordrhein-Westfalen den Erwerber durch die Zahlung des Rückkaufpreises (bei Variante 5 des Kaufpreises) begünstigt. Bei der Beendigung des Vertrags dürfte es aber tatsächlich nicht auf die Perspektive des Erwerbers, sondern vielmehr auf die des Landes ankommen. Deswegen ist im Fall der Beendigung der Vertragsverhältnisse beihilferechtlich zu prüfen, welche der beiden Endschaftsvarianten das Land Nordrhein-Westfalen ergreifen sollte. Um zu beurteilen, ob eine öffentliche Stelle einen Vorteil gewährt, ist zu prüfen, ob sie sich wie ein vergleichbarer privater Wirtschaftsbeteiligter verhält, der unter normalen Marktbedingungen tätig ist.⁷⁸ Bezogen auf die Entscheidung für eine der beiden Varianten, bedeutet das, dass das Land Nordrhein-Westfalen beihilfenrechtlich die Variante wählen muss, die für das Land am vorteilhaftesten erscheint. Dabei werden verschiedene Kriterien bei der Bewertung zu berücksichtigen sein, die heute noch nicht in Gänze absehbar sind. Zum Beispiel wird es eine Rolle spielen, ob die EA.NRW und das dort aufgebaute Know-How bzw. Assets auch nach Beendigung des Rahmenvertrags weiterverwendet werden kann und soll. Letztendlich wird es darauf ankommen, welche der Varianten für das Land Nordrhein-Westfalen die wenigsten Kosten verursacht. Der Maßstab ist im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung im Detail zu ermitteln. Im Übrigen gilt, dass bei Ausübung der Option auch

⁷⁴ Die vorstehend skizzierte Gestaltung und Verknüpfung des auszuschreibenden Vertragspakets ist nicht zwingend, liegt aber der vorliegenden beihilferechtlichen Einschätzung als Annahme zugrunde.

⁷⁵ Vgl. hierzu auch oben Ziffer 4.4.1.2.

⁷⁶ Vgl. hierzu auch oben Ziffer 4.4.1.2.; auch hier gelten die Besonderheiten für den Fall, dass lediglich ein finales Angebot abgegeben wird, entsprechend.

⁷⁷ Auch weitere Endschaftsregelungen sind grnds. denkbar, z.B. Asset-Optionen, waren jedoch nicht teil der Betrachtung dieses Variantenvergleichs.

⁷⁸ Vgl. hierzu KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 93 m. w. N.

der zu zahlende (Rück)Kaufpreis Bestandteil der aktuellen Ausschreibung gewesen wäre, so dass auf die Ausführungen zu Ziffer 4.4.2.1.2 verwiesen werden kann.⁷⁹

4.4.2.2 Bei Wettbewerb bzgl. des Kaufpreises

Auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer 4.4.2.1 kann im Grundsatz verwiesen werden. Soweit ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt wird, spricht alles dafür, dass ein als Ergebnis dieses Vergabeverfahrens bestimmter Kaufpreis für die Geschäftsanteile an der EA.NRW keine unzulässige Beihilfe seitens des Landes Nordrhein-Westfalen an die Erwerber der Geschäftsanteile darstellt.

4.4.3 Beihilfe zugunsten Dritter

Die EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW soll im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen unterschiedliche Arten von Leistungen erbringen (z.B. Informationskampagnen, Messeauftritte, Beratungsleistungen, Netzwerk- und Öffentlichkeitsarbeit sowie Wissensmanagement jeweils rund um das Thema Klimaschutz, erneuerbare Energien und Energieeffizienz). In Ausnahmefällen werden diese Leistungen auch gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen erbracht. Überwiegend sollen aber bestimmungsgemäß Dritte Leistungen der EnergieAgentur.NRW bzw. der EA.NRW nutzen. So soll es das Ziel der EnergieAgentur.NRW sein: *„insbesondere die Unternehmen und die Kommunen in NRW zu sensibilisieren, zu motivieren und zu mobilisieren, ihre Potenziale zur Erreichung der Treibhausgasneutralität auszubauen und zu nutzen. Sie soll zudem die Akteure im Land befähigen, innovative Lösungen für den gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozess zu entwickeln und zur Umsetzung zu bringen. Für die Umsetzung sollen verschiedene Formate von Beratungsleistungen, Akteursvernetzung, Wissenstransfer und Öffentlichkeitsarbeit eingesetzt werden.“*⁸⁰

Nachfolgend soll untersucht werden, ob ein Risiko einer unzulässigen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV besteht, wenn Dritte (mittelbar) Leistungen der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW erhalten.

4.4.3.1 Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen

Der Begriff der Beihilfe wird weit ausgelegt und erfasst grundsätzlich auch alle Maßnahmen, mit denen die Belastungen verringert werden, die ein Unternehmen im Wettbewerb normalerweise zu tragen hat (vgl. oben Ziffer 4.4.1.1).

Mittel öffentlicher Unternehmen – wie in den Varianten 1, 2 und 7 – sind ebenfalls als staatliche Mittel anzusehen, da der Staat – hier das Land Nordrhein-Westfalen – in der Lage ist, die Verwendung der Mittel zu steuern.⁸¹ Wenn Behörden oder staatliche Unternehmen Dienstleistungen zu einem Preis anbieten, der

⁷⁹ Die vorstehenden Ausführungen dieser Ziffer 4.4.2.1.3 gelten im Grundsatz auch für die Ausübung der Kaufoption nach dem KaufopV durch das Land Nordrhein-Westfalen gegenüber den aktuellen Gesellschaftern der EA.NRW. Der danach an die Gesellschafter der EA.NRW zu zahlende Kaufpreis in Höhe der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile stellt jedenfalls dann keine Begünstigung dar, wenn die Ausübung der Option aus Sicht des Landes Nordrhein-Westfalen die vorteilhafteste und kostensparendste Variante ist, um seine Ziele zu verfolgen. Dies ist u.a. Gegenstand dieses Variantenvergleichs. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass der Kaufpreis nach dem KaufopV Gegenstand des Ausschreibungsverfahrens 2013 war. Wie bereits oben ausführlich ausgeführt, führt der Umstand, dass das Vertragspaket auch im Ausschreibungsverfahren 2013 umfassend im Rahmen eines ordnungsgemäßen den Regelungen des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens europaweit ausgeschrieben wurde dazu, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass aufgrund des im Vergabeverfahren ermittelten Preises – hier insbesondere auch des im KaufopV festgelegten Kaufpreises - von einer Marktgerechtigkeit des Vertragswerks und damit keiner Begünstigung des erfolgreichen Bieters – d.h. hier der aktuellen Gesellschafter der EA.NRW – auszugehen ist. Dies dürfte vorliegend auch vor dem Hintergrund gelten, dass im Ausschreibungsverfahren 2013 lediglich ein Angebot abgegeben wurde. Nach unserer Kenntnis hat das Land Nordrhein-Westfalen in dem Ausschreibungsverfahren 2013 alles unternommen, um ein möglichst offenes, transparentes und wettbewerbliches Verfahren durchzuführen. Insofern spricht hier alles dafür, dass trotz nur eines Angebots in der Kaufpreisregelung des KaufopV keine Begünstigung zu sehen ist.

⁸⁰ Leistungsbeschreibung des MWIDE für die Beauftragung des vorliegenden Variantenvergleichs

⁸¹ Vgl. hierzu KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 49 m. w. N.

unter dem Marktpreis liegt, stellt dies einen Verzicht auf staatliche Mittel (sowie die Gewährung eines Vorteils) dar.⁸²

Unerheblich ist auch, ob die Mittel direkt von staatlichen Stellen oder über den Umweg eines privaten Unternehmens geleistet werden, sofern der Staat auf die Mittelvergabe im konkreten Fall substantziellen Einfluss genommen hat bzw. die Mittel, bevor sie indirekt an die Empfänger weitergegeben wurden, unter staatlicher Kontrolle standen.⁸³

Vorliegend ist davon auszugehen, dass Mittel (Maßnahmen) im vorstehenden Sinne, die durch die EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW weitergegeben werden, wenn auch indirekt, als staatliche Maßnahme zu bewerten sind. Denn in den Varianten 1, 2 und 7 handelt es sich bei der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW um ein staatlich kontrolliertes Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne. In den Varianten 3, 4, 5 und 6 ist die EA.NRW zwar ein privates Unternehmen, aber die vertragliche Bindung und Zweckbestimmung der EA.NRW bzw. in Variante 6 der EnergieAgentur.NRW, Leistungen im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen an Dritte zu erbringen, vermittelt wohl einen hinreichenden Einfluss des Staates in Bezug auf die Weitergabe der Leistungen (Mittel) der EA.NRW bzw. in Variante 6 der EnergieAgentur.NRW an die Empfänger. Insofern stellt sich die Fragestellung einer unzulässigen Beihilfe an Dritte in allen Varianten gleichermaßen.

4.4.3.2 Begünstigung zugunsten eines Unternehmens

Von ganz entscheidender Bedeutung ist, ob Dritte, die als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne zu bewerten sind (vgl. hierzu oben unter Ziffer 4.4.1.2), begünstigt werden. Eine Begünstigung ist von vornherein auszuschließen, wenn die Unternehmen ein marktgerechtes Entgelt (hier wohl nur durch Gutachten feststellbar vgl. hierzu oben Ziffer 4.4.1.2.1) für die Leistungen der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW zahlen. Ist dies der Fall, scheidet eine Begünstigung und damit auch eine Beihilfe im Sinne des Art 107 Abs. 1 AEUV aus. Sollen die Unternehmen jedoch keine Entgelte zahlen bzw. liegen diese unterhalb des Marktpreises, so sind diese grnds. als Begünstigung im Sinne des Art 107 Abs. 1 AEUV zu bewerten. Die Frage einer Begünstigung lässt sich immer nur für die jeweils konkrete Leistung ermitteln, wobei diesbezüglich die Frage zu stellen ist, ob sich die finanzielle Lage des Unternehmens nach der Maßnahme im Vergleich zu der Lage vor der Maßnahme, wenn auch nur geringfügig, verbessert hat. Insofern dürfte es Maßnahmen/Leistungen - wie Beratungsleistungen - geben, bei denen ein solcher Vorteil feststellbar ist, aber auch Maßnahmen der EnergieAgentur.NRW, z.B. allgemeine Marketingmaßnahmen zur Energieeffizienz, die derart allgemein sind, dass abgesehen von einer fehlenden Selektivität schon kein finanzieller Vorteil erkennbar ist.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher nur auf solche Maßnahmen, bei denen abstrakt nicht ausgeschlossen werden kann, dass Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne einen finanziellen Vorteil durch die EnergieAgentur.NRW erhalten. Die Frage, die sich bei Feststellung eines Vorteils noch innerhalb des Tatbestandsmerkmals „Begünstigung zugunsten eines Unternehmens oder Produktionszweigs“ stellt, ist, ob ein „bestimmtes“ Unternehmen oder Produktionszweig begünstigt wird („Selektivität“).

4.4.3.2.1 Selektivität

Die KOM führt aus, dass eine staatliche Maßnahme nur dann unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fällt, wenn eine Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ vorliegt. Demnach, so die KOM, fallen nicht alle Maßnahmen, die Wirtschaftsbeteiligte begünstigen, unter den Begriff der staatlichen Beihilfe, sondern nur solche, die selektiv bestimmte Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen oder bestimmte

⁸² Vgl. hierzu KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 52.

⁸³ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, AEUV Art. 107, Rn. 29; ebenso KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 57.

Wirtschaftszweige einen Vorteil gewähren.⁸⁴ Durchaus strenger legt die Kommission jedoch den Begriff der Selektivität sehr weit aus, wie die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV vom 19.07.2016 verdeutlicht. Die Tatsache, dass die Beihilfe nicht für einen oder mehrere spezifische, vorab definierte Empfänger bestimmt ist, sondern eine Reihe objektiver Kriterien erfüllt sein müssen, bevor sie auf der Grundlage einer vorab festgelegten Gesamtmittelausstattung einer nicht festgelegten Zahl von Beihilfenempfängern, die zunächst nicht einzeln benannt sind, gewährt wird, soll nach Ansicht der KOM nicht ausreichen, um den selektiven Charakter einer Maßnahme in Frage zu stellen.⁸⁵ Bei der Beurteilung der Selektivität wird zwischen sog. (1) materieller (teilweise auch Ermessensselektivität) und (2) regionaler Selektivität unterschieden.

(1) Materielle Selektivität

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung der Unionsgerichte vollzieht sich die Prüfung der materiellen Selektivität in drei Schritten. Erstens ist das Bezugs- bzw. Referenzsystem zu ermitteln.⁸⁶ Zweitens ist festzustellen, ob eine bestimmte Maßnahme zwischen Unternehmen differenziert, die sich im Hinblick auf das Bezugssystem in einer vergleichbaren faktischen und rechtlichen Situation befinden. Drittens stellt sich die Frage, ob diese hinsichtlich der Zielsetzung der Referenzregelungen bestehende Ungleichbehandlung „durch das Wesen und die allgemeine Struktur des Systems, zu dem sie gehört gerechtfertigt ist“.⁸⁷

Das Bezugssystem ist die Benchmark, anhand deren die Selektivität einer Maßnahme geprüft wird. Das Bezugssystem setzt sich aus kohärenten Vorschriften zusammen, die — auf der Grundlage objektiver Kriterien — generell auf alle Unternehmen Anwendung finden, die definitionsgemäß in seinen Anwendungsbereich fallen. Wenn eine Maßnahme bestimmte Unternehmen oder die Herstellung bestimmter Produkte, die sich in einer vergleichbaren Rechts- und Sachlage befinden, begünstigt, ist sie grundsätzlich selektiv.⁸⁸

Vorliegend erscheint es bereits schwierig das relevante Bezugssystem mit Sicherheit zu bestimmen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die vorgenannte Prüfung in drei Schritten auf einigen Einzelfallentscheidungen beruht, die sich insbesondere mit Steuer- und Abgabensystemen befassen haben. Als Bezugssystem müsste vorliegend wohl jeder Einzelauftrag und dessen Vorgaben in Bezug auf mögliche Begünstigungen von Unternehmen bewertet werden. Wenn dies das Bezugssystem darstellt, wäre sodann zu prüfen, ob es jeweils so ausgestaltet ist, dass zwischen Unternehmen, die sich mit Blick auf das Bezugssystem in einer vergleichbaren faktischen und rechtlichen Situation befinden, differenziert. Damit lässt sich an dieser Stelle letztlich keine abschließende Einschätzung der Frage vornehmen, da es um die jeweilige Leistung und den jeweiligen Inhalt im Einzelnen ankommt und damit vor allem auch auf die jeweiligen Einzelaufträge und ihre jeweilige spezifische Zielsetzung. Allgemein gehaltene Aufträge an die EnergieAgentur.NRW bzw. die EA.NRW etwa in Bezug auf die Wissensvermittlung und Öffentlichkeitsarbeit zum Klimaschutz, die tatsächlich unterschiedslos jedem Interessierten zur Verfügung stehen, dürften nicht materiell selektiv sein. Werden der EnergieAgentur.NRW bzw. der EA.NRW jedoch Vorgaben im Rahmenvertrag und/oder Einzelaufträgen etwa zu Beratungsleistungen gemacht, die dazu führen, dass bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige (besondere Größen, spezielle Branchen, etc.) kostenlose oder vergünstigte Beratungsleistungen oder andere Leistungen/Vorteile (mittelbar) bekommen und andere Unternehmen in vergleichbaren

⁸⁴ vgl. KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 117.

⁸⁵ vgl. KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 118.

⁸⁶ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Abs. 1, Rn. 106; vgl. KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 121.

⁸⁷ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Rn. 106.

⁸⁸ vgl. KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 137.

Situationen nicht, dürfte von einer materiellen Selektivität in Bezug auf diese Maßnahmen auszugehen sein. Genauso dürfte die Situation unter dem Blickwinkel einer Bevorzugung bestimmter Produktions- bzw. Wirtschaftszweige in den Einzelaufträgen sein, wenn dadurch vergleichbare Wirtschaftszweige unterschiedlich behandelt werden oder wenn die Leistungen derart gestaltet sind, dass faktisch nur bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige Vorteile aus der jeweiligen Leistung ziehen können.⁸⁹ Aufgrund der sehr weiten Auslegung der KOM hinsichtlich der Frage der materiellen Selektivität, verbleibt jedenfalls ein Risiko, dass verschiedene Leistungen der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW, als materiell selektiv einzuschätzen sind. Dies wird tatsächlich eine Frage des jeweiligen Einzelfalls, der Gestaltung der Einzelaufträge bzw. der Gestaltung der Aufgaben der EA.NRW im Detail sein.

(2) Regionale Selektivität

Unter regionaler Selektivität versteht man die Differenzierung einer staatlichen Maßnahme zwischen bestimmten Gebieten innerhalb eines Mitgliedsstaats. Sowohl die KOM als auch die Unionsgerichte bewerten jedoch nicht jede Maßnahme, die nur für bestimmte Teile des Gebiets eines Mitgliedsstaats Anwendung finden, automatisch als selektiv.⁹⁰ Die Rechtsprechung hat zunächst für steuerliche Maßnahmen⁹¹ die Grundsätze und Voraussetzungen bestimmt, bei deren Vorliegen, Maßnahmen mit regionalem oder lokalem Anwendungsbereich dennoch nicht (regional) selektiv sein können. Das ist der Fall, wenn drei Autonomiekriterien kumulativ erfüllt sind: institutionelle, prozedurale sowie wirtschaftliche und finanzielle Autonomie der jeweiligen Region. Sind all diese Autonomiekriterien erfüllt, wenn eine regionale oder lokale Körperschaft eine steuerliche Maßnahme ausschließlich für ihr Zuständigkeitsgebiet erlässt, dann bildet die betreffende Region — und nicht der Mitgliedstaat — den geografischen Bezugsrahmen.⁹² Nach allgemeiner Ansicht lässt sich diese Rechtsprechung jedoch auf andere Formen von Beihilfen anwenden.⁹³ Insofern spricht vorliegend alles dafür, dass das Land Nordrhein-Westfalen in Bezug auch auf die hier in Frage stehenden Tätigkeiten über eine hinreichende Autonomie verfügt, so dass neben der ggf. bestehenden materiellen Selektivität keine regionale Selektivität gegeben sein dürfte.

4.4.3.3 Verfälschung des Wettbewerbs

Hier kann im Grundsatz auf die Ausführungen oben zu Ziffer 4.4.1.3 verwiesen werden. Wichtig ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass die Höhe der Begünstigung grundsätzlich nicht erheblich ist, für die Feststellung der Verfälschung des Wettbewerbs.⁹⁴ Eine entsprechende Freistellung von Sachverhalten, bei denen lediglich eine sehr geringe (finanzielle) Begünstigung gewährt wird, erfolgt jedoch in Anwendung und bei Einhaltung der sog. De-Minimis-Verordnung.

4.4.3.4 Auswirkungen auf Handel zwischen Mitgliedstaaten

Hier kann im Grundsatz auf die Ausführungen oben zu Ziffer 4.4.1.4 verwiesen werden. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass im Grundsatz für jede einzelne Maßnahme zugunsten eines bestimmten Unternehmens bewertet werden muss, ob dadurch der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinflusst wird. Hierbei kann es mit Blick auf die unter Ziffer 4.4.1.4 in Bezug genommene Entscheidungspraxis der KOM durchaus so sein, dass hinsichtlich bestimmter Unternehmen, die Leistungen der EnergieAgentur.NRW bzw. EA.NRW unentgeltlich erhalten, keine Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten

⁸⁹ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Abs. 1, Rn. 109.

⁹⁰ KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 142; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Rn. 111.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 06.09.2006, Rs. C-88/03 – Azoren-Urteil.

⁹² KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (ABl. EU C 262/1 vom 19.07.2016), Rn. 144.

⁹³ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Rn. 111.

⁹⁴ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 107 Rn. 159.

feststellbar sind und deshalb auch keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art 107 Abs. 1 AEUV vorliegen. Dies ist jedoch stets eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

4.4.3.5 Exkurs De-minimis-Ausnahme

Verschiedene Verordnungen und Beschlüsse der EU bzw. der KOM bestimmen, dass eine an sich mit Blick auf Art 107 Abs. 1 AEUV als Beihilfe zu bewertende Maßnahme entweder tatbestandlich oder über eine Rechtfertigungslösung als Nichtbeihilfe bzw. gerechtfertigte Beihilfe anzusehen ist, für die kein eigenständiges Notifizierungsverfahren durchzuführen ist (z.B. AGVO). In den meisten Fällen bedarf es dafür einer einzelfallbezogenen Betrachtung, die in diesem Variantenvergleich nicht vorgenommen wurde. Die sog. De-minimis-Verordnung⁹⁵ ermöglicht demgegenüber eine allgemeine Ausnahme soweit in Bezug auf ein bestimmtes Unternehmen, das in den Anwendungsbereich des Art. 1 der De-minimis-VO fällt, der in der Verordnung bestimmte Schwellenwert an De-minimis-Beihilfen nicht überschritten wird. Danach scheidet eine Beihilfe bereits tatbestandlich aus, wenn die Gesamtsumme der an ein einziges Unternehmen gewährten Beihilfen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 € nicht übersteigt. Soweit also unter den Voraussetzungen und unter Einhaltung der Regelungen der De-minimis-Verordnung Leistungen, die eine Begünstigung von Unternehmen darstellen, an Unternehmen gewährt werden, so stellen diese Leistungen (Begünstigungen) keine Beihilfen im Sinne des Art 107 Abs. 1 AEUV dar.

4.5 Zuwendungsrecht für Varianten 1 bis 7

In Variante 1 kommt eine Finanzierung der EnergieAgentur.NRW mittels Zuwendungen durch das Land Nordrhein-Westfalen von vornherein nicht in Betracht, da die EnergieAgentur.NRW in allen Untervarianten stets organisatorisch zum Land Nordrhein-Westfalen gehört. Zuwendungen sind gemäß § 23 LHO-NRW jedoch Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Landesverwaltung.

In den Varianten 2 bis 7 käme theoretisch auch eine Finanzierung der EA.NRW über Zuwendungen in Betracht. Gemäß § 23 LHO-NRW sind Zuwendungen *„Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Landesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen)“*. *Zuwendungen dürfen gemäß § 23 LHO-NRW nur veranschlagt werden, „wenn das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.“* Die Verwaltungsvorschriften (**VV**) zur LHO-NRW begrenzen diese sehr weitgehende Definition der „Zuwendung“ in § 23 LHO NRW, insbesondere um Zuwendungen von Zahlungen des Landes aufgrund von entgeltlichen Verträgen (Aufträgen) abzugrenzen. Nach Ziffer 1.2.4 VV zu § 23 LHO NRW handelt es sich bei *„Entgelten aufgrund von Verträgen, die den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen“*, nicht um Zuwendungen.

Die Anlage zu Ziffer 1.2.4 VV zu § 23 LHO-NRW ergänzt:

„1. Verträge, die unmittelbar den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen, sind alle gegenseitigen Verträge, in denen die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt vereinbart wird.

1.1 Zu den Verträgen zählen insbesondere Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- und Werklieferungsverträge sowie sonstige gegenseitige Verträge, sofern der Entgeltspflichtung des Landes eine für dieses Entgelt zu erbringende Leistung des Vertragspartners gegenübersteht.

1.2 Leistungen sind alle Lieferung und sonstige Leistungen einschließlich Dienstleistungen.

⁹⁵ VERORDNUNG (EU) Nr. 1407/2013 DER KOMMISSION vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen

1.3 Die Leistung kann unmittelbar gegenüber dem Land oder in dessen Auftrag gegenüber einem Dritten erbracht werden.

1.4 Die Leistung muss dem Land oder dem Dritten grundsätzlich zur vollen Verfügung überlassen werden.“

Entsprechend der vorstehenden Regelungen der LHO-NRW gilt hinsichtlich der Abgrenzung zwischen einem vertraglichen Leistungsentgelt und einer Zuwendung im Grundsatz: Werden Leistungen und Gegenleistungen so miteinander verknüpft, dass beide Seiten zur Leistungserbringung verpflichtet sind und entsprechende Ansprüche geltend machen können, handelt es sich bei Zahlungen der öffentlichen Hand an Dritte nicht um eine Zuwendung, sondern um ein vertragliches Entgelt. Bei der Entscheidung, ob ein vertragliches Entgelt oder eine Zuwendung vorliegt, ist das zwischen der öffentlichen Hand und dem Leistungserbringer bestehende Verhältnis insgesamt materiell zu betrachten und auszulegen⁹⁶. Auf die äußere Form oder Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, beispielsweise als Verwaltungsakt, kommt es nicht entscheidend an.

Im Rahmen der Erstellung des vorliegenden Variantenvergleichs gehen die Verfasser davon aus, dass das Land ein Modell anstrebt, in dem im Rahmen eines oder mehrerer Verträge zwischen dem Land und der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW Leistungen und Gegenleistungen vereinbart werden sollen. Soweit sich das Land darauf beschränken würde, lediglich allgemeine Grundsätze der Zusammenarbeit mit der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW zu regeln und die finanziellen Mittel für die nur rudimentär umschriebenen Aufgaben per Zuwendungsbescheid der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW zur freien Verfügung überlässt, erscheint eine Finanzierung der Arbeit der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW durch Zuwendungen grundsätzlich denkbar.⁹⁷ Damit einher geht jedoch der Verlust der Steuerungsmöglichkeit der EA.NRW bzw. der EnergieAgentur.NRW. Die Agentur kann dann selbst entscheiden, für welche Projekte und Schwerpunkte sie das Geld einsetzt. Ansprüche seitens des Landes Nordrhein-Westfalen auf bestimmte Leistungen bestehen dann gerade nicht. Zur Sanktionierung des Mitteleinsatzes besteht allein die Möglichkeit, die Förderung nach Ablauf der jeweiligen Förderperiode des Zuwendungsbescheids nicht weiter fortzusetzen. Möglich wäre allenfalls eine Einflussnahme auf die Aufgabenerfüllung der EA.NRW als Landesgesellschaft (Variante 2 und 7) oder Gemischtwirtschaftliches Modell (Variante 4) über die gesellschaftsrechtliche Stellung des Landes. Entscheidend für die Qualifikation als Zuwendung ist, dass der Zuwendende fremde Zwecke fördert. D.h. die Veranlassung für das Tätigsein der EA.NRW muss von dieser selbst ausgehen. Das Land könnte auf diese Zwecke gesellschaftsrechtlich Einfluss nehmen. Es kann aber nicht bestimmte eigene Aufgaben durch die EA.NRW erledigen lassen und diese Aufgaben selbst im Einzelnen bestimmen.

Nachfolgend sollen ausschließlich für die Varianten 2 bis 7 auf einzelne, wesentlich erscheinende Auswirkungen einer Finanzierung durch Zuwendungen hingewiesen werden.

4.5.1 Auswirkungen einer Zuwendungsfinanzierung auf das Vergaberecht

Solange in den Varianten 2 bis 7 keine Leistungspflichten zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW begründet werden, stellt die Überlassung der zur Aufgabenerfüllung notwendigen finanziellen Mittel keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB dar. D.h. bei einer Finanzierung der EA.NRW mittels

⁹⁶ Rossi in Gröpl, Kommentar zu BHO/LHO; § 23, 2011, Rn 7; 1. VK Bund, Beschl. v. 3.8.2006 - VK 1 -49/06; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.11.2006 - VII-Verg 38/06

⁹⁷ Aufgrund der bisherigen Vorgaben, insb. dass das Land weitgehende Steuerungsmöglichkeiten haben möchte, wurde keine vertiefte Analyse zu den Voraussetzungen und Unterschiedene einer Projektförderung bzw. institutionellen Förderung vorgenommen. Ebenso wenig wurden bislang die steuerrechtlichen Implikationen einer Zuwendungsfinanzierung unten in Ziffer 4.6 und auch die Auswirkungen auf eine EFRE-Kofinanzierung betrachtet. Soweit gewünscht kann dies weiter untersucht und ergänzt werden.

Zuwendungen ist das GWB-Vergaberecht im Verhältnis zwischen dem Land und der EA.NRW bzw. EnergieAgentur.NRW nicht anwendbar.⁹⁸ Je enger und ausdifferenzierter das Verhältnis zwischen dem Land und der EA.NRW jedoch wird und je mehr Einfluss dem Land auf die konkrete Aufgabenerfüllung eingeräumt wird, desto höher ist das Risiko, dass das Rechtsverhältnis insgesamt als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag angesehen wird. Dabei dürfte die Form des Rechtsverhältnisses, also etwa als Verwaltungsakt, weniger entscheidend für die Einordnung als Auftrag sein, als der materielle Gehalt des Rechtsverhältnisses.

4.5.2 Haushaltsrechtliche Hinweise

4.5.2.1 Projektförderung ./ institutionelle Förderung

Soweit eine Finanzierung der EA.NRW mittels Zuwendungen in Betracht gezogen wird, wird die Unterscheidung zwischen der sog. „Projektförderung“ und einer „institutionellen Förderung“ relevant und müsste weiter anhand der jeweils gewünschten Finanzierung im Detail betrachtet werden. Denn die Frage der Zulässigkeit, haushaltsrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen von Zuwendungen unterscheiden sich zwischen den beiden Förderarten. Nachfolgend soll an dieser Stelle lediglich der Unterschied beider Förderarten dargestellt werden:

Nach Ziffer 2.1 VV zu § 23 LHO-NRW ist unter Projektförderung zu verstehen: *„Zuwendungen zur Deckung von Ausgaben der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers für einzelne abgrenzbare Vorhaben“.*

Nach Ziffer 2.2 VV zu § 23 LHO NRW ist eine institutionelle Förderung wie folgt definiert: *„Zuwendungen zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers“.*

4.5.2.2 Das Besserstellungsverbot

Auch das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot entfaltet Relevanz, wenn die EA.NRW bzw. EnergieAgentur.NRW mittels „Zuwendungen“ durch das Land Nordrhein-Westfalen finanziert würde. Nach dem Besserstellungsverbot dürfen Empfänger institutioneller Förderungen und in bestimmten Fällen auch Empfänger von Projektförderungen ihre Mitarbeiter nicht besser vergüten, als vergleichbare Angestellte des Zuwendungsgebers – hier als des Landes Nordrhein-Westfalen. Das Besserstellungsverbot ist in den jährlichen Haushaltsgesetzen geregelt und entfaltet Außenwirkungen gegenüber den Zuwendungsempfängern durch die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (**ANBest-I**) sowie zur Projektförderung (**ANBest-P**). In § 28 Abs. 2 des Gesetzes über die Feststellung des Haushaltsplans des Landes Nordrhein-Westfalen für das Haushaltsjahr 2019 (Haushaltsgesetz 2019 – HHG 2019) heißt es:

„Die in Absatz 1 genannten Zuwendungen zur institutionellen Förderung dürfen nur mit der Auflage bewilligt werden, dass die Zuwendungsempfängerin oder der Zuwendungsempfänger ihre beziehungsweise seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Landes; vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung dürfen keine günstigeren Arbeitsbedingungen vereinbart werden als sie für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Landes jeweils vorgesehen sind. Entsprechendes gilt bei Zuwendungen zur Projektförderung an Zuwendungsempfängerinnen oder Zuwendungsempfänger, deren Gesamtausgaben überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden, mit der Maßgabe, dass die auf die Besserstellung entfallenden Ausgaben nicht zuwendungsfähig sind. Mit Einwilligung des Ministeriums

⁹⁸ Je nach Gestaltung des Zuwendungsbescheids und Herkunft der Mittel (Landesmittel oder EU-Mittel) hat jedoch die EA.NRW bzw. EnergieAgentur.NRW vergaberechtliche Vorgaben aus dem Zuwendungsbescheid heraus zu beachten. Eine Nichtbeachtung kann dann zu Rückforderungen führen.

der Finanzen können bei Vorliegen zwingender Gründe Ausnahmen zugelassen werden. Sind vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Landes nicht vorhanden, ist die Einwilligung des Ministeriums der Finanzen zum Abschluss des Anstellungs- oder Arbeitsvertrages erforderlich. Die Einwilligung soll mit der Maßgabe verbunden werden, dass nur ein Teil der aus dem Abschluss des Anstellungs- oder Arbeitsvertrages erwachsenden Ausgaben zuwendungsfähig ist. Dieser Absatz gilt nicht für die Universitätskliniken im Sinne des § 31a des Hochschulgesetzes.“

Näheres regeln dann die ANBest- I bzw. ANBest-P, die regelmäßig Bestandteil der Zuwendungsbescheide sind⁹⁹. Sofern in den untersuchten Varianten jedoch keine „Zuwendungen“ an die EA.NRW bzw. Energie-Agentur.NRW geleistet werden sollen, können die Regelungen des haushaltsrechtlichen Besserstellungsverbots auch nicht zur Anwendung kommen.

4.6 Steuerrecht

4.6.1 Umsatzsteuer

Die nachfolgenden Ausführungen stellen eine vorläufige Einschätzung der umsatzsteuerlichen Behandlung der in Betracht kommenden Varianten dar. Wir gehen aktuell davon aus, dass in allen sieben Varianten eine Umsatzsteuerpflicht begründet wird. In der Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) unterliegen Entgelte Dritter für Beratungs- oder sonstige Leistungen der Umsatzsteuer, wogegen die Haushaltsmittel des Landes NRW an ihre eigene Behörde oder ihren eigenen Landesbetrieb zunächst nicht umsatzsteuerbar sind. In allen anderen Varianten sind sowohl die Zahlungen Dritter als auch die Leistungen des Landes NRW an die EA.NRW umsatzsteuerpflichtig.

4.6.1.1 Steuerrecht für Variante 1 - Eingliederung in die Verwaltung

In der Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) sollen die Aufgaben der EA.NRW in die Verwaltung des Landes NRW integriert und entweder durch einen Landesbetrieb oder durch eine Behörde wahrgenommen werden.

4.6.1.1.1 Grundsätzliche Umsatzsteuerpflicht

Auch Leistungen der öffentlichen Hand unterliegen weitgehend der Umsatzsteuerpflicht des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG. Diese Umsatzsteuerpflicht entsteht, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts als Unternehmen i.S.v. § 2 Abs. 1 UStG zu qualifizieren ist, weil sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Lediglich in den Fällen, in denen eine solche Tätigkeit „im Rahmen der öffentlichen Gewalt“ ausgeübt wird, entfällt die Unternehmereigenschaft gemäß § 2b UStG.

Führt der Landesbetrieb bzw. die Behörde den Betrieb der EA.NRW im Wesentlichen unverändert fort, so muss davon ausgegangen werden, dass der Landesbetrieb bzw. die Behörde ein Unternehmen i.S.v. § 2 Abs. 1 UStG darstellt, wenn dieses – wie bisher – von Dritten eine Vergütung für ihre Leistungen erhält und Einnahmen erzielt. Die Behörde oder der Landesbetrieb werden insoweit nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen tätig. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Die erbrachten Beratungsleistungen sind umsatzsteuerpflichtig.

Die Ausnahmeregelung des § 2b UStG, wonach keine Unternehmereigenschaft vorliegt, wenn Leistungen „im Rahmen der öffentlichen Gewalt“ erbracht werden, dürfte nicht erfüllt sein. Es kommt insoweit nach

⁹⁹ Sacksofsky/Arndt, Das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot – ein geeignetes Steuerungsinstrument?, DÖV, 2003, S. 561.

der Rechtsprechung des EuGH nicht auf den Gegenstand oder die Zielsetzung der Tätigkeit an. Vielmehr ist entscheidend, ob die juristische Person des öffentlichen Rechts hoheitlich auf Grundlage einer eigens für sie geltenden öffentlich-rechtlichen Sonderregelung tätig wird (keine Umsatzsteuerpflicht) oder sie auf privatrechtlicher Grundlage ihre Leistungen erbringt. Die öffentlich-rechtliche Sonderregelung kann sich zum Beispiel aus einem Gesetz, einer Rechtsverordnung, einer Satzung, aus Staatsverträgen, verfassungsrechtlichen Verträgen, Verwaltungsabkommen, Verwaltungsvereinbarungen, öffentlich-rechtlichen Verträgen oder ähnlichem ergeben. Erbringt die juristische Person des öffentlichen Rechts in Umsetzung einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung Leistungen in privatrechtlicher Handlungsform und damit unter den gleichen rechtlichen Bedingungen wie private Wirtschaftsteilnehmer, werden diese Tätigkeiten gleichwohl nicht von der Ausnahmeregelung des § 2b UStG erfasst und bleiben umsatzsteuerpflichtig.

4.6.1.1.2 Bemessungsgrundlage

Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ist das Entgelt, das der Landesbetrieb bzw. die Behörde für ihre Leistungen vom Leistungsempfänger oder einem Dritten als Gegenleistung für die erbrachten Leistungen erhält (§ 10 Abs. 1 UStG). Die Einnahmen des Landesbetriebes bzw. der Behörde aus der Erbringung von Beratungsleistungen gegenüber Dritten sind daher grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig.

Die „Zahlungen“ des Landes NRW an einen eigenen Landesbetrieb bzw. eine eigene Behörde hingegen sind jedenfalls im Grundsatz nicht umsatzsteuerbar. Angesichts dessen, dass es sich beim Landesbetrieb bzw. einer Behörde um rechtlich unselbständige Teile der Landesverwaltung handelt, wird das Land Nordrhein-Westfalen mit all seinen Landesbetrieben und Behörden als ein Unternehmen im umsatzsteuerrechtlichen Sinne angesehen (§ 2 Abs. 1 S. 2 UStG, Grundsatz der Unternehmenseinheit). Daher werden im Grundsatz alle Leistungen innerhalb dieses Unternehmens oder Leistungen des hoheitlichen an den unternehmerischen Bereich innerhalb des Landes – also auch die Leistungen „zwischen“ dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Landesbetrieb bzw. der Behörde – als nicht umsatzsteuerbare Vorgänge behandelt. Dies gilt insbesondere für die Mittel für die Stellen des Kernteams. Da das Kernteam jedoch die Aufgaben der EA.NRW nicht alleine bewältigen können, könnte, wenn das Kernteam nicht aufgestockt wird, ein nicht unerheblicher Teil der bereitgestellten Finanzmittel für den Einkauf externer Beratungsleistungen am Markt verwendet werden müssen, für die dann wiederum die Umsatzsteuer bzw. Vorsteuer aufgebracht werden muss. Insoweit kommt zwar grundsätzlich ein Vorsteuerabzugsrecht des Landesbetriebs bzw. der Behörde in Betracht, jedoch lediglich wenn und soweit die am Markt eingekauften Leistungen für die Erbringung eigener umsatzsteuerpflichtiger Umsätze des Landesbetriebs bzw. der Behörde bezogen werden.

Im Rahmen einer Besteuerung der Leistungen, die der Landesbetrieb oder die Behörde nach außen erbringt, stellt sich die Frage nach der richtigen Bemessungsgrundlage für die Bestimmung der Höhe der Umsatzsteuer. Insoweit können grundsätzlich neben dem vom Leistungsempfänger gezahlten Entgelt auch weitere „von einem anderen als dem Leistungsempfänger“ gezahlte Gegenleistungen in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 UStG). Dazu können zum Beispiel bestimmte Subventionen gehören. Auch insoweit dürfte aber eine Besteuerung von zur Verfügung gestellten Haushaltsmitteln zum einen daran scheitern, dass es sich um im Grundsatz nicht steuerbare Innenumsätze handelt, und zum anderen diese zur allgemeinen Finanzierung des Landesbetriebes bzw. der Behörde gewährt werden und keine Gegenleistung für bestimmte Tätigkeiten derselben darstellen.

Sofern Variante 1 ausgewählt werden sollte und die konkrete Ausgestaltung feststeht, empfehlen wir den konkreten Sachverhalt umsatzsteuerrechtlich vertieft zu prüfen.

4.6.1.2 Steuerrecht für Varianten 2 bis 7

Werden die Leistungen der EA.NRW, wie in den Varianten 2 (Landesgesellschaft), 3 (Private Gesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell), 5 (Neugründung einer GmbH), 6 (Reines Vertragsmodell) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) vorgesehen, durch eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung erbracht, sind deren Leistungen umsatzsteuerpflichtig.

Die EA.NRW bzw. unter Variante 6 ggf. eine andere (Bieter-)Gesellschaft bzw. unter Variante 7 eine andere neu gegründete Landesgesellschaft ist als Unternehmerin im umsatzsteuerlichen Sinne anzusehen, die im Inland Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt. Für die umsatzsteuerliche Behandlung ist es irrelevant, ob die EA.NRW ausschließlich vom Land Nordrhein-Westfalen (Varianten 2 und 7), von privaten Gesellschaftern (Varianten 3 und 5) oder vom Land Nordrhein-Westfalen als Mehrheitsgesellschafterin gehalten wird (Variante 4). In allen Fällen bleibt die EA.NRW NRW bzw. die EnergieAgentur.NRW als selbständige Unternehmerin im Sinne des UStG bestehen und erbringt entgeltliche Leistungen im Rahmen ihres Unternehmens.

Unerheblich ist dabei auch, ob die Leistungen der EA.NRW durch das Land Nordrhein-Westfalen oder durch Kunden (Kommunen und deutsche Unternehmen) selbst vergütet werden, da in beiden Fällen eine Umsatzsteuerpflicht begründet wird.

Soweit ersichtlich, sind die Leistungen der EA.NRW weder von der Umsatzsteuer befreit gemäß § 4 UStG, noch gilt für die Leistungen der EA.NRW ein ermäßigter Steuersatz i.S.v. § 12 Abs. 2 UStG.

4.6.2 Umsatzsteuerliche Organschaft

4.6.2.1 Allgemeines

Lieferungen und Leistungen, die ein Unternehmen im Inland an andere erbringt, unterliegen grundsätzlich der deutschen Umsatzsteuer. Eine Ausnahme von der Umsatzsteuerpflicht gilt aber dann, wenn zwischen dem leistenden Unternehmen und dem Leistungsempfänger eine umsatzsteuerliche Organschaft besteht (sog. Organkreis).

Die umsatzsteuerliche Organschaft setzt voraus, dass eine juristische Person, die Organgesellschaft, nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG). Diese Eingliederung und die resultierende Organschaft führen dazu, dass die verschiedenen Unternehmen innerhalb des Organkreises für umsatzsteuerliche Zwecke wie eine Einheit, also wie *ein* Unternehmer, behandelt werden. Leistungsbeziehungen zwischen den Mitgliedern des Organkreises lösen daher keine Umsatzsteuer aus, sondern stellen sog. nichtsteuerbare Innenumsätze dar.

Die Leistungen, die die Mitglieder der Organschaft an nicht zum Organkreis gehörende Dritte erbringen (sog. Außenumsätze), unterliegen selbstverständlich weiterhin nach den allgemeinen Regeln der Umsatzsteuerpflicht.

4.6.2.2 Organschaft in Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung

Im Falle der Eingliederung des Betriebes der EA.NRW in die Verwaltung, kommt keine Organschaft in Betracht. Es fehlt bereits an zwei voneinander getrennten juristischen Personen. Organgesellschaft kann zudem nur eine juristische Person des Privatrechts sein.

4.6.2.3 Organschaft in Variante 2 – Landesgesellschaft

Grundsätzlich kann eine juristische Person des öffentlichen Rechts - wie die Gebietskörperschaft Land Nordrhein-Westfalen - Organträger einer umsatzsteuerlichen Organschaft sein. Dies gilt aber nur, wenn und soweit sie selbst unternehmerisch tätig ist (vgl. Abschnitt 2.8 UStAE).

Die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der EA.NRW oder eine unentgeltliche Tätigkeit des Landes NRW gegenüber der EA.NRW sind nicht in diesem Sinne dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen. Das Land Nordrhein-Westfalen ist daher bei Variante 2 (Landesgesellschaft) kein tauglicher Organträger, eine umsatzsteuerliche Organschaft kommt nicht in Betracht.

4.6.2.4 Organschaft in Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)

Auch bei einer Gestaltung im Wege der Variante 3 (Private Gesellschaft) ist eine umsatzsteuerliche Organschaft wahrscheinlich nicht möglich und wäre zudem aus der Perspektive des Landes NRW wirtschaftlich irrelevant.

In der aktuellen Konstellation, in der zwei Gesellschafter zu gleichen Teilen und mit gleichem Stimmrecht an der EA.NRW beteiligt sind, kommt eine umsatzsteuerliche Organschaft schon deshalb nicht in Betracht, weil keine finanzielle Eingliederung gegeben ist. Die Eingliederung setzt voraus, dass der Organträger in der Weise an der Organgesellschaft beteiligt ist, dass er seinen Willen durch Mehrheitsbeschlüsse in der Organgesellschaft durchsetzen kann.

Selbst wenn in einer zukünftigen Konstellation ein privates Gesellschafterunternehmen eine Stimmmehrheit halten sollte und darüber hinaus die weiteren Voraussetzungen der umsatzsteuerlichen Organschaft vorlägen, ist die wirtschaftliche Bedeutung einer solchen Organschaft limitiert. Eine solche Organschaft zwischen dem privaten Gesellschafter und der EA.NRW wirkt sich nicht auf die Leistungsbeziehung zwischen der EA.NRW und dem außerhalb des Organkreises stehenden Land Nordrhein-Westfalen aus.

4.6.2.5 Organschaft in Variante 4 – ÖPP Modell

Auch im Falle der Variante 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell) ist eine umsatzsteuerliche Organschaft mit dem Land Nordrhein-Westfalen als Organträger aus den oben unter Ziffer 4.6.2.3 (zu Variante 2) dargestellten Gründen ausgeschlossen.

Sofern der private Gesellschafter eine Stimmmehrheit inne hätte, käme eine Organschaft zwischen dem privaten Gesellschafter und der EA.NRW zwar in Betracht. Sie wäre, wie unter Ziffer 4.6.2.4 (zu Variante 3) dargestellt, für das Land Nordrhein-Westfalen jedoch wirtschaftlich nicht bedeutsam.

4.6.2.6 Organschaft in Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Im Falle einer Ausschreibung mit der Auflage zur Gründung einer neuen GmbH, kommt wie unter Variante 3 dargestellt, eine Organschaft grundsätzlich in Betracht, sofern die private Bietergesellschaft eine Stimmmehrheit in der neu gegründeten GmbH halten sollte und die weiteren Voraussetzungen der umsatzsteuerlichen Organschaft vorlägen. Auch hier ist die wirtschaftliche Bedeutung einer solchen Organschaft jedoch limitiert. Eine solche Organschaft zwischen dem privaten Gesellschafter und einer (neu gegründeten) EA.NRW wirkt sich nicht auf die Leistungsbeziehung zwischen der (neu gegründeten) EA.NRW und dem außerhalb des Organkreises stehenden Land Nordrhein-Westfalen aus.

4.6.2.7 Organschaft in Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Ob eine steuerliche Organschaft bei Variante 6 in Betracht kommt, hängt von den Konzernstrukturen der Bietergesellschaft ab. Auch hier gilt aber, dass die wirtschaftliche Bedeutung einer eventuellen Organschaft

für das Land Nordrhein-Westfalen limitiert ist, da sie sich nicht auf die Leistungsbeziehung zwischen der erfolgreichen Bietergesellschaft und dem außerhalb des Organkreises stehenden Land Nordrhein-Westfalen auswirkt.

4.6.2.8 Organschaft in Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Bei Variante 7 gilt das oben zu Variante 2 gesagte entsprechend. Das Land Nordrhein-Westfalen ist bei Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) kein tauglicher Organträger, eine umsatzsteuerliche Organschaft kommt nicht in Betracht.

Eine juristische Person des öffentlichen Rechts – wie die Gebietskörperschaft Land Nordrhein-Westfalen – kann nur Organträger einer umsatzsteuerlichen Organschaft sein, wenn und soweit sie selbst unternehmerisch tätig ist (vgl. Abschnitt 2.8 UStAE). Die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einer neu zu gründenden Landesgesellschaft oder eine unentgeltliche Tätigkeit des Landes Nordrhein-Westfalen gegenüber dieser Gesellschaft sind nicht in diesem Sinne dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen.

4.7 Arbeitsrecht

4.7.1 Arbeitsrecht für Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung

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.

Es kann nicht ohne weiteres sichergestellt werden, dass die in den Verträgen als Kernteam bezeichneten Arbeitnehmer ohne deren individuelle Zustimmung übernommen werden könnten.

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.

Im ersten Fall kann eine Überleitung der Arbeitsverhältnisse des Kernteams durch einzelvertragliche Vereinbarung in Form des Abschlusses entsprechender Arbeitsverträge 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.

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.

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 Arbeitgebers, der tarifvertraglichen Zwängen bzw. Zwängen des Personalrates ausgesetzt sein könnte, integriert werden können.

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 § 613a BGB auszulösen. Haben die Arbeitnehmer einen geringen Qualifikationsgrad, muss eine hohe Anzahl von ihnen 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, Urt. v. 21.6.12 – 8 AZR 181/11: 58% der Servicetechniker, EDV-Servicemitarbeiter und Führungskräfte in IT-Service-Betrieb genügt
- BAG, Urt. v. 29.6.2000 – 8 ABR 44/99: 50% der Arbeitnehmer inklusive 50% der Bauleiter und Poliere in Rohrleitungsbau genügt nicht
- BAG, Urt. v. 19.3.98 – 8 AZR 737/96: 60% genügt bei einfacher Reinigungstätigkeit nicht
- BAG, BAG, Urt. 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) Arbeitneh-

¹⁰⁰ vgl. BAG, Urt. v. 22.1.2015 – 8 AZR 139/14.

¹⁰¹ vgl. BAG, Urt. v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 181/11.

¹⁰² BAG, BAG, Urt. v. 27.1.2000 – 8 AZR 106/99.

mer 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 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 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 Betriebsteil innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs bildet oder von einem etwaigen Gemeinschaftsbetrieb nicht als eigenständige, wirtschaftliche Einheit abgrenzbar ist.

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 Leiharbeiter im Wege des § 613a BGB übergehen.

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 (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.

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 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 Arbeitsgemeinschaftsverträge geschlossen wurden oder noch sind, ist derzeit nicht bekannt.

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.

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 „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“. 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 Schadens-

ersatzansprüchen 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 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 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.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 6. 9. 2011 – C-108/10; BAG Urt. v. 22.5.2014 – 8 AZR 1069/12.

¹⁰⁴ vgl. Arbeitsgericht Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2018 - 3 Ca 3743/18.

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 kündigungsrechtliche 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.

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. 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 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 EA.NRW und Dritten bestehen, ist es unbedingt ratsam, eine Due Diligence vor dem Erwerb der Geschäftsanteile durchzuführen.

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).

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).

4.7.3 Arbeitsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft

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.

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 Ausgestaltung des Geschäftsanteilskaufvertrages genau abgewogen werden. Zu diesem Zweck ist die Durchführung einer Due Diligence unbedingt angeraten.

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.

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.

4.7.4 Arbeitsrecht für Variante 4 – ÖPP Modell

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.

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 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.

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.

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.

4.7.5 Arbeitsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Variante 5 (Neugründung einer GmbH) birgt neben Variante 6 (Reines Vertragsmodell) aus Sicht des Landes die geringsten arbeitsrechtlichen Unsicherheiten.

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 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.

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.

Ein Betriebsübergang nach § 613a 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 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 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).

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 Ausschrei-

¹⁰⁵ vgl. EuGH, Urteil vom 20. 1. 2011 - C-463/09; BAG, Urt. v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 181/11; BAG, Urt. v. 22.5.2014 – 8 AZR 1069/12; BAG, Urt. v. 22.1.2015 – 8 AZR 139/14.

bung 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.

Das Ziel, das Personal stärker auf ein Unternehmen zu konzentrieren und nicht verschiedene Unterauftragnehmer 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.

4.7.6 Arbeitsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Für Variante 6 (Reines Vertragsmodell) gilt das vorab zu Variante 5 (Neugründung einer GmbH) Gesagte entsprechend.

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.

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.

4.7.7 Arbeitsrecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Gründet das Land Nordrhein-Westfalen eine neue Landesgesellschaft und übt die Kaufoption nicht aus, muss diese neue Gesellschaft am Markt mit dem erforderlichen Personal ausgestattet werden. Die neue Landesgesellschaft wird Stellen ausschreiben, wobei sich die Anforderungsprofile teilweise an den aktuellen Aufgaben der Mitarbeiter der aktuellen EA.NRW bzw. des Projekts EnergieAgentur.NRW orientieren werden. Auch derzeitige Mitarbeiter der EA.NRW bzw. des Projekts EnergieAgentur.NRW werden sich vermutlich auf diese Stellen bewerben und eingestellt werden. Es kann sein, dass so ein Großteil der Leistungsträger der EA.NRW bzw. des Projekts EnergieAgentur.NRW künftig Arbeitnehmer der neuen Landesgesellschaft werden. Dies kann zu einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB führen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist für einen Betriebsübergang kein Rechtsgeschäft oder auch nur Einvernehmen zwischen früherem und neuem Betriebsinhaber erforderlich, vielmehr kann auch das Rechtsgeschäft mit einem oder mehreren Dritten – hier der Abschluss von Arbeitsverträgen mit den Arbeitnehmern - als Vehikel für den Betriebsübergang dienen.

Ob ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vorliegt, ist – wie in Variante 1 Fallgruppen 1 und 2 und Variante 5 beschrieben – im Wege einer Gesamtbetrachtung festzustellen. Maßgeblich ist, ob eine „wirtschaftliche Einheit“, d.h. eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung, auf den neuen Betriebsinhaber übergeht und fortgeführt wird.¹⁰⁶ Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit

¹⁰⁶ Im Rahmen dieses Variantenvergleichs und entsprechend der Ausführungen aus der Telefonkonferenz vom 01.04.2020 gehen wir davon aus, dass das Land Nordrhein-Westfalen nicht die Absicht hat, (1) Sachen und/oder Rechte von der EA.NRW (oder ihren Gesellschaftern) zu erwerben und (2) von der Möglichkeit des § 18 Abs.2 des Rahmenvertrags zur Überleitung von bestehenden Verträgen Gebrauch zu machen; sollte dies in

in diesem Sinne bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls.

Entscheidend für das Vorliegen eines Betriebsübergangs ist, dass ein nach Zahl und Sachkunde „wesentlicher“, Teil der Belegschaft von der neuen Landesgesellschaft eingestellt wird und sich die neue Landesgesellschaft als neuer Betriebsinhaber durch Erhalt und Fortführung der bereits vorhandenen Arbeitsorganisation, Leitungs- und Mitarbeiterstruktur sowie Betriebsmethoden quasi „ins gemachte Nest“ des früheren Betriebsinhabers setzt.¹⁰⁷ Bleibt der weiterbeschäftigte Belegschaftsteil aufgrund seiner Sachkunde, seiner Organisationsstruktur und nicht zuletzt auch seiner relativen Größe im Grundsatz wie zuvor funktionsfähig erhalten, ist von einem Betriebsübergang auszugehen.¹⁰⁸ Dabei hat die Übernahme der Führungskräfte und des damit verbundenen Know-how besondere Bedeutung.

Im vorliegenden Fall besteht – sowohl im Hinblick auf die Beurteilung der Voraussetzungen eines Betriebsübergangs als auch der Reichweite seiner Rechtsfolgen – die Schwierigkeit, dass mangels entsprechender Angaben und Informationen der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt ist. Deshalb kann 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 darstellt oder ob diese mit einem oder mehreren Unterauftragnehmern einen abgrenzbaren Teil (dann enger) oder nicht abgrenzbaren Teil (dann weiter) eines möglicherweise bestehenden Gemeinschaftsbetriebs bildet. Damit ist unklar, wie viele und welche Arbeitsverhältnisse der wirtschaftlichen Einheit zugerechnet werden können und die genaue Reichweite eines möglichen Betriebsübergangs lässt sich derzeit nicht abschließend beurteilen.

Sollte die EA.NRW einen eigenständigen Betrieb oder einen abgrenzbaren Betriebsteil in einem Gemeinschaftsbetrieb im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit bilden und die neue Landesgesellschaft mit einem nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Arbeitnehmer neue Arbeitsverträge abschließen, würden grundsätzlich – unter Vorbehalt ihres Widerspruchs – auch alle restlichen Arbeitsverhältnisse der 27 Mitarbeiter, die einen Arbeitsvertrag mit der EA.NRW abgeschlossen haben, auf die neue Landesgesellschaft übergehen. Dies würde ebenfalls für etwaige Scheinselbstständige und/oder fehlerhaft überlassene Leiharbeiter, die als Arbeitnehmer der EA.NRW angesehen werden, gelten.

Sollte die EA.NRW mit einem oder mehreren Unterauftragnehmern einen Gemeinschaftsbetrieb (Projekt EnergieAgentur.NRW) bilden und innerhalb dieses Gemeinschaftsbetriebes keinen abgrenzbaren Betriebsteil darstellen, käme es hingegen dann zu einem Betriebsübergang, wenn die neue Landesgesellschaft mit einem nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft dieses Gemeinschaftsbetriebs neue Arbeitsverträge abschließen würde. Als Folge würden dann auch alle anderen diesem Gemeinschaftsbetrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse – einschließlich etwaiger Scheinselbstständiger und/oder fehlerhaft überlassener Leiharbeiter – nach § 613a BGB auf die neue Landesgesellschaft übergehen.

Zu beachten ist, dass im Falle eines Betriebsübergangs alle betroffenen Arbeitnehmer über den Betriebsübergang zu informieren sind. Eine fehlerhafte, unvollständige oder nicht gegenüber allen hiervon tatsächlich betroffenen Arbeitnehmern erfolgte Unterrichtung setzt die einmonatige Widerspruchsfrist der Arbeitnehmer nicht in Gang mit der Folge, dass betroffene Arbeitnehmer auch Monate und Jahre später – z.B. nach Verlust ihres derzeitigen Arbeitsplatzes – noch gerichtlich geltend machen könnten, im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die neue Landesgesellschaft übergegangen zu sein.

Zukunft doch der Fall sein, sollten die rechtlichen Auswirkungen eines entsprechenden Erwerbs und/oder Überleitung von Verträgen und dessen konkreten Umfangs insbesondere hinsichtlich der Thematik des Betriebsübergangs aber auch fusionskontrollrechtlichen Fragestellungen erneut betrachtet werden. Vorstehendes gilt grnds. auch für die Variante 1, 5 und 6 soweit die Kaufoption nicht ausgeübt wird.

¹⁰⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 22.1.2015 – 8 AZR 139/14.

¹⁰⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 181/11.

Im Falle eines Betriebsübergangs tritt die neue Landesgesellschaft in die mit dem früheren Betriebsinhaber bestehenden Arbeitsverhältnisse und damit in alle diejenigen Rechte und Pflichten ein, die vor Betriebsübergang bestanden haben. Sie hat dieselben Löhne und Gehälter zu zahlen, die auch der alte Betriebsinhaber gezahlt hat. Der neue Betriebsinhaber hat auch alle sonstigen Nebenleistungen zu zahlen bzw. zu gewähren, wie sie vor Betriebsübergang gezahlt bzw. gewährt wurden. Hierzu gehören Gratifikationen und Sonderleistungen, die Zahlung einer Abfindung wegen der Vertragsbeendigung, die Zahlung einer Karenzentschädigung bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot oder die Gewährung betrieblicher Altersvorsorge.

Die Haftung der neuen Landesgesellschaft umfasst im Falle eines Betriebsübergangs auch etwaige rückständige Entgeltansprüche der Arbeitnehmer. Im Außenverhältnis zum Arbeitnehmer besteht insoweit eine gesamtschuldnerische Haftung von früherem und neuem Betriebsinhaber.

Für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen wie Sozialversicherungsbeiträge oder Lohnsteuer aus der Zeit vor dem Betriebsübergang haftet der neue Betriebsinhaber – nach derzeitiger Rechtsprechung und herrschender Meinung – hingegen gegenüber den zuständigen Stellen nicht, da es sich gerade nicht um Pflichten aus dem (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis handelt.¹⁰⁹

4.8 Gesellschaftsrecht

4.8.1 Gesellschaftsrecht für Variante 1 – Eingliederung in die Verwaltung

Sollen die Leistungen, die bislang durch die EA.NRW erbracht wurden, unmittelbar durch eine Behörde des Landes oder einen Landesbetrieb erbracht werden, kommen verschiedene Wege zur Erreichung dieser Variante in Betracht. Entweder können die Arbeitnehmer der EA.NRW durch den Abschluss neuer Arbeitsverträge übernommen werden mit oder ohne Übernahme sonstiger Betriebsmittel; die Geschäftsanteile der EA.NRW verbleiben im Besitz der jetzigen Gesellschafter und die Gesellschaft wird zu einer leeren Hülle. Oder die Geschäftsanteile der EA.NRW werden zunächst durch Ausübung der Kaufoption vom Land Nordrhein-Westfalen erworben, die EA.NRW anschließend aufgelöst und den Arbeitnehmern wird das Angebot zum Wechsel in die Behörde des Landes NRW unterbreitet. Als dritte Möglichkeit kommt auch eine Vermögensübertragung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3, 174, 175 Nr. 1 UmwG in Betracht.

Bei einem Verbleib der EA.NRW bei den jetzigen Gesellschaftern sind diese gemäß § 4.5 KoopV verpflichtet, die Gesellschaft umzufirmieren, da das Recht zur Nutzung der Wort-Bild-Marke EnergieAgentur.NRW mit Ablauf des Rahmenvertrages automatisch endet. Diese Option ist jedoch insofern problematisch, als kein automatischer Übergang der Arbeitnehmer der EA.NRW erfolgt (siehe dazu oben unter Ziffer 4.7.1).

Alternativ kann das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption gemäß dem Kaufoptionsvertrag ausüben und die EA.NRW anschließend beenden. Die Beendigung der EA.NRW erfolgt durch deren Auflösung, Liquidation und Löschung. Erforderlich ist insofern zunächst ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter, die Bestellung eines oder mehrerer Liquidatoren und die Eintragung der Auflösung im Handelsregister. Der oder die Liquidatoren beenden sämtliche Geschäfte der EA.NRW, sorgen für die Erfüllung noch offener Verpflichtungen,

¹⁰⁹ Vgl. BayLSG, Beschluss v. 28.01.2011 - L 5 R 848/10 B ER; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 11.01.2011 - L 1 R 51/10 B ER: Das BayLSG wies hierzu darauf hin, dass es aus seiner Sicht an einer Ermächtigungsgrundlage für die Inanspruchnahme des neuen Betriebsinhabers in Bezug auf Beitragsforderungen fehle, die gegenüber dem Betriebsveräußerer entstanden sind. Das BayLSG stellte fest, dass der neue Betriebsinhaber gerade nicht zahlungspflichtiger Arbeitgeber im Sinne des § 28 e SGB IV sei, der die Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach § 28 d SGB IV ab Fälligkeit nach § 23 SGB IV schuldet. Zwar würden mit dem Betriebsübergang die Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis vom früheren auf den neuen Betriebsinhaber übergehen. Dies betreffe jedoch nicht eventuell bestehende Beitragsrückstände. Solche rückständigen Beiträge seien auch in Bezug auf die Arbeitnehmeranteile keine Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem laufenden Arbeitsverhältnis. § 613a BGB diene allein dazu, den arbeitsrechtlichen Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen zu wahren. Als Vorschrift des Privatrechts erfasse diese Vorschrift gerade keine öffentlich-rechtlich begründeten Ansprüche der Sozialversicherung auf Beitragszahlung.

den Einzug offener Forderungen und die Veräußerung des Vermögens der EA.NRW. Die Liquidatoren sorgen auch für die Bekanntmachung des Gläubigeraufrufs gemäß § 65 Abs. 2 GmbHG. Nach Ablauf eines Sperrjahres zum Schutz der Gläubiger gemäß § 73 GmbHG kann die Gesellschaft endgültig liquidiert und schließlich aus dem Handelsregister gelöscht werden. Erläuterungen zu der Überführung der Arbeitnehmer der EA.NRW in die Verwaltung finden sich oben unter Ziffer 4.7.1.

Schließlich besteht eine umwandlungsrechtliche Möglichkeit zur Übertragung des Vermögens der EA.NRW auf das Land Nordrhein-Westfalen durch Vermögensübertragung gemäß §§ 174, 175 Nr. 1 UmwG. In diesem Fall geht wie bei einer Verschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge das gesamte Vermögen der EA.NRW auf das Land Nordrhein-Westfalen über (möglich ist auch eine Teilübertragung). Eine Vermögensübertragung ist nur auf das Land (oder den Bund oder eine oder mehrere Gebietskörperschaften) möglich, nicht aber auf eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts wie eine Körperschaft oder Anstalt.

Eine Vermögensübertragung hätte die Gesamtrechtsnachfolge des Landes zur Folge, das heißt mit der Eintragung der Vermögensübertragung in das Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers, also der EA.NRW, geht deren gesamtes Vermögen einschließlich sämtlicher Verbindlichkeiten auf das Land über. Die EA.NRW erlischt, ohne dass es einer besonderen Löschung bedarf (§ 174 Abs. 3 UmwG). Die Vermögensübertragung erfolgt analog zu den Regelungen der Verschmelzung durch den Abschluss eines – notariell zu beurkundenden - Vermögensübertragungsvertrages zwischen der EA.NRW und dem Land. Ferner ist die – ebenfalls notariell zu beurkundende - Zustimmung der Gesellschafter der EA.NRW per Gesellschafterbeschluss erforderlich. Etwaige Zustimmungserfordernisse auf Seiten des Landes ergeben sich nicht aus den Regelungen des Umwandlungsgesetzes sondern aus den Regelungen des öffentlichen Rechts (§ 176 Abs. 4 UmwG), die vorliegend nicht geprüft wurden und näher zu betrachten wären. Die Vermögensübertragung erfolgt gegen eine im Vertrag festzulegende Gegenleistung, zumeist eine Barabfindung der Anteilinhaber. Diese muss grundsätzlich angemessen sein, im Normalfall ist der Verkehrswert der Beteiligung zu ersetzen.¹¹⁰ Auf die Erstellung eines Übertragungsberichtes können die Gesellschafter der EA.NRW einstimmig verzichten. Eine Übertragungsprüfung durch Wirtschaftsprüfer ist lediglich auf Verlangen eines Gesellschafters erforderlich.¹¹¹

4.8.2 Gesellschaftsrecht für Variante 2 – Landesgesellschaft

4.8.2.1 Notwendige Schritte zu Variante 2

Um sämtliche Geschäftsanteile an der EA.NRW zu erhalten, muss das Land Nordrhein-Westfalen diese erwerben. Dazu kann sie die im Kaufoptionsvertrag vereinbarte Kaufoption ausüben. Zur Ausübung ist eine schriftliche Erklärung gegenüber der Bietergemeinschaft, also gegenüber der agiplan GmbH und der ee energy engineers GmbH erforderlich (Ziffer 4 KaufopV). Die Erklärung ist bis zum Ablauf der Laufzeit des Rahmenvertrages abzugeben. Da der Rahmenvertrag durch Ausübung der Verlängerungsoption nunmehr bis zum 31.12.2021 läuft, muss die Kaufoption bis zum 31. Dezember 2021 den beiden Gesellschaften der Bietergemeinschaft zugegangen sein (§ 4.2 KaufopV).

Die Abtretung wird gemäß Ziffer 6 KaufopV wirksam, sobald (i) der Rahmenvertrag beendet ist, (ii) der vereinbarte Kaufpreis in Höhe von EUR 25.000 an die Bietergemeinschaft gezahlt ist und (iii) die fusionskontrollrechtliche Freigabe erfolgt ist.

Auf die aufschiebende Bedingung der fusionsrechtlichen Freigabe können die Parteien des Geschäftsanteilskaufvertrages gemäß § 6.2 RV einvernehmlich durch Abgabe einer entsprechenden schriftlichen Erklärung

¹¹⁰ Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 174 Rn. 22, mwN.

¹¹¹ Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 176 Rn. 20.

verzichten, sofern eine fusionskontrollrechtliche Freigabe nach pflichtgemäßer Prüfung nicht erforderlich ist (wobei zu beachten ist, dass der Vertrag bei einer Fehleinschätzung dann – zunächst unerkannt – unwirksam bliebe, weil Verträge, die gegen das kartellrechtliche Vollzugsverbot verstoßen, unwirksam sind (§ 41 Abs. 1 Satz 2 GWB)). Ob und welche fusionskontrollrechtliche Anmeldung erforderlich ist, hängt davon ab, ob die beteiligten Unternehmen (dazu kann in den Varianten 3 und 4 auch ein zukünftiger Erwerber gehören) die einschlägigen Umsatzschwellenwerte der deutschen oder europäischen Fusionskontrollvorschriften überschreiten. Dies ist gesondert zu überprüfen. Eine Anwendung der Bagatellgrenze des § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB wird jedenfalls nicht in Betracht kommen, wenn die Umsätze der EA.NRW sich auch in 2019 auf einem Niveau bewegen wie im Geschäftsjahr 2018, für das im Jahresbericht 2018 ein Jahresumsatz von 20 Millionen Euro angegeben ist. Da das Land Nordrhein-Westfalen die Wertgrenzen jedenfalls überschreitet, ist bei Wahl der Variante 2 (Landesgesellschaft) von einer Pflicht zur Anmeldung beim Bundeskartellamt auszugehen.

Auch wenn materiell-rechtlich keine besonderen Schwierigkeiten mit dem Fusionskontrollverfahren zu erwarten sind, sind zur Vermeidung von Nachteilen die Prüfung des Bestehens einer Anmeldepflicht bzw. die Vornahme der Anmeldung so rechtzeitig vorzunehmen, dass eine Situation vermieden wird, in der der Rahmenvertrag bereits abgelaufen ist, die Abtretung der Geschäftsanteile an der EA.NRW jedoch wegen Ausstehens einer erforderlichen Freigabe noch nicht wirksam werden kann. Insofern sind die gesetzlichen Fristen für das Vollzugsverbot (§ 41 GWB) zu beachten. Im Falle der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes, die bei Variante 2 (Landesgesellschaft) vorliegt, ist eine Anmeldung des Vorhabens bereits vor Abschluss der Verträge frühzeitig möglich, was die Einhaltung eines gelungenen Timings erleichtert.

4.8.2.2 Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Variante 2

Hält das Land Nordrhein-Westfalen die EA.NRW selbst zu 100 Prozent, hat das Land automatisch weitgehende Mittel der Kontrolle und Einflussnahme auf die EA.NRW. Zunächst bestimmt und bestellt das Land als alleinige Gesellschafterin die Geschäftsführung der EA.NRW. Vor allem kann das Land Nordrhein-Westfalen als Gesellschafterin der Geschäftsführung der EA.NRW durch Gesellschafterbeschluss direkte Weisungen erteilen, die sowohl allgemeiner Art sein können als auch einzelfallbezogen. Selbst für die GmbH nachteilige Weisungen sind in gewissen Grenzen zulässig. Im Hinblick auf die Gestaltung der Satzung einer Eigengesellschaft des Landes und die Ausgestaltung der Beteiligung enthalten der Public Corporate Governance Kodex des Landes NRW sowie die Landeshaushaltsordnung und das Haushaltsgrundsätzegesetz gewisse Vorgaben.

Ist das Land Nordrhein-Westfalen alleinige Gesellschafterin oder Mehrheitsgesellschafterin stehen ihr gemäß § 53 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) besondere Prüfrechte zu, um den sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln sicherzustellen. Zulässig ist gemäß § 54 HGrG ferner eine satzungsmäßige Bestimmung, durch die der zuständigen Rechnungsprüfungsbehörde Einsichts- und Informationsrechte eingeräumt werden.

4.8.3 Gesellschaftsrecht für Variante 3 – Private Gesellschaft

4.8.3.1 Notwendige Schritte zu Variante 3

Sofern ein oder mehrere Private die EA.NRW halten sollen, gibt es verschiedene Wege, um zu dieser Gestaltung zu gelangen.

In dem Fall, dass die bisherigen Eigentümer erneut ein Ausschreibungsverfahren gewinnen, bedarf es keiner Veränderungen bezüglich der Geschäftsanteile. Das Land Nordrhein-Westfalen übt die bestehende Kaufoption nicht aus. Das Land schließt mit den bisherigen Gesellschaftern einen neuen Kooperationsvertrag und einen neuen Kaufoptionsvertrag ab oder die Parteien „verlängern“ die bestehenden Verträge, so dass das Land Nordrhein-Westfalen erneut eine Kaufoption erhält.

Gewinnen andere Bieter das Ausschreibungsverfahren, können entweder (i) die Geschäftsanteile an der EA.NRW zunächst vom Land Nordrhein-Westfalen durch Ausübung der Kaufoption erworben und im Anschluss an die zukünftigen Gesellschafter veräußert werden oder (ii) die bisherigen Gesellschafter veräußern die Geschäftsanteile direkt an die zukünftigen Gesellschafter.

Im Falle des Zwischenerwerbs durch das Land Nordrhein-Westfalen ist zunächst die Kaufoption auszuüben. Im Anschluss kann das Land Nordrhein-Westfalen sämtliche Geschäftsanteile wieder an den erfolgreichen Bieter oder die erfolgreiche Bietergemeinschaft durch Abschluss eines notariell beurkundeten Geschäftsanteilskaufvertrages veräußern.

Denkbar ist aber auch, dass die derzeitigen Gesellschafter der EA.NRW die Geschäftsanteile direkt an den oder die zukünftigen neuen Gesellschafter veräußern. Eine dahingehende vertragliche Verpflichtung der aktuellen Gesellschafter besteht jedoch nicht. Die erforderlichen Vereinbarungen müssten vertraglich neu getroffen werden.

Sowohl in Variante 3 (Private Gesellschaft) als auch in Variante 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell) stellt sich - unabhängig von einer Haftung der jetzigen Gesellschafter - die Frage, ob und inwieweit Risiken aus der Übernahme der bestehenden GmbH, insbesondere das Risiko des Bestehens von Altverbindlichkeiten, einem Erwerber auferlegt werden soll oder vom Land Nordrhein-Westfalen getragen wird. Diese Frage wird für die Ausgestaltung eines Vergabeverfahrens Relevanz entfalten und ist daher frühzeitig zu klären.

Ob bei Variante 3 eine Fusionskontrolle erforderlich ist, hängt davon ab, ob EA.NRW und der Erwerber die Wertgrenzen überschreiten. Je nachdem, um was für ein Unternehmen es sich beim Erwerber handelt, kann es auch zu einer vorrangigen Zuständigkeit der EU-Kommission kommen (ggf. mit Rückverweisung zum Bundeskartellamt). In diesem Fall ist ein erfolgreiches Timing noch bedeutsamer bzw. schwieriger zu erreichen, weil die Anmeldung im Grundsatz erst nach Abschluss der Verträge über den Zusammenschluss zulässig ist.

Erfolgt ein Zwischenerwerb des Landes NRW durch Ausübung der Kaufoption, liegt in diesem Zwischenerwerb allein im Normalfall kein anmeldepflichtiger Zusammenschluss, solange nicht beabsichtigt ist, dass das Land Nordrhein-Westfalen die Geschäftsanteile dauerhaft hält, sondern lediglich ein juristischer Zwischenerwerb erfolgt. In diesem Fall kann unter Umständen eine Bestätigung des Bundeskartellamtes erbeten werden, dass dies kein anmeldepflichtiges Vorhaben darstellt.

4.8.3.2 Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Variante 3

Stehen die Geschäftsanteile an der EA.NRW vollständig im Eigentum privater Dritter, hat das Land Nordrhein-Westfalen zunächst keine gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten. Da das Land nicht Gesellschafter ist, kann das Land der Geschäftsführung der EA.NRW nicht ohne Weiteres Weisungen erteilen.

Um trotz der fehlenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten zu vereinbaren, sind in den aktuellen schuldrechtlichen Verträgen weitgehende Zustimmungserfordernisse zugunsten des Landes NRW und Weisungsrechte des Landes vereinbart. Der Rahmenvertrag enthält eine Liste zustimmungspflichtiger Geschäfte (§ 11 RV) und ein Weisungsrecht des Landes NRW in Bezug auf die Ausführungen der Leistungen (§ 12 RV). Der Kooperationsvertrag enthält eine Verpflichtung der Gesellschafter, den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand der EA.NRW auf ein Tätigwerden für das Land Nordrhein-Westfalen zu limitieren (§ 3.2 KoopV) und eine Verpflichtung, Satzungsänderungen und Entscheidungen über die Geschäftsführung oder Verfügungen über Geschäftsanteile nur mit Zustimmung des Landes vorzunehmen (§§ 3.2 bis 3.5 KoopV). Das Erfordernis einer Zustimmung des Landes NRW zu einer Verfügung über Geschäftsanteile (Vinkulierung) ist ferner in die Satzung der EA.NRW aufgenommen (§ 8 der Satzung).

Die Vinkulierung, also die Aufnahme eines Zustimmungserfordernisses zur Veräußerung von Geschäftsanteilen in die Satzung der Gesellschaft, zugunsten eines gesellschaftsexternen Dritten wird überwiegend als

zulässig und wirksam angesehen.¹¹² Die Verpflichtung der Gesellschafter, die Satzung nur mit Zustimmung des Landes NRW zu ändern, ist als schuldrechtliche Vereinbarung möglich, unstreitig nicht jedoch als Regelung in der Satzung. Ein Verstoß gegen eine solche Verpflichtung würde also im Wesentlichen Schadensersatzansprüche des Landes auslösen, die – vereinbarungswidrige – Satzungsänderung bliebe zunächst wirksam. Insofern ist das Land Nordrhein-Westfalen im Vergleich zu einer Variante, in der Land Gesellschafter der EA.NRW wird, weniger effektiv geschützt.

Darüber hinaus sind Weisungsrechte von gesellschaftsexternen Dritten – hier also dem Land Nordrhein-Westfalen – oder Zustimmungsvorbehalte zu ihren Gunsten nur in bestimmten Grenzen möglich.¹¹³ Lediglich bei Abschluss eines schriftlichen Beherrschungsvertrages im Sinne des § 291 AktG ist die Vereinbarung genereller Weisungsrechte für Dritte zulässig. Für einen solchen Vertrag sind die Zustimmungserfordernisse der Gesellschafter zu beachten und der Vertrag ist, um wirksam zu werden, im Handelsregister einzutragen. Er führt aber gemäß § 302 AktG zu einer Pflicht des herrschenden Teils, Verluste des beherrschten Unternehmens auszugleichen.

Schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und einem externen Dritten außerhalb eines solchen Beherrschungsvertrages, die – ggf. auch in einer Gesamtschau mehrerer Vereinbarungen - zu weit in die Entscheidungsfreiheit der Gesellschaft eingreifen und diese wie bei einem Beherrschungsvertrag „*unter fremde Leitung*“ stellen, bergen das Risiko, dass sie als sogenannter verdeckter Beherrschungsvertrag bewertet werden. Problematisch sind insbesondere Eingriffsrechte in Bezug auf die Führungsfunktionen der Geschäftsführung wie Zielplanung, Unternehmenskontrolle und Besetzung von Führungspositionen.¹¹⁴ Mangels Eintragung im Handelsregister sind derartige verdeckte Beherrschungsverträge dann nichtig. Es ist nicht auszuschließen, dass sie während der Dauer ihrer faktischen Anwendung eine Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens analog § 302 AktG begründen. Als Konsequenz ergibt sich die Frage, wie weit eine etwaige Unwirksamkeit reicht und ob sie sich auf eine Nichtigkeit einzelner Weisungsrechte/Zustimmungsvorbehalte beschränkt oder gemäß dem Grundsatz der Gesamtnichtigkeit des § 139 BGB den oder die gesamten Verträge erfasst. Der Parteiwille dürfte für eine limitierte Unwirksamkeit sprechen.

Ob nur die Einräumung von direkten Weisungsrechten oder bereits die Einräumung von Zustimmungserfordernissen zur Qualifizierung einer Vereinbarung als verdecktem Beherrschungsvertrag führen kann, ist umstritten.¹¹⁵ Die Problematik verdeckter Beherrschungsverträge wird aber jedenfalls auch im Zusammenhang mit Veto- und Zustimmungsrechten der öffentlichen Hand diskutiert.¹¹⁶ Die Einzelheiten und Rechtsfolgen zu verdeckten Beherrschungsverträgen sind streitig.

Die - wirksame - Vereinbarung möglichst weitgehender Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten für das Land Nordrhein-Westfalen ist daher unter Variante 3 (Private Gesellschaft) mit nicht unerheblichen rechtlichen Schwierigkeiten und Risiken verbunden, jedenfalls soweit solche Gestaltungen dem Land Nordrhein-Westfalen als Außenstehendem eine gesellschafterähnliche Position einräumen.

4.8.4 Gesellschaftsrecht für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliches Modell

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

¹¹² MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 15 GmbHG Rn. 428; BeckOK GmbHG, 39. Ed. 1.5.2019, § 15 Rn. 155; MhLS GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 152; a.A.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Auflage 2016, § 15 Rn. 81, § 45 Rn. 9; Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 15 Rn. 252.

¹¹³ Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 37 Rn. 20.

¹¹⁴ Emmerich/Habersack, Aktien-/GmbH-KonzernR 9. Aufl. 2019, § 291 AktG Rn. 13; MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, Anhang zu § 13 Rn. 677.

¹¹⁵ MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, Anhang zu § 13 Rn. 678; Emmerich/Habersack, Aktien-/GmbH-KonzernR 9. Aufl. 2019, § 291 AktG Rn. 24a.

¹¹⁶ Emmerich/Habersack, Aktien-/GmbH-KonzernR 9. Aufl. 2019, § 291 AktG Rn. 24ff; MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018, Anhang zu § 13 Rn. 672ff.

und dem neuen privaten Gesellschafter sowie dem Land Nordrhein-Westfalen jeweils Geschäftsanteilskaufverträge über bestimmte Geschäftsanteile abgeschlossen werden. Für letztere Alternative ist die Mitwirkung der jetzigen Gesellschafter der EA.NRW erforderlich, eine direkte vertragliche Verpflichtung der agiplan GmbH und der ee energy engineers GmbH zum Verkauf der Geschäftsanteile besteht insoweit nicht.

Hält das Land über 50 Prozent der Geschäftsanteile (Stimmen) an der EA.NRW, kann das Land sich als Mehrheitsgesellschafter weitgehend bei Gesellschafterbeschlüssen über Weisungen an die Geschäftsführung der EA.NRW durchsetzen, allerdings – im Unterschied zur alleinigen Anteilsinhaberschaft - zum Schutz des oder der Minderheitsgesellschafter unter Beachtung des Schädigungsverbotes. Für besonders bedeutsame, teils gesetzlich festgeschriebene Entscheidungen oder für Satzungsänderungen der EA.NRW muss jedoch eine Einigung mit dem oder den weiteren Gesellschaftern gefunden werden. Im Übrigen sind die Rechte der Gesellschafter einer GmbH jedoch weitgehend frei regelbar und es besteht ein weiter Gestaltungsspielraum. Möglich sind zum Beispiel Vetorechte zugunsten eines Gesellschafter, Einstimmigkeitserfordernisse oder Stimmrechtsverteilungen, die nicht der anteiligen Beteiligung entsprechen etc. Dabei sind aber die – sehr offenen - Vorgaben für die Gestaltung der Satzung und die Ausgestaltung der Beteiligung im Public Corporate Governance Kodex des Landes NRW sowie dem Haushaltsrecht zu beachten.

Ist das Land Nordrhein-Westfalen Mehrheitsgesellschafterin stehen wie oben unten Variante 2 – Landesgesellschaft - dargelegt dem Land besondere Prüfrechte zu nach § 53 HGrG zu. Mit Dreiviertelmehrheit können zudem besondere Einsichts- und Informationsrechte für die Rechnungsprüfungsbehörde in der Satzung verankert werden.

Im Hinblick auf das Erfordernis einer Fusionskontrollfreigabe gelten die obigen Ausführungen. Bei Variante 4 (Gemischtwirtschaftliches Modell) gelten jedoch die EA.NRW, der Erwerber und das Land Nordrhein-Westfalen als Beteiligte, deren Umsätze zu berücksichtigen sind.

4.8.5 Gesellschaftsrecht für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Erfolgt die Ausschreibung im Wege der kombinierten Vergabe mit der Auflage an den oder die Bieter, eine neue GmbH zu gründen, wird die Kaufoption des Landes Nordrhein-Westfalen nicht ausgeübt. Die derzeitige EA.NRW verbleibt bei ihren jetzigen Gesellschaftern und muss lediglich ihre Firma ändern. Die weitere Nutzung der Gesellschaft oder deren Liquidation ist den Gesellschaftern überlassen.

Der oder die erfolgreichen Bieter erwerben durch Kauf einer Vorratsgesellschaft oder durch eigene Gründung eine neue GmbH und müssen diese selbst mit den erforderlichen Sach- und Personalmitteln ausstatten. Eine Übernahme von Mitarbeitern von der jetzigen EA.NRW ist in diesem Modell im Grundsatz nicht vorgesehen. Zur Absicherung des Landes Nordrhein-Westfalen ist wie beim derzeitigen Modell mit der oder den Bietern eine Call-Option zum Rückwerb der gegründeten Gesellschaft nach Ablauf der Vertragslaufzeit abzuschließen.

Aufgrund der fehlenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung hat das Land Nordrhein-Westfalen in Variante 5 keine unmittelbaren Weisungs- und Kontrollbefugnisse gegenüber der neu gegründeten GmbH. Möglich ist die Vereinbarung vertraglicher Zustimmung- und Einflussrechte zugunsten des Landes. Die Vereinbarung derartiger Rechte sollte jedoch nur in den oben unter Ziffer 4.8.3 zu Variante 3 dargestellten Grenzen erfolgen. Da die Grenzen zulässiger Einflussrechte für gesellschaftsrechtlich Außenstehende im Einzelnen umstritten sind, verbleiben bei der Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung rechtliche Risiken, insbesondere das Risiko eines verdeckten Beherrschungsvertrages (siehe dazu näher unter Ziffer 4.8.3). Die Einflussrechte sollten daher jedenfalls nicht so weitgehend sein, dass sie zu einer gesellschaftergleichen Position des Landes Nordrhein-Westfalen führen.

4.8.6 Gesellschaftsrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Gesellschaftsrechtliche Aspekte spielen bei Variante 6 zunächst keine Rolle. Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Möglichkeiten zur Vereinbarung von Einflussrechten des Landes bei Variante 6 noch eingeschränkter sind als in den Varianten 3 und 5. In Variante 6 kann nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine allein dem Projekt EA.NRW dienende juristische Person existiert. Vielmehr ist bei dieser Variante davon auszugehen, dass der oder die erfolgreichen Bietergesellschaften weitere Unternehmenszwecke verfolgen als lediglich die sich aus dem Projekt EA.NRW ergebenden. Einflussrechte auf die Gesellschaft selbst zugunsten des Landes Nordrhein-Westfalen dürften daher nicht in Frage kommen.

4.8.7 Gesellschaftsrecht für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

4.8.7.1 Notwendige Schritte zu Variante 7

Bei Variante 7 soll eine neue GmbH entstehen, die zu 100% vom Land Nordrhein-Westfalen gehalten wird. Dazu erwirbt das Land entweder eine Vorratsgesellschaft oder gründet selbst durch notariell zu beurkundenden Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung im Handelsregister eine GmbH. Diese Gesellschaft muss dann mit den erforderlichen Sach- und Personalmitteln ausgestattet werden.

Die Kaufoption des Landes Nordrhein-Westfalen wird in diesem Modell (jedenfalls zunächst) nicht ausgeübt. Die derzeitige EA.NRW verbleibt bei ihren jetzigen Gesellschaftern und muss lediglich ihre Firma ändern. Die weitere Nutzung der jetzigen EA.NRW oder deren Liquidation ist den Gesellschaftern überlassen.

Eine Übernahme von Mitarbeitern der jetzigen EA.NRW ist in diesem Modell nicht automatisch vorgesehen. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass Arbeitnehmer der jetzigen EA.NRW sich auf Stellenausschreibungen der neu gegründeten Landesgesellschaft bewerben und nach Durchlauf des Bewerbungsverfahrens Arbeitsverträge mit der neu gegründeten Landesgesellschaft eingehen und damit „übernommen“ werden. Derartige „Abwerbungen“ sind dann zulässig, wenn sie sich im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Grenzen bewegen, also insbesondere nicht mit verwerflichen Mitteln oder mit verwerflicher Zwecksetzung erfolgen.

Sollte eine Rekrutierung geeigneten Personals am Markt sich als schwierig erweisen, bleibt bis zum Ablauf der Frist ein Erwerb der jetzigen EA.NRW durch Ausübung der Kaufoption möglich. Der Erwerb erfolgt durch schriftliche Erklärung des Landes Nordrhein-Westfalen gegenüber der Bietergemeinschaft bis zum Ablauf der festen Laufzeit des Rahmenvertrages (Ziffer 4 KaufopV), also aufgrund der erfolgten Verlängerung des Rahmenvertrages bis zum 31. Dezember 2021. Im Anschluss an den Erwerb durch das Land Nordrhein-Westfalen könnte die EA.NRW auf die neu gegründete Landesgesellschaft verschmolzen werden. Sollte eine Ausübung der Kaufoption erfolgen, gelten die Hinweise zu Variante 2 (Landesgesellschaft).

4.8.7.2 Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Variante 7

Die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) unterscheidet sich von einem Erwerb der jetzigen EA.NRW durch Ausübung der Kaufoption, also Variante 2 (Landesgesellschaft), im Wesentlichen dadurch, dass keine Risiken aus der bestehenden EA.NRW auf das Land Nordrhein-Westfalen übergehen können. Ferner entfällt die Zahlung des Kaufpreises in Höhe von EUR 25.000,00, dafür ist aber das Stammkapital einzuzahlen.

Sofern es nicht, wie unter Ziffer 4.7.7 beschrieben, zu einem Betriebsübergang kommt, gehen also nicht alle der jetzigen EA.NRW zurechenbaren Arbeitsverhältnisse auf die neue Landesgesellschaft über. Auch Vermögen und Verbindlichkeiten, Aktiva und Passiva und vor allem Verträge der jetzigen EA.NRW gehen nicht auf eine neu gegründete Landesgesellschaft über. Kommt es unter den oben bezeichneten Voraussetzungen zu

einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB, gehen zwar sämtliche Arbeitsverhältnisse über, aber nicht wie bei Ausübung der Kaufoption auch alle sonstigen Verträge der jetzigen EA.NRW, ihre Aktiva und Passiva.

In Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) besteht das Risiko, dass jetzige Schlüssel-Arbeitnehmer der EA.NRW beispielweise wegen abweichender Gehaltsstrukturen oder aus anderen Gründen nicht in eine neu gegründete Landesgesellschaft wechseln wollen und Bewerber, die bislang nicht für die EA.NRW tätig geworden sind, zunächst entsprechendes Know-how aufbauen müssen. Eine praktische Herausforderung in der Umsetzung von Variante 7 liegt darin, dass die neu gegründete Landesgesellschaft genau zum Stichtag 01.01.2022 die bisherigen Aufgaben der EA.NRW übernehmen muss, bis zu diesem Stichtag aber die EA.NRW in der Verantwortung verbleibt.

4.8.7.3 Zusammenschlusskontrolle für Variante 7

Fusionskontrollrechtliche Aspekte sind bei Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) relevant, wenn das Vorhaben des Landes, Variante 7 umzusetzen, ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne von § 37 GWB darstellen würde, weil es im Kern ebenso wie die anderen Varianten darauf abzielt, die EA.NRW zu übernehmen, nämlich in der Erwartung, dass die Mitarbeiter, die den Betrieb der EA.NRW aufrechterhalten, zur neuen Landesgesellschaft wechseln.

Ein Zusammenschluss im Sinne von § 37 Absatz 1 Nr. 1 GWB – Vermögenserwerb – liegt allerdings nicht vor, wenn die neue Landesgesellschaft vertraglich keine Sachen oder Rechte der jetzigen EA.NRW erwirbt.¹¹⁷ Der Begriff des „Vermögens“ i.S.v. § 37 Absatz 1 Nr.1 GWB ist weit auszulegen, knüpft aber im Ergebnis immer an den Erwerb von Sachen oder Rechten an. Aber auch reine Geschäftschancen, wie Kundenbeziehungen, zählen zum Vermögen eines Unternehmens in diesem Sinne. Zu den derzeit diskutierten Sonderfallgruppen zur Frage eines Vermögenserwerbs besteht jedenfalls Einigkeit, dass durch die Beendigung des Auftrags an den jetzigen Auftraggeber und die Neuerteilung an die neue Landesgesellschaft für sich genommen kein Zusammenschlusstatbestand erfüllt wird. Solange es hiernach mit der geplanten Übernahme von Mitarbeitern nicht auch zur Übernahme von wesentlichen sachlichen Mitteln kommt, welche der gegenwärtige Auftragnehmer für die Leistungserbringung nutzt, liegt kein Vermögenserwerb vor. Selbst bei einer – indirekten – Übernahme von derartigem Know-how und sonstigen essentiellen Mitteln für die Tätigkeit der Energieagentur liegt u.E. kein Zusammenschluss vor, weil der Marktbezug der Agentur ausschließlich zum Land Nordrhein-Westfalen besteht. Der Fall ist in seiner Grundkonstellation also ein Outsourcing-Fall. Das Land lagert eine bestimmte Funktion an einen Dritten aus. Das Bundeskartellamt stellt auch hier auf die Übernahme von Sachmitteln ab und einen dadurch generierten Außenumsatz. Da die Energieagentur keinen (nennenswerten) Außenumsatz erzielt, sondern es sich im Verhältnis zum Land letztlich nur um eine Rückholung einer vormals ausgegliederten Funktion handelt, liegt auch aus diesem Grund kein Vermögenserwerb im Sinne von § 37 Absatz 1 Nr. 1 GWB vor. Weitere Zusammenschlusstatbestände kommen nicht in Betracht.

¹¹⁷ Im Rahmen dieses Variantenvergleichs und entsprechend der Ausführungen aus der Telefonkonferenz vom 01.04.2020 gehen wir davon aus, dass das Land Nordrhein-Westfalen nicht die Absicht hat, (1) Sachen und/oder Rechte von der EA.NRW (oder ihren Gesellschaftern) zu erwerben und (2) von der Möglichkeit des § 18 Abs.2 des Rahmenvertrags zur Überleitung von bestehenden Verträgen Gebrauch zu machen; sollte dies in Zukunft doch der Fall sein, sollten die rechtlichen Auswirkungen eines entsprechenden Erwerbs und/oder Überleitung von Verträgen und dessen konkreten Umfangs insbesondere hinsichtlich der Thematik des Betriebsübergangs aber auch fusionskontrollrechtlichen Fragestellungen erneut betrachtet werden.

4.9 Datenschutzrecht

4.9.1 Grundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten

Aufgrund der Datenschutzgrundverordnung („**DSGVO**“) gilt für die Datenverarbeitung von personenbezogenen Daten, das heißt von allen Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das bedeutet, dass jede Erhebung, Speicherung oder Übermittlung dieser Daten einer Rechtfertigungsgrundlage bedarf.

Eine Rechtfertigungsgrundlage bieten insbesondere die verschiedenen Varianten des Artikel 6 Abs. 1 lit. a bis f DSGVO. Im Rahmen von privatrechtlich organisierten Verantwortlichen (d.h. Stellen, die die Daten verarbeiten) kann die Datenerhebung in der Regel auf eine dieser Alternativen gestützt werden – z.B. eine Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder auf die Erfüllung eines Vertrages (Art. 6 Abs.1 lit. b DSGVO). Für bestimmte Bereiche, wie den Bereich der Beschäftigtendaten gibt es zudem konkretisierende Normen im Bundesdatenschutzgesetz („**BDSG**“). Für den Beschäftigtendatenschutz ist diesbezüglich Art. 88 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG einschlägig. Hiernach dürfen Beschäftigtendaten insbesondere für die Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses genutzt werden.

Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e DSGVO i.V.m. § 3 Abs. 1 Datenschutzgesetz NRW („**DSG NRW**“) ist für öffentliche Stellen eine Datenverarbeitung zulässig, wenn sie für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe der verarbeitenden Stelle erforderlich ist oder wenn sie in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde. Gibt es bereichsspezifische Regelungen, gehen diese allerdings vor. § 18 DSG NRW regelt den Umgang mit Beschäftigtendaten.

4.9.2 Übermittlung personenbezogener Beschäftigtendaten

Entsprechend der uns übermittelten Stellungnahmen ist die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit NRW („**LDI NRW**“) der Auffassung, dass die Übermittlung der personenbezogenen Daten der Mitarbeiter an das MWIDE und die ZGS im Rahmen der Rechnungsstellung in der Form, in der sie gegenwärtig stattfindet (vgl. Ziffer 2.1oben), nicht rechtmäßig ist. Sie empfiehlt der EA.NRW, die personenbezogenen Daten der Mitarbeiter vor der Übermittlung zu anonymisieren und zu aggregieren, sodass ein Rückschluss auf den einzelnen Mitarbeiter nicht mehr möglich ist.

Diese Auffassung widerspricht der uns mitgeteilten Position der EFRE-Verwaltungsbehörde sowie der EFRE-Prüfbehörde zur Rechnungslegung (derzeit jedoch intern in der Diskussion), die in §§ 6.1 und 6.2 RV umgesetzt wurden. Nach aktueller Ansicht der EFRE-Verwaltungsbehörde sowie der EFRE-Prüfbehörde ist die konkrete Benennung der Personen, die Leistungen im Rahmen von EFRE-geförderten Vorhaben des Landes NRW (Begünstigte) erbringen, erforderlich.

4.9.2.1 Rechtfertigungsansätze hinsichtlich der Übermittlung der Beschäftigtendaten

Festzuhalten ist zunächst, dass der zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW geschlossene Rahmenvertrag keine ausreichende Rechtfertigungsgrundlage für die oben dargestellte Datenübermittlung der Mitarbeiterdaten darstellt. Eine vertragliche Verpflichtung kann grundsätzlich nur dann wirksame Rechtsgrundlage sein, wenn sie zwischen dem von der Datenverarbeitung Betroffenen und dem Verarbeitenden geschlossen wurde, hier also zwischen der EA.NRW und den betroffenen Mitarbeitern. Der Rahmenvertrag erfüllt diese Voraussetzung nicht, da die Mitarbeiter nicht Vertragspartei sind. In diesem zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der EA.NRW geschlossenen Vertrag wird vielmehr über personenbezogene Daten Dritter, nämlich die der Mitarbeiter, verfügt.

Die EFRE-Verwaltungsbehörde stützt das Erfordernis der Datenübermittlung auf die Verordnung (EU) 1303/2013, insbesondere die in Art. 125 Abs. 4 a normierte Pflicht zur Überprüfung, ob die von ihr kofinanzierten (Dienst)Leistungen tatsächlich erbracht wurden. Es kann daher angenommen werden, dass die Datenübermittlung auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO erfolgt, die somit gerechtfertigt ist. Dieser Position wird in der aktuellen Diskussion mit der LDI NRW entgegengehalten, dass sich aus der Verordnung, insbesondere aus Art. 125 Verordnung (EU) 1303/2013, keine konkrete Pflicht zur Übermittlung personenbezogener Daten ergibt, sondern lediglich die abstrakte Verpflichtung zur Prüfung (Auch in dem Entwurf der neuen Dach-VO finden sich keine solchen konkreten Verpflichtungen, vielmehr findet sich eine dem Art. 125 Abs. 4 a Verordnung (EU) 1303/2013 ähnliche Regelung in Art. 68 Abs. 1 Dach-VO). Eine rechtliche Verpflichtung wäre vorliegend nur dann eine ausreichende Rechtsgrundlage, wenn sie explizit die Übermittlung konkreter Daten forderte. Die Verordnung (EU) 1303/2013 wird allerdings durch die Rahmenrichtlinie über die Gewährung von Zuwendungen aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung im Zielbereich Investitionen in Wachstum und Beschäftigung (EFRE) in der Förderperiode 2014-2020 im Land Nordrhein-Westfalen („EFRE-RRL“) ergänzt und konkretisiert. Zwar handelt es bei der EFRE-RRL nur um eine Verwaltungsvorschrift, aus ihr geht jedoch das Erfordernis der konkreten Übermittlung hervor. Danach dürfen die Zuwendungen nur soweit und nicht eher ausgezahlt werden, als die zuwendungsfähigen Ausgaben von der Zuwendungsempfängerin getätigt, zahlenmäßig nachgewiesen und von der ZGS geprüft wurden (vgl. Ziffer 7.1 EFRE-RRL). Außerdem heißt es: *„Mitarbeiterinnen werden anhand [...von] Leistungsgruppen einem Monats- oder Stundensatz zugeordnet. Die Eingruppierung erfolgt anhand einer Funktionsbeschreibung für die betreffende Mitarbeiterin im Antrag und durch Vorlage des Arbeitsvertrages sowie ggfls. durch die Vorlage von Qualifizierungsnachweisen“* (vgl. Ziffer 5.4.4 EFRE-RRL). Dies ist der Position der LDI NRW entgegenzusetzen, weshalb Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO als Rechtsgrundlage für die Übermittlung in Betracht kommt.

Unabhängig von der Beachtung EFRE-spezifischer Regelungen erfolgt die Prüfung der Rechnungen durch die Einzelvertragsverantwortlichen grundsätzlich auf der Grundlage haushaltsrechtlicher Vorschriften, so dass auch hier der Erlaubnistatbestand Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO als Rechtsgrundlage für die Übermittlung in Betracht kommt. Hierbei ist insbesondere auf die Notwendigkeit der Einhaltung der Vorschriften gemäß Anlage 4 zu Nr. 9.2 zu § 79 LHO hinzuweisen. Anlage 4 enthält unter Tz. 2.2 detaillierte Ausführungen zu den Verantwortlichkeiten im Zusammenhang mit der Prüfung und der Bestätigung der rechnerischen und der sachlichen Richtigkeit.

Mit der Feststellung der sachlichen Richtigkeit kann nur beauftragt werden, wer dazu befähigt ist, alle Sachverhalte, deren Richtigkeit zu bescheinigen ist, zu überblicken und zu beurteilen. Da die Leistungen der EA.NRW nicht ausschließlich dem Auftraggeber Land Nordrhein-Westfalen und damit auch nicht dem rechnungsprüfenden Einzelauftragsverantwortlichen gegenüber erbracht werden und es sich bei der Leistungserbringung auch vielfach nicht um ein zu beurteilendes Werk (z.B. eine Studie) handelt, muss der jeweilige Einzelauftragsverantwortliche im Rahmen seiner Prüfung mit anderen Mitteln einen Überblick erlangen, um die in Rechnung gestellte Leistung beurteilen zu können. Hierzu dienen u.a. monatliche Arbeitsberichte (sog. StatusChecks), aber auch die namentliche Nennung der die Leistung erbringenden Mitarbeiter(innen) der EA.NRW in den Vergütungsrechnungen.

Ohne eine konkrete Namensnennung (z.B. bei Anonymisierung oder Pseudonymisierung der Angaben) wird dem Einzelauftragsverantwortlichen ein essenzieller Teil seiner Überprüfungsmöglichkeit genommen. Er kann die in Rechnung gestellten Leistungen nicht mehr überblicken und beurteilen. Eine Bescheinigung der sachlichen Richtigkeit ist damit nicht mehr möglich.

Die konkrete Namensnennung in den Vergütungsrechnungen ermöglicht darüber hinaus auch die Vornahme eventuell erforderlicher Korrekturen bei irrtümlicher Falschabrechnung von Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern.

Außerdem kann durch die Namensnennung auch sichergestellt werden, dass einerseits eine projektscharfe Zuordnung der erbrachten Leistungen, und andererseits keine Mehrfachabrechnung von Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern erfolgt, wenn diese jeweils zeitanteilig in mehreren Einzelaufträgen tätig geworden sind.

Hält die LDI NRW jedoch an ihrem Standpunkt diesbezüglich fest, so kann die Datenübermittlung auch gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt sein. Gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO kann die Datenübermittlung gerechtfertigt sein, wenn sie zur Wahrung der eigenen berechtigten Interessen erforderlich ist. In diesem Zusammenhang muss eine Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen von EA.NRW einerseits und den betroffenen Mitarbeitern andererseits stattfinden. An dieser Stelle ist das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen in Form des informationellen Selbstbestimmungsrechts dem Interesse des Verantwortlichen, hier der EA.NRW, an der Übermittlung gegenüberzustellen.

Im vorliegenden Sachverhalt ist festzustellen, dass der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter von sehr geringer Intensität ist. Die Nennung von Namen, Qualifikationsstufe und der Stundenanzahl der Tätigkeit, in der der Mitarbeiter beschäftigt ist, betrifft ausschließlich die Sozialsphäre der Betroffenen. Zudem ist zu beachten, dass es sich um den beruflichen Kontext handelt und die Beschreibung der Tätigkeit in einem sehr abstrakten Maße erfolgt. So wird eine Tätigkeit nach unserem Kenntnisstand etwa als „Öffentlichkeitsarbeit“, „Projektarbeit“ oder „Netzwerkmanagement“ beschrieben. Nähere Rückschlüsse auf die konkrete Tätigkeit der Person können insofern nicht gezogen werden. Es ist darüber hinaus zu beachten, dass die Datenweitergabe, durch die EA.NRW für die Mitarbeiter transparent und offen dargelegt wird. Die Mitarbeiter wissen, dass die EA.NRW im Auftrag der Landesregierung operiert und durch Drittmittel kofinanziert wird, sie wissen auch, dass dies der Grund für die Weitergabe ihrer Daten aus dem Zeiterfassungssystem an die genannten Stellen ist.

Der wirtschaftliche Erfolg der aktuellen EA.NRW hängt entscheidend davon ab, ob eine Finanzierung durch Fördermittel aus dem EFRE erfolgen kann. Die Finanzierung der Einzelprojekte steht und fällt aktuell mit der Kofinanzierung durch EFRE. Aufgrund der aktuellen Position der EFRE-Verwaltungsbehörde sowie der EFRE-Prüfbehörde werden die Fördermittel für die Einzelaufträge (Vorhaben) nur an das Land Nordrhein-Westfalen vertreten durch das MWIDE als Begünstigte ausgekehrt, wenn die ZGS sowie das MWIDE und zwecks Einzelfallprüfung auch die EFRE-Prüfbehörde die Tätigkeiten der einzelnen, abgerechneten Mitarbeiter bestätigen können und dafür Einblicke in die Daten genommen haben. Da die Höhe der Fördermittel von der Mitarbeiterstruktur, der Arbeitszeiten und den Qualifikationen der im Projekt arbeitenden Mitarbeiter abhängt, besteht an der Datenübermittlung vorliegen im Grundsatz ein berechtigtes Interesse.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Weitergabe von strukturellen Daten beratender Arbeitnehmer in vielen Bereichen üblich und erforderlich ist, insbesondere, wenn auf Stundenbasis abgerechnet wird, weil der Geschäftspartner ein berechtigtes Interesse daran hat, zu wissen, wer mit welcher Qualifikation wie lange für ihn gearbeitet hat.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass vorliegend für die Übermittlung der Beschäftigtendaten Rechtfertigungsmöglichkeiten der DSGVO – insb. Art. 6 Abs. 1 lit. c und Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO – vorliegen. Bei der stets gebotenen Einzelfallabwägung sowie unter Berücksichtigung fehlender einschlägiger Rechtsprechung kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die LDI NRW oder auch Gerichte eine andere Positionen einnehmen (bzw. beibehalten) und die derzeit erfolgende Übermittlung personenbezogener Daten als Verletzung gegen Datenschutzvorschriften bewerten.

4.9.2.2 **Potenzielle Sanktionen bei Feststellung eines Verstoßes gegen Datenschutzvorschriften**

Es ist zu berücksichtigen, dass die Aufsichtsbehörden auf Grundlage der DSGVO weiterreichende Anordnungs- und Untersuchungsbefugnisse haben, um einen ihres Erachtens datenschutzkonformen Zustand herzustellen (vgl. Art 58 DSGVO). So können sie u.a. den Verantwortlichen anweisen, Verarbeitungsvorgänge gegebenenfalls auf bestimmte Weise und innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Einklang mit der DSGVO zu bringen oder eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, anordnen. Zudem können Bußgelder verhängt werden. Der Bußgeldrahmen gemäß der DSGVO liegt bei bis zu 20 Millionen Euro bzw. 4 % des weltweiten Jahresumsatzes eines Konzerns bzw. Unternehmens. Hierbei werden insbesondere Art, Schwere und Dauer des Verstoßes berücksichtigt. Darüber hinaus berücksichtigen Behörden bei der Bestimmung der Bußgeldhöhe regelmäßig den Grad der Verantwortung unter Berücksichtigung der getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen, etwaige einschlägige frühere Verstöße, den Umfang der Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde, um dem Verstoß abzuweichen und seine möglichen nachteiligen Auswirkungen zu mindern. Vor dem Hintergrund, dass sich seit Geltung der DSGVO noch keine Bußgeldpraxis entwickelt hat, können keine genauen Angaben zu möglichen Bußgeldhöhen gemacht werden, falls entgegen der oben dargestellten Rechtfertigungsansätze ein Verstoß gegen Datenschutzvorschriften festgestellt würde. Allerdings ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Weitergabe der Mitarbeiterdaten auf Grund von rechtlichen Verpflichtungen erfolgt. Laut EFRE-Prüfbehörde wird die Finanzierung der Einzelaufträge und damit die wirtschaftliche Existenz der EA.NRW von der Offenlegung der Beschäftigtendaten abhängig gemacht. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Weitergabe auf Grund haushaltsrechtlicher Vorgaben gerechtfertigt ist. Außerdem haben sich die Beteiligten stets kooperationsbereit gezeigt und mehrfach versucht, auf eine gemeinsame Lösung zwischen LDI NRW, EA.NRW und der EFRE-Verwaltungs- und Prüfbehörde hinzuwirken. Letztlich ist zu erwähnen, dass das bislang höchste Bußgeld - welches jüngst verhängt wurde - in Deutschland unter der DSGVO 200.000 EUR betrug. Ist es daher kaum zu erwarten, dass ein Bußgeld vor dem Hintergrund des dargestellten Sachverhalts verhängt wird, es kann jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Gegen ein Bußgeld kann sodann gerichtlich vorgegangen werden. Ein Bußgeld kann gleichermaßen gegen ein Unternehmen sowie gegen Behörden verhängt werden. Zudem kann die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Betroffener, d.h. der Mitarbeiter, nicht ausgeschlossen werden.

4.9.2.3 **Empfehlung**

Aufgrund des Status quo wäre eine Einigung zwischen LDI NRW, EA.NRW sowie der EFRE-Verwaltungsbehörde und der EFRE-Prüfbehörde empfehlenswert, mit dem Ergebnis, dass die LDI NRW dem bisherigen Abrechnungssystem zustimmt. Sofern weiterhin datenschutzrechtliche Bedenken der LDI NRW bestehen, könnte das Abrechnungssystem in Abstimmung mit ihr derart verändert werden, dass es datenschutzkonform ist und den Bedenken der LDI NRW Rechnung trägt, gleichzeitig aber hinreichende Möglichkeiten zur Überprüfung der abgerechneten Leistungen bestehen bleiben. Es ist zu erwarten, dass die LDI NRW in dieser Hinsicht kompromissbereit sein wird.

4.9.3 **Variantenvergleich**

Sowohl die Erhebung von personenbezogenen Daten als auch die Datenübermittlung bedarf in allen Varianten der Organisation der EA.NRW einer Rechtfertigungsgrundlage.

Die anwendbaren Rechtfertigungsgrundlagen, an denen eine Erhebung und Übermittlung der Daten zu messen sein wird, werden sich je nach Variante, ob öffentlich- oder privatrechtlich organisiert oder bei der rein vertraglichen Variante, unterscheiden (vgl. oben Ziffer 4.9.1). Im Ergebnis wird es jedoch bei allen Varianten

bezüglich der Übermittlung der Mitarbeiterdaten auf eine Prüfung der Interessenabwägung im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ankommen.

Einzig die Erhebung von personenbezogenen Daten der eigenen Mitarbeiter durch eine EA.NRW, die in die öffentliche Verwaltung des Landes NRW eingegliedert wird (Variante 1) kann hier aufgrund des dann unmittelbar bestehenden Vertragsverhältnisses leichter zu begründen sein.

Wird die EA.NRW in das MWIDE selbst eingegliedert, ist hier zu beachten, dass selbst eine Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Behörde grundsätzlich an § 3 DSG NRW gemessen werden muss, d.h. sie muss für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe der verarbeitenden Stelle erforderlich sein. Das Kriterium der Erforderlichkeit ist Ausfluss des Gebots der Datensparsamkeit und Datenminimierung. Ob eine Verarbeitung erforderlich ist, das heißt auch ob die Daten innerhalb der Behörde, außer zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses zu anderen Zwecken – nämlich der Ermittlung von Qualifikationsstufen und der Abrechnung gegenüber der EFRE-Verwaltungsbehörde erforderlich ist, muss anhand dieser Abwägung ermittelt werden. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Mitarbeiter Beamte oder Angestellte sind.

Für die Übermittlung der Daten an die ZGS und ggfs. die EFRE-Prüfbehörde stellt sich in allen Varianten die Frage nach der Erforderlichkeit. Die ZGS sowie auch die EFRE-Prüfbehörde, die im Finanzministerium eingegliedert ist, sind jeweils als selbstständiger Verantwortlicher im Sinne der DSGVO einzustufen. Eine Datenübermittlung an diese Stellen bedarf insofern einer gesonderten Rechtfertigung. Diese läuft im Ergebnis auch zwischen öffentlichen Stellen auf eine Interessenabwägung hinaus (für öffentliche Stellen dann auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. § 3 Abs. 1 DSG NRW).

Im Ergebnis ist daher in jeder Variante eine Interessenabwägung bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich, bei der die oben genannten Kriterien angelegt werden müssen und Argumentationsansätze berücksichtigt werden können.

Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die LDI NRW den Sachverhalt bei einer Datenverarbeitung im Falle einer öffentlich-rechtlichen EA.NRW die in die Landesverwaltung eingegliedert ist (Variante 1) anders beurteilen wird als den Status Quo.

Im Ergebnis ist im Hinblick auf den Datenschutz jedoch keine Variante einer anderen vorzuziehen.

4.10 Markenrecht für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

In Variante 6 wird „lediglich“ ein neuer Rahmenvertrag mit dem erfolgreichen Bieter abgeschlossen. Dieser wird jedoch nicht dazu verpflichtet, eine eigenständige Gesellschaft zur Erfüllung des Rahmenvertrags und der Einzelaufträge zu gründen, sondern bleibt weiterhin unter seinem bisherigen Firmennamen tätig. Dennoch soll er nach außen gegenüber Bürgern, Kommunen und Unternehmen unter der Marke „EnergieAgentur.NRW“ auftreten.

Die Berechtigung und Verpflichtung des neuen Bieters, die Marke „EnergieAgentur.NRW“ für die Dauer des Rahmenvertrags zu nutzen, könnten im abzuschließenden Rahmenvertrag entsprechend vereinbart werden. Als Orientierung für die Ausgestaltung einer solchen Markenlizenz könnte Ziffer 24 des KoopV dienen. So sollte im abzuschließenden Rahmenvertrag vereinbart werden, dass der erfolgreiche Bieter das Recht und die Pflicht hat, die in dem Rahmenvertrag näher bezeichneten Dienstleistungen und Produkte unter der beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) eingetragenen Marke mit dem Aktenzeichen 3020130450779 „EnergieAgentur.NRW“ anzubieten, in den Verkehr zu bringen und zu bewerben, diese Marke auf Geschäftspapieren zu benutzen und sie zur Kennzeichnung von Vertragsprodukten bzw. -dienstleistungen zu verwenden.

Allerdings ist festzuhalten, dass es sich bei dieser Marke um eine Wort-Bildmarke handelt, die wie folgt gestaltet ist:



Strenggenommen würde sich das Recht und die Pflicht zur Nutzung der Marke auf die im Register dargestellte Form beziehen. Im Gegensatz zu Wortmarken wird der Schutzgegenstand der Wort-Bildmarke durch ihre grafische Gestaltung mitbestimmt. Es ist mithin nicht allein die Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ geschützt, sondern diese Bezeichnung nur in Kombination mit dem Logo, d.h. mit dem orangenen Punkt sowie den drei orangenen Bögen/Segeln.

Es könnte daher erwogen werden, den erfolgreichen Bieter im Rahmenvertrag zu berechtigen und zu verpflichten, auch die bloße Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ in geeigneter Form zu nutzen, um nicht auf die Nutzung der Wort-Bildmarke beschränkt zu sein.

Ferner könnte auch die Anmeldung einer Wortmarke „EnergieAgentur.NRW“ (ohne Logo) beim DPMA in Betracht gezogen werden, um auch diese an den erfolgreichen Bieter zu lizenzieren. Allerdings würde eine solche Anmeldung voraussichtlich wegen entgegenstehender Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 (fehlende Unterscheidungskraft) und Nr. 2 (beschreibende Angabe) MarkenG zurückgewiesen werden. Fehlende Unterscheidungskraft liegt vor, wenn das Zeichen im Verkehr nicht als Marke und damit als ein produktidentifizierendes Unterscheidungszeichen zur Individualisierung von Waren oder Dienstleistungen erkannt wird. Beschreibend, und damit nicht eintragungsfähig, ist ein Zeichen, das ausschließlich aus Angaben besteht, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Eine Recherche im Register des DPMA hat ergeben, dass das DPMA offenbar Wortmarken mit dem Bestandteil „Energieagentur“ und einem Hinweis auf eine bestimmte Region als beschreibend bzw. nicht unterscheidungskräftig ansieht. So wurden die Anmeldungen von diversen Wortmarken mit diesen Bestandteilen, u.a. „Energieagentur-Südwest“ (Az. 3020090192820) oder „energieagentur rhein-neckar“ (Az. 3020120329411), wegen der oben genannten Schutzhindernisse als nicht eintragungsfähig zurückgewiesen.

Bei der Nutzung der bloßen Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ und auch der Wort-Bildmarke müsste auch stets berücksichtigt werden, dass die Nutzung nur zur Kennzeichnung der in dem Rahmenvertrag näher bezeichneten Dienstleistungen und Produkte erfolgt und der Grundsatz der Firmenwahrheit gemäß § 18 Abs. 2 HGB nicht außer Acht gelassen wird. Die Nutzung der Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ dürfte daher nicht so weit gehen, dass sie über die eigentliche Identität des erfolgreichen Bieters irreführt. Daher muss weiterhin z.B. auf Geschäftspapieren, im Impressum des Internetauftritts etc. die Firma des erfolgreichen Bieters deutlich gemacht werden, um dem Grundsatz der Firmenwahrheit zu entsprechen.

Vor dem Hintergrund der voraussichtlich mangelnden Eintragungsfähigkeit einer Wortmarke „EnergieAgentur.NRW“ und möglichen Konflikten bei der Nutzung der bloßen Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ mit § 18 Abs. 2 HGB, ist es daher empfehlenswert, die Lizenzierung auf die Wort-Bildmarke „EnergieAgentur.NRW“ zu beschränken.

5 Nutzwertanalyse

Nach der rechtlichen Würdigung der sieben betrachteten Varianten erfolgt nunmehr deren qualitativer Vergleich mithilfe einer Nutzwertanalyse, um die geeignetste Organisationsform zu ermitteln.

Die Nutzwertmethode ist eine Analyseverfahren der Entscheidungstheorie und eignet sich zum Vergleich mehrerer Alternativen. Ihre Anwendung ermöglicht die Gegenüberstellung komplexer Handlungsalternativen auf Basis qualitativer Kriterien. Zur Durchführung der Nutzwertanalyse werden zunächst die relevanten Bewertungskriterien definiert sowie deren Gewichtung festgelegt. Jedes Kriterium wird entsprechend seiner Relevanz mit einem Prozentsatz gewichtet, deren Summe 100 ergeben muss. Zur Bewertung der Varianten wird ein eindeutig definierter Bewertungsmaßstab in Form eines Punktesystems festgelegt. Die einzelnen Varianten werden im Anschluss je Kriterium bewertet. Die Summe der Einzelgewichtungen je Variante ergibt ihre gewichtete Punktzahl. Die Varianten können somit in eine Rangfolge gebracht und die Auswahlentscheidung ermöglicht bzw. unterstützt werden.

Das Vorgehen zur Identifikation der am besten geeigneten Variante mittels Nutzwertmethode wird nachfolgend dargestellt und in den folgenden Abschnitten näher erläutert.



Abbildung 2: Vorgehen zur Identifikation der geeignetsten Organisationsform

5.1.1 Festlegung möglicher Organisationsformen

Die möglichen und zu betrachtenden sieben Varianten wurden wie oben beschrieben in Abstimmung mit dem MWIDE festgelegt (vgl. Ziff. 1 bzw. bzgl. der Ausgestaltung der Varianten Ziff. 3).

5.1.2 Definition und Gewichtung qualitativer Bewertungskriterien

In Abstimmung mit dem MWIDE, unter Berücksichtigung der aktualisierten Anforderungen an eine künftige EnergieAgentur.NRW sowie im Rückgriff auf die gleichgelagerten Arbeiten im Jahr 2013 wurden die nachfolgenden Nutzwertkriterien definiert. Bei keinem der Kriterien handelt es sich um ein Ja/Nein bzw. Ausschlusskriterium.

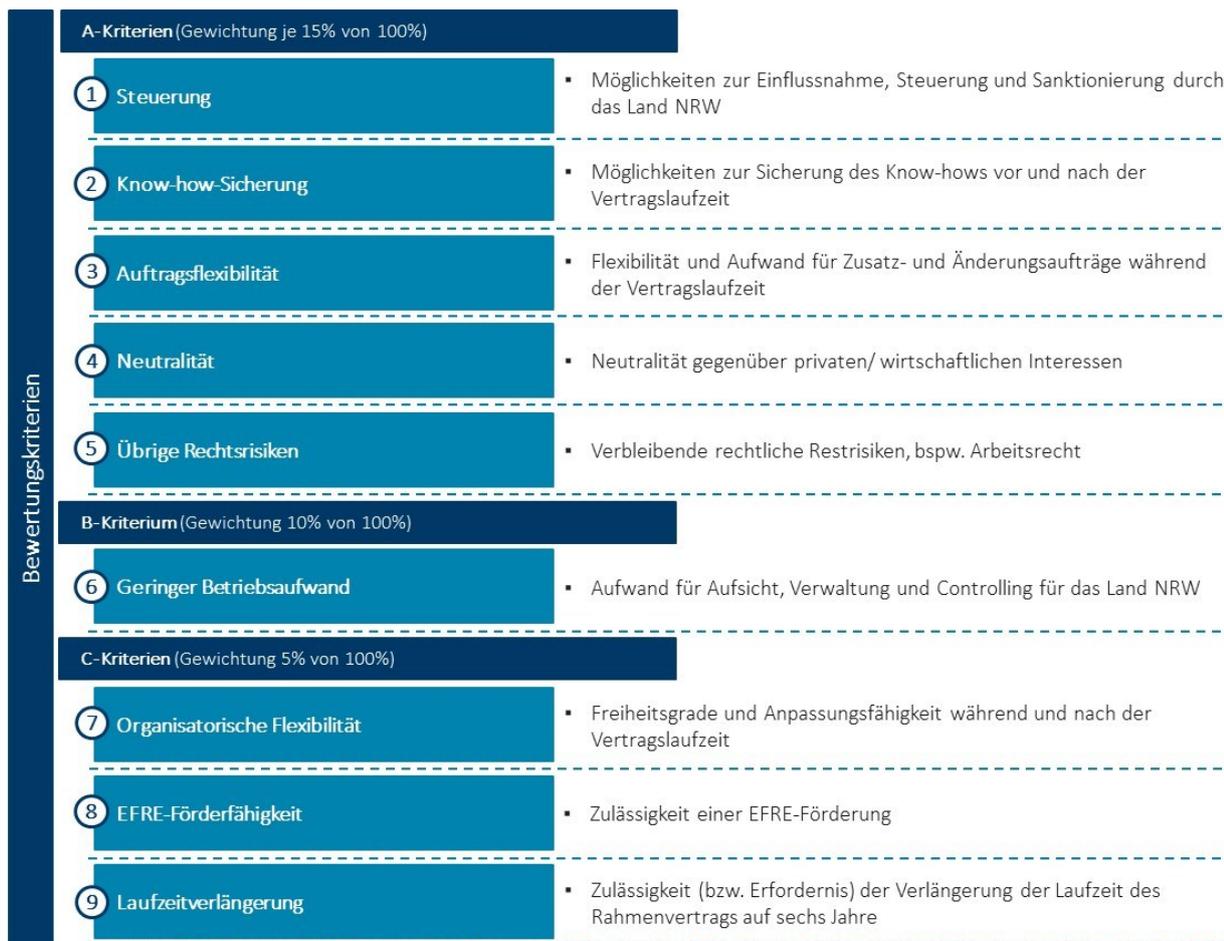


Abbildung 3: Kriterien der Nutzwertanalyse

Die A-Kriterien sind für das MWIDE von übergeordneter Bedeutung und werden jeweils mit 15% von 100% gewichtet. Das B-Kriterium ist von mittlerer Bedeutung und wird mit 10% von 100% gewichtet. Die nachrangigen C-Kriterien werden mit 5% von 100% gewichtet.

Die Aspekte, die je Kriterium bewertet werden sowie die Ausprägung bei der der jeweils höchste Nutzwert erzielt wird, sind wie folgt:

A-Kriterien: Gewichtung je 15% von 100%

— **Steuerung**

Bewertung, inwieweit die Variante Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land Nordrhein-Westfalen bietet. Je größer und je leichter durchsetzbar die Möglichkeiten, desto höher ist der Nutzwert.

— **Know-how-Sicherung**

Bewertung, inwieweit in der Variante das bestehende Know-how vor und nach der Vertragslaufzeit gesichert werden kann. Je leichter und besser das Know-how gesichert werden kann, desto höher ist der Nutzwert.

— **Auftragsflexibilität**

Bewertung, inwieweit die Variante Flexibilität für Zusatz- und Änderungsaufträge während der Vertragslaufzeit bietet und wie groß der erforderliche Aufwand ist. Je flexibler Zusatz- und Änderungsaufträge beauftragt werden können und je geringer der dafür erforderliche Aufwand ist, desto höher ist der Nutzwert.

— Neutralität

Bewertung, inwieweit die Variante neutral gegenüber privaten und/oder wirtschaftlichen Interessen ist bzw. wahrgenommen wird. Je besser die Neutralität ist bzw. wahrgenommen wird, durchsetzbar ist und sichergestellt werden kann, desto höher ist der Nutzwert.

— Übrige Rechtsrisiken

Bewertung, inwieweit in den Varianten rechtliche Risiken (insbesondere arbeitsrechtliche Risiken) verbleiben. Je geringer die Rechtsrisiken sind, desto höher ist der Nutzwert.

B-Kriterium: Gewichtung 10% von 100%

— Geringer Betriebsaufwand

Bewertung, inwieweit die Variante Aufwand für Aufsicht, Verwaltung und Controlling für das Land NRW verursacht/erfordert. Bewertet wird auch der anfängliche Aufwand für die Strukturierung/Gründung, Er-/Einrichtung der jeweiligen Variante. Je geringer der Aufwand, desto höher ist der Nutzwert.

C-Kriterien: Gewichtung 5% von 100%

— Organisatorische Flexibilität

Bewertung, inwieweit die Variante organisatorische Freiheitsgrade und Anpassungsfähigkeit während und nach der Vertragslaufzeit bietet. Je mehr Freiheitsgrade und je größer die Anpassungsfähigkeit sind, desto höher ist der Nutzwert.

— EFRE-Förderfähigkeit

Bewertung, ob die Variante eine EFRE-Förderung zulässt. Je größer die Wahrscheinlichkeit einer Förderfähigkeit ist, desto höher ist der Nutzwert.

— Laufzeitverlängerung des Rahmenvertrags

Bewertung, ob bei der Variante eine Verlängerung der Vertragslaufzeit des Rahmenvertrags (auf sechs Jahre) zulässig (bzw. überhaupt erforderlich) ist. Je größer die Wahrscheinlichkeit einer Zulässigkeit ist, desto höher ist der Nutzwert. Sofern für eine Variante keine Laufzeitverlängerung erforderlich ist, gilt das Kriterium als gänzlich erfüllt.

5.1.3 Qualitative Bewertung der Varianten / Ergebnis der Nutzwertanalyse

Die Varianten wurden anhand der o.g. Kriterien jeweils dahingehend bewertet, ob sie dieses nicht (0 Punkte), gering (1 Punkt), teilweise (2 Punkte), größtenteils (3 Punkte) oder gänzlich (4 Punkte) erfüllen. Dies erfolgte stets in Abwägung zu den betrachteten Varianten.

Die Bewertung, die sich unter Berücksichtigung der jeweiligen Gewichtung der Kriterien ergebenden Nutzwerte sowie die sich daraus ergebende Rangfolge der Varianten sind nachfolgend zusammenfassend dargestellt:

	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	Variante 7 – Neugründung Landesgesellschaft
	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung	Wertung
1 A) Steuerung	4	4	3	3	3	2	4
2 A) Know-how- Sicherung	1	3	3	3	0	0	2
3 A) Auftragsflexibilität	3	4	3	3	3	3	4
4 A) Neutralität	4	4	2	2	2	1	4
5 A) Übrige Rechtsrisiken	1	1	1	1	4	4	2
6 B) Geringer Betriebsaufwand	2	1	3	2	3	3	1
7 C) Organisatorische Flexibilität	1	2	4	3	4	4	2
8 C) EFRE- Förderfähigkeit	1	1	3	3	3	3	1
9 C) Laufzeit- verlängerung	4	4	2	2	2	2	4
Gesamtnutzwert (gewichtet)	2,45	2,85	2,55	2,40	2,55	2,25	2,85
Rang	5	1	3	6	3	7	1

Legende/Wertung:

- 4 Pkt. = Kriterium gänzlich erfüllt/ Nutzwert maximal
- 3 Pkt. = Kriterium größtenteils erfüllt/ Nutzwert groß
- 2 Pkt. = Kriterium teilweise erfüllt/ Nutzwert mittel
- 1 Pkt. = Kriterium gering erfüllt/ Nutzwert gering
- 0 Pkt. = Kriterium nicht erfüllt/ kein Nutzwert

Abbildung 4: Ergebnis der Nutzwertanalyse

Im Folgenden werden die Bewertungen zunächst der einzelnen Kriterien und anschließend zusammenfassend für jede der sieben Varianten ausgeführt.

5.1.4 Bewertung Variante 1 - Eingliederung in die Verwaltung

— **Steuerung** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Bei einer Eingliederung in die Verwaltung (gleich welche Untervariante) werden die Leistungen der EnergieAgentur.NRW vom Land Nordrhein-Westfalen selbst erbracht. Das Land hat mithin unmittelbaren Einfluss auf die Steuerung, die strategischen Ziele und Entscheidungen der EnergieAgentur.NRW sowie entsprechende Sanktionsmöglichkeiten des Personals. Die Variante liefert damit den höchsten Nutzwert.

— **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Unabhängig von der Untervariante ist bei einer Eingliederung in die Verwaltung die Sicherung des Know-hows (des Kernteams) von allen Varianten am schwierigsten, da nicht sichergestellt werden kann, dass die Mitarbeiter des Kernteams ohne deren individuelle Zustimmung übernommen werden können (vgl. Ziff. 4.7.1). Zwar könnte die Übernahme einzelner Mitarbeiter zu einem Betriebsübergang führen, in dessen Folge auch alle weiteren Arbeitsverhältnisse auf das Land übergehen. Auch dann bedürfte es jedoch deren individueller Zustimmung.

Um überhaupt Mitarbeiter in die Landesverwaltung zu übernehmen müssten im Vorfeld entsprechende Planstellen geschaffen werden. Dies dürfte mit entsprechendem zeitlichem Vorlauf gelingen.

Eine eingegliederte EnergieAgentur.NRW besteht – sofern das Land Nordrhein-Westfalen nichts Gegenteiliges beschließt – grundsätzlich fort; eine (Rahmenvertrags-) Laufzeit wie bei den Varianten 3 und 4 gibt es hier nicht. Das Know-how der dann beschäftigten Mitarbeiter ließe sich insoweit langfristig gut sichern.

In der Gesamtschau ist das Kriterium nur gering erfüllt und der Nutzwert somit ebenfalls nur gering bedarf. Der Nutzwert ist hier am geringsten.

— **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Nach einer Eingliederung in die Landesverwaltung NRW sind vergaberechtliche Vorgaben im Verhältnis zwischen dem Land NRW und der „EnergieAgentur.NRW“ nicht zu beachten. Neue Aufgaben und Leistungen können mithin unmittelbar vom Land NRW angewiesen werden. Es besteht somit eine maximale Flexibilität für Zusatz- und Änderungsaufträge einerseits; der damit einhergehende Aufwand andererseits ist infolge der direkten Zuweisung ebenfalls maximal niedrig im Vergleich der sieben Varianten.

Sofern jedoch durch die eingegliederte „EnergieAgentur.NRW“ Leistungen von Dritten beschafft werden sollen, ist für sie als öffentlicher Auftraggeber das Vergaberecht zu beachten und fällt entsprechender Aufwand (auch für jegliche Unterschwellenvergaben) an. Der Nutzwert ist damit insgesamt betrachtet „nur noch“ groß.

— **Neutralität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Ebenso wie beim Kriterium Steuerung gilt, dass eine eingegliederte EnergieAgentur.NRW allein dem Land und den von ihm formulierten Vorgaben und Zielen verpflichtet ist. Die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten bzw. wirtschaftliche Interessen sowie die Durchsetz- und Kontrollierbarkeit sind hier (wie auch bei Variante 2) am höchsten bzw. leichtesten und der Nutzwert maximal.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Die einzelvertragliche Übernahme einzelner Arbeitnehmer durch das Land Nordrhein-Westfalen in den Landesdienst kann zu einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB führen. Auch bei einer umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung findet § 613a BGB Anwendung. Es besteht mithin die Gefahr, dass sämtliche „dem Betrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse“ übergehen. Dies könnte dann entsprechend der Ausführungen in Ziffer 4.7.1 auch Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse des Weiteren im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals, etwaige Scheinselbstständige sowie fehlerhaft überlassene Leiharbeiternehmer umfassen.

Das arbeitsrechtliche Restrisiko ist mithin groß und der Nutzwert damit nur gering.

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Bei einer Eingliederung in die Verwaltung fällt durchschnittlich ein mittlerer Betriebsaufwand für Controlling, Aufsicht und Verwaltung an. Zwar wird für die Untervarianten Landesbehörde und Landesbetrieb der Aufwand höher als bei einer nachgeordneten Behörde des MWIDE sein, da aber die Untervariante erst noch zu bestimmen wäre, wird in der Gesamtschau ein mittlerer Nutzwert angesetzt.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Bei einer Eingliederung in die Verwaltung entsteht im Vergleich zu den übrigen Varianten die am wenigsten bewegliche Organisationsstruktur. Damit liegt zwar eine hohe Organisationsstabilität vor, bezogen auf etwa-

ige Freiheitsgrade und die Anpassungsfähigkeit auf geänderte Bedarfe ist diese Varianten jedoch recht unflexibel. So sind etwa bei einem Mehrbedarf zunächst entsprechende Planstellen zu schaffen, was erfahrungsgemäß eines größeren zeitlichen Vorlaufs und der Schaffung der entsprechenden Haushaltsvorsorge

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Nach derzeitiger Bewertung durch die EFRE-Verwaltungsbehörde erscheint eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE als schwer durchführbar und bestehen erhebliche Bedenken, dass eine Förderung von Personalkosten einer eingegliederten EnergieAgentur.NRW zulässig wäre.

Zwar wird die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Derzeit verbleiben jedoch erhebliche Risiken, weswegen der Nutzwert nur als gering eingeschätzt wird.

— **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Das Kriterium einer vergaberechtssicheren Begründbarkeit/Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung ist für die vorliegende Variante nicht relevant, da – anders als bei den Varianten 3 und 4 – kein solcher Rahmenvertrag abgeschlossen/eingegangen wird. Insoweit bestehen hier also auch keine entsprechenden Restrisiken, weswegen der Nutzwert als maximal angenommen wird.

5.1.5 Bewertung Variante 2 - Landesgesellschaft

— **Steuerung** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Die Landesgesellschaft – mit dem Land NRW als einzigem Gesellschafter – ist mithin allein dem Land Nordrhein-Westfalen und den von ihm formulierten Vorgaben und Zielen verpflichtet. Als Alleingesellschafter hat das Land weitgehende Mittel der Kontrolle und Einflussnahme, bestellt die Geschäftsführung und kann diese Weisungen erteilen. Die Variante liefert damit wie Variante 1 den höchsten Nutzwert.

— **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Bei Fortführung der Arbeiten der EnergieAgentur.NRW als Landesgesellschaft kommt es (ebenso wie bei Varianten 3 und 4) lediglich zu einer Veränderung auf Gesellschafterebene, so dass sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) – sofern nicht entsprechend befristet – zunächst unberührt bleiben (vgl. Ziff. 4.7.2). Das Know-how – mindestens des Kernteams – kann mithin gesichert werden. Wie bei Variante 1 wird auch die Landesgesellschaft grundsätzlich fortbestehen und mithin das Know-how auch langfristig gesichert werden können. Der Nutzwert ist damit groß.

— **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Als landeseigene Gesellschaft kann eine EnergieAgentur.NRW GmbH vom Land NRW über die Inhouse-Beauftragung flexibel beauftragt werden, ohne dass vergaberechtliche Vorgaben zu beachten sind, soweit die Vorgaben des Inhouse-Tatbestands des § 108 GWB eingehalten werden. Der Aufwand hierfür dürfte stets sehr überschaubar sein.

Jedenfalls für den Fall, dass Leistungen – deren Auftragswerte oberhalb der Schwellenwerte liegen – von Dritten beschafft werden sollen, wäre für die EnergieAgentur.NRW GmbH als öffentlicher Auftraggeber das Vergaberecht zu beachten und fiele entsprechender Aufwand an. Diese Fälle der Oberschwellenvergaben

dürften aber die Ausnahme sein, weswegen der Nutzwert gleichwohl maximal bleibt. Diese Variante liefert den höchsten Nutzwert.

— **Neutralität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Ebenso wie beim Kriterium Steuerung gilt, dass die Landesgesellschaft – mit dem Land als Alleingesellschafterin – allein dem Land und den von ihm formulierten Vorgaben und Zielen verpflichtet ist. Die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten bzw. wirtschaftliche Interessen sowie die Durchsetz- und Kontrollierbarkeit sind hier (wie auch bei Variante 1) am höchsten bzw. leichtesten und der Nutzwert maximal.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Auch hier besteht bei derzeitiger Sachverhaltslage und unter Berücksichtigung der Ausführungen in Ziffern 4.7.1 und 4.7.2 die Gefahr eines Betriebsübergang gemäß § 613a BGB mit dem Übergang sämtlicher „dem Betrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse“ einschl. der Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse des Weiteren im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals, etwaiger Scheinselbstständiger sowie fehlerhaft überlassener Leiharbeitnehmer umfassen.

Das arbeitsrechtliche Restrisiko ist hier mithin ebenfalls groß und der Nutzwert damit nur gering.

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Der Aufwand bei einer Landesgesellschaft umfasst – ähnlich wie bei Variante 4 – neben dem Vertragscontrolling auch eine Beteiligungsverwaltung samt zugehöriger Aufsichtstätigkeiten durch das Land. Zudem entsteht erheblicher (und insbesondere auch zeitlicher) Aufwand für die Restrukturierung der Landesgesellschaft infolge der Anforderungen, die sich aus der Landeshaushaltsordnung für einen solchen Fall ergeben. Der Nutzwert ist damit nur gering.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Die Landesgesellschaft liefert zwar gegenüber der Variante 1 mehr Freiheitsgrade und mehr Flexibilität in ihrer Organisationsstruktur und Anpassungsfähigkeit, bleibt dabei aber hinter der Variante 3 und noch deutlicher hinter der Variante 4 zurück. Der Nutzwert ist hier mittel.

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Wie bei Variante 1 erscheint auch bei einer Landesgesellschaft nach derzeitiger Bewertung durch die EFRE-Verwaltungsbehörde eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE als schwer durchführbar.

Zwar wird auch hier die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Derzeit verbleiben jedoch erhebliche Risiken, weswegen der Nutzwert nur als gering eingeschätzt wird.

— **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Das Kriterium einer vergaberechtssicheren Begründbarkeit/Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung ist wie bei Variante 1 auch hier nicht relevant, da ebenfalls kein solcher Rahmenvertrag abgeschlossen/eingegangen wird. Insoweit bestehen hier also auch keine entsprechenden Restrisiken, weswegen der Nutzwert als maximal angenommen wird.

5.1.6 Bewertung Variante 3 – Private Gesellschaft (Status Quo)

— **Steuerung** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Die Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land Nordrhein-Westfalen können bei der Variante mit einer privaten Gesellschaft über eine Ausgestaltung des Vertrages mit entsprechenden schuldrechtlichen Regelungen erreicht und gesichert werden. Der Nutzwert ist damit zwar geringer als bei den Varianten 1 und 2, insgesamt jedoch als groß zu bewerten.

— **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei Variante 2 kommt es auch hier lediglich zu einer Veränderung auf Gesellschafterebene, so dass auch hier sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) – sofern nicht entsprechend befristet – zunächst unberührt bleiben (vgl. Ziff. 4.7.2). Das Know-how – mindestens des Kernteams – kann hier damit ebenso gesichert werden. (Für den Fall, dass die jetzigen Gesellschafter auch die künftigen Gesellschafter sind, kann sogar das komplette Know-how gesichert werden.)

Die Sicherung des Know-hows über die Laufzeit hinaus kann wie bei der derzeitigen Ausgestaltung durch die Vereinbarung einer entsprechenden Kaufoption der Geschäftsanteile mit Vertragsbeendigung gewährleistet werden. Der Nutzwert ist damit hier ebenfalls groß.

— **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Bei Fortführung der EnergieAgentur.NRW GmbH als private Gesellschaft wird ein Rahmenvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der GmbH abgeschlossen. Damit besteht für das Land Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit einer flexiblen Beauftragung mit Einzelaufträgen innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen (vgl. 4.3.3). Der Aufwand für etwaige Beauftragungen dürfte üblicherweise überschaubar sein. Der Nutzwert ist mithin groß.

— **Neutralität** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten oder wirtschaftlichen Interessen dürfte bei einer privaten Gesellschaft tendenziell geringer als bei den rein öffentlichen Varianten 1 und 2 sein, da ein privater Gesellschafter mit etwaigen Eigeninteressen die Leistungserbringung der EnergieAgentur.NRW bestimmt. Durch entsprechende vertragliche Regelungen kann dies jedoch reguliert werden. Der Nutzwert ist mithin geringer als bei den Varianten 1 und 2 und als mittel zu bewerten.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Wie bei Variante 2 besteht auch hier unter Berücksichtigung der Ausführungen in Ziffer 4.7 die Gefahr eines Betriebsübergang gemäß § 613a BGB mit dem Übergang sämtlicher „dem Betrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse“ einschl. der Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse des Weiteren im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals, etwaiger Scheinselbstständiger sowie fehlerhaft überlassener Leiharbeiter umfassen.

Das arbeitsrechtliche Restrisiko ist hier mithin ebenfalls groß und der Nutzwert damit nur gering

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Der Aufwand für Verwaltung und Controlling ist in dieser Variante am geringsten, da hier allein ein reines Vertragscontrolling durch das Land Nordrhein-Westfalen zu erbringen ist. Dies gilt unter den Annahmen, dass die derzeitigen entsprechenden vertraglichen Anforderungen und Regelungen künftig so neu gefasst werden, dass sie leichter kontrollier- und durchsetzbar und insoweit weniger aufwändig sind sowie dass der

Controllingaufwand einerseits und Sanktionierungsmöglichkeiten andererseits in einen optimalen Einklang gebracht werden. Der Nutzwert ist hier groß.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Die private Gesellschaft verfügt über die größten Freiheitsgrade, die beste Anpassungsfähigkeit auf etwaige Veränderungen während der Laufzeit und mithin über die größte organisatorische Flexibilität aller Varianten. Die private Gesellschaft kann am besten und flexibelsten auf etwaige Mehr- oder Minderbedarfe reagieren und ihre Beschäftigten ggf. auch anderweitig einsetzen. Der Nutzwert ist hier maximal.

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE erscheint bei der Variante mit einer privaten Gesellschaft nicht systemisch ausgeschlossen.

Wie bei Varianten 1 und 2 wird zwar auch hier die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Die verbleibenden Risiken dürften hier aber deutlich geringer als bei Varianten 1 und 2 sein. Der Nutzwert ist hier entsprechend höher und wird als groß bewertet.

— **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Gem. obiger rechtlicher Würdigung (vgl. Ziff. 4.3.3.1) scheint eine vergaberechtssichere Begründbarkeit und damit eine Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung auf sechs Jahre möglich. Dafür spricht auch die nicht beanstandete Verlängerung des derzeitigen Rahmenvertrags. Da es sich bei der Zulässigkeit aber stets um eine Einzelfallentscheidung handelt, verbleibt zumindest ein Restrisiko, dass bei vergaberechtlicher Überprüfung eine Verlängerung der vierjährigen Regelfrist als unzulässig bewertet würde. Der Nutzwert wird mithin nur als mittel bewertet.

5.1.7 Bewertung Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

— **Steuerung** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Die Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land Nordrhein-Westfalen können bei der Variante mit einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nicht nur wie bei Variante 3 über eine Ausgestaltung des Vertrages mit entsprechenden schuldrechtlichen Regelungen erreicht und gesichert werden, sondern zudem durch entsprechende Regelungen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene. Durch die Mehrheitsbeteiligung des Landes dürfte hier die Einflussnahme ggf. etwas besser als bei Variante 3 durchsetzbar sein. Der Nutzwert ist damit wie bei Variante 3 geringer als bei den Varianten 1 und 2, insgesamt jedoch ebenfalls als groß zu bewerten.

— **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei Varianten 2 und 3 kommt es auch hier lediglich zu einer Veränderung auf Gesellschafterebene, so dass wie dort auch hier sämtliche bei der EA.NRW bestehenden Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisse (einschließlich der Anstellungsverhältnisse der Geschäftsführer) – sofern nicht entsprechend befristet – zunächst unberührt bleiben (vgl. Ziff. 4.7.2). Das Know-how – mindestens des Kernteams – kann hier damit ebenso gesichert werden. (Auch hier könnte für den Fall, dass die jetzigen Gesellschafter – nun als Minderheitsgesellschafter – auch künftige Gesellschafter sind, sogar das komplette Know-how gesichert werden.)

Die Sicherung des Know-hows über die Laufzeit hinaus kann wie bei der derzeitigen Ausgestaltung und wie bei Variante 3 durch die Vereinbarung einer entsprechenden Kaufoption der Geschäftsanteile mit Vertragsbeendigung gewährleistet werden. Der Nutzwert ist damit hier ebenfalls groß.

— **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei Variante 3 wird auch bei dieser Variante ein Rahmenvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und in diesem Fall einer gemischtwirtschaftlichen GmbH abgeschlossen. Damit besteht auch hier für das Land Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit einer flexiblen Beauftragung von Zusatz- und Änderungsaufträgen innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen (vgl. Ziff. 4.3.4). Der Aufwand für etwaige Beauftragungen dürfte üblicherweise überschaubar sein. Der Nutzwert ist hier ebenfalls mithin groß.

— **Neutralität** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Wie bei Variante 3 dürfte auch bei der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten oder wirtschaftlichen Interessen tendenziell geringer als bei den rein öffentlichen Varianten 1 und 2 sein. Hier hat der private Gesellschafter durch seine Minderheitsbeteiligung zwar geringeren Einfluss als bei Variante 3. Die Neutralität wird man gleichwohl durch entsprechende vertragliche Regelungen regulieren. Der Nutzwert ist mithin geringer als bei den Varianten 1 und 2 und wie bei Variante 3 als mittel zu bewerten.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Wie bei Varianten 2 und 3 bestehen hier unter Berücksichtigung der Aussagen in Ziffer 4.7 im Wesentlichen dieselben arbeitsrechtlichen Risiken infolge eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB mit dem Übergang sämtlicher „dem Betrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse“ einschl. der Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse des Weiteren im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals, etwaiger Scheinselbstständiger sowie fehlerhaft überlassener Leiharbeitnehmer.

Das arbeitsrechtliche Restrisiko ist hier mithin ebenfalls groß und der Nutzwert damit nur gering

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Der Aufwand für Verwaltung und Controlling ist in einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft größer als bei einer privaten Gesellschaft, da – wie bei Variante 2 – neben dem Vertragscontrolling auch eine Beteiligungsverwaltung samt zugehöriger Aufsichtstätigkeiten durch das Land zu erbringen sind. Zudem entsteht auch hier erheblicher (und insbesondere auch zeitlicher) Aufwand für die Beteiligung des Landes an der Gesellschaft und deren Restrukturierung infolge der Anforderungen, die sich aus der Landeshaushaltsordnung für einen solchen Fall ergeben. Der Nutzwert ist hier mittel.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei Variante 3 verfügt auch hier der private Gesellschafter über die größten Freiheitsgrade, die beste Anpassungsfähigkeit auf etwaige Veränderungen während der Laufzeit und mithin über die größte organisatorische Flexibilität. Er kann flexibel auf etwaige Mehr- oder Minderbedarfe reagieren und seine Beschäftigten ggf. auch anderweitig einsetzen. Da mit dem Land jedoch ein – relativ unflexibler – (Mehrheits-) Gesellschafter hinzukommt, bleibt die Variante insgesamt etwas hinter Variante 3 zurück. Der Nutzwert ist hier somit „nur“ groß.

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE erscheint wie bei der Variante 3 auch bei der Variante mit einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nicht systemisch ausgeschlossen.

Wie bei allen übrigen Varianten wird zwar auch hier die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Die verbleibenden Risiken dürften hier aber – wie bei Variante 3 – deutlich geringer als bei Varianten 1 und 2 sein. Der Nutzwert ist hier entsprechend höher und wird als groß bewertet.

– **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Für Variante 4 gilt analog wie für Variante 3, dass gem. obiger rechtlicher Würdigung (vgl. Ziff. 4.3.3.1) eine vergaberechtssichere Begründbarkeit und damit eine Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung auf sechs Jahre möglich scheint. Dafür spricht auch die nicht beanstandete Verlängerung des derzeitigen Rahmenvertrags. Da es sich bei der Zulässigkeit aber stets um eine Einzelfallentscheidung handelt, verbleibt zumindest ein Restrisiko, dass bei vergaberechtlicher Überprüfung eine Verlängerung der vierjährigen Regelfrist als unzulässig bewertet würde. Der Nutzwert wird mithin nur als mittel bewertet.

5.1.8 Bewertung Variante 5 – Neugründung einer GmbH

– **Steuerung** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Die Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land Nordrhein-Westfalen können analog zur Variante 3 über eine Ausgestaltung des Vertrages mit entsprechenden schuldrechtlichen Regelungen erreicht und gesichert werden. Der Nutzwert ist damit zwar geringer als bei den Varianten 1 und 2, insgesamt jedoch wie bei Variante 3 als groß zu bewerten.

– **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 0 Punkte / Kriterium nicht erfüllt / kein Nutzwert)

Bei einer Ausschreibung des Vertrags mit Verpflichtung zur Gründung einer neuen GmbH wird die bestehende EA.NRW GmbH liquidiert. Es werden mithin keine Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der jetzigen EA.NRW in irgendeiner Art und Weise von dem oder den neuen Bietern übernommen und auch keine sonstigen Betriebsmittel. Eine Know-how-Sicherung findet hier somit nicht statt. Allenfalls ist denkbar, dass die Gesellschafter der EA.NRW oder die EA.NRW selbst im Rahmen der Ausschreibung erneut erfolgreich sind oder ein etwaiger Auftragsnachfolger einen Großteil des derzeit beschäftigten Personals (unabhängig von deren Vertragsarbeitgeber) übernimmt bzw. neu einstellt (– wobei dann ggf. wieder arbeitsrechtliche Risiken bestehen). Da hiervon jedoch nicht ausgegangen werden kann und auch eine Know-how-Sicherung über die Laufzeit hinaus nicht besteht, liefert diese Variante (wie die nachfolgende Variante 6) den niedrigsten – keinen – Nutzwert aller Varianten.

– **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei Varianten 3 und 4 wird auch bei dieser Variante ein Rahmenvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und in diesem Fall der neu gegründeten GmbH abgeschlossen. Damit besteht auch hier für das Land Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit einer flexiblen Beauftragung von Zusatz- und Änderungsaufträgen innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen (vgl. Ziff. 4.3.4). Der Aufwand für etwaige Beauftragungen dürfte üblicherweise überschaubar sein. Der Nutzwert ist hier ebenfalls mithin groß.

– **Neutralität** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten oder wirtschaftlichen Interessen dürfte bei einer privaten Gesellschaft – unabhängig ob bestehend oder neu gegründet - tendenziell geringer als bei den rein öffentlichen Varianten 1 und 2 sein, da ein privater Gesellschafter mit etwaigen Eigeninteressen die Leistungserbringung der EnergieAgentur.NRW bestimmt. Durch entsprechende vertragliche Regelungen

kann dem jedoch entgegen gewirkt werden. Der Nutzwert ist mithin geringer als bei den Varianten 1 und 2 und wie bei Variante 3 als mittel zu bewerten.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Da in der vorliegenden Varianten keine Arbeitnehmer oder Geschäftsführer der jetzigen EA.NRW in irgendeiner Art und Weise von der oder den neuen Bietern übernommen werden scheidet ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB aus. Die arbeitsrechtlichen Unsicherheiten und damit einhergehenden Risiken sind damit hier irrelevant und fallen weg. Der Nutzwert ist insoweit hier maximal.

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei der Variante 3 beschränkt sich der Betriebsaufwand auch hier auf ein reines Vertragscontrolling durch das Land Nordrhein-Westfalen. Unter den in Variante 3 aufgeführten Annahmen ist damit auch für diese Variante der Aufwand am geringsten und der Nutzwert damit groß.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Ein privater Gesellschafter auch einer neu gegründeten GmbH verfügt wie bei Variante 3 über die größten Freiheitsgrade, die beste Anpassungsfähigkeit auf etwaige Veränderungen während der Laufzeit und mithin ebenfalls über die größte organisatorische Flexibilität der Varianten. Er kann am besten und flexibelsten auf etwaige Mehr- oder Minderbedarfe reagieren und seine Beschäftigten ggf. auch anderweitig einsetzen. Der Nutzwert ist hier maximal.

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE erscheint analog zu den Varianten 2 und 3 auch bei der Variante mit einer neu gegründeten Gesellschaft nicht systemisch ausgeschlossen.

Wie bei allen übrigen Varianten wird zwar auch hier die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Die verbleibenden Risiken dürften hier aber – wie bei Varianten 2 und 3 – deutlich geringer als bei Varianten 1 und 2 sein. Der Nutzwert ist hier entsprechend höher und wird als groß bewertet.

— **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Für Variante 5 gilt analog wie für Varianten 3 und 4, dass gem. obiger rechtlicher Würdigung (vgl. Ziff. 4.3.3.1) eine vergaberechtssichere Begründbarkeit und damit eine Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung auf sechs Jahre möglich scheint. Da es sich bei der Zulässigkeit aber stets um eine Einzelfallentscheidung handelt, verbleibt zumindest ein Restrisiko, dass bei vergaberechtlicher Überprüfung eine Verlängerung der vierjährigen Regelfrist als unzulässig bewertet würde. Der Nutzwert wird mithin nur als mittel bewertet.

5.1.9 Bewertung Variante 6 – Reines Vertragsmodell

— **Steuerung** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Die Möglichkeiten zur Einflussnahme, Steuerung und Sanktionierung durch das Land Nordrhein-Westfalen können analog zu den Varianten 3, 4 und 5 zwar über eine Ausgestaltung des Vertrages mit entsprechenden schuldrechtlichen Regelungen erfolgen. In der Variante 6 kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass eine allein dem Projekt EA.NRW dienende juristische Person existiert, sondern dass der oder die erfolgreichen Bietergesellschaften weitere Unternehmenszwecke verfolgen als lediglich die sich aus dem Projekt EA.NRW ergebenden. Einflussrechte auf die Gesellschaft selbst zugunsten des Landes Nordrhein-Westfalen

dürften daher nicht in Frage kommen. Der Nutzwert ist damit geringer als bei den Varianten 3, 4 und 5 und als mittel zu bewerten.

— **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 0 Punkte / Kriterium nicht erfüllt / kein Nutzwert)

Bei einer Ausschreibung nur des Vertrags an einen privaten Auftragnehmer wird wie bei Variante 5 die bestehende EA.NRW GmbH liquidiert. Es werden keine Mitarbeiter der EA.NRW auf den Bieter übertragen. Eine Know-how-Sicherung findet damit auch hier nicht statt. Allenfalls ist wie bei Variante 5 denkbar, dass die Gesellschafter der EA.NRW oder die EA.NRW selbst im Rahmen der Ausschreibung erneut erfolgreich sind oder ein etwaiger Auftragsnachfolger einen Großteil des derzeit beschäftigten Personals (unabhängig von deren Vertragsarbeitgeber) übernimmt bzw. neu einstellt (– wobei dann ggf. wieder arbeitsrechtliche Risiken bestehen). Da aber auch in dieser Variante hiervon nicht ausgegangen werden kann und auch eine Know-how-Sicherung über die Laufzeit hinaus ebenfalls nicht besteht, liefert die vorliegende Variante damit (wie die Variante 5) den niedrigsten – keinen – Nutzwert aller Varianten.

— **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei den Varianten 3, 4 und 5 wird auch bei dieser Variante ein Rahmenvertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und in diesem Fall dem privaten Anbieter abgeschlossen. Damit besteht auch hier für das Land Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit einer flexiblen Beauftragung von Zusatz- und Änderungsaufträgen innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen (vgl. Ziff. 4.3.6). Der Aufwand für etwaige Beauftragungen dürfte üblicherweise überschaubar sein. Der Nutzwert ist hier ebenfalls mithin groß.

— **Neutralität** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Wie bei den Varianten 3, 4 und 5 wird gerade bei einer Beauftragung eines privaten Anbieters die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten oder wirtschaftlichen Interessen tendenziell geringer als bei den rein öffentlichen Varianten 1, 2 und 7 sein, da dieser mit etwaigen Eigeninteressen die Leistungserbringung bestimmt. Zwar kann auch in der vorliegenden Variante die bestehende Wort-Bild-Marke genutzt werden. Die Nutzung der Bezeichnung „EnergieAgentur.NRW“ dürfte aber nicht so weit gehen, dass sie über die eigentliche Identität des erfolgreichen Bieters irreführt. Um dem Grundsatz der Firmenwahrheit zu entsprechen muss der Bieter nämlich weiterhin z.B. seine Firma angeben. Der Nutzwert ist hier mithin noch geringer als bei den Varianten 3, 4 und 5 und als gering zu bewerten.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Wie bei Variante 5 wird hier die bestehende GmbH liquidiert und es kommt ebenfalls nicht zu einem Verbleib der Anstellungsverhältnisse. Damit fallen auch hier die beiden Varianten 1 bis 4 bestehenden arbeitsrechtlichen Risiken gänzlich weg. Der Nutzwert ist insoweit hier maximal.

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Wie bei den Varianten 3 und 5 beschränkt sich der Betriebsaufwand auch hier auf ein reines Vertragscontrolling durch das Land Nordrhein-Westfalen. Unter den in Variante 3 aufgeführten Annahmen ist damit auch für die reine Auftragsvariante der Aufwand am geringsten und der Nutzwert damit groß.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Wie bei den Varianten 3 und 5 verfügt hier der private Anbieter über die größten Freiheitsgrade, die beste Anpassungsfähigkeit auf etwaige Veränderungen während der Laufzeit und mithin ebenfalls über die größte organisatorische Flexibilität der Varianten. Er kann am besten und flexibelsten auf etwaige Mehr- oder Minderbedarfe reagieren und seine Beschäftigten ggf. auch anderweitig einsetzen. Der Nutzwert ist hier maximal.

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 3 Punkte / Kriterium größtenteils erfüllt / Nutzwert groß)

Auch bei der reinen Auftragsvariante erscheint eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE analog zu den Varianten 3, 4 und 5 nicht systemisch ausgeschlossen.

Wie bei allen übrigen Varianten wird zwar auch hier die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Die verbleibenden Risiken dürften hier aber – wie bei Varianten 3, 4 und 5 – deutlich geringer als bei Varianten 1, 2 und 7 sein. Der Nutzwert ist hier entsprechend höher und wird als groß bewertet.

— **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Auch für Variante 6 gilt wie für Varianten 3, 4 und 5, dass gem. obiger rechtlicher Würdigung (vgl. Ziff. 4.3.3.1) eine vergaberechtssichere Begründbarkeit und damit eine Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung auf sechs Jahre möglich scheint. Gleichwohl dürfte hier das Restrisiko, dass bei vergaberechtlicher Überprüfung eine Verlängerung der vierjährigen Regelfrist als unzulässig bewertet würde etwas größer als bei den vorgenannten Varianten sein. Der Nutzwert wird gleichwohl noch als mittel bewertet.

5.1.10 Bewertung Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

— **Steuerung** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Die neu gegründete Landesgesellschaft hat wie die Variante 2 einzig das Land Nordrhein-Westfalen als Gesellschafter und ist somit auch allein dem Land und den von ihm formulierten Vorgaben und Zielen verpflichtet. Als Alleingesellschafter hat das Land weitgehende Mittel der Kontrolle und Einflussnahme. Die Variante liefert damit wie Varianten 1 und 2 den höchsten Nutzwert.

— **Know-how-Sicherung** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Bei der Neugründung der Landesgesellschaft wird die bestehende EA.NRW GmbH liquidiert. Es werden wie bei den Varianten 5 und 6 keine Mitarbeiter der EA.NRW auf die neue Gesellschaft übertragen. Eine Know-how-Sicherung findet damit auch hier nicht statt. Allenfalls ist wie bei den Varianten 5 und 6 denkbar, dass über die durchzuführenden öffentlichen Auswahlverfahren für neues Personal Teile des derzeit beschäftigten Personals eingestellt werden – wobei dann auch hier ggf. wieder arbeitsrechtliche Risiken bestehen. Hiervon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Anders als bei den Varianten 3 bis 6 kann hier jedoch wegen der unmittelbaren Fortführung der Tätigkeiten der Gesellschaft über den Betrachtungszeitraum hinaus eine Know-how-Sicherung erfolgen. Der Nutzwert ist damit hier mittel.

— **Auftragsflexibilität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Auch als neu gegründete landeseigene Gesellschaft kann eine EnergieAgentur.NRW GmbH wie bei Variante 2 vom Land NRW über die Inhouse-Beauftragung flexibel beauftragt werden, ohne dass vergaberechtliche Vorgaben zu beachten sind, soweit die Vorgaben des Inhouse-Tatbestands des § 108 GWB eingehalten werden. Der Aufwand hierfür dürfte stets sehr überschaubar sein.

Ebenfalls wie bei Variante 2 gilt auch hier, dass für Leistungen – deren Auftragswerte oberhalb der Schwellenwerte liegen – die von Dritten beschafft werden sollen, für die EnergieAgentur.NRW GmbH als öffentlicher Auftraggeber das Vergaberecht zu beachten wäre und entsprechender Aufwand anfiel. Gerade in der Aufbauphase dürften hier wohl verschiedene solcher Verfahren anfallen, der Nutzwert wird aber gleichwohl weiterhin als maximal angenommen. Diese Variante liefert hier wie die Varianten 2 den höchsten Nutzwert.

— **Neutralität** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Ebenso wie beim Kriterium Steuerung gilt, dass die neu gegründete Landesgesellschaft – mit dem Land als Alleingesellschafter – allein dem Land und den von ihm formulierten Vorgaben und Zielen verpflichtet ist. Die Wahrnehmung als neutrale Institution gegenüber privaten bzw. wirtschaftliche Interessen sowie die Durchsetz- und Kontrollierbarkeit sind hier (wie auch bei Variante 1 und 2) am höchsten bzw. leichtesten und der Nutzwert maximal.

— **Übrige Rechtsrisiken** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Auch hier besteht bei derzeitiger Sachverhaltslage und unter Berücksichtigung der Ausführungen in Ziffer 4.7.7 zwar die Gefahr eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB mit dem Übergang sämtlicher „dem Betrieb zugeordneten Arbeitsverhältnisse“ einschl. der Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse des Weiteren im Projekt EnergieAgentur.NRW beschäftigten Personals, etwaiger Scheinselbstständiger sowie fehlerhaft überlassener Leiharbeitnehmer. Gleichwohl ist dieses Risiko hier wesentlich besser durch das Land steuerbar. So hat das Land bspw. direkten Einfluss auf die Anzahl der im Wege öffentlicher Auswahlverfahren neu eingestellten bisherigen Mitarbeiter der EA.NRW GmbH und kann damit durch eine entsprechend kleine Anzahl solcher „Übernahmen“ das Risiko eines Übergangs eines wesentlichen Teils des beschäftigten Personals und damit einer Einstufung als Betriebsübergang mit den geschilderten Folgen niedrig halten.

Das arbeitsrechtliche Restrisiko ist hier mithin geringer als bei den Varianten 1 bis 4 und der Nutzwert deshalb als mittel angesetzt.

— **Geringer Betriebsaufwand** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Der Aufwand bei einer neu gegründeten Landesgesellschaft umfasst – wie bei Variante 2 – neben dem Vertragscontrolling auch eine Beteiligungsverwaltung samt zugehöriger Aufsichtstätigkeiten durch das Land. Zudem entsteht erheblicher (und insbesondere auch zeitlicher) Aufwand für die Neustrukturierung der Landesgesellschaft infolge der Anforderungen, die sich aus der Landeshaushaltsordnung für einen solchen Fall ergeben. Der Nutzwert ist damit nur gering.

— **Organisatorische Flexibilität** (Bewertung: 2 Punkte / Kriterium tlw. erfüllt / Nutzwert mittel)

Die Landesgesellschaft liefert zwar gegenüber der Variante 1 mehr Freiheitsgrade und mehr Flexibilität in ihrer Organisationsstruktur und Anpassungsfähigkeit, bleibt dabei aber hinter den Varianten 3 bis 6 zurück. Der Nutzwert ist hier nur mittel.

— **EFRE-Förderfähigkeit** (Bewertung: 1 Punkt / Kriterium gering erfüllt / Nutzwert gering)

Wie bei den Varianten 1 und 2 erscheint auch bei einer neu gegründeten Landesgesellschaft eine Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE als schwer durchführbar.

Zwar wird auch hier die Entwicklung der bisher nur im Entwurf vorliegenden Dach-VO und EFRE-VO und die weitere Gestaltung des (operationellen) Programms und der weiteren Leitlinien in Nordrhein-Westfalen sowie die Abstimmung dieser mit der Kommission abzuwarten sein. Derzeit verbleiben jedoch erhebliche Risiken, weswegen der Nutzwert nur als gering eingeschätzt wird.

— **Laufzeitverlängerung** (Bewertung: 4 Punkte / Kriterium gänzlich erfüllt / Nutzwert maximal)

Das Kriterium einer vergaberechtssicheren Begründbarkeit/Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung ist wie bei den Varianten 1 und 2 auch hier nicht relevant, da ebenfalls kein solcher Rahmenvertrag abgeschlossen/eingegangen wird. Insoweit bestehen hier also auch keine entsprechenden Restrisiken, weswegen der Nutzwert als maximal angenommen wird.

5.1.11 Zusammenfassung Ergebnis aller Varianten

Im Rahmen der Nutzwertanalyse wurden die sieben Varianten anhand der obigen mit dem MWIDE abgestimmten qualitativen Kriterien verglichen. Im Ergebnis liefern die Varianten 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) den größten Nutzwert vor den Varianten 3 (Private Gesellschaft) und 5 (Neugründung einer Gesellschaft) mit dem jeweils zweitgrößten Nutzwert, vor den Varianten 1 (Eingliederung in die Verwaltung), 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) und schließlich 6 (Reines Vertragsmodell) mit dem niedrigsten Nutzwert (vgl. auch obige Abbildung 4).

Die zusammenfassende Gesamtwertung der einzelnen Varianten ist wie folgt:

— Gesamtwertung Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung): 5. Rang

Die Variante 1 (Eingliederung in die Verwaltung) liefert in der Gesamtschau aller Varianten einen mittleren Nutzwert. Zwar liefert auch sie – wie die anderen öffentlichen Variante 2 (Landesgesellschaft) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) – bei den Kriterien Steuerung, Neutralität und Laufzeitverlängerung den maximalen und bei der Auftragsflexibilität einen großen Nutzwert. Bei den übrigen Kriterien hingegen bleibt sie z.T. deutlich hinter den übrigen Varianten. Insbesondere die Know-how-Sicherung ist hier schlechter zu bewerten, da nicht sichergestellt werden kann, dass das Kernteam übernommen werden kann. Die organisatorische Flexibilität ist nur sehr gering, da sie nur wenig Anpassungsfähigkeit zulässt. Ferner wird die EFRE-Förderfähigkeit für diese Variante von der EFRE-Verwaltungsbehörde derzeit äußerst kritisch eingeschätzt, weswegen der Nutzwert hier nur (sehr) gering ist. Einen ebenfalls nur geringen Nutzwert liefert das Kriterium Übrige Rechtsrisiken, infolge der verbleibenden großen arbeitsrechtlichen Unsicherheiten.

— Gesamtwertung Variante 2 (Landesgesellschaft): geteilter 1. Rang

Die Variante 2 (Landesgesellschaft) liefert (gemeinsam mit Variante 7) den höchsten Nutzwert aller Varianten. Zudem wird von allen Varianten bei den meisten Kriterien der maximale Nutzwert erreicht. Dies gilt für die Steuerungsmöglichkeiten durch das Land, infolge u.a. des direkten Weisungsrechts auf die Geschäftsführung, für die Auftragsflexibilität infolge der stets möglichen und wenig aufwendigen Inhouse-Vergaben vom Land an die Landesgesellschaft sowie für die Neutralität gegenüber etwaigen privaten oder wirtschaftlichen Interessen. Mit ebenfalls maximalen Nutzwert wird das Kriterium der Laufzeitverlängerung des Rahmenvertrags gewertet, da dieser Aspekt für die Landesgesellschaft keine Rolle spielt, weil kein Rahmenvertrag abgeschlossen wird, dessen Laufzeit verlängert werden müsste. Insofern verbleibt aber eben auch kein vergaberechtliches Restrisiko wie bei den Varianten 3, 4, 5 und 6. Bei den übrigen Kriterien liefert die Variante 2 hingegen nur mittlere bzw. geringe Nutzwerte. Die organisatorische Flexibilität bleibt hinter der der Varianten 3, 4, 5 und 6 zurück. Der Betriebsaufwand ist bei der Landesgesellschaft von allen Varianten am größten, da neben dem Vertragscontrolling und der Beteiligungsverwaltung insbesondere auch die Restrukturierung der Landesgesellschaft einen hohen Aufwand verursacht. Auch hier sind die übrigen Rechtsrisiken infolge der arbeitsrechtlichen Unsicherheiten besonders groß und der Nutzwert entsprechend gering. Die derzeitigen erheblichen Bedenken der EFRE-Verwaltungsbehörde bzgl. einer EFRE-Förderfähigkeit gelten hier ebenso wie bei Variante 1.

— Gesamtwertung Variante 3 (Private Gesellschaft): geteilter 3. Rang

Die Variante 3 (Private Gesellschaft) liefert insgesamt (gemeinsam mit Variante 5) den zweithöchsten Nutzwert aller Varianten. Zwar liefert sie nur beim Kriterium der organisatorischen Flexibilität den maximalen Nutzwert, jedoch bei der überwiegenden Mehrzahl der übrigen Kriterien einen großen Nutzwert. Die Steuerungsmöglichkeiten durch das Land/das MWIDE sind durch entsprechende vertragliche Regelungen gut. Die Sicherung des bestehenden Know-hows kann durch die Ausübung der Kaufoption, die Sicherung des künftigen Know-hows durch die erneute Vereinbarung auch einer künftigen Kaufoption gut erfolgen. Durch

den Rahmenvertrag zwischen Land Nordrhein-Westfalen und der künftigen Gesellschaft besteht eine gute Flexibilität für künftige Einzelaufträge bei geringem damit einhergehendem Aufwand. Der Betriebsaufwand für das Land konzentriert sich auf das Vertragscontrolling und bietet damit den höchsten Nutzwert aller Varianten. Nach derzeitiger Einschätzung der EFRE-Verwaltungsbehörde ist bei der privaten Gesellschaft das Risiko der Zulässigkeit einer Förderung einzelner Vorhaben durch Mittel des EFRE nur gering. Einen nur mittleren Nutzwert liefert die Variante beim Kriterium Neutralität, da eine private Gesellschaft ggf. weniger neutral als die öffentlichen Varianten 1, 2 und 7 wahrgenommen werden könnte, und beim Kriterium Laufzeitverlängerung des Rahmenvertrags, da hier zumindest ein Restrisiko verbleibt, dass dessen Verlängerung auf sechs Jahre vergaberechtlich nicht zulässig sein könnte. Lediglich beim Kriterium Übrige Rechtsrisiken liefert die Variante infolge der arbeitsrechtlichen Unsicherheiten einen geringen Nutzwert.

— Gesamtwertung Variante 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft): 6. Rang

Die Variante 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) liefert knapp hinter Variante 1 und vor Variante 6 den zweitniedrigsten Nutzwert aller Varianten. Bei der Steuerung bleibt sie geringfügig hinter den Varianten 2 und 7 und auf einem Niveau mit den Varianten 3, 5 und 6. Die Know-how-Sicherung ist hier wie bei den vorgenannten Varianten durch die Ziehung bzw. Vereinbarung einer künftigen Kaufoption gut möglich. Die Varianten 2, 3 und 4 liefern hier den gleichen Nutzwert. Die organisatorische Flexibilität ist größer als bei den öffentlichen Variante 1, 2 und 7, aber kleiner als bei der rein privaten Gesellschaft in Variante 3. Die Auftragsflexibilität ist wie bei den übrigen Ausschreibungsvarianten 3 bis 6 infolge des Rahmenvertrags groß. Der Betriebsaufwand ist jedoch wegen der Organisationsstruktur groß, da neben dem Vertragscontrolling auch eine Beteiligungsverwaltung zu erbringen sowie die Gesellschaftsbeteiligung als solche vorzubereiten ist. Der Nutzwert ist entsprechend nur mittel. Bezüglich der Neutralität ist die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ebenso einzuschätzen wie die private Gesellschaft in Variante 3 und die neu gegründete Gesellschaft in Variante 5, jedoch schlechter als die öffentlichen Varianten 1, 2 und 7. Die Nutzwerte für die Kriterien EFRE-Förderfähigkeit und Laufzeitverlängerung und Übrige Rechtsrisiken stellen sich wie bei der Variante 3 dar.

— Gesamtwertung Variante 5 (Neugründung einer GmbH): geteilter 3. Rang

Die Variante 5 (Neugründung einer GmbH) liefert wie die Variante 3 denselben zweithöchsten Nutzwert aller Varianten. Anders als dort ist jedoch wegen der Neugründung der Gesellschaft eine Sicherung des bestehenden Know-hows nicht möglich und der Nutzwert in diesem Kriterium entsprechend nicht gegeben. Dem entgegen steht jedoch ein maximaler Nutzwert beim Kriterium Übrige Rechtsrisiken, da ebenfalls wegen der Neugründung keine besonderen arbeitsrechtlichen Risiken bestehen. Die übrigen Nutzwerte in den Einzelkriterien entsprechen denen der Variante 3.

— Gesamtwertung Variante 6 (Reines Vertragsmodell): 7. Rang

Die Variante 6 (Reines Vertragsmodell) liefert den niedrigsten Nutzwert aller Varianten. Die Steuerungsmöglichkeiten sind hier im Vergleich der Varianten am kleinsten, da hier nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine allein dem Projekt EnergieAgentur.NRW dienende juristische Person existiert. Eine Know-how-Sicherung ist infolge der Ausschreibung nur des Vertrags auch hier nicht möglich und der Nutzwert wie bei Variante 5 nicht gegeben. Auch hier steht dem jedoch wegen des sich daraus ergebenden Wegfalls etwaiger arbeitsrechtlicher Risiken ein maximaler Nutzwert beim Kriterium Übrige Rechtsrisiken entgegen. Beim Kriterium Neutralität liefert die Variante 6 den geringsten Nutzwert aller Varianten, da zwar die bestehende Wort-Bild-Marke genutzt, gleichwohl aber die Firma des erfolgreichen Bieters angegeben sein muss. Bei den übrigen Kriterien werden dieselben Nutzwerte erreicht wie bei den Varianten 3 und 5.

— **Gesamtwertung Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft): geteilter 1. Rang**

Die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) liefert gemeinsam mit der Variante 2 (Landesgesellschaft) den insgesamt höchsten Nutzwert. Bei der Know-how-Sicherung bleibt die Variante 7 etwas hinter der Variante 2 zurück, da infolge der Neugründung eine Sicherung des derzeit bestehenden Know-hows nicht möglich ist. Hier ist lediglich und infolge der langfristigen Fortführung der Gesellschaft eine Sicherung des im Laufe der Betrachtungszeit neu aufgebauten Know-hows möglich. Infolge der Neugründung ist jedoch auch das Übrige - arbeitsrechtliche - Risiko geringer als bei Variante 2 und der Nutzwert entsprechend etwas höher. Bei den übrigen Kriterien erreicht die Variante 7 dieselben Nutzwerte wie die Variante 2.

6 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Nach der Prüfung und Einschätzung der rechtlichen Aspekte sowie nach Durchführung der Nutzwertanalyse und Ermittlung der qualitativ am besten geeigneten Variante erfolgt im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung der monetäre Vergleich der Varianten gem. § 7 BHO bzw. LHO. In Abstimmung mit dem MWIDE wurden in der Nutzwertanalyse die Varianten 2 bis 7 miteinander verglichen. Die Variante 2 (Landesgesellschaft) sowie die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) stellen im vorliegenden Vergleich die konventionelle Eigenlösung dar.

In der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung werden sämtliche Zahlungsströme der einzelnen Varianten über den Betrachtungszeitraum erfasst, zur Berücksichtigung der Preissteigerungen über die Laufzeit indexiert und über einen geeigneten Diskontierungszinssatz auf den für alle Varianten einheitlichen Bezugszeitpunkt diskontiert. Die so ermittelten Barwerte ermöglichen den Vergleich der Varianten und die Identifikation der aus wirtschaftlicher Sicht optimalen Variante für die künftige EnergieAgentur.NRW.

Nachfolgend werden zunächst die Grundannahmen und Methodik der Berechnung erläutert. Daran anschließend werden die Kostenannahmen der einzelnen Varianten und schließlich die Ergebnisse der Berechnung dargestellt.

6.1 Zeitliche Annahmen

Wie u.a. in Ziff. 3 ausgeführt ist für die Varianten 3 (Private Gesellschaft), 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft), 5 (Neugründung einer GmbH) und 6 (Reines Vertragsmodell) ein Rahmenvertrag abzuschließen. Dieser soll eine verlängerte Laufzeit von sechs Jahren haben und mithin die dann gültige EFRE-Förderperiode bis Ende 2027 abdecken. Für die Vergleichbarkeit der Varianten wird somit auch für die Variante 2 (Landesgesellschaft) und die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) eine Laufzeit von sechs Jahren angenommen.

Die „neue“ EnergieAgentur.NRW soll unmittelbar nach Auslaufen des derzeitigen Rahmenvertrages bzw. der Einzelaufträge zum 31.12.2021 bestehen und ihre Arbeit aufnehmen. Da alle betrachteten Varianten vorzubereiten und z.T. auszuschreiben sind, wird eine Vorlaufzeit beginnend ab der Entscheidung des MWIDE über die weiterzuverfolgende Variante bis zum eben genannten Endtermin angenommen. Als Zeitpunkt für die Entscheidung wird in Abstimmung mit dem MWIDE der 01. April 2020 angenommen. Die Vorlaufzeit wird damit mit einer Dauer von 1,75 Jahren angenommen. Der Bezugszeitpunkt der Barwertberechnung wird insoweit ebenfalls auf den Beginn der Vorlaufphase festgelegt.

Zur Wahrung der monetären Vergleichbarkeit wird in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung mithin die folgende einheitliche Projektzeitschiene für alle Varianten definiert:

Tabelle 1: Zeitschiene der untersuchten Varianten

Zeitschiene	
Vorlaufzeit	01.04.2020 bis 31.12.2021
Bezugszeitpunkt für Barwertberechnung	01.04.2020
(Rahmenvertrags-) Laufzeit	01.01.2022 bis 31.12.2027

6.2 Preisentwicklung / Indexierung

Grundsätzlich erfolgt die monetäre Berechnung unter Verwendung nominaler Zahlungsströme, d.h. für jede Kostenposition wird zu jedem Zeitpunkt während der Projektlaufzeit die entsprechende Preisentwicklung tatsächlich berücksichtigt.

Zur Berücksichtigung der Preisentwicklung werden deshalb für alle Varianten die ermittelten Kostenansätze über die Projektlaufzeit mit der vom Bundesamt für Statistik ermittelten Inflationsrate in Höhe von 1,23%¹¹⁸ indexiert. Es wird als Preisstand das vierte Quartal 2019 angenommen.

6.3 Dynamische Investitionsrechnung / Kapitalwertmethode

Um eine Aussage über die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer Variante treffen zu können, wird bei Wirtschaftlichkeitsberechnungen gemäß Leitfaden der Finanzministerkonferenz für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen die Kapitalwertmethode angewandt. Diese erlaubt einen Vergleich von Gesamtkosten für die Gegenüberstellung von Kosten über den gesamten Betrachtungszeitraum. Mit der Kapitalwertmethode werden Zahlungen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten anfallen, durch Diskontierung, d.h. durch Abzinsen auf einen einheitlichen Bezugszeitpunkt, vergleichbar gemacht. Dabei wird der Kapitalwert ermittelt, indem die Differenz zwischen dem Barwert sämtlicher Einzahlungen und dem Barwert sämtlicher Auszahlungen gebildet wird.

Zur Ermittlung des Barwertes sind geeignete Diskontierungszinssätze zu verwenden. Vorliegend wird als Diskontierungszinssatz der Zinssatz angesetzt, zu dem sich das Land Nordrhein-Westfalen am Kapitalmarkt refinanziert. Vor dem Hintergrund der Vorlaufzeit von 1,75 Jahren und einer Laufzeit von sechs Jahren, wurde als Diskontierungszinssatz eine 10-jährige Zinsrefinanzierungsanleihe des Landes NRW angenommen und in Anlehnung an die ICE Swap Rate¹¹⁹ (Referenzzinssatz für Festzinssätze) ein Zinssatz von 0,1% angesetzt. (Zwar liegen derzeit die Zinssätze bspw. für 10-jährige Anleihen im negativen Bereich (auch Kurse / Renditen börsennotierter Bundeswertpapiere vom 01.11.19), für die Diskontierung wird jedoch ein positiver Wert angenommen.)

Als Bezugs- bzw. Diskontierungszeitpunkt wird wie oben bereits angegeben der 01.04.2020 festgelegt.

6.4 Grundsätzliche Annahmen

Die Varianten 2 bis 4 können jeweils über die Ausübung der Kaufoption und in den Varianten 3 (Private Gesellschaft) und 4 (ÖPP-Modell) die sich daran anschließende erneute Veräußerung der Geschäftsanteile ganz oder teilweise an private Unternehmen im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens erreicht werden.

Für die vorliegende Untersuchung wird davon ausgegangen, dass das Land in den Varianten 2, 3 und 4 zunächst die Kaufoption zieht und in Varianten 3 und 4 die Anteile anschließend weiterveräußert. Für Variante 7 wird davon ausgegangen, dass das Land Nordrhein-Westfalen die Kaufoption nicht ausübt und noch

¹¹⁸ Ermittelte Durchschnittswert der letzten 10 Jahre, gem. Verbraucherpreisindex für Deutschland, Fachserie 17, Reihe 7, Jahresbericht 2018.

¹¹⁹ In Anlehnung an ICE Swap Rate, Historical Rates vom 14.11.2019; EUR Rates 1200. 10 Years: 0,089%.

in 2020 eine GmbH selbst gründet oder eine Vorratsgesellschaft erwirbt. Vor diesem Hintergrund sind insbesondere die haushaltsrechtlichen Vorgaben des § 65 LHO-NRW einzuhalten und die zugehörigen verwaltungsinternen Aufwendungen zu berücksichtigen.

Die betrachteten Varianten 2, 3 und 4 sehen 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. Für die Zwecke des Vergleichs wird unterstellt, dass die EA.NRW das 27-köpfige sog. Kernteam beschäftigt. Gem. unterschiedlicher Angaben der EA.NRW, u.a. im Jahresbericht 2018, arbeiten jedoch derzeit ca. 170 MA bei bzw. für die EA.NRW. Wie in Ziff. 4.7.1 und 4.7.2 ausgeführt, ist bei der derzeitigen Sachverhaltslage somit unklar, wie rechtskonform der Umgang mit Fremdpersonal zwischen EA.NRW und ihren Unterauftragnehmern bzw. „Selbstständigen“ ausgestaltet ist. Für die Varianten 2 (Landesgesellschaft), 3 (Private Gesellschaft) und 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) besteht damit für das Land Nordrhein-Westfalen als neuem Gesellschafter ein Risiko, dass bestimmte Mitarbeiter als fehlerhaft überlassene Leiharbeiter oder Scheinselbstständige anzusehen sein könnten, mit der Folge, dass diese einen Anspruch auf Beschäftigung bei der EA.NRW hätten (und die EA.NRW ggf. Sozialbeiträge nachzuzahlen hätte). Eine genauere Klärung wäre nur über eine insoweit ratsame Due Diligence zu erreichen. Für die Varianten 5 (Gründung einer neuen GmbH), 6 (Ausschreibung nur Vertrag) und 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) besteht ein solches Risiko nicht.

Ebenfalls nur über eine Due Diligence könnte voraussichtlich ermittelt werden, ob es bei Arbeitsverträgen der Beschäftigten (des Kernteams) ab einer gewissen Leitungsebene eine sogenannte change of control-Klausel gibt, die zu einem Sonderkündigungsrecht des Arbeitnehmers im Fall eines Gesellschafterwechsels führt. Auch dieser Aspekt ist für die Varianten 2, 3 und 4, nicht aber für die Varianten 5, 6 und 7 relevant. Die Kosten für eine solche Due Diligence Prüfung werden vorliegend nicht betrachtet. Da sie in den Varianten 2, 3, 4 und 7 in gleicher Höhe anfallen würden, ergäbe sich daraus eine jeweils identische Erhöhung der drei Varianten gegenüber den Varianten 5 und 6, bei denen keine Due Diligence erforderlich ist.

Für die vorliegende Untersuchung wird einstweilen (und vorbehaltlich etwaiger anderer Erkenntnisse aus einer Due Diligence) davon ausgegangen, dass es einerseits nicht zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB und mithin nicht zu einem Übergang weiterer Beschäftigten außer dem Kernteam kommt und andererseits keine change of control-Klauseln existieren, die zu etwaigen Sonderkündigungen von Beschäftigten führen.

Gem. Jahresabschluss 2018, Forecast 2019 und Plan 2020 der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) erzielt die EA.NRW Umsatzerlöse vom Land Nordrhein-Westfalen für Personal (enthält teilweise Sachkostenanteile), für Sachkosten sowie für Reisekosten in Höhe von ca. 19,15 Mio. EUR. Die hierfür vom Land verwendeten Mittel setzen sich je etwa hälftig aus Landesmitteln sowie aus EFRE-Fördermitteln zusammen. Nach Aussage des MWIDE werden sich die EFRE-Mittel in der künftigen Förderperiode jedoch erheblich reduzieren und werden auch nicht durch Landesmittel ausgeglichen. Stattdessen ist nach Aussage des MWIDE künftig von einem Volumen in Höhe von insgesamt 12 Mio. EUR auszugehen. Legt man diese Kürzung im gleichen Verhältnis auch auf die Zahl der künftig erforderlichen Beschäftigten der EA.NRW um, so reduziert sich diese von angenommenen 170 auf (gerundet) 105 Beschäftigte.

Aus den Grundlagen der damaligen gleichlautenden Untersuchung im Jahr 2013 konnte ein durchschnittlicher Bruttopersonalkostensatz in Höhe von ca. 80.000 EUR abgeleitet werden. Betrachtet man die in der GuV ausgewiesenen Aufwände für das Personal (Kernteam) sowie für bezogene Leistungen von den Gesellschaftern in Höhe von insgesamt ca. 14,83 Mio. EUR und legt man 170 Beschäftigte zugrunde, so ergibt sich nun ein durchschnittlicher Bruttopersonalkostensatz in Höhe von ca. 87.000 EUR. Bei angenommenen künf-

tigen 105 Beschäftigten ergeben sich somit Personalkosten in Höhe von ca. 9,14 Mio. EUR. Dabei wird angenommen, dass etwaige Kosten für Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen der Beschäftigten in diesem Gesamtansatz enthalten sind. Sie werden insoweit nicht separat ausgewiesen.

Eine dezidierte Ableitung der Sachkosten ist aus der GuV nicht möglich, da in den Umsatzerlösen nach Aussage des MWIDE auch in unbekannter Höhe anteilig Sachkosten, Personalkosten für Mitarbeiter/innen, die nicht Fachpersonal sind sowie kalkulatorische Kosten und Gewinnanteile enthalten sind. Vorliegend wird als Ansatz zunächst die Differenz aus den o.g. Aufwendungen (ca. 14,83 Mio. EUR) und den Umsatzerlösen (ca. 19,1 Mio. EUR) in Höhe von ca. 4,32 Mio. EUR als „Platzhalter“ für die Sachkosten angenommen. Nach Reduzierung im Verhältnis zum künftigen geringeren Leistungsumfang der EnergieAgentur.NRW ergeben sich Sachkosten in Höhe von ca. 2,7 Mio. EUR.

Ob künftig überhaupt EFRE-Mittel zur Verfügung stehen bzw. die geplanten Aufgaben der künftigen EnergieAgentur.NRW förderfähig sind, steht derzeit noch nicht abschließend fest. Vor diesem Hintergrund ist auch der Fall eines Wegfalls der EFRE-Mittel in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu betrachten. Da derzeit keine Kenntnisse über den voraussichtlichen Umfang künftiger EFRE-Mittel vorliegen, kann nur festgehalten werden, dass diese Mittel in gleicher Höhe durch entsprechende Landesmittel ausgeglichen werden müssten. Die jeweilige Variante würde sich dann um eben diesen (jährlichen) Betrag verteuern. Sofern ein Ausgleich durch Landesmittel nicht darstellbar ist, könnte dann nur noch entsprechend weniger Leistungsumfang an die EnergieAgentur.NRW beauftragt werden. Wie oben ausgeführt (vgl. Ziff. 4.2) sei darauf hingewiesen, dass die EFRE-Verwaltungsbehörde insbesondere eine Förderung der Variante 2 – Landesgesellschaft derzeit ohnehin als schwer durchführbar einschätzt.

In der Untersuchung in 2013 wurden noch Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen bzw. Ko-Finanzierungen von Netzwerkmitgliedern in Höhe von jährlich 300.000 EUR angesetzt. Da aus den Unterlagen jedoch keine solchen Einnahmen ersichtlich sind, werden diese vorliegend nicht angesetzt. Etwaige weitere Dritteinnahmen werden ebenfalls nicht angesetzt.

Alle Kostenansätze werden ab dem Beginn der Betrachtungszeit (01.04.2020) indexiert. Für die nachfolgend ausgewiesenen Kosten in der Vertragslaufzeit sei deshalb darauf hingewiesen, dass eine reine Addition der (nicht indexierten) Kosten nicht den Wert der ausgewiesenen Gesamtkosten ergibt. Bei den Gesamtkosten handelt es sich um die Summe der jeweils indexierten Kosten im Jahr 1 der Vertragslaufzeit. Für die Folgejahre steigen die Gesamtkosten jeweils entsprechend um die Indexierung

6.5 Kostenannahmen zu Variante 2 – Landesgesellschaft

6.5.1 Kosten in der Vorlaufphase für Variante 2 – Landesgesellschaft

Bei einer Fortführung der EnergieAgentur.NRW als Landesgesellschaft übt das Land Nordrhein-Westfalen zunächst seine Kaufoption in Bezug auf sämtliche Geschäftsanteile der EA.NRW aus. Damit wird eine Zahlung in Höhe von 25.000 EUR an die bisherigen Gesellschafter fällig. Nach Übergang der Geschäftsanteile auf das Land ist dieses alleiniger Gesellschafter der EA.NRW.

Im Zusammenhang mit der Ausübung der Kaufoption und dem Übergang der Geschäftsanteile, der erforderlichen Änderungen im Handelsregister, sowie etwaige Maklerkosten für Büroflächen und Mietvertragsverhandlungen werden einmalige Aufwendungen in Höhe von 100.000 EUR angesetzt.

Davon ausgehend, dass die vergaberechtlichen Vorgaben eingehalten werden (vgl. Ziff. 4.3.2) erfolgt die Beauftragung der Landesgesellschaft vom Land Nordrhein-Westfalen flexibel über die sog. vergaberechtsfreie Inhouse-Beauftragung. Ein öffentliches Vergabeverfahren für die Gesellschaft ist damit nicht erforderlich und es fallen keine entsprechenden Kosten an.

Wie in den allgemeinen Annahmen ausgeführt, wird nur das Kernteam mit 27 Beschäftigten übertragen. Das übrige für die Leistungserbringung erforderliche Personal muss erst noch beschafft werden. Entsprechend obiger Annahmen von einem gesamten Personalbedarf von ca. 105 Beschäftigten sind mithin 78 Beschäftigte neu zu rekrutieren. Diese Rekrutierung könnte über öffentliche Stellenausschreibungen und/oder über Personalagenturen erfolgen. Es wird davon ausgegangen, dass ein Teil der benötigten Beschäftigten über Stellenausschreibungen (Annahme: 58 Beschäftigte), der andere Teil (Annahme: 20 Beschäftigte) über Personalagenturen rekrutiert wird. Für die Rekrutierung durch Personalagenturen werden Kosten in Höhe von üblicherweise ca. 25% des Bruttojahresgehaltes angesetzt. Da jedoch nicht davon auszugehen ist, dass das MWIDE bzw. etwaige andere ggf. zuständige Ministerien über Rahmenverträge mit Personalagenturen oder Erfahrungen im Umgang mit solchen verfügt, wird hier ein gleichwohl höherer Ansatz von 25.000,- EUR je Beschäftigtem angesetzt. Die Rekrutierungskosten fallen bereits in der Vorlaufphase an und werden deshalb – anders als bei den folgenden Varianten – auch bereits in der Vorlaufphase zahlungswirksam.

Die strukturelle, strategische und organisatorische Ausgestaltung der Landesgesellschaft muss durch das MWIDE geplant und abgestimmt werden. Daneben ist auch der Prozess des Anteilerwerbs (§ 65 LHO) durchzuführen. Es wird davon ausgegangen, dass hierfür insgesamt sechs Beschäftigte des MWIDE (fünf Beschäftigte aus dem höheren sowie ein Beschäftigter aus dem gehobenen Dienst) zu jeweils 50% ihrer Arbeitszeit mit dem Vorhaben befasst wären. Mithin wird von drei Vollzeitäquivalenten (VZÄ) ausgegangen. Die Kosten pro VZÄ wurden nach den Anteilen gewichtet und in Höhe von 62.000 EUR angesetzt.

Die allgemeinen und die Kostenannahmen in der Vorlaufphase sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst. Es sind die Kosten aus Sicht des Landes dargestellt.

Tabelle 2: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 2 - Landesgesellschaft

Kosten in der Vorlaufphase (04/2020 bis 12/2021)	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	25.000 EUR
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neue/n Gesellschafter (Einnahme)	--
Gründungs-/Errichtungskosten	100.000 EUR
Ausschreibungskosten	--
Gesamtanzahl Beschäftigte	105
Anzahl zu rekrutierende Beschäftigte	20
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter <i>(werden bereits in Vorlaufphase zahlungswirksam)</i>	25.000 Euro
Rekrutierungskosten gesamt <i>(werden bereits in Vorlaufphase zahlungswirksam)</i>	(20 * 25.000 =) 500.000 EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE zur Verfahrensbegleitung	3
Verwaltungsaufwand / Kosten (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	62.000 EUR
Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (für 1,75 Jahre Vorlaufphase)	(1,75 Jahre* 3 * 62.000 =) 325.500 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	0,95 Mio. EUR

6.5.2 Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft

Für die operative Tätigkeit der künftigen EnergieAgentur.NRW fallen Personal- sowie Sach- und Reisekosten an. Gemäß den obigen Ausführungen in den allgemeinen Annahmen werden Personalkosten in Höhe von 9,14 Mio. EUR sowie Sachkosten in Höhe von ca. 2,7 Mio. EUR angesetzt.

Für die Zwecke der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung wird davon ausgegangen, dass in Variante 2 von einem dem privaten Bereich äquivalenten Gehaltsgefüge ausgegangen wird. Ein arbeitgeberwechselbedingter Gehaltsaufschlag wird es hier jedoch nicht angesetzt. Dies führt zu einem Kostenvorteil bei dieser Variante, kann sich aber gleichwohl ggf. negativ auf die Bereitschaft zur Rekrutierung insgesamt bzw. auf die Qualifikation des rekrutierten Personals auswirken, da auf dem freien Markt höhere Gehälter erzielt werden könn(t)en. Da sich neue Beschäftigte zunächst einarbeiten müssen, werden entsprechende Einarbeitungskosten angesetzt. Diese werden in Höhe von einmalig 10.000 EUR je neu rekrutiertem Beschäftigtem im ersten Quartal der Vertragslaufzeit angenommen.

Für den bei einer Landesgesellschaft anfallenden Verwaltungsaufwand und die sog. Overheadkosten bei der EA.NRW wird eine Pauschale in Höhe 6% der Gesamtkosten der Gesellschaft angesetzt. Für den beim Land bzw. MWIDE anfallenden Aufwand für die Beteiligungsverwaltung, etwaige Berichtspflichten und das Controlling wird kein Personalkostenansatz auf Basis von VZÄ von Ministeriumsbeschäftigten sondern ebenfalls eine Pauschale, in diesem Fall in Höhe von 10%, angesetzt.

Die nachfolgende Tabelle fasst die Annahmen der jährlichen Kosten des Landes für die sechsjährige Vertragslaufzeit nochmals zusammen.

Tabelle 3: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft

Kosten in der Vertragslaufzeit (01/2022 bis 12/2027) (Angaben für Jahr 1 der Laufzeit)	Annahme
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR
Personalkostenaufschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	--
Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig zu Vertragsbeginn im 1. Quartal der Vertragslaufzeit	10.000 EUR
Kostenaufschlag für internen Verwaltungs- und Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	6 % der Gesamtkosten
Kostenaufschlag für Verwaltungsaufwand beim MWIDE p.a.	10 % der Gesamtkosten
Indexierte Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	14,97 Mio. EUR

6.5.3 Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 2 – Landesgesellschaft

Schließlich gilt es auch etwaige Kosten zu erfassen, die zum bzw. nach Ende des Vertrages bzw. der betrachteten Laufzeit anfallen.

Es wird davon ausgegangen, dass die Landesgesellschaft langfristig angelegt ist und insoweit auch nach Ende der Laufzeit unverändert fortbesteht. Bei einer unmittelbaren Fortführung der Tätigkeiten der EA.NRW fallen deshalb keine Kosten zum Vertragsende an.

Eine Kaufoption der Gesellschaftsanteile ist in dieser Variante nicht existent.

Die nachfolgende Tabelle zeigt zusammenfassend die (möglichen, aber in dieser Variante nicht anfallenden) Kosten des Landes nach Vertragsende für die Landesgesellschaft.

Tabelle 4: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft

Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	--
Neuausschreibung	--
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende (gerundet)	0 EUR

6.6 Kostenannahmen zu Variante 3 – Private Gesellschaft

6.6.1 Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 3 – Private Gesellschaft

Da davon ausgegangen wird, dass das Land wie bei Variante 2 auch hier zunächst die Kaufoption zieht, fallen Kosten in Höhe von 25.000 EUR an. Mit Übertragung/Verkauf der Geschäftsanteile an den/die neuen Gesellschafter/er erzielt das Land jedoch „gleichzeitig“ auch eine Einnahme, deren Höhe für die Zwecke der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung mit 25.000 EUR angenommen wird.

Des Weiteren werden auch hier einmalige Aufwendungen für die Errichtung bzw. Übernahme sowie im Zusammenhang mit der Angebotserstellung anfallende Kosten in Höhe von 100.000 EUR angesetzt.

Zwar ist weder die Ausübung der Kaufoption noch die Weiterveräußerung der Anteile an einen oder mehrere private Unternehmen als solche vergaberechtlich relevant. Eine europaweite Ausschreibung ist jedoch in Bezug auf die Beauftragung eines privaten Unternehmens und den Abschluss eines Rahmenvertrags (sowie der Einzelaufträge) zwischen der EA.NRW und dem Land Nordrhein-Westfalen erforderlich. Durch die Kombination der Beschaffung von Leistungen sowie der Veräußerung der Geschäftsanteile an der EA.NRW durch das Land Nordrhein-Westfalen wird der Gesamtvorgang als sog. kombinierte Vergabe erfolgen. Ein solches Vergabeverfahren sollte in Begleitung eines extern einzubindenden Vergabeburisten sowie einen Projektsteuerer und wirtschaftlichen Berater durchgeführt werden. Auch aus der Erfahrung mit der Ausschreibung der derzeit laufenden EA.NRW wurden für das vorliegende komplexe Vergabeverfahren Kosten in Höhe von 600.000 EUR angesetzt.

Wie oben ausgeführt wird auch hier das Kernteam auf den oder die neuen privaten Gesellschafter übertragen bzw. verbleiben die bestehenden vertraglichen Beziehung der EA.NRW grundsätzlich unverändert (so weit keine change of control Klauseln bestehen). Für den Fall, dass es sich dabei wieder um die derzeitigen Gesellschafter handelt, verfügten diese bereits über die erforderlichen Beschäftigten. Da hiervon jedoch nicht ausgegangen werden kann, werden auch hier weitere Beschäftigte rekrutiert werden müssen. Dies wird unter Einbindung entsprechender Personalagenturen erfolgen. Diese Kosten belaufen sich üblicherweise auf eine Größenordnung von ca. 25% des jeweiligen durchschnittlichen Bruttojahresgehalts. Für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung werden Kosten in Höhe von 20.000 Euro pro neu zu rekrutierendem Beschäftigtem angesetzt. Da private Gesellschaften über einen größeren Erfahrungsschatz mit Personalagenturen verfügen dürften, wird der Ansatz hier geringfügig niedriger gewählt als bei der Variante 2 – Landesgesellschaft.

Auch wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass die derzeitigen Gesellschafter erneut den Zuschlag erhalten ist gleichwohl anzunehmen, dass sich ausschließlich solche privaten Anbieter an dem Vergabeverfahren beteiligen werden, die bereits (zumindest teilweise) vergleichbare Leistungen erbringen und über entsprechend qualifiziertes Personal verfügen. Insofern ist von einem größtenteils möglichen Rückgriff auf bestehendes Personal auszugehen. Der durchschnittliche Rekrutierungsbedarf wird deswegen in Höhe ca. eines Viertels der oben ermittelten erforderlichen 78 Beschäftigten – also mit 20 – angenommen. Die Rekrutierungskosten – sowie auch die übrigen o.g. Errichtungs-, Angebots- sowie Einarbeitungskosten – wird der private Anbieter in sein Angebot einpreisen. Sie werden also noch nicht in der Vorlaufphase sondern erst nach seiner Beauftragung zahlungswirksam für das Land und deswegen im Rechenmodell auch erst dort erfasst. Gleichwohl werden sie zu Vergleichszwecken mit der Variante 2 in der Vorlaufphase aufgezeigt.

Das oben aufgezeigte öffentliche Vergabeverfahren soll zwar durch externe Berater begleitet werden. Hierfür ist jedoch eine enge Abstimmung mit dem MWIDE erforderlich, da in diesem Zuge bspw. nicht nur etwaige Einzelaufträge zu entwickeln, sondern auch Entscheidungen bzgl. der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens – etwa in Bezug auf den Auswahl- und Bewertungsprozess der Angebote – zu treffen sind. Da im Rahmen des Vergabeverfahrens verschiedene Planungsleistungen und/oder konzeptionelle sowie organisatorische Ideen vom privaten Anbieter erbracht werden, wird hier von einem insgesamt geringeren Aufwand für das MWIDE als bei Variante 2 ausgegangen. Es wird angenommen, dass für die vorgenannten Aufgaben insgesamt vier Beschäftigte des MWIDE (drei Beschäftigte aus dem höheren sowie ein Beschäftigter aus dem gehobenen Dienst) zu jeweils 50% ihrer Arbeitszeit mit dem Vorhaben befasst wären. Mithin wird von zwei VZÄ ausgegangen. Die Kosten pro VZÄ wurden nach den Anteilen gewichtet und in Höhe von 60.700 EUR angesetzt.

Die allgemeinen und die Kostenannahmen in der Vorlaufphase sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst. Bei allen Kosten handelt es sich letztendlich um Kosten des Landes, da der neue Gesellschafter seine sämtlichen Kosten einpreisen wird und somit neben den unmittelbar beim Land anfallenden Kosten auch diese für das Land zahlungswirksam werden.

Tabelle 5: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 3 – Private Gesellschaft

Kosten in der Vorlaufphase (04/2020 bis 12/2021)	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW	25.000 EUR
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neuen Gesellschafter (Einnahme)	- 25.000 EUR
Gründungs-/Errichtungs- und Angebotskosten des neuen Gesellschafters	100.000 EUR
Ausschreibungskosten	600.000 EUR
Gesamtanzahl Beschäftigte	105
Anzahl zu rekrutierende Beschäftigte	20
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	20.000 EUR
Rekrutierungskosten des neuen Gesellschafters gesamt <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE zur Verfahrensbegleitung	2
Verwaltungsaufwand / Kosten (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	60.700 EUR
Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (für 1,75 Jahre Vorlaufphase)	(1,75 Jahre * 2 * 60.700 =) 212.450 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	1,31 Mio. EUR

6.6.2 Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 3 – Private Gesellschaft

Wie bei Variante 2 werden auch hier Personalkosten in Höhe von 9,14 Mio. EUR sowie Sachkosten in Höhe von ca. 2,7 Mio. EUR angesetzt.

Da hier – anders als bei der Landesgesellschaft – ein Aufschlag bei einem Arbeitgeberwechsel marktüblich ist, wird für die neu rekrutierten Beschäftigten ein Personalkostenaufschlag von 10% im Vergleich zu den bestehenden Personalkosten aufgeschlagen. Da sich neue Beschäftigte zunächst einarbeiten müssen, werden entsprechende Einarbeitungskosten angesetzt. Diese werden in Höhe von 10.000 EUR je neu rekrutiertem Beschäftigtem im ersten Quartal der Vertragslaufzeit angenommen.

Der bei einer privaten Gesellschaft anfallende Verwaltungsaufwand und die sog. Overheadkosten bei der EA.NRW werden geringer eingeschätzt als bei einer Landesgesellschaft und mit einer jährlichen Pauschale in Höhe von 4% der Gesamtkosten der Gesellschaft angenommen. Da auch der beim MWIDE bei einer privaten Gesellschaft anfallende Verwaltungsaufwand geringer als bei einer Landesgesellschaft ist, wird hier ebenfalls ein niedrigerer Ansatz in Höhe von 7% der Gesamtkosten angesetzt.

Die Kostenannahmen in der Vertragslaufzeit sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 6: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 3 – Private Gesellschaft

Kosten in der Vertragslaufzeit (01/2022 bis 12/2027) (Angaben für Jahr 1 der Vertragslaufzeit)	Annahme
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR
Rekrutierungskosten pro Beschäftigtem (jetzt zahlungswirksam)	20.000 EUR
Anzahl zu rekrutierender Beschäftigter	20
Personalkostenaufschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	10%
Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig zu Vertragsbeginn im 1. Quartal der Vertragslaufzeit	10.000 EUR
Kostenaufschlag für internen Verwaltungs- und Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	4 % der Gesamtkosten
Kostenaufschlag für Verwaltungsaufwand beim MWIDE p.a.	7 % der Gesamtkosten
Indexierte Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	14,13 Mio. EUR

6.6.3 Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 3 - Private Gesellschaft

Um den Fall einer Fortführung bzw. Neuorganisation der EnergieAgentur.NRW nach Vertragsende zu berücksichtigen wird analog zur Vorlaufphase von einem dann erneut erforderlichen öffentlichen Vergabeverfahren ausgegangen. Die Kosten hierfür werden ebenfalls in einer Höhe von 600.000 EUR angesetzt.

Es wird weiterhin davon ausgegangen, dass die vorgesehene Kaufoption des Landes über die Geschäftsanteile ausgeübt würde und mithin Kosten in Höhe von 25.000 EUR anfallen.

Die Kostenannahmen zum Ende der Vertragslaufzeit sind nachfolgend zusammengefasst.

Tabelle 7: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 3 – Private Gesellschaft

Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	Annahme
Kauf der Geschäftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	25.000 EUR
Neuausschreibung	600.000 EUR
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	0,625 Mio. EUR

6.7 Kostenannahmen zu Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

6.7.1 Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 4 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Da davon ausgegangen wird, dass das Land wie bei Variante 2 und 3 auch hier zunächst die Kaufoption ausübt fallen Kosten in Höhe von 25.000 EUR an. Wie bei Variante 3 wird mit Übertragung/Verkauf der Anteile an den/die neuen Gesellschafter/er „gleichzeitig“ auch eine Einnahme in Höhe von 25.000 EUR erzielt

Ebenso werden hier einmalige Aufwendungen für die Errichtung in Höhe von 100.000 EUR angesetzt.

Wie bei der Variante mit privater Gesellschaft ist auch bei der Variante mit einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ein vergleichbar komplexes und ebenfalls durch externe Berater zu begleitendes öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen. Insoweit gelten die entsprechenden dortigen Ausführungen sowie der Kostenansatz in Höhe von 600.000 EUR hier analog.

Auch die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft muss – neben dem übergehenden Kernteam – mit Personal ausgestattet werden. Da hier wie bei Variante 3 ebenfalls davon auszugehen ist, dass sich nur solche Anbieter am Vergabeverfahren beteiligen werden, die bereits im Markt tätig sind, gilt der oben ausgeführte Rekrutierungsbedarf von 20 Beschäftigten zu einem Kostenansatz in Höhe von 20.000 EUR pro Beschäftigtem. Auch hier werden diese Kosten zu Vergleichszwecken mit der Variante 2 in der Vorlaufphase aufgezeigt; zahlungswirksam und rechnerisch erfasst werden sie erst in der Vertragslaufzeit.

Das Vergabeverfahren muss wie bei Variante 3 auch hier in Federführung des MWIDE sowie in enger Abstimmung mit den externen Beratern durchgeführt werden. Daneben ist auch hier der Prozess des Anteilserwerbs (§ 65 LHO) durchzuführen. Der Aufwand der hierfür für das MWIDE anfällt wird insoweit etwas geringer als für die Landesgesellschaft jedoch etwas höher als für die private Gesellschaft eingeschätzt. Es wird angenommen, dass insgesamt fünf Beschäftigte des MWIDE (vier Beschäftigte aus dem höheren sowie ein Beschäftigter aus dem gehobenen Dienst) zu jeweils 50% ihrer Arbeitszeit mit dem Vorhaben befasst wären. Mithin wird von zweieinhalb VZÄ ausgegangen. Die Kosten pro VZÄ wurden nach den Anteilen gewichtet und in Höhe von 61.500 EUR angesetzt.

Die allgemeinen und die Kostenannahmen in der Vorlaufphase sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 8: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Kosten in der Vorlaufphase (04/2020 bis 12/2021)	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW	25.000 EUR
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neuen Gesellschafter (Einnahme)	- 25.000 EUR
Gründungs-/Errichtungs- und Angebotskosten des neuen Gesellschafters	100.000 EUR
Ausschreibungskosten	600.000 EUR
Gesamtanzahl Beschäftigte	105
Anzahl zu rekrutierende Beschäftigte	20
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	20.000 EUR
Rekrutierungskosten des neuen Gesellschafters gesamt <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE zur Verfahrensbegleitung	2,5
Verwaltungsaufwand / Kosten (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	61.500 EUR
Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (für 1,75 Jahre Vorlaufphase)	(1,75 Jahre * 2,5 * 61.500 =) 269.063 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	1,37 Mio. EUR

6.7.2 Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 4 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Wie bei den vorherigen Varianten werden auch hier Personalkosten in Höhe von 9,14 Mio. EUR sowie Sachkosten in Höhe von ca. 2,7 Mio. EUR angesetzt.

Ein Personalkostenaufschlag in Höhe von 10% für die neu rekrutierten Beschäftigten wurde hier ebenso wie bei Variante 3 angesetzt. Gleichfalls wurden Einarbeitungskosten in Höhe von einmalig 10.000 EUR je neu rekrutiertem Beschäftigtem im ersten Quartal der Vertragslaufzeit angenommen.

Da bei der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft sowohl ein oder mehrere private Gesellschafter als auch das Land als öffentlicher Gesellschafter beteiligt sind, ist der Verwaltungsaufwand und der Overhead sowohl bei der Gesellschaft selber als auch bei dem mit der Verwaltungsbeteiligung und dem Vertragscontrolling zuständigen MWIDE höher als bei einer rein privaten Gesellschaft und etwa vergleichbar mit einer Landesgesellschaft. Der bei der EnergieAgentur.NRW anfallende Aufwand wird deshalb wie bei Variante 2 mit einer Pauschale in Höhe von 6%, der beim MWIDE anfallende Aufwand mit einer Pauschale in Höhe von 10% der Gesamtkosten der Gesellschaft angesetzt.

Die Kostenannahmen in der Vertragslaufzeit sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 9: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Kosten in der Vertragslaufzeit (01/2022 bis 12/2027) (Angaben für Jahr 1 der Vertragslaufzeit)	Annahme
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR
Rekrutierungskosten pro Beschäftigtem (jetzt zahlungswirksam)	20.000 EUR
Anzahl zu rekrutierender Beschäftigter	20
Personalkostenzuschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	10%
Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig zu Vertragsbeginn im 1. Quartal der Vertragslaufzeit	10.000 EUR
Kostenzuschlag für internen Verwaltungs- und Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	6 % der Gesamtkosten
Kostenzuschlag für Verwaltungsaufwand beim MWIDE p.a.	10 % der Gesamtkosten
Indexierte Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	14,78 Mio. EUR

6.7.3 Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 4 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Zur Berücksichtigung einer Fortführung bzw. Neuorganisation der EnergieAgentur.NRW nach Vertragsende wird analog zur Variante 3 ebenfalls von einem dann erneut erforderlichen öffentlichen Vergabeverfahren ausgegangen und damit einhergehende Kosten in einer Höhe von 600.000 EUR angesetzt.

Ebenso wird auch hier davon ausgegangen, dass die vorgesehene Kaufoption des Landes über die Geschäftsanteile ausgeübt würde und mithin Kosten in Höhe von 25.000 EUR anfallen.

Die Kostenannahmen zum Ende der Vertragslaufzeit sind nachfolgend zusammengefasst.

Tabelle 10: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	25.000 EUR
Neuausschreibung	600.000 EUR
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	0,625 Mio. EUR

6.8 Kostenannahmen zu Variante 5 – Neugründung einer GmbH

6.8.1 Kosten in der Vorlaufphase für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Anders als bei den Varianten 2, 3 und 4 wird hier die Kaufoption der Gesellschaftsanteile der derzeitigen EA.NRW vom Land Nordrhein-Westfalen nicht gezogen. Es fallen also in dieser Varianten keine entsprechenden Kosten oder Einnahmen aus der Übertragung/dem Verkauf der Anteile für das Land an.

Stattdessen hat der neue Auftragnehmer seinerseits eine neue GmbH zu gründen. Hierfür werden einmalige Aufwendungen u.a. für die Eintragung in das Handelsregister, die Einlage von Haftungskapital sowie für sonstige Errichtungs- sowie Angebotskosten in Höhe von 125.000 EUR angesetzt.

Wie die Varianten 3 und 4 ist auch die vorliegende Variante 5 europaweit öffentlich auszuschreiben. Analog der vorgenannten Varianten werden auch hier ein externe Vergabejurist sowie ein Projektsteuerer und wirtschaftlicher Berater einzubindenden sein. Insoweit werden hier ebenfalls Kosten in Höhe von 600.000 EUR angesetzt.

Da die Gesellschaftsanteile in der Variante 5 nicht vom Land gekauft werden, kommt es auch nicht zu einem Übergang der Beschäftigten (des Kernteams) der jetzigen EA.NRW auf den neuen Auftragnehmer. Es wird davon ausgegangen, dass sich wie bei den Varianten 3 und 4 nur solche privaten Anbieter an dem Vergabeverfahren beteiligen werden, die bereits (zumindest teilweise) vergleichbare Leistungen erbringen und über entsprechend qualifiziertes Personal verfügen. Der Rekrutierungsbedarf für neue Beschäftigte wird insoweit hier ebenfalls mit 20 und die Rekrutierungskosten je Beschäftigtem ebenfalls mit 20.000 EUR angenommen. Auch hier werden diese Kosten zu Vergleichszwecken mit der Variante 2 in der Vorlaufphase aufgezeigt; zahlungswirksam und rechnerisch erfasst werden sie erst in der Vertragslaufzeit.

Der Verwaltungsaufwand für das MWIDE im Zuge des Vergabeverfahrens wird analog der Variante 3 angenommen. Demnach werden insgesamt vier Beschäftigte des MWIDE (drei Beschäftigte aus dem höheren sowie ein Beschäftigter aus dem gehobenen Dienst) zu jeweils 50% ihrer Arbeitszeit mit dem Vorhaben befasst sein. Mithin wird von zwei VZÄ ausgegangen. Die Kosten pro VZÄ wurden nach den Anteilen gewichtet und in Höhe von 60.700 EUR angesetzt.

Die allgemeinen und die Kostenannahmen in der Vorlaufphase sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 11: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Kosten in der Vorlaufphase (04/2020 bis 12/2021)	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	--
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neuen Gesellschafter (Einnahme)	--
Gründungs-/Errichtung- und Angebotskosten des neuen Gesellschafters	125.000 EUR
Ausschreibungskosten	600.000
Gesamtanzahl Beschäftigte	105
Anzahl zu rekrutierende Beschäftigte	20
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	20.000 Euro
Rekrutierungskosten des neuen Gesellschafters gesamt <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE zur Verfahrensbegleitung	2
Verwaltungsaufwand / Kosten (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	60.700 EUR
Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (für 1,75 Jahre Vorlaufphase)	(1,75 Jahre * 2 * 60.700 =) 212.450 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	1,34 Mio. EUR

6.8.2 Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Wie bei den vorherigen Varianten werden auch hier Personalkosten in Höhe von 9,14 Mio. EUR sowie Sachkosten in Höhe von ca. 2,7 Mio. EUR angesetzt.

Ein Personalkostenaufschlag in Höhe von 10% für die neu rekrutierten Beschäftigten wurde hier ebenso wie bei Variante 3 angesetzt. Gleichfalls wurden Einarbeitungskosten in Höhe von 10.000 EUR je neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig im ersten Quartal der Vertragslaufzeit angenommen.

Wie bei der Variante 3 – private Gesellschaft werden der Verwaltungsaufwand und die sog. Overheadkosten bei der EA.NRW geringer eingeschätzt als bei einer Landesgesellschaft und somit wie bei Variante 3 mit einer jährlichen Pauschale in Höhe von 4% der Gesamtkosten der Gesellschaft angenommen. Gleiches gilt für den beim MWIDE anfallende Verwaltungsaufwand, der wie bei Variante 3 geringer als bei einer Landesgesellschaft ist, und deshalb ebenso wie bei Variante 3 in Höhe von 7% der Gesamtkosten angesetzt wird

Die Kostenannahmen in der Vertragslaufzeit sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 12: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Kosten in der Vertragslaufzeit (01/2022 bis 12/2027) (Angaben für Jahr 1 der Vertragslaufzeit)	Annahme
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR
Rekrutierungskosten pro Beschäftigtem (jetzt zahlungswirksam)	20.000 EUR
Anzahl zu rekrutierender Beschäftigter	20
Personalkostenaufschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	10%
Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig zu Vertragsbeginn im 1. Quartal der Vertragslaufzeit	10.000 EUR
Kostenaufschlag für internen Verwaltungs- und Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	4 % der Gesamtkosten
Kostenaufschlag für Verwaltungsaufwand beim MWIDE p.a.	7 % der Gesamtkosten
Indexierte Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	14,13 Mio. EUR

6.8.3 Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Um den Fall einer Fortführung bzw. Neuorganisation der EnergieAgentur.NRW nach Vertragsende zu berücksichtigen wird analog zur Vorlaufphase von einem dann erneut erforderlichen öffentlichen Vergabeverfahren ausgegangen. Die Kosten hierfür werden ebenfalls in einer Höhe von 600.000 EUR angesetzt.

Es wird weiterhin davon ausgegangen, dass bei dieser Variante eine Kaufoption des Landes über die Geschäftsanteile vorgesehen und ausgeübt würde und mithin Kosten in Höhe von 25.000 EUR anfallen.

Die Kostenannahmen zum Ende der Vertragslaufzeit sind nachfolgend zusammengefasst.

Tabelle 13: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 5 – Neugründung einer GmbH

Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	25.000 EUR
Neuausschreibung	600.000 EUR
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende (gerundet)	0,625 Mio. EUR

6.9 Kostenannahmen zu Variante 6 – Reines Vertragsmodell

6.9.1 Kosten in der Vorlaufphase für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Wie bei Variante 5 wird auch bei Variante 6 die Kaufoption der Gesellschaftsanteile der derzeitigen EA.NRW nicht gezogen. Kosten (oder Einnahmen aus dem Verkauf selbiger) fallen hier mithin nicht an.

Da hier lediglich der (Rahmen-)Vertrag ausgeschrieben wird, ist vom neuen Auftragnehmer auch keine neue GmbH zu gründen. Die Kosten für den Auftragnehmer beschränken sich hier insoweit auf die Angebotskosten und fallen niedriger als aus als bei allen übrigen Varianten. Sie werden mit einem Einmalbetrag in Höhe von 40.000 EUR angenommen.

Wie bei den Varianten 3, 4 und 5 ist auch bei der vorliegenden Variante 6 ein komplexes und ebenfalls durch externe Berater zu begleitendes öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen. Da hier jedoch etwaige gesellschaftsrechtliche Vergabeunterlagen nicht erforderlich sind wird hier ein niedriger Kostenansatz als bei den vorgenannten Varianten und mithin 500.000 EUR angenommen.

Wie bei Variante 5 kommt es auch zu keinem Personalübergang auf den neuen Auftragnehmer. Wie bei den anderen Ausschreibungsvarianten 3, 4 und 5 wird auch hier davon ausgegangen, dass sich nur solche privaten Anbieter an dem Vergabeverfahren beteiligen werden, die bereits (zumindest teilweise) vergleichbare Leistungen erbringen und über entsprechend qualifiziertes Personal verfügen. Der Rekrutierungsbedarf für neue Beschäftigte wird insoweit hier ebenfalls mit 20 und die Rekrutierungskosten je Beschäftigtem ebenfalls mit 20.000 EUR angenommen. Auch hier werden diese Kosten zu vergleichszwecken mit der Variante 2 in der Vorlaufphase aufgezeigt; zahlungswirksam und rechnerisch erfasst werden sie erst in der Vertragslaufzeit.

Der Verwaltungsaufwand für das MWIDE im Zuge des Vergabeverfahrens wird analog der Varianten 3 und 5 angenommen. Demnach werden insgesamt vier Beschäftigte des MWIDE (drei Beschäftigte aus dem höheren sowie ein Beschäftigter aus dem gehobenen Dienst) zu jeweils 50% ihrer Arbeitszeit mit dem Vorhaben befasst sein. Mithin wird von zwei VZÄ ausgegangen. Die Kosten pro VZÄ wurden nach den Anteilen gewichtet und in Höhe von 60.700 EUR angesetzt.

Die allgemeinen und die Kostenannahmen in der Vorlaufphase sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 14: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Kosten in der Vorlaufphase (04/2020 bis 12/2021)	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	--
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neuen Gesellschafter (Einnahme)	--
Angebotskosten des neuen Auftragnehmers	40.000 EUR
Ausschreibungskosten	500.000 EUR
Gesamtanzahl Beschäftigte	105
Anzahl zu rekrutierende Beschäftigte	20
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	20.000 Euro
Rekrutierungskosten des neuen Auftragnehmers gesamt <i>(werden erst in Vertragslaufzeit zahlungswirksam)</i>	(20 * 20.000 =) 400.000 EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE zur Verfahrensbegleitung	2
Verwaltungsaufwand / Kosten (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung p.a.	60.700 EUR
Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (für 1,75 Jahre Vorlaufphase).	(1,75 Jahre * 2 * 60.700 =) 212.450 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	1,15 Mio. EUR

6.9.2 Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Wie bei den vorherigen Varianten werden auch hier Personalkosten in Höhe von 9,14 Mio. EUR sowie Sachkosten in Höhe von ca. 2,7 Mio. EUR angesetzt.

Ein Personalkostenaufschlag in Höhe von 10% für die neu rekrutierten Beschäftigten wurde hier ebenso wie bei den Varianten 3, 4 und 5 angesetzt. Gleichfalls wurden Einarbeitungskosten in Höhe von 10.000 EUR je neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig im ersten Quartal der Vertragslaufzeit angenommen.

Wie bei den Varianten 3 und 5 werden der Verwaltungsaufwand und die sog. Overheadkosten bei der EA.NRW geringer eingeschätzt als bei einer Landesgesellschaft und somit wie bei Varianten 3 und 5 mit einer jährlichen Pauschale in Höhe von 4% der Gesamtkosten der Gesellschaft angenommen. Gleiches gilt für den beim MWIDE anfallende Verwaltungsaufwand, der wie bei den Varianten 3 und 5 geringer als bei einer Landesgesellschaft ist, und deshalb ebenso wie bei den Varianten 3 und 5 in Höhe von 7% der Gesamtkosten angesetzt wird

Die Kostenannahmen in der Vertragslaufzeit sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 15: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Kosten in der Vertragslaufzeit (01/2022 bis 12/2027) (Angaben für Jahr 1 der Laufzeit)	Annahme
Gesamt Personalkosten p.a.	9,14 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR
Rekrutierungskosten pro Beschäftigtem (jetzt zahlungswirksam)	20.000 EUR
Anzahl zu rekrutierender Beschäftigter	20
Personalkostenzuschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	10%
Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig zu Vertragsbeginn im 1. Quartal der Vertragslaufzeit	10.000 EUR
Kostenzuschlag für internen Verwaltungs- und Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	4 % der Gesamtkosten
Kostenzuschlag für Verwaltungsaufwand beim MWIDE p.a.	7 % der Gesamtkosten
Indexierte Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	14,13 Mio. EUR

6.9.3 Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Bei der Variante 6 wird lediglich der (Rahmen-)Vertrag mit einer Laufzeit von sechs Jahren ausgeschrieben. Danach endet das Vertragsverhältnis. Da keine neue Gesellschaft zu gründen ist kann es hier auch keine Kaufoption etwaiger Gesellschaftsanteile geben.

Um gleichwohl den Fall einer Fortführung der EnergieAgentur.NRW nach Vertragsende zu berücksichtigen wird analog zur Vorlaufphase von einem dann erneut erforderlichen öffentlichen Vergabeverfahren für ein reines Vertragsmodell ausgegangen. Die Kosten hierfür werden ebenfalls in einer Höhe von 500.000 EUR angesetzt.

Die Kostenannahmen zum Ende der Vertragslaufzeit sind nachfolgend zusammengefasst.

Tabelle 16: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 6 – Reines Vertragsmodell

Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	--
Neuausschreibung	500.000 EUR
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende (gerundet)	0,5 Mio. EUR

6.10 Kostenannahmen zu Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

6.10.1 Kosten in der Vorlaufphase für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Bei Variante 7 wird vom Land Nordrhein-Westfalen eine GmbH gegründet bzw. eine Vorratsgesellschaft erworben. Es wird angenommen, dass dies zum Ende des dritten Quartals des Jahres erfolgt. Hierfür werden einmalige Aufwendungen u.a. für die Eintragung in das Handelsregister, die Einlage von Haftungskapital sowie für etwaige Maklerkosten für Büroflächen und Mietvertragsverhandlungen und sonstige Errichtungskosten in Höhe von 125.000 EUR angesetzt.

Eine Ausübung der Kaufoption und/oder ein Verkauf der Gesellschaftsanteile der derzeitigen EA.NRW GmbH erfolgt hier nicht. Entsprechende Kosten bzw. Einnahmen fallen also nicht an.

Wie bei der Variante 2 davon ausgehend, dass die vergaberechtlichen Vorgaben eingehalten werden (vgl. Ziff. 4.3.2), erfolgt die Beauftragung der neu gegründeten Landesgesellschaft vom Land Nordrhein-Westfalen flexibel über die sog. vergaberechtsfreie Inhouse-Beauftragung. Ein öffentliches Vergabeverfahren für die Gesellschaft ist damit nicht erforderlich und es fallen keine entsprechenden Kosten an.

Da die EA.NRW als Gesellschaft nicht übernommen wird, erfolgt der Aufbau des Personals kontinuierlich und ausschließlich durch öffentliche Auswahlverfahren. Eine Rekrutierung durch Headhunter erfolgt in dieser Variante nicht.

Im Jahr 2020 soll die Gesellschaft zunächst mit einem Personalstamm von fünf Mitarbeitern besetzt werden. In den Folgejahren soll das Personal dann auf die auch in den übrigen Varianten angesetzten 105 Beschäftigten ausgebaut werden. So werden 25 Beschäftigte für das Jahr 2021, 60 Beschäftigte für das Jahr 2022 und schließlich 105 Beschäftigte ab dem Jahr 2023 angesetzt. Dabei wird jeweils eine Aufteilung in Beschäftigte des höheren, des gehobenen und des mittleren Dienstes angenommen und der jeweilige Mittelwert der Entgeltgruppen angesetzt: Ansatz 2020: 4 x höherer, 1 x gehobener Dienst; Ansatz 2021: 20 x höherer Dienst, 5 x gehobener; Ansatz 2022: 40 x höherer, 15 x gehobener, 5 x mittlere Dienst ; Ansatz ab 2023: 60 x höherer, 30 x gehobener, 15 x mittlerer Dienst).

Neben den Personalkosten werden Sachkosten analog des Verhältnisses in den übrigen Varianten mit ca. 30% der Personalkosten angesetzt.

Die strukturelle, strategische und organisatorische Ausgestaltung der neu zu gründenden Landesgesellschaft muss durch das MWIDE geplant und abgestimmt werden. Daneben ist auch der Prozess des Anteilerwerbs (§ 65 LHO) durchzuführen. Da Teile der Ausgestaltungsaufgaben auch vom Personal der „Vorratsgesellschaft“ erbracht werden, wird hier von einem etwas geringeren Gesamtaufwand für das Ministerium als bei Variante 2 angesetzt und davon ausgegangen, dass insgesamt vier Beschäftigte des MWIDE (drei Beschäftigte aus dem höheren sowie ein Beschäftigter aus dem gehobenen Dienst) zu jeweils 50% ihrer Arbeitszeit mit dem Vorhaben befasst wären. Mithin wird von zwei Vollzeitäquivalenten (VZÄ) ausgegangen. Die Kosten pro VZÄ wurden nach den Anteilen gewichtet und in Höhe von 62.000 EUR angesetzt.

Die allgemeinen und die Kostenannahmen in der Vorlaufphase sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 17: Kostenannahmen in der Vorlaufphase für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Kosten in der Vorlaufphase (04/2020 bis 12/2021)	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	--
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neue/n Gesellschafter (Einnahme)	--
Gründungs-/Errichtungskosten	125.000 EUR
Ausschreibungskosten	--
Gesamtanzahl Beschäftigte (ab Jahr 2023)	105
Anzahl zu rekrutierende Beschäftigte	--
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter <i>(werden bereits in Vorlaufphase zahlungswirksam)</i>	--
Rekrutierungskosten gesamt <i>(werden bereits in Vorlaufphase zahlungswirksam)</i>	--
Personal- und Sachkosten der neu gegründeten Gesellschaft in der Vorlaufphase	2,1 Mio. EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE zur Verfahrensbegeleitung	3
Verwaltungsaufwand / Kosten (gewichtet) pro VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegeleitung p.a.	62.000 EUR
Kosten Verwaltungsaufwand gesamt (für 1,75 Jahre Vorlaufphase)	(1,75 Jahre* 2 * 62.000 =) 212.450 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	2,44 Mio. EUR

6.10.2 Kosten in der Vertragslaufzeit für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Wie oben ausgeführt erfolgt der Aufbau des Personals der neu gegründeten Gesellschaft über die Vorlaufphase und das erste Jahr der Laufzeit hinweg. Der Vergleichbarkeit mit den übrigen Varianten halber werden in der nachfolgenden Tabelle die Personalkosten für die operative Tätigkeit im Jahr 2023 mit dem vollen Personalstamm von 105 Beschäftigten aufgezeigt. Diese belaufen sich auf 5,8 Mio. Euro. Hinzu kommen die Sachkosten. Diese werden wie bei den übrigen Varianten mit ca. 2,7 Mio. Euro angesetzt.

Da in Jahr 2022 noch nicht der gesamte Personalstamm von 105 Beschäftigten aufgebaut ist, ist die Gesellschaft noch nicht so Leitungsfähig wie die übrigen Varianten. Zum Ausgleich der geringeren Leistungsfähigkeit gegenüber den übrigen Varianten wird davon ausgegangen, dass dies durch Aufträge an Dritte ausgeglichen wird. Hierfür wird ein Ansatz in Höhe von 4 Mio. Euro gewählt.

Wie ebenfalls oben ausgeführt erfolgt die Vergütung der Beschäftigten nach Tarif. Ein arbeitgeberwechselbedingter Gehaltsaufschlag wird deshalb hier nicht angesetzt. Beides führt zu einem deutlichen Kostenvorteil gegenüber den übrigen Varianten, kann sich aber gleichwohl ggf. negativ auf die Bereitschaft zur Rekrutierung insgesamt bzw. auf die Qualifikation des rekrutierten Personals auswirken, da auf dem freien Markt höhere Gehälter erzielt werden könn(t)en. Da sich auch hier neue Beschäftigte zunächst einarbeiten müssen, werden entsprechende Einarbeitungskosten angesetzt. Diese werden in Höhe von einmalig 10.000 EUR je neu rekrutiertem Beschäftigtem angesetzt.

Für den bei einer Landesgesellschaft anfallenden Verwaltungsaufwand und die sog. Overheadkosten bei der EA.NRW wird – wie bei Variante 2 – eine Pauschale in Höhe 6% der Gesamtkosten der Gesellschaft angesetzt. Für den beim Land bzw. MWIDE anfallenden Aufwand für die Beteiligungsverwaltung, etwaige Berichtspflichten und das Controlling wird eine Pauschale in Höhe von 10%, angesetzt.

Die nachfolgende Tabelle fasst die Annahmen der jährlichen Kosten des Landes für die sechsjährige Vertragslaufzeit nochmals zusammen.

Tabelle 18: Kostenannahmen p.a. in der Vertragslaufzeit für Variante 2 – Landesgesellschaft

Kosten in der Vertragslaufzeit (01/2022 bis 12/2027)	Annahme
Gesamt Personalkosten p.a.	5,88 Mio. EUR
Gesamt Sachkosten p.a.	2,7 Mio. EUR
Personalkostenaufschlag für neu rekrutierte Beschäftigte	--
Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem Beschäftigtem einmalig zu Vertragsbeginn im 1. Quartal der Vertragslaufzeit	10.000 EUR
Kostenaufschlag für internen Verwaltungs- und Controllingaufwand bei der EnergieAgentur.NRW p.a.	6 % der Gesamtkosten
Kostenaufschlag für Verwaltungsaufwand beim MWIDE p.a.	10 % der Gesamtkosten
Indexierte Gesamtkosten in Jahr 1 der Vertragslaufzeit (gerundet)	10,47 Mio. EUR

6.10.3 Kosten zu bzw. nach Laufzeit-/Vertragsende für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Die neu gegründete Landesgesellschaft wird über die zugrunde gelegte Vertragslaufzeit bzw. Betrachtungsdauer fortgeführt. Eine Kaufoption existiert hier nicht. Ebenso erfolgt keine (Neu-)Ausschreibung wie in den vorgenannten Auftragsvarianten 3 bis 6.

Für die Variante 7 fallen somit keine Kosten zum Laufzeitende der Betrachtungsdauer an. Dies ist nachfolgend nochmals dargestellt.

Tabelle 19: Kostenannahmen nach Vertragslaufzeit für Variante 7 – Neugründung einer Landesgesellschaft

Kosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende	Annahme
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Kaufoption)	--
Neuausschreibung	--
Gesamtkosten zu bzw. nach Vertrags-/Laufzeitende (gerundet)	0 EUR

6.11 Zusammenfassung aller Annahmen der betrachteten Varianten

Nachfolgenden sind nochmals sämtliche Kostenannahmen der sechs betrachteten Varianten zum Vergleich in einer Tabelle zusammengefasst.

Tabelle 20: Übersicht sämtlicher Annahmen für die sechs betrachteten Varianten 2 bis 7

Kosten in der Vorlaufphase	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Variante 5 – Neugründung einer GmbH	Variante 6 – Reines Vertragsmodell	Variante 7 – Neugründung Landesgesellschaft
Kauf der Gesellschaftsanteile der EA.NRW (Ausübung Kaufoption)	25.000 EUR	25.000 EUR	25.000 EUR	--	--	--
Verkauf der Gesellschaftsanteile an neuen Gesellschafter (= Einnahme)	--	25.000 EUR	25.000 EUR	--	--	--
Gründungs-/Errichtungs- und Angebotskosten des neuen Gesellschafters	100.000 EUR	100.000 EUR	100.000 EUR	125.000 EUR	40.000 EUR	125.000 EUR
Ausschreibungskosten	--	600.000 EUR	600.000 EUR	600.000 EUR	500.000 EUR	--
Gesamtanzahl Beschäftigte	105	105	105	105	105	105
Anzahl per Personalagentur zu rekrutierende Beschäftigte	20	20	20	20	20	0
Rekrutierungskosten pro Mitarbeiter	25.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR	20.000 EUR	--
Rekrutierungskosten gesamt	(20*25.000 =) 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	--
Personalkosten der neu gegründeten Gesellschaft in Vorlaufphase (gemittelt)	--	--	--	--	--	2,1 Mio. EUR
Anzahl erforderliche VZÄ beim MWIDE für Verfahrensbegleitung	3	2	2,5	2	2	2
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	60.700 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	(1,75*2*60.700=) 212.450 EUR
Gesamtkosten in der Vorlaufphase (gerundet)	0,95 Mio. EUR	1,31 Mio. EUR	1,37 Mio. EUR	1,34 Mio. EUR	1,15 Mio. EUR	2,44 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	5,88 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	2,7 Mio. EUR
Personalkostenzuschlag für neu rekrutierte/eingestellte Beschäftigte	--	10%	10%	10%	10%	--

Kosten in der Vorlaufphase	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Variante 5 – Neugründung einer GmbH	Variante 6 – Reines Vertragsmodell	Variante 7 – Neugründung Landesgesellschaft
Einmalige Einarbeitungskosten pro neu rekrutiertem/eingestelltem Beschäftigtem zu Vertragsbeginn	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR	10.000 EUR
Kostenzuschlag 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	6 % der Gesamtkosten
Kostenzuschlag für Aufwand der Verwaltung beim MWIDE p.a.	10 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten	10 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten	7 % der Gesamtkosten	10 % der Gesamtkosten
Indexierte 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	10,47 Mio. EUR
Kosten zu bzw. nach Vertrags-/ Laufzeitende						
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)	0 EUR	0,625 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR	0,625 Mio. EUR	0,5 Mio. EUR	0 EUR

6.12 Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Nachfolgend sind die Ergebnisse der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung tabellarisch zusammengefasst und die Barwerte sowie der relative und absolute Nachteil der fünf betrachteten Varianten aufgezeigt.

Tabelle 21: Ergebnis der WU / Barwerte und Vorteilhaftigkeiten der fünf betrachteten Varianten

Ergebnis	Variante 2 – Landesgesellschaft	Variante 3 – Private Gesellschaft	Variante 4 – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	Variante 5 – Neugründung einer GmbH	Variante 6 – Reines Vertragsmodell	Variante 7 – Neugründung Landesgesellschaft
Barwert [in EUR]	89,1 Mio. EUR	87,58 Mio. EUR	91,51 Mio. EUR	87,61 Mio. EUR	87,28 Mio. EUR	67,764 Mio. EUR
Relativer Nachteil zur günstigsten Variante [in %]	35,1 %	29,3 %	35,1 %	29,3 %	28,8 %	--%
Absoluter Nachteil zur günstigsten Variante [in EUR]	23,8 Mio. EUR	19,8 Mio. EUR	23,8 Mio. EUR	19,8 Mio. EUR	19,5 Mio. EUR	-- Mio. EUR

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) mit ca. 67,76 Mio. Euro den mit großem Abstand niedrigsten Barwert liefert. Diese Variante stellt damit aus Sicht des Landes Nordrhein-Westfalen die wirtschaftlichste Lösung für eine künftige EnergieAgentur.NRW dar. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass hier die Vergütung der Beschäftigten nach dem Tarif des öffentlichen Dienstes erfolgt und dass sämtliche Personalbeschaffung ausschließlich über öffentliche Auswahlverfahren und damit ohne Kosten für Headhunter erfolgt. Des Weiteren ist der Vorteil darauf zurückzuführen und gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass die neu gegründete Gesellschaft nicht wie die übrigen Varianten bereits zum 1.1.2022 mit dem angesetzten vollen Personalstamm von 105 Mitarbeitern besetzt ist und insoweit im Jahr 2020 – trotz erhöhter Aufwendungen für Aufträge an Dritte, um dieses Defizit auszugleichen – ggf. auch nicht denselben sondern nur einen geringeren Leistungsumfang erbringen kann bzw. erbringen wird.

Dahinter folgen die Varianten 6 (Reines Vertragsmodell), 5 (Neugründung einer GmbH und 3 (Private Gesellschaft) mit ähnlichen Barwerten in Höhe von ca. 87,28 Mio., ca. 87,58 Mio. und ca. 87,61 Mio. Euro. Ihr relativer Nachteil gegenüber der Variante 7 beträgt zwischen ca. 28,8% und 29,3% bzw. in absoluten Zahlen ca. 19,5 bis 19,8 Mio. Euro.

Mit geringem Abstand dahinter liegen die Variante 2 Landesgesellschaft mit einem Barwert von ca. 89,1 Mio. Euro und einem relativen Nachteil von ca. 31,4% bzw. ca. 21,3 Mio. Euro und schließlich die unwirtschaftlichste Variante 4 mit einem Barwert von ca. 91,51 Mio. Euro und einem Nachteil von ca. 35,1% bzw. 23,8 Mio. Euro.

Hinsichtlich der dargestellten Barwerte gilt es zu beachten, dass es sich um Rechenwerte handelt. Die Barwerte entsprechen nicht dem tatsächlichen Auszahlungsstrom bzw. der tatsächlichen Haushaltsbelastung, die dem Land durch die EnergieAgentur.NRW über die betrachtete Laufzeit entstehen würden.

7 Gesamtergebnis aus rechtlicher Betrachtung, Nutzwertanalyse und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sowie Entscheidungsempfehlung

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.

Nach den derzeitigen Ergebnissen der Nutzwertanalyse liefern die Variante 2 (Landesgesellschaft) und die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) beiden 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 etwas Abstand und gleichauf die Variante 3 (Private Gesellschaft) und die Variante 5 (Neugründung einer GmbH); dahinter folgen nahezu gleichauf die Variante (Eingliederung in die Verwaltung) sowie die Variante 4 (Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft). Mit wiederum etwas Abstand liefert die Variante 6 (Reines Vertragsmodell) den niedrigsten Nutzwert aller Varianten.

Den mit großem Abstand niedrigsten Barwert und damit aus monetärer Sicht die wirtschaftlichste Variante für das Land Nordrhein-Westfalen liefert ebenfalls die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft). Der große Abstand bzw. Vorteil gegenüber den übrigen Varianten ergibt sich insbesondere aus den wesentlich niedrigeren Personalkosten infolge der Vergütung nach Tarif des öffentlichen Dienstes und einem Verzicht auf die Einbindung teurer externer Headhunter. Dem gegenüber steht jedoch, dass die neu gegründete Landesgesellschaft nicht wie die übrigen Varianten bereits zum 01.01.2021 mit dem vollen Personalstamm ausgestattet ist und deshalb ggf. nicht von Beginn an denselben Leitungsumfang erbringen kann bzw. erbringen wird.

Die übrigen Varianten liefern wesentlich höhere Barwerte in Höhen von ca. 87,28 bis 91,51 Mio. Euro und einen relativen Nachteil von ca. 29 bis 35% bzw. von ca. 19,5 bis 23,8 Mio. Euro.

Die Variante 7 (Neugründung einer Landesgesellschaft) stellt damit nach der Nutzwertanalyse sowohl qualitativ als auch nach der Barwertbetrachtung monetär die aus Sicht des Landes Nordrhein-Westfalen beste der betrachteten Varianten für eine künftige EnergieAgentur.NRW dar. Nach entsprechender Entscheidung durch das Land Nordrhein-Westfalen zur Weiterverfolgung dieser Variante sollten die Arbeiten zur Gründung einer neuen Landesgesellschaft bzw. zum Erwerb einer Vorratsgesellschaft zeitnah aufgenommen werden.