

THÜR. LANDTAG POST
26.08.2019 07:14

18592/2019

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM | 44780 Bochum | Germany

JURISTISCHE FAKULTÄT

Thüringer Landtag
- Haushalts und Finanzausschuss -
Jürgen-Fuchs-Straße 1
99096 Erfurt

INSTITUT FÜR GLÜCKSSPIEL
UND GESELLSCHAFT

Universitätsstraße 150
44801 Bochum

glueg@rub.de
www.glueg.org

23. August 2019

Stellungnahme zum Entwurf des „Fünften Gesetz zur Änderung des Thüringer Glücksspielgesetzes“ – LT-Drs. 6/7401

I. Sachverhalt: Der Entwurf des „fünften Gesetzes zur Änderung des Thüringer Glücksspielgesetzes“, LT-Drs. 6/7401, sieht im Kern eine organisationsrechtliche Änderung des Aufbaus von LOTTO Thüringen vor. Derzeit sind die Veranstaltung und Durchführung des thüringischen Lotterieangebots getrennt voneinander organisiert: Die Veranstaltung erfolgt durch die Thüringer Lotterieverwaltung, die Durchführung übernimmt die Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Thüringen und damit eine juristische Person des Privatrechts. Nach § 1a des Gesetzesentwurfs soll diese organisationsrechtliche Aufspaltung der Veranstaltung und Durchführung durch die Errichtung der Thüringer Staatslotterie als einer Anstalt des öffentlichen Rechts geändert werden. Für die Aufsicht über die Thüringer Staatslotterie soll gemäß § 1a Abs. 10 Satz 1 des Gesetzesentwurfs weiterhin das Thüringer Finanzministerium zuständig sein.

II. Rechtliche Würdigung: Normativer Anknüpfungspunkt für das staatliche Veranstaltungsmonopol für Lotterien ist § 10 GlüStV.¹ Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 GlüStV obliegt den Ländern „zur Erreichung der Ziele des § 1 die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen“. § 10 Abs. 2 Satz 1 GlüStV normiert organisationsrechtliche Vorgaben zur Umsetzung dieses Sicherstellungsauftrages.² Danach können die Länder die ihnen übertragene „öffentliche Aufgabe selbst, durch eine von allen Vertragsländern gemeinsam geführte öffentliche Anstalt, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen“. § 10 Abs. 2 Satz 1 GlüStV räumt den Ländern damit ein Ermessen hinsichtlich der organisationsrechtlichen Ausgestaltung ihres Lotteriemonopols ein.³ Die vier verschiedenen Organisationsformen stehen dabei gleichrangig nebeneinander; eine Abstufung oder ein Vorrang einer bestimmten Organisationsform ist dem Wortlaut von § 10 Abs. 2 Satz 1 GlüStV nicht zu entnehmen. Entscheidend ist lediglich, dass ein operativer Einfluss des jeweiligen Landes auf die Erfüllung des Sicherstellungsauftrages nach gewährleistet ist.⁴

1. Verfassungsrechtliche Anforderungen: Damit entspricht die Regelung in § 10 Abs. 2 Satz 1 GlüStV dem Prinzip der Formenwahlfreiheit der öffentlichen Verwaltung.⁵ Nach diesem „fundamentalen Grundprinzip“⁶ steht es dem Staat und damit auch den einzelnen Ländern frei, welche Organisationsform für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gewählt wird. Einschränkungen dieser Wahlfreiheit ergeben sich allein aus den Organisations- und Strukturanforderungen der Verfassung.⁷ Im Einzelnen begrenzen die Vorgaben des achten Abschnitts des Grundgesetzes, Art. 83 ff. GG, das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip, die Grundrechte und (teilweise) der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG die Formenwahlfreiheit. Für die organisationsrechtliche Ausgestaltung des thüringischen Lotteriemonopols dürften aber vorrangig lediglich die Vorgaben des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips von Bedeutung sein. Das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 44 Abs. 1 Satz 2 und Art. 45 Satz 1 Thür. LV, schränkt die Formenwahlfreiheit insofern ein, als die gewählte Organisationsform ein hinreichendes Legitimationsniveau sicherstellen muss.⁸ Aus der Perspektive des Rechtsstaatsprinzips darf die Formenwahl nicht zu einer Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes⁹ oder zu einer Absenkung rechtsstaatlicher Standards¹⁰ führen.

Die derzeit für die Ausgestaltung von LOTTO Thüringen gewählte und die vom „Fünften Gesetz zur Änderung des Thüringer Glücksspielgesetzes“ vorgesehene Organisationsform unterscheiden sich in verschiedenen Punkten. Bei der mit der Durchführung der Lotterie

¹ Vgl. *Hambach/Brenner*, in: *Streinz/Liesching/Hambach* (Hrsg.), *Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien*, 2014, § 10 Rn. 34.

² So auch *Dietlein/Postel*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hrsg.), *Glücksspielrecht*, 2. Aufl. 2013, § 10 Rn. 12.

³ Statt vieler *Becker*, in: *ders./Hilf/Nolte/Uwer* (Hrsg.), *Glücksspielregulierung*, 2017, § 10 Rn. 17.

⁴ Vgl. *Becker* (Fn. 3), § 10 Rn. 17.

⁵ Zum Prinzip der Formenwahlfreiheit s. nur *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, passim, und *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, passim.

⁶ *Dietlein*, *Ist der Bundesstaat kartellrechtswidrig?*, *ZfWG* 2006, 197 (199).

⁷ Hierzu und zu den folgenden Erläuterungen *Mann* (Fn. 5), S. 45 ff.; *Ehlers* (Fn. 5), S. 113 ff.

⁸ Vgl. nur *Mann* (Fn. 5), S. 55 ff.; *Ehlers* (Fn. 5), S. 124 ff.

⁹ S. hierzu *Mann* (Fn. 5), S. 68 ff.

¹⁰ Vgl. *Mann* (Fn. 5), S. 85.

beauftragten Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH handelt es sich um eine juristische Person des Privatrechts.¹¹ In ihrer Binnenorganisation setzt sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) aus der Geschäftsführung einerseits und der Gesellschafterversammlung andererseits zusammen. Daneben ist es möglich und gegenwärtig auch der Fall, dass der Gesellschaftsvertrag einen Aufsichtsrat als weiteres Organ vorsieht. Die GmbH zeichnet sich im Wesentlichen durch die starke Stellung der Gesellschafter aus, die von Gesetzes wegen zur Änderung des Gesellschaftsvertrages, § 53 GmbHG, sowie zur Auflösung der Gesellschaft, § 60 GmbHG, berechtigt sind. Die Geschäftsführung einer GmbH hängt damit maßgeblich von der Willensbildung der Gesellschafter ab. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip wird bei der Wahl der privatrechtlichen Organisationsform der GmbH dadurch genüge getan, dass einerseits die Verfolgung bestimmter öffentlicher Zwecke als Zielvorgabe in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird und sich die öffentliche Hand andererseits die Stimmrechtsmacht in der Gesellschafterversammlung sichert.¹²

Ein vergleichbares Organisationsstatut existiert für rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalten nicht.¹³ Charakteristisch für diese Form einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist, dass es zu ihrer Implementierung eines entsprechenden formellen Errichtungsgesetzes bedarf. In organisationsrechtlicher Perspektive zeichnet sich eine öffentlich-rechtliche Anstalt zunächst durch die Existenz eines Anstaltsträgers aus. „Als Anstaltsträger bezeichnet man denjenigen Hoheitsträger, dessen Aufgaben teilweise von der Anstalt wahrgenommen werden und dessen Wille grundsätzlich über die Anstaltsorgane zur Geltung kommt.“¹⁴ Die Binnenorganisation öffentlich-rechtlicher Anstalten orientiert sich in der Regel an den aktienrechtlichen Maßstäben. Wie in der Aktiengesellschaft kommt dabei dem Vorstand die Aufgabe der Geschäftsführung zu. Diese wird durch den Verwaltungsrat überwacht, der ein Äquivalent des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft darstellt, dem jedoch weitreichendere Befugnisse zukommen können. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats wird unmittelbar durch den Träger der Anstalt bestimmt. Zusätzlich können beratende Organe vorgesehen werden (z.B. Rundfunk- oder Fernsehrat bei den Rundfunkanstalten). Diesen können jedoch keine Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden.¹⁵ Das Demokratie- wie auch das Rechtsstaatsprinzip werden zum einen dadurch gewahrt, dass die Zweckprogrammierung der öffentlich-rechtlichen Anstalt schon im Errichtungsgesetz selbst oder in einer entsprechenden Satzung erfolgt.¹⁶ In dem Gesetzesentwurf sieht § 2 eine solche Zweckprogrammierung vor. Zum anderen existieren verschiedene Möglichkeiten, um das verfassungsrechtlich geforderte Maß an Einflussnahme sicherzustellen.¹⁷ Im Unterschied zur Aktiengesellschaft kann die umfängliche Geschäftsführungskompetenz des Vorstands durch eigene Entscheidungskompetenzen und Mitwirkungsbefugnisse des Verwaltungsrats zum Teil stark eingeschränkt werden.¹⁸ In dem Gesetzesentwurf zum „Fünften Gesetz zur Änderung des Thüringer Glücksspielgesetzes“ lassen sich insbesondere in § 1 Abs. 7 und 8 solche Einschränkungen der Entscheidungskompetenz der Geschäftsführung finden. Durch die hier vorgesehene Möglichkeit der Handlungsanweisungen des Verwaltungsrats gegenüber dem Vorstand nach § 1 Abs. 7 Satz 2

¹¹ Zu den folgenden Grundzügen einer GmbH *Mann* (Fn. 5), S. 177 ff.

¹² Vgl. hierzu *Mann* (Fn. 5), S. 183 f., 189 ff.

¹³ Zu den hier skizzierten Grundzügen abermals *Mann* (Fn. 5), S. 106 ff.

¹⁴ *Mann* (Fn. 5), S. 110.

¹⁵ *Ehlers*, in: Schmidt-Aßmann/Dolde (Hrsg.), Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2005, S. 203 (217).

¹⁶ Vgl. *Mann* (Fn. 5), S. 118.

¹⁷ Zu den verschiedenen Möglichkeiten *Mann* (Fn. 5), S. 124 ff.

¹⁸ *Ehlers* (Fn. 15), S. 203 (218).

sowie dem Zustimmungserfordernis für Entscheidungen i.S.d. § 1 Abs. 8 Nr. 1 bis 5 ändert sich an der Reichweite der Geschäftsführungsbefugnis im Vergleich zur bisherigen Rechtslage kaum etwas. Die Anstalt des öffentlichen Rechts unterliegt im Gegensatz zu privatwirtschaftlichen Gesellschaften in öffentlicher Hand der umfassenden staatlichen Rechtsaufsicht.¹⁹ Im Gesetzesentwurf wird in § 1 Abs. 10 als zuständige Aufsichtsbehörde das Ministerium für Finanzen bestimmt. Damit erweisen sich die staatlichen Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten im Vergleich zur bisherigen Rechtslage als weiter.

Mit Blick auf das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip kommen danach sowohl eine privatrechtliche als auch eine öffentlich-rechtliche Organisation des monopolisierten staatlichen Lotteriedeansgebots in Betracht. Eine „Re-Publifizierung“ von LOTTO Thüringen entsprechend dem Gesetzesentwurf ist folglich zulässig, aber nicht geboten, auch wenn die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips in privatrechtlichen und in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen auf unterschiedliche Weise erfüllt werden. Das gilt im Übrigen auch mit Blick auf eine denkbare Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen. Insbesondere kann nicht unter Hinweis auf die individualrechtlichen Dimensionen der Regulierungsziele des § 1 GlüStV eine staatliche Schutzpflicht angenommen werden, aus der ein Gebot zur öffentlich-rechtlichen Organisation des Lotteriedeansgebots folgen würde. Abgesehen davon, dass nicht erkennbar ist, inwiefern die notwendige Orientierung an den Zielen des GlüStV nicht auch bereits jetzt schon gewährleistet ist, ist nicht erkennbar, inwiefern dies durch eine Änderung der Organisationsform substantiell verbessert werden könnte. Insgesamt ist es demzufolge verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, LOTTO Thüringen in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts zu organisieren. Umgekehrt besteht allerdings auch keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, eine hoheitliche Organisationsform zu wählen.²⁰

2. Organisationsrechtliches Optimierungsgebot: Ein über die Organisations- und Strukturanforderungen der Verfassung hinausgehender verbindlicher Maßstab, der die Auswahlentscheidung des Landes anleitet, besteht nicht. Allerdings gilt: „Es sollte jeweils diejenige Organisations- und Rechtsform gewählt werden, deren Merkmale für die Erfüllung der jeweiligen Aufgaben am besten geeignet sind [...]“²¹ Freilich ist die normative Strenge und die Justiziabilität eines solchen „organisationsrechtlichen Optimierungsgebots“ begrenzt.

Den Zielen des GlüStV kann überdies sowohl in privatrechtlicher als auch in öffentlich-rechtlicher Organisationsform entsprochen werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil das wesentliche Mittel zur Erreichung dieser Ziele im Bereich des Lotteriedeansgebots nach gegenwärtiger Rechtslage die Monopolisierung, also die Versperrung des Marktzugangs für Private ist. Dies wird aber vor allem dadurch erreicht, dass keine Genehmigungen an Private zum Angebot von Lottospielen vergeben werden. In welcher Form der Staat selbst dann sein Lotteriedeansgebot organisiert, ist danach zweitrangig, soweit, wie es aber durchweg der Fall ist, angemessene Aufsichtsmechanismen bestehen.

¹⁹ Ehlers (Fn. 15), S. 203 (231). Für kommunale Unternehmen sehen alle Gemeindeordnungen nur vor, dass die Gründung einer privatrechtlich verfassten Gesellschaft sowie der Erwerb oder die Veräußerung von Anteilen an einer solchen der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde angezeigt oder zur Genehmigung vorgelegt werden muss, vgl. Fabry, in: ders./Augsten (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Aufl. 2011, S. 63 Rn. 54.

²⁰ Kritisch zur privatrechtlichen Organisationsform Becker (Fn. 3), § 10 Rn. 20.

²¹ Bull, Formenwahl, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 545 (553).

Auch aus organisationsrechtlicher Perspektive besteht danach kein Vorrang einer bestimmten Organisationsform. Bestätigt wird diese Annahme durch den Befund, dass die organisationsrechtliche Ausgestaltung des Lotterieangebots in den Ländern variiert und sämtliche Organisationsformen vorzufinden sind.

3. Umsatzsteuerrechtliche Erwägungen: Als Gründe für die Zusammenführung der Aufgaben der Thüringer Lotterieverwaltung und der Aufgaben der Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Thüringen in einer Anstalt des öffentlichen Rechts werden Entwicklungen im Bereich des Umsatzsteuerrechts geltend gemacht. Besteht bei Umsätzen zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger eine umsatzsteuerrechtliche Organschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG, sind die Innenumsätze nicht Umsatzsteuerpflichtig. Bislang bildeten die Thüringer Lotterieverwaltung (als Organträger) und die Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Thüringen (als Organgesellschaft) eine umsatzsteuerrechtliche Organschaft. Umsätze waren daher nicht steuerbar.

Zwischenzeitlich haben Rechtsprechung²² und Finanzverwaltung²³ die Anforderungen an eine Organschaft verschärft, insbesondere mit Blick auf die Voraussetzungen einer „organisatorischen Eingliederung“. So ist für eine „organisatorische Eingliederung“ nunmehr die Möglichkeit zur Willensdurchsetzung entscheidend. Dass lediglich eine vom Willen des Organträgers abweichende Willensbildung bei der Organgesellschaft verhindert wird, genügt nicht mehr. In der Folge verursacht die Bildung einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft zur Verhinderung steuerbarer Innenumsätze einen deutlich höheren Personal- und Sachaufwand, der aus dem gestiegenen Abstimmungs- und Weisungsbedürfnis resultiert.

Eine umsatzsteuerliche Organschaft zwischen der Thüringer Lotterieverwaltung (als Organträger) und der Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Thüringen (als Organgesellschaft) ist vor diesem Hintergrund aus Sicht des Gesetzgebers nicht mehr sinnvoll. Steuerbare Umsätze innerhalb von LOTTO Thüringen lassen sich aber durch eine Zusammenführung der Thüringer Lotterieverwaltung und der Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Thüringen in einer Anstalt des öffentlichen Rechts auch zukünftig vermeiden. Hier fallen von vornherein keine Innenumsätze an, da Veranstaltung und Durchführung durch ein Unternehmen erfolgen. Die organisationsrechtliche Änderung des Aufbaus von LOTTO Thüringen ist vor diesem Hintergrund auch rechtspolitisch nachvollziehbar.

III. Schlussbemerkung: Insgesamt ist festzuhalten, dass weder das Verfassungsrecht noch ein organisationsrechtliches Optimierungsgebot für den Vorrang einer bestimmten Organisationsform streiten. Demzufolge obliegt es dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative, eine Organisationsform zu wählen. Dass er sich im vorliegenden Gesetzentwurf für eine öffentlich-rechtliche Organisation entschieden hat, ist vor dem Hintergrund ihrer umsatzsteuerrechtlichen Implikationen nachvollziehbar.

Bochum, 23.08.2019 /

²² BFH, Urt. v. 8.8.2015 – V R 18/13, BStBl II 2017, 543; BFH, Urt. v. 2.12.2015 – V R 15/14, BStBl II 2017, 553.

²³ BMF, 26.5.2017, III C 2-S 7105/15/10002, FMNR269000017, BStBl I 2017, 790.