

VG Frankfurt, Beschluss vom 1. Juni 2006 - 1 G 919/06

Leitsatz

1. Die Statthaftigkeit oder Zulässigkeit eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der der Zugang zu einem Kontingent begehrt wird, hängt nicht davon ab, ob es bereits anderweitig verteilt worden ist.
2. Skontroführer ist kein Beruf im Sinne des Art. 12 GG.
3. Die Geschäftsführung der Börse ist nicht befugt, Skontren zu verteilen, wenn es keine wirksame Regelungen der Voraussetzung und des Verfahrens in der Börsenordnung gibt.
4. Bestehenden Zweifeln daran, dass die Regelungen über die Verteilung von Skontren nach §§ 39c ff. der Börsenordnung der Frankfurter Wertpapierbörse in der Fassung vom 15.03.2005 mit höherrangigem Recht vereinbar sind, geht die Kammer nicht weiter nach, weil sich auch im Falle der Unwirksamkeit der Regelungen für den Antragsteller kein Zuteilungsanspruch ergäbe.

Tenor

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Beigeladenen zu 1 trägt die Antragstellerin. Die übrigen Beigeladenen tragen ihre Kosten selbst.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 85.800 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin ist eine nach § 26 BörsG für die Frankfurter Wertpapierbörse zugelassene Skontroführerin. Skontroführung ist die Vermittlung und der Abschluss von Börsengeschäften in den einem Skontroführer zugewiesenen Wertpapieren unter Einschluss der Preisfeststellung im Präsenzhandel der Wertpapierbörse. Die Antragsgegnerin führte zum 01.07.2005 eine neue Verteilungsregelung für Aktien-Skontren im amtlichen und geregelten Markt ein (§§ 39c ff. der Börsenordnung in der am 15.03.2005 in Kraft getretenen Fassung). Zur Implementierung dieser neuen Verteilungsregelung hatte die Antragsgegnerin durch entsprechende Befristungsregelungen dafür gesorgt, dass alle früheren Skontrenzuteilungen an der Frankfurter Wertpapierbörse zum 30.06.2005 erloschen. Sie nahm nun nach der neuen Regelung eine neue Verteilung sämtlicher Skontren unter jenen zugelassenen Skontroführern vor, die einen entsprechenden Antrag gestellt hatten. Mit Bescheiden vom 20.05.2005 verteilte sie sämtliche Skontren unter Anordnung des Sofortvollzugs an die Beigeladenen. Der Antragstellerin teilte sie keine Skontren zu. Zur Begründung gab sie an, dass die Antragstellerin die Voraussetzungen der neuen Verteilungsregelung nicht erfülle.

Die Antragstellerin erhob gegen sämtliche Zuteilungsbescheide ihrer Konkurrenten wie auch gegen den an sie selbst ergangenen Ablehnungsbescheid Widerspruch. Am 20.05.2005 stellte sie beim Hessischen Verwaltungsgerechtshof Normenkontrollantrag gegen die Verteilungsregelungen der Börsenordnung (6 N 2388/05) und zugleich einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO. Über den Normenkontrollantrag ist bisher nicht entschieden worden. Den Eilantrag lehnte der HessVGH mit Beschluss vom 05.05.2006 (Az.: 6 NG 1741/05) als unzulässig ab.

Bereits am 09.03.2006 beantragte die Antragstellerin bei dem erkennenden Gericht vorläufigen Rechtsschutz. Am 22.03.2006 erhob sie gegen die Antragsgegnerin Untätigkeitsklage mit dem Ziel, die Antragsgegnerin zur Zuteilung von Skontren verpflichtet zu lassen. Nachdem die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheiden vom 13.04.2006 die Widersprüche zurückgewiesen hatte, setzte die Antragstellerin das Verfahren als Anfechtungs- und Verpflichtungsklage fort.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass für ihr Begehren der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO der statthafte Rechtsbehelf ist. Für den Fall, dass das Gericht dem nicht folgen sollte, stützt sie ihr Begehren auch auf § 80a Abs. 3 VwGO.

Sie macht geltend, durch die Nichtberücksichtigung bei der Skontrenverteilung in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet zu sein. Denn die Kostenbelastung habe sich durch den Wegfall der Tätigkeit als Skontroföhrerin nicht verringert. Die Kostenbelastung beruhe im Wesentlichen auf der Aufrechterhaltung der unternehmerischen Kapazitäten zur Skontroföhrung, die erforderlich sei, um jederzeit erneut in die Skontroföhrung einsteigen zu können. Eine Umstrukturierung des Unternehmens mit dem Ziel, diese Kosten zu verringern, führe zu einer Verringerung ihrer Fähigkeit zur Skontroföhrung und verschlechtere damit ihre Chance auf Berücksichtigung bei der Skontrozuteilung. Unter Vorlage einer Auskunft der Z Steuerberatungsgesellschaft vom 14.03.2006, welche den Jahresabschluss 2005 der Antragstellerin erstellt, trägt sie im Einzelnen vor, dass sie aufgrund des Wegfalls der Skontroföhrung seit dem 01.07.2005 monatlich einen Verlust von ca. 100.000,00 EUR erwirtschaftete. Dieser Verlust sei bisher durch Zuschüsse ihres Hauptaktionärs kompensiert worden, könne aber auf Dauer nicht getragen werden. Des Weiteren weist sie darauf hin, dass sie in erheblichem Ausmaß dem Risiko der Abwerbung ihrer für die Skontroföhrertätigkeit hoch qualifizierten Mitarbeiter ausgesetzt sei, weil diese durch den Wegfall dieser Tätigkeit ihre Qualifikation auf Dauer bei ihr nicht aufrecht erhalten könnten. Der Verlust dieser Mitarbeiter würde sie aber ebenso für die künftige Wiederaufnahme der Skontroföhrung disqualifizieren. Zur Glaubhaftmachung dieses Vortrages verweist sie auf eine eidesstattliche Versicherung ihres Vorstandes XY und auf die Gewinn- und Verlustrechnung aus der mit Prüfvermerk durch einen Wirtschaftsprüfer versehenen Jahresabschluss zum 31.12.2005.

Die Antragstellerin hält die zum 01.07.2005 vorgenommene Skontrozuteilung der Antragsgegnerin zunächst schon deshalb für rechtswidrig, weil sie entgegen den Vorgaben der Börsenordnung erfolgt sei. So sei die für die Zuteilung maßgebliche Messung der Leistungsfähigkeit fehlerhaft gewesen. Im maßgeblichen Messzeitraum sei es zu zahlreichen Systemaussetzern des von einer Tochter des Börsenträgers zur Verfügung gestellten Limit-Kontrollsystems Xentic Makler gekommen, die die Messung nachhaltig verfälscht hätten. Dieser Fehler falle in die Sphäre der Antragsgegnerin, jedenfalls aber nicht in die der Antragstellerin. Zumindest sagten die fehlerhaften Ergebnisse nichts über die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin aus.

Die von der Antragsgegnerin zugrunde gelegten „Performance-Kriterien“ zur Messung der Leistungsfähigkeit stünden im Widerspruch zu den bei der Preisfeststellung zu beachtenden Vorschriften des Regelwerkes der Frankfurter Wertpapierbörse. Zudem berücksichtigten die Performance-Kriterien nicht, dass den Skontroföhrern ein Beurteilungsspielraum zugebilligt sei, der sich einer Messung entziehe. So könne es sich beim Handel mit illiquiden Wertpapieren zuweilen empfehlen, mit der Preisfeststellung längere Zeit zuzuwarten, um eine großvolumige Order abzarbeiten. Dem werde das Performance-Kriterium „Ausführungszeit“ nicht gerecht. Die Performance-Kriterien zwängen den Skontroföhrer, sich wie ein elektronisches Handelssystem zu verhalten. Das werde jedoch den Eigenarten des Parketthandels und der Funktion des Skontroföhrers nicht gerecht.

Soweit die Antragsgegnerin die Fehlerhaftigkeit einzelner Messergebnisse anerkannt habe, sei es nicht zulässig gewesen, diese einfach aus dem Gesamtergebnis herauszunehmen. Dies habe schon deshalb zu einer Verfälschung des Gesamtergebnisses geführt, weil sich dadurch die Bemessungsgrundlage zum Nachteil der Antragstellerin verringert habe. Hinzu komme, dass kein anderer Skontroföhrer in dem gleichen Maße von solchen Herausnahmen einzelner Messergebnisse betroffen gewesen sei wie sie selbst.

Die Beurteilung der Leistungsfähigkeit sei schließlich auch deshalb fehlerhaft, weil die Antragsgegnerin ausweislich der Gründe des angefochtenen Bescheides darauf abgestellt habe, dass die Antragstellerin keine weiteren Referenzen beigebracht habe. Die Berücksichtigung von Referenzen sei jedoch in den Verteilungskriterien der BörsenO vom 15.03.2005 nicht vorgesehen gewesen und erst in die Neufassung aufgenommen, die am 01.07.2005 in Kraft getreten sei.

Das Zuteilungsverfahren sei auch deshalb rechtlich fehlerhaft gewesen, weil die Verteilung entgegen § 29 Satz 1 BörsG nicht im Benehmen mit dem Skontroföhrerausschuss vorgenommen worden sei. Zwar sei der Skontroföhrerausschuss mit der Angelegenheit befasst worden und habe der vorläufigen Verteilung mit Beschluss vom 03.05.2005 auch zugestimmt. Dieser Beschluss sei aber nichtig, weil an ihm ausschließlich solche Skontroföhrergesellschaften beteiligt gewesen seien, die selbst zu den Antragstellern zählten und somit an dem Verfahren beteiligt gewesen seien. Dieser Verstoß gegen § 20 Abs. 1 HessVwVfG führe nach § 44 Abs. 1 HessVwVfG zur Nichtigkeit des Beschlusses.

Das Zuteilungsverfahren leide schließlich auch daran, dass der Antragstellerin im Rahmen ihrer Anhörung keine ausreichende Einsicht in die Akten gewährt worden sei.

Unabhängig von diesen Verfahrensverstößen sei die Zuteilung der Skontren und insbesondere die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin aber jedenfalls deshalb rechtswidrig, weil sie auf Rechtsgrundlagen beruhen, die ihrerseits wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam seien.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass es sich bei der Zuteilung von Skontren um Beschränkungen der Berufsfreiheit handele, die jenseits der Grenzen zulässiger Satzungsautonomie lägen und deshalb nicht in der Börsenordnung hätten geregelt werden dürfen, sondern allein in einem förmlichen Gesetz.

Die Antragstellerin rügt im Einzelnen, dass nach § 39k Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 4 BörsO die Zuteilung von Skontren zu 75% von dem Kriterium des Marktanteils abhängig gemacht wird, der seinerseits am Orderbuchumsatz im Jahre 2004 gemessen wird. Sie sieht hierin eine Verletzung des Grundrechts der Chancengleichheit aller Bewerber. Das Kriterium werde dem Prinzip einer fachlichen Bestenauslese nicht gerecht. Der Marktanteil der betreuten Skontren erlaube keine aussagekräftigen Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit und Sachkunde der Skontroführer und sei deshalb kein taugliches Auswahlkriterium. Es begünstige diejenigen Mitbewerber, denen im Jahre 2004 umsatzstarke Skontren zugeteilt gewesen seien. Da der Marktanteil mit 75% zu Buche schlage, komme es bei den Skontroführern mit starkem Umsatz im Jahre 2004 auf das Ergebnis der Performancemessung nicht mehr an, das nur zu 25% in das Gesamtergebnis einfließe. Dagegen hätten Bewerber mit umsatzschwachen Skontren im Jahre 2004 erheblich geringere Chancen für die Beibehaltung ihres Status als Skontroführer gehabt. Diese seien zudem wesentlich stärker vom Ergebnis der Performancemessung abhängig gewesen. Der Orderbuchumsatz sei vom Skontroführer nicht zu beeinflussen. Er hänge ausschließlich von dem Handelsinteresse der Marktteilnehmer an den betreffenden Wertpapieren ab. Die Umsatzstärke der einzelnen zugeteilten Skontren sei in der Vergangenheit stark voneinander abgewichen, d.h. bei einzelnen Skontroführern hätten umsatzstarke Skontren dominiert, bei anderen, wie auch bei der Antragstellerin, eher schwächere. Dies sei schon in der Vergangenheit ein unbilliger Zustand gewesen, der durch die neue Verteilungsregelung noch vertieft und verstetigt werde.

Der Orderbuchumsatz lasse keinerlei Schlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Skontroführers zu und sei deshalb als Verteilungskriterium ungeeignet. Man könne auch nicht aus einem höheren Orderbuchumsatz auf eine höhere praktische Erfahrung des Skontroführers schließen. Allenfalls könne man aus der Zahl der Preisfeststellungen darauf schließen, in welchem Umfang ein Skontroführer seine Eignung unter Beweis stellen muss. Der Orderumsatz sage aber nichts über die Zahl der Preisfeststellungen aus. Um bei einer Aktie mit einem Kurswert von wenigen Cent zu einem bestimmten Orderbuchumsatz zu kommen, bedürfe es einer wesentlich höheren Zahl an Preisfeststellungen wie bei Aktien mit einem hohen Kurswert. Für den mit der Preisfeststellung verbundenen Aufwand und der Schwierigkeit der Preisfeststellung mache weder der Kurswert noch die Stückzahl einen Unterschied. Die Preisfeststellung bei umsatzstarken Skontren weise gewöhnlich keine besonderen Schwierigkeiten auf, während bei illiquiden Wertpapieren schon infolge der Unstetigkeit der Ordereingänge in weit stärkerem Maße situationsbedingte Angebots- und Nachfrageüberhänge zu verzeichnen seien und somit weit häufiger eine unausgeglichene Orderlage bestehe. So sei bei unausgeglichener Marktlage dem Gebot möglichst rascher Preisfeststellung nur unter Inkaufnahme von Preissprüngen nachzukommen, was der Forderung nach Preiskontinuität widerspreche. Ab bestimmten Schwellenwerten seien bei Preisschwankungen Wartefristen einzuhalten und die zu erwartenden Preisabweichungen wiederholt dem Publikum mitzuteilen. Weit häufiger seien auch neue Taxen bekannt zu geben. Damit seien jedoch berufliche Erfahrung und Expertise gerade beim Handel mit illiquiden Werten in besonderer Weise gefordert.

Ein hoher Orderbuchumsatz belege auch keine besondere Akzeptanz des Skontroführers bei Publikum und Handel. Der Orderbuchumsatz habe ausschließlich mit dem Interesse der Marktteilnehmer an einer bestimmten Aktie zu tun und nichts mit der Person des Skontroführers.

Ein hoher Orderbuchumsatz sage auch nichts darüber aus, ob und inwieweit der Skontroführer in der Lage sei, Eigengeschäfte zu tätigen. Dies hänge allein von der Eigenkapitalausstattung des Skontroführers ab. Diese werde von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen überwacht und könne kein Kriterium der Auswahlentscheidung sein. Im Übrigen sei die Eingehung von Eigengeschäften kein tauglicher Gradmesser für die fachliche Eignung des Skontroführers. Zum einen sei der Skontroführer zur Vornahme von Eigengeschäften nicht verpflichtet, zum anderen seien dem Eigengeschäft rechtlich enge Grenzen gesetzt, weil es strukturell in einem Spannungsverhältnis zu der gebotenen Neutralität des Skontroführers stehe. Schließlich sei die Liquidität spendende Funktion eines Skontroführers bei umsatzstarken Wertpapieren ohnehin nicht gefragt, weil der Markt im allgemeinen die nötige Liquidität

selbst bereitstelle.

Die Antragstellerin hält auch die Regelung des § 39k Abs. 2 Satz 3 BörsO für rechtswidrig, wonach einem Skontroführer, der unter Berücksichtigung des Marktanteils und der fachlichen Leistung weniger als 3000 Zuteilungspunkte erreicht, diesem überhaupt keine Zuteilungspunkte zugeordnet werden. Dieser faktische Entzug der Skontroföhrtätigkeit stelle eine zusätzliche subjektive Berufszulassungsgrenze dar, für die es an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Die Skontroföhrtung stelle ein abgeschlossenes Berufsbild dar, das sich von anderen an der Börse in Erscheinung tretenden Berufen hinreichend unterscheide. Deshalb habe auch der Gesetzgeber ausweislich der Materialien zum Vierten Finanzmarktförderungsgesetz verlangt, dass geeigneten Bewerbern grundsätzlich der Zugang zur Skontroföhrtätigkeit zu eröffnen sei (BT Drs 14/8017, S. 78). Die Zuteilung oder Nichtzuteilung von Skontren berühre damit nicht nur die Berufsausübung, sondern die Freiheit der Berufswahl. Eine Einschränkung der Berufswahl sei jedoch nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig.

Es fehle auch an einem legitimen Zweck der Einschränkung der Berufswahl. Es seien keine überragend wichtige Gemeinschaftsgüter ersichtlich, zu deren Schutz subjektive Zulassungskriterien über die Eignung hinaus gerechtfertigt sein könnten. Das Ziel der Regelung sei auch nur, die Kommunikationsprozesse zwischen der deutschen Börse AG, der Frankfurter Wertpapierbörse und dem Präsenzhandel kostengünstiger zu gestalten. Diese betriebswirtschaftlichen Interessen des Börsenträgers rechtfertigten aber keine subjektiven Berufszulassungsschranken.

Die Antragstellerin wendet sich weiterhin gegen die Regelung des § 39k Abs. 4 Buchstabe b BörsO, der die Messung der Leistungsfähigkeit regelt, welche zu 25% in die Zuordnung von Zuteilungspunkten einfließt. Diese Regelung sei nicht hinreichend bestimmt und daher mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar. Die Kriterien für die Messung der Leistungsfähigkeit würden nämlich in dieser Vorschrift nicht festgelegt. Ihre Auswahl werde damit dem Ermessen der Börsengeschäftsführung überlassen. Das widerspreche auch der gesetzlichen Ermächtigung des § 29 Satz 3 BörsG, wonach die Voraussetzungen der Skontrenverteilung in der Börsenordnung zu regeln seien. Die von der Börsengeschäftsführung für den maßgeblichen Referenzzeitraum aufgestellten Performance-Kriterien hätten im Übrigen auch im Widerspruch zum börslichen Regelwerk gestanden.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass in Ermangelung eines anderen gültigen Verteilungsschlüssels die Skontren nach Köpfen gleichmäßig unter allen zugelassenen Skontroföhrtühern zu verteilen seien, die einen Antrag auf Zuteilung gestellt haben. Dem entspreche ein Anteil von 5,55% des Orderbuchumsatzes sämtlicher dem Prime- und General Standard im Präsenzhandel an der Frankfurter Wertpapierbörse zugeordneten Aktien-Skontren. Um zu verhindern, dass ihr nur eine Vielzahl illiquider Skontren zugeordnet werde, deren Betreuung zu einer gleichheitswidrigen Mehrbelastung führen würde, sei sie bei der Zuteilung mit Skontren mittlerer Liquidität auszustatten.

Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin aufzugeben, der Antragstellerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptsache Aktien-Skontren von insgesamt mittlerer Liquidität aus dem Prime- und General-Standard zur Skontroföhrtung in dem Umfang zuzuteilen, dass der zu erwartende in EURO berechnete durchschnittliche Orderbuchumsatzanteil mindestens 55 % des Orderbuchumsatzes sämtlicher dem Prime- und General-Standard im Präsenzhandel an der Frankfurter Wertpapierbörse zugeordneten Aktien-Skontren ausmacht;

hilfsweise:

der Antragsgegnerin aufzugeben, den Antrag der Antragstellerin auf Zuteilung von Skontren aus dem Prime- und General-Standard zur Skontroföhrtung vom 22.03.2005 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts vorläufig neu zu bescheiden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Antrag abzulehnen

Die Antragsgegnerin hält den Eilantrag bereits mangels hinreichender Bestimmtheit für unzulässig. Die begehrte Anordnung sei nicht vollstreckungsfähig. Es fehle auch an der Antragsbefugnis, weil offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise der geltend gemachte Anspruch bestehen könne. Die Zuteilung der Skontren stehe nämlich im Ermessen der Antragsgegnerin. Der Antrag sei schließlich auch deshalb unzulässig, weil er auf die Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet sei. Der Hilfsantrag sei unzulässig, weil im Wege der einstweiligen Anordnung keine Neubescheidung verlangt werden könne.

Es fehle auch an einem Anordnungsgrund. Die Folgen der Nichtzuteilung von Aktien-Skontren seien für die Antragstellerin nämlich nicht existenzgefährdend. Sie habe weder dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass der behauptete Umsatzrückgang bei den Einnahmen aus Courtagen gerade Courtageseinnahmen aus der Skontroführung betreffe und nicht etwa Einnahmen aus Freimaklertätigkeit. Die vorgelegte Gewinn- und Verlustrechnung lasse keine aussagekräftigen Rückschlüsse auf die Ursachen und zeitlichen Zusammenhänge des Einnahmerückgangs zu.

Die Verluste der Antragstellerin im zweiten Halbjahr 2005 beruhten in Wahrheit im wesentlichen auf Verwaltungsaufwendungen und Abschreibungen, die im Vergleich zum ersten Halbjahr um 30% gestiegen seien. Es widerspreche kaufmännischer Sorgfalt, die Verwaltungsausgaben gerade zu einem Zeitpunkt drastisch zu erhöhen, zu dem ein Hauptgeschäftsfeld weggefallen ist. Deshalb sei die Behauptung unplausibel, dass die Skontroführertätigkeit das Hauptgeschäftsfeld der Klägerin gewesen sei. Für diesen Vortrag stützt sich die Antragsgegnerin auf ein Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young AG vom 13.04.2006 zu dem von der Antragstellerin vorgelegten Schreiben der Z Steuerberatung vom 14.03.2006.

Die Antragstellerin habe auch nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass es ihr nicht gelingen könne, ihre Kosten zumindest vorübergehend durch Einnahmen aus dem anderweitigen Einsatz ihrer Infrastruktur zu decken. So sei sie nicht gehindert, weiterhin als Skontroführer in Nicht-Aktienskontren (z.B. festverzinsliche Wertpapiere) tätig zu sein. Zwar habe die Antragstellerin ihre Nicht-Aktienskontren freiwillig zurückgegeben. Das sei aber ihre eigene unternehmerische Entscheidung gewesen. Sie könne auch als Freimakler tätig werden. Auch dafür lasse sich der Geschäftsbetrieb, der für die Skontroführung aufgebaut worden sei, einsetzen. Die Antragstellerin zeige auf ihrer Website selbst, dass sie auch auf anderen Geschäftsfeldern tätig sei.

An einem Anordnungsgrund fehle es schließlich auch deshalb, weil die Antragstellerin fast zehn Monate seit Erlass der Zuteilungsbescheide zugewartet habe bis sie den Eilantrag gestellt habe. Das zeige, dass die Angelegenheit für sie nicht eilbedürftig sei.

Es fehle auch an einem Anordnungsanspruch. Die Antragstellerin habe nicht allein deshalb, weil sie nach § 26 BörsO zugelassen sei und damit die zur Skontroführung notwendige Eignung nachgewiesen habe, einen Anspruch auf Zuteilung von Skontren. Vielmehr liege die Zuteilung im Ermessen der Geschäftsführung der Antragsgegnerin. Diese habe ihr Ermessen zum einen an dem Kriterium der Bestenauslese orientiert und zum anderen an dem Kriterium des Zugangs für Neubewerber. Letzteres bedinge, dass Inhaber von Skontren keinen Bestandsschutz genießen könnten. Die Antragstellerin habe ebenso wenig einen Anspruch auf Zuteilung wie ein Studienbewerber Anspruch auf Zuteilung eines Studienplatzes habe. Die Skontroführung sei eine öffentlich-rechtlich eingeräumte Berufsposition. Sie gewährleiste den Berufsinhabern weder den Bestand der gesetzlichen Rahmenbedingungen noch die Beibehaltung eines bestimmten Geschäftsumfanges und die Sicherung bestehender Erwerbsmöglichkeiten.

Die Auswahlkriterien seien sachgerecht. Insbesondere sei der Marktanteil, gemessen am Orderbuchumsatz ein geeignetes Kriterium zur Messung von Qualitätsunterschieden zwischen den Skontroführern. Das Orderbuchvolumen lasse es zu, den Beitrag des Skontroführers zur Liquidität des Parketthandels zu bewerten, ferner seine Akzeptanz bei Handel und Anlegern sowie seine berufliche Erfahrung über die Marktlage bei den betreuten Skontren. Der Umfang des Orderbuchvolumens sei abhängig von der Entscheidung der Anleger, Transaktionen gerade im Parketthandel (und nicht über Xetra) und gerade an der Frankfurter Wertpapierbörse (und nicht an den sieben anderen Präsenzbörsen in Deutschland) vorzunehmen. Die Skontroführer in Frankfurt stünden daher in einem direkten Wettbewerb mit den Skontroführern an den anderen deutschen Börsen. Der Skontroführer könne durch seine Ausführungsqualität und die Höhe der sog. Geld-Brief-Spanne Einfluss auf die Entscheidung der Anleger für einen bestimmten Börsenplatz nehmen. Er könne durch Aufgaben- und Eigengeschäfte zur Steigerung der Liquidität beitragen und teilweise die Orderausführung überhaupt erst ermöglichen. Die Ausführungsqualität sei in besonderem Maße abhängig von der Ausführungsgeschwindigkeit und der Wahrscheinlichkeit, dass es nicht zu Teilausführungen komme. Ein wesentlicher Bestandteil der Transaktionskosten sei die Höhe der sog. Geld-Brief-Spanne, d.h. der Differenz aus dem höchsten Preis, zu dem Kaufbereitschaft bestehe (Preis) und dem niedrigsten Preis, zu dem Kaufbereitschaft bestehe (Briefpreis). Je enger diese Spanne sei, um so höher die Marktliquidität und umso

niedriger die Transaktionskosten. Sowohl auf die Ausführungsqualität als auch auf die wesentlichen Bestandteile der Transaktionskosten könne der Skontrofürer Einfluss nehmen. Insoweit verweist die Antragsgegnerin auf ein von ihr eingeholtes Gutachten des Prof. Dr. Erik T. Das Orderbuchvolumen entfalle heute bei DAX-Werten zu 90% und bei weniger liquiden Papieren noch immer zu 51% auf Eigen- und Aufgabengeschäfte im Sinne des § 95 HGB. Ein hohes Orderbuchvolumen sei damit ein starkes Indiz für einen hohen Anteil von Aufgaben- und Eigengeschäften. Die Bereitschaft zu solchen Geschäften hänge wesentlich von der Marktkenntnis des Skontrofürers ab, weil sie für ihn mit erheblichen Risiken verbunden seien. Ein hoher Orderbuchumsatz sei deshalb auch ein starkes Indiz für die Marktkenntnisse des Skontrofürers.

Das Gericht hat mit Beschluss vom 12.04.2006, geändert durch Beschluss vom 11.05.2006, die im Rubrum aufgeführten Firmen zu dem Verfahren beigeladen.

Die Beigeladene zu 3 hat sich schriftsätzlich zur Bedeutung der Performance-Messung für die Feststellung der Leistungsfähigkeit des Skontrofürers geäußert und im Übrigen geltend gemacht, dass eine Zuteilung von Skontren zugunsten der Antragstellerin - wenn überhaupt - nur zulasten der Skontrofürer mit historisch bedingt großem Marktanteil gehen dürfe und nicht zulasten der Skontrofürer mit kleinem Marktanteil. Die Beigeladene zu 6 hat sich schriftsätzlich zur Frage eines Zusammenhangs zwischen Orderbuchumsatz und Leistungsfähigkeit eines Skontrofürers geäußert. Die Beigeladene zu 1 hat schriftsätzlich Ausführungen zur Sachgerechtigkeit des Kriteriums Marktanteil, gemessen am Orderbuchvolumen vorgelegt.

Die Beigeladene zu 1 beantragt,

den Antrag der Antragstellerin abzulehnen.

Wegen des Vorbringens aller Beteiligten wird ergänzend auf sämtliche gewechselten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

II.

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO mit dem Ziel einer vorläufigen Zuordnung von Skontren ist statthaft. Das Gericht kann, um wesentliche Nachteile abzuwenden, im Wege einer einstweiligen Anordnung einen vorläufigen Zustand auch dergestalt regeln, dass es die Antragsgegnerin verpflichtet, der Antragstellerin vorläufig Skontren zuzuteilen. Auf die Frage, ob die zur Verfügung stehenden Skontren schon anderweitig vergeben sind oder ob die diesbezüglichen Zuteilungsbescheide bestandskräftig geworden sind oder deren sofortige Vollziehbarkeit angeordnet ist, kommt es insoweit nicht an. Denn es ist eine vom Gericht im Rahmen einer Entscheidung nach § 123 VwGO nicht zu regelnde Sache, wie die Antragsgegnerin die ihr aus der Anordnung erwachsende Verpflichtung umsetzt. Entscheidend ist allein, dass ihr die Umsetzung einer derartigen Anordnung jedenfalls nicht unmöglich ist. Die Zuteilung von Skontren an die Antragstellerin ist der Antragsgegnerin prinzipiell möglich, weil ihr das öffentliche Recht mit dem Instrumentarium des Widerrufs oder der Rücknahme von Skontrenzuteilungsbescheiden die notwendigen Mittel zur Verfügung stellt (BVerfG, Beschl. V. 15.08.2002 - 1 BvR 1790/00 - NJW 2002, 3691; juris).

2. Der Antrag ist allerdings in der formulierten Form nicht zulässig. Mit dem Hauptantrag begehrt die Antragstellerin eine Regelung, die identisch mit derjenigen ist, die sie im Hauptsacheverfahren erreichen will. Es handelt sich insoweit um eine Vorwegnahme der Hauptsache, die nur unter den Bedingungen seltener Ausnahmesituationen zulässig ist, welche hier nicht gegeben sind. Dies gilt auch für den Hilfsantrag.

Indessen lässt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin hinreichend klar entnehmen, dass ihr Begehren nicht einzig und allein dadurch befriedigt werden kann, dass dem Haupt- oder Hilfsantrag entsprochen wird, sondern auch schon dadurch, dass überhaupt irgendeine gerichtliche Regelung getroffen wird, die sie vorläufig zumindest in die Lage versetzt, als Skontrofürer für Aktien-Skontren im amtlichen und geregelten Markt tätig zu werden und daraus ein zumindest kostendeckendes Einkommen zu erzielen. Dieses Begehren ist im Verhältnis zu jenem, das in den Anträgen formuliert worden ist, ein wesensgleiches Minus, das als solches keinen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit unterliegt.

3. Der Antrag ist jedoch nicht begründet.

3.1 Die Antragstellerin hat allerdings hinreichend glaubhaft gemacht, dass eine vorläufige Zuteilung von Aktien-Skontren im amtlichen oder geregelten Markt zu ihren Gunsten nötig erscheint, um wesentliche Nachteile von ihr abzuwenden (Anordnungsgrund - § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Es ist der Antragstellerin nicht zuzumuten, die rechtskräftige Entscheidung im Hauptverfahren abzuwarten. Durch die Vorlage des Berichts ihrer Steuerberater, der durch Wirtschaftsprüfer bestätigten Gewinn- und Verlustrechnung für 2005 und die eidesstattliche Versicherung ihres Vorstandes hat sie hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr als Skontroführer die wirtschaftliche Existenzvernichtung droht und sie auch nicht in einem anderen Tätigkeitsbereich über Einkünfte verfügt, die es ihr erlauben würden, den gegenwärtigen wirtschaftlichen Zustand für eine längere Zeit durchzuhalten.

Die Eilbedürftigkeit ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil die Antragstellerin den Eilantrag erst ca. zehn Monate nach Erlass des Bescheides gestellt hat, mit dem ihr die Zuteilung von Skontren versagt wurde. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass sie schon im Vorfeld der Neuzuteilung, nämlich nach dem Entzug der früheren Zuteilungen verschiedene rechtliche Schritte unternommen hat, um über den 01. Juli 2005 hinaus ihre Tätigkeit als Skontroführer fortführen zu können. Unabhängig vom Erfolg dieser Rechtsbehelfe hat sie damit jedenfalls von Anfang an zu erkennen gegeben, dass die Ausübung der Tätigkeit als Skontroführer für sie von großer Wichtigkeit ist.

3.2 Einen Anordnungsanspruch hat die Antragstellerin indessen nicht glaubhaft gemacht.

3.2.1 Sie hat nicht glaubhaft gemacht, dass ihr nach den Verteilungsregelungen der BörsenO i.d.F. vom 15.03.2005 Skontren zuzuordnen sind. Zwar macht sie geltend, dass es Fehler in ihrem elektronischen System während der Evaluationsphase gegeben hat, aber sie hat weder schlüssig vorgetragen, noch gar glaubhaft gemacht, dass sie ohne diese Fehler allein aufgrund der Evaluation soviel Punkte erreicht hätte, dass sie zusammen mit den ihr aufgrund des Marktanteils im Jahre 2004 rechnerisch zukommenden Punkten über 3.000 Zuteilungspunkte gekommen wäre und damit an der Verteilung der Skontren beteiligt worden wäre. In der mündlichen Verhandlung hat sie sich dazu auf ausdrückliche Nachfrage des Gerichts auch nicht im Stande gesehen. Soweit sie sich darauf beruft, gerade wegen der Fehler im elektronischen System nicht über die erforderlichen Daten zu verfügen, um diesen Nachweis zu erbringen, haben ihr die Vertreter der Antragsgegnerin unwidersprochen entgegen gehalten, dass sie diese Daten ohne Weiteres aus den laufend gelieferten Tagesreports hätte entnehmen können.

Auch soweit sie geltend macht, es sei ihr zu Unrecht vorgehalten worden, keine Referenzen beigebracht zu haben, hat sie weder solche Referenzen vorgelegt, noch dargetan und glaubhaft gemacht, dass ihr wegen dieser Referenzen eine größere Zahl von Zuteilungspunkten hätte zugesprochen werden müssen, so dass sie insgesamt auf über 3.000 Zuteilungspunkte hätte kommen können.

Auch im Hinblick auf ihre Einwände gegen die Beteiligung des Skontroführerausschusses bleibt offen, inwieweit sich die Zahl ihrer Zuteilungspunkte dadurch verbessert hätte, dass der Skontroführerausschuss entweder nicht beteiligt worden wäre oder - wie es das Gesetz zugeständenermaßen fordert - ein repräsentatives Organ der Skontroführer beteiligt worden wäre.

Soweit sie geltend macht, dass die Performance-Kriterien nicht sachgerecht gewesen wären, kann auch das allenfalls zur Unbrauchbarkeit der Ergebnisse aus der Evaluation führen, nicht jedoch zur Zuteilung von Zuteilungspunkten.

Allenfalls könnte in Erwägung gezogen werden, ob das Zuteilungsverfahren wegen etwaiger Verfahrensfehler wiederholt werden muss. Das hat die Antragstellerin aber nicht beantragt. Es würde ihr heute vermutlich auch nicht weiterhelfen, weil die erneute Durchführung des Zuteilungsverfahrens sicher nicht wesentlich vor Ablauf der derzeitigen Zuteilungsperiode beendet werden könnte.

3.2.2 Die Antragstellerin kann sich auch nicht auf einen Zuteilungsanspruch berufen, der sich aus den Zuteilungsregelungen der Börsenordnung dann für sie ergibt, wenn die Regelung des § 39k Abs. 2 Satz 3 BörsO unbeachtet bleibt. Nach dieser Regelung werden einem (bestehenden) Skontroführer, auf den nach den Zuteilungsregeln weniger als 3.000 Zuteilungspunkte entfallen würden, überhaupt keine Zuteilungspunkte zugeteilt. Ein Anspruch auf Zuteilung ohne Berücksichtigung dieser Ausschlussklausel wäre nur dann glaubhaft gemacht, wenn die genannte

Regelung wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht als unwirksam angesehen werden müsste. Das ist jedoch nicht der Fall.

Die Regelung wäre nur dann unwirksam, wenn es sich um eine subjektive Berufszulassungsregelung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG handeln würde, die als solche nur durch oder aufgrund eines Gesetzes getroffen werden dürfte und nicht durch autonomes Satzungsrecht (BVerfG, B. v. 09.05.1972 - 1 BvR 518/62 u. 308/64 -, BVerfGE 33, 125 [160]). Das würde allerdings voraussetzen, dass die Regelung überhaupt das Grundrecht der Berufswahl nach Art. 12 Abs. 1 GG tangiert. Das ist jedoch nicht der Fall, denn Skontroführer ist kein Beruf im Sinne dieses Grundrechts.

Zwar lässt sich dem Kursmakler-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschl. V. 21.08.2002 - 1 BvR 1444/02 -, NJW 2002, 3460; juris) entnehmen, dass die frühere Kursmaklerei als Beruf anzuerkennen war, wenn auch als solcher, dessen Existenz von öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen abhängig war, die der Gesetzgeber grundsätzlich ändern oder ganz abschaffen konnte. In dem Beschluss kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass die Abschaffung des Kursmaklers durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz (BGBl 2002 I 2010) ab dem 01.07.2002 die bisherigen Kursmakler schon deshalb nicht in ihrem Grundrecht der Berufswahl beeinträchtigt, weil sie ihre Tätigkeit als Skontroführer jedenfalls für die in § 64 Abs. 4 BörsG geregelte Übergangszeit fortsetzen können. Das legt den Gedanken nahe, dass nicht nur die früheren Kursmakler, sondern auch die daraus hervorgegangenen Skontroführer einen Beruf darstellen.

Indessen hatte das Bundesverfassungsgericht ganz offensichtlich nur diese Übergangszeit im Blick und ging davon aus, dass der Präsenzhandel ohnehin an Bedeutung verlieren werde, so dass auch der Beruf des Skontroführers schrittweise an Bedeutung verlieren werde bis er schließlich ganz ausgestorben sei.

So haben sich die Dinge aber nicht entwickelt. Der Parketthandel gehört weiterhin zu den wichtigen Säulen des Angebotes, das die Frankfurter Wertpapierbörse dem Publikum anbietet. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat aber keine Aussagekraft für die Frage, ob auch nach Ablauf der Übergangsphase die Skontroführerschaft noch ein Berufsstand ist.

Die Antwort auf diese Frage muss daher allein jener Gesetzeslage entnommen werden, die nach Ablauf der Übergangsphase, also spätestens seit dem 01.07.2005 die Situation prägt. Danach kann jedes Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut, das seine Eignung unter Beweis gestellt hat, als Skontroführer zugelassen werden (§ 26 Abs. 1 BörsG). Mit der Zulassung hat es jedoch noch nicht das Recht erworben, auch tatsächlich die Vermittlung und den Abschluss von Börsengeschäften zu betreiben. Das setzt vielmehr voraus, dass ihm zunächst Skontren zugewiesen werden, in denen es dies tun kann (§ 27 Abs. 1 BörsG). Die Zuweisung erfolgt nach § 29 Satz 2 befristet, längstens für die Dauer von fünf Jahren. Diese letztgenannte Regelung ist von ihrem Wortlaut her allerdings mehrdeutig. Sie kann so gedeutet werden, dass zwar die einzelnen Skontren befristet zugeteilt werden können, nicht aber die Zuteilung von Skontren überhaupt. Das hätte zur Folge, dass jeder Skontroführer immer mit Skontren zu versehen wäre, wenn diese auch periodisch wechseln könnten. Die andere mögliche Auslegung lässt eine Verteilung auch in dem Sinne zu, dass einzelne Skontroführer überhaupt nichts zugeteilt bekommen und jedem, der über eine Zuteilung verfügt, diese periodisch genommen werden kann.

Diese Unklarheit im Wortlaut wird jedoch durch die Gesetzesmaterialien beseitigt. So heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 28 (jetzt: § 29) BörsG: „Es würde dem Gesetzeszweck widersprechen, wenn bei der Verteilung der Skontren nach einem System verfahren würde, durch das der Zugang zu der Tätigkeit als Skontroführer [...] auf Dauer vereitelt würde.“ (BT-Drs. 14/8017, S. 78f.) Damit hat der Gesetzgeber hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 29 BörsG zwar nicht zu einer Verteilung der Skontren nach einem System ermächtigt, durch das Skontroführer auf Dauer ausgeschlossen werden, wohl aber zu einer Verteilung nach einem System, durch das Skontroführer auf Zeit ausgeschlossen werden.

Wäre Skontroführerschaft ein Beruf im Sinne des Art. 12 GG, dann müsste eine gesetzliche Ermächtigung, die es der Börse als einer Selbstverwaltungskörperschaft erlaubt, Skontroführer auf Zeit von ihrem Beruf auszuschließen, notwendigerweise verfassungswidrig sein. Denn ein Berufsverbot auf Zeit verletzt den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ebenso wie ein lebenslanges Berufsverbot.

Es ist indessen geboten, bei der Auslegung eines Gesetzes zwischen verschiedenen Auslegungsalternativen stets

diejenige zu wählen, durch die vermieden werden kann, dass das Gesetz als verfassungswidrig bewertet werden muss (verfassungskonforme Auslegung). Eine verfassungskonforme Auslegung des § 29 BörsG kann dadurch erreicht werden, dass man die Norm so versteht, dass damit die früheren öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen, der die Skontroführerschaft während der Übergangsperiode des § 64 Abs. 3 BörsG ihre Qualifikation als Beruf verdankt, beseitigt worden sind. Den Beruf des Skontroführers, den es während der Übergangsphase noch gab, gibt es jetzt nicht mehr, weil die öffentlich-rechtlichen Regelungen nicht mehr existieren, denen er seine Existenz verdankte.

Regelungen über die Zuteilung von Skontren sind damit weder subjektive Berufszulassungsregelungen noch Berufsausübungsregelungen. Sie regeln weder die Frage, ob ein Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut seinen Beruf ausüben darf, noch wie sie ihn ausüben darf. Es handelt sich einfach um Regelungen über die Eröffnung eines möglichen Geschäftsfeldes, auf dem Institute tätig werden und Einkünfte erzielen können. Ein Institut, das die Kriterien einer solchen Regelung nicht erfüllt und deshalb keine Skontren zugeteilt bekommt, kann diese Gewinnchance nicht nutzen, aber im übrigen als Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut weiterhin tätig sein. Für den zeitweisen Ausschluss muss es nur einen sachlichen Grund geben, wobei dem Satzungsgeber insoweit ein weites Gestaltungsermessen eröffnet ist. In diesem Rahmen begegnet es keinen Bedenken, wenn der Kreis der aktiven Skontroführer beschränkt werden soll, um die Abläufe an der Börse zu vereinfachen oder um eine vernünftige Bildung und Verteilung von Skontrentgruppen zu ermöglichen.

Da die Ausschlussklausel des § 39k Abs. 2 Satz 3 BörsO somit den Schutzbereich des Art. 12 GG nicht berührt, kommt ihre isolierte Unwirksamkeit bei Aufrechterhaltung der übrigen Verteilungsregelung nicht in Betracht.

3.2.3 Die Klägerin begründet ihr Begehren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung weiterhin mit dem Argument, dass die Verteilungsregelung als solche willkürlich sei, weil die Verteilung einerseits nach dem Kriterium der Bestenauslese erfolgen solle, andererseits aber faktisch überwiegend nach dem Maßstab des Orderbuchvolumens erfolge, das keine hinreichende Aussagekraft hinsichtlich der Bewertung der Leistungen der Skontroführer aufweise. Soweit zu einem geringeren Teil auf eine Leistungsmessung abgestellt werde, lege die Satzung nicht fest, nach welchen Kriterien diese erfolgen solle.

Es ist der Antragstellerin einzuräumen, dass die von ihr geltend gemachten Argumente nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen sind. So wird der Standpunkt der Antragsgegnerin hinsichtlich der Aussagekraft des Orderbuchvolumens für die Qualität der Skontroführer nicht einmal durch das von ihr selbst vorgelegte Gutachten des Prof. T bestätigt. Im Gegenteil heißt es dort: „Ein Skontroführer, der (jeweils relativ zu dem, was an anderen Handelsplätzen in Bezug auf das gleiche Wertpapier zu erwarten wäre) eine hohe Ausführungsqualität und niedrige Geld-Brief-Spannen bietet, wird ein entsprechend höheres Orderbuchvolumen aufweisen.“ (Gutachten T, S. 7) Danach kann man aus dem Orderbuchvolumen also nur dann auf Qualitätsunterschiede zwischen Skontroführern schließen, wenn die Orderbücher von Skontroführern an verschiedenen Börsen verglichen werden, denen jeweils exakt die selben Skontren zugeteilt sind. Die Verteilungsregelung der BörsO stellt aber auf einen Vergleich von Skontroführern ab, denen verschiedene Skontren zugeordnet sind. Damit vergleicht sie Äpfel mit Birnen. Auch die These, dass das Orderbuchvolumen allein oder überwiegend von der Leistung der Skontroführer abhängt, wird von dem Gutachter nicht bestätigt. Vielmehr schreibt er: „Damit soll aber natürlich nicht behauptet werden, es sei allein die Tätigkeit des Skontroführers, die das Volumen bestimmt. Selbstverständlich hängt das Orderbuchvolumen zu bedeutenden Teilen von wertpapierspezifischen Gegebenheiten wie der Unternehmensgröße, der Eigentümerstruktur, der Zugehörigkeit eines Wertes zu einem Index und anderem ab.“ (Gutachten T S. 9) Einen aussagekräftigen Hinweis darauf, wie groß dieser bedeutende Teil von den Skontroführern selbst, bzw. den früheren Kursmaklern eingeschätzt wurde, dürfte sich aus der Handhabung des so genannten Courtagepools ergeben. Vor Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes bestand nämlich für die Kursmakler die Pflicht, 70% ihrer Courtageeinnahmen an einen Pool abzuführen, dessen Ertrag an alle Kursmakler nach Köpfen ausgeschüttet wurde, also unabhängig von den Skontren, die sie zu betreuen hatten, während jeder Skontroführer nur 30% der Courtage selbst vereinnahmen durfte. Das zeigt, dass nach Einschätzung der früheren Kursmakler offenbar allenfalls 30% des Gewinns auf eigener Leistung beruhen und 70% auf den Zufälligkeiten der zugeteilten Skontren.

Indessen braucht die Kammer dem nicht weiter nachzugehen. Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Verteilungsregelungen der BörsO mit dem Willkürverbot des Art. 3 GG kollidieren oder nicht. Denn auch wenn sie wegen Verletzung des Art. 3 GG unwirksam sind, ergibt sich daraus kein Zuteilungsanspruch der Antragstellerin, sondern nur, dass auf der Basis dieser BörsO überhaupt keine Skontrentzuteilungen vorgenommen werden dürfen.

3.2.4 Die Antragstellerin kann einen Zuteilungsanspruch schließlich auch nicht aus einem etwaigen Anspruch auf

fehlerfreien Ermessengebrauch seitens der Geschäftsführung der Antragsgegnerin ableiten (§ 40 HVwVfG). Denn dieser ist kein Ermessensspielraum eingeräumt, innerhalb dessen sie eine Zuteilungsentscheidung zugunsten der Antragstellerin vornehmen könnte. Es stellt sich daher auch nicht die Frage, ob sich ein solcher Ermessensspielraum, wenn er bestünde, in dem Sinne auf Null reduziert hätte, dass der Antragstellerin auf jeden Fall Skontren zuzuteilen wären oder gar eine Verteilung nach Köpfen vorzunehmen wäre.

§ 29 Satz 3 BörsG regelt nämlich, dass die Voraussetzungen und das Verfahren der Skontrenverteilung durch die Börsenordnung zu regeln ist. Das schließt es aus, dass die Geschäftsführung die Voraussetzungen und das Verfahren der Verteilung nach Ermessen selbst bestimmen kann. Eine Verteilung der Skontren kann deshalb nur dann stattfinden, wenn die Voraussetzungen und das Verfahren in der Börsenordnung wirksam geregelt sind. Existiert eine solche wirksame Regelung nicht, kommt auch eine Skontrozuteilung nicht in Betracht.

4. Es ist der Antragstellerin einzuräumen, dass dieses Ergebnis insoweit unbefriedigend ist, dass nur sie allein unter dem Mangel einer wirksamen Satzungsregelung leidet, nicht aber ihre Mitbewerber, denen Skontren zugeteilt worden sind, und auch nicht die Antragsgegnerin, die nicht auf das Angebot des Präsenzhandels verzichten muss. Daran kann das Gericht jedoch im Rahmen des vorliegenden Streitgegenstandes nichts ändern. Eine Rechtsschutzlücke ist dadurch nicht aufgetan. Die Antragstellerin hätte den jetzigen Zustand durch rechtzeitigen Normenkontrollantrag und entsprechenden Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO vermeiden können. Wäre dies vor dem Zeitpunkt der Zuteilung geschehen, dann hätte der Hessische Verwaltungsgerichtshof, sofern er zu den rechtlichen Ergebnissen gelangt wäre, die die Kammer für nahe liegend hält, der Antragsgegnerin untersagen können, die Zuteilung vorzunehmen oder sie so vorzunehmen, dass die Antragstellerin nicht leer ausgeht.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Kosten der Beigeladenen zu 1 waren ebenfalls der Antragstellerin aufzuerlegen, weil sich die Beigeladene zu 1 durch Stellung eines Antrages an dem Kostenrisiko beteiligt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO). Die übrigen Beigeladenen haben ihre Kosten selbst zu tragen, weil sie keine Anträge gestellt und sich somit nicht am Kostenrisiko beteiligt haben.

6. Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf §§ 53 Abs. 3, 52 Abs. 1 GKG. Dabei hat sich das Gericht von der Überlegung leiten lassen, dass das Interesse der Antragstellerin dem Gewinnausfall aus dem Wegfall der Skontroföhrung für den Rest der laufenden Zuteilungsperiode entspricht, der mit sechs Monaten angenommen wurde. Das Gericht unterstellt, dass die Antragstellerin in diesem Zeitraum hypothetisch auf Einnahmen aus Skontroföhrung in der Höhe hätte kommen können, die sie nach ihren eigenen Angaben im ersten Halbjahr 2005 erzielt hat, nämlich 428.938 EUR. Es unterstellt weiter einen Gewinn in Höhe von 20% aus diesem Betrag. Eine Halbierung des Streitwertes unter dem Gesichtspunkt der geringeren Bedeutung des Eilverfahrens erscheint dem Gericht nicht angemessen, weil zu berücksichtigen ist, dass die Antragstellerin dem Wortlaut ihres Antrages nach die Vornahme der Hauptsache erreichen wollte.