

## **VGH Kassel, Urteil vom 16. April 2008 - 6 UE 1472/07**

### **Leitsatz**

Ein von der Geschäftsführung der Börse nach § 27 Abs. 1 Satz 1 BörsG zugelassener, bei der Verteilung von Aktienskontren nach § 29 BörsG (BörsG 2002) nicht berücksichtigter Skontrofführer kann gegen die Zuteilung der Aktienskontren an seine Mitbewerber im Wege der (isolierten) Anfechtungsklage (sog. defensive Konkurrentenklage) vorgehen.

Die rechtswidrige Zuteilung von Aktienskontren an Konkurrenten verletzt einen bei der Verteilung nicht bedachten Skontrofführer in seiner Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Wettbewerbsfreiheit.

### **Tenor**

Der Tenor des Urteils des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 7. Dezember 2006 (Az.: 1 E 1101/06 [2]) wird im ersten Satz von Nr. 1 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die den Beigeladenen zu 1. bis 10. erteilten Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005, jeweils in Gestalt der Widerspruchsbescheide der Beklagten vom 13. April 2006 (CM05CK/101.1 bis CM05CK/101.10), waren rechtswidrig.

Die Berufung der Beklagten gegen das vorgenannte Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 7. Dezember 2006 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der in diesem Verfahren angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1. bis 10. zu tragen. Die Beigeladenen zu 1. bis 10. tragen ihre im vorliegenden Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Klägerin ist, wie die Beigeladenen zu 1. bis 10., eine an der Frankfurter Wertpapierbörse (FWB) - der Beklagten - zugelassene Skontrofführerin. Aufgrund ihrer schon zum 1. Juli 2002 bestehenden Zulassung galt die Zulassung der Klägerin als Skontrofführerin nach der Übergangsregelung in § 64 Abs. 4 Satz 1 BörsG in der ab 1. Juli 2002 geltenden Fassung des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2010) ab diesem Zeitpunkt als erteilt. Nach Satz 2 der vorgenannten Übergangsregelung galten überdies die der Klägerin als Skontrofführerin zum 1. Juli 2002 zugeteilten Skontren für weitere drei Jahre als zugeteilt.

Im Zuge der von der Geschäftsführung der Beklagten erstmals zum 1. Juli 2005 vorzunehmenden (Neu-) Zuteilung der Aktienskontren an die zugelassenen Skontrofführer teilte die Beklagte den Beigeladenen zu 1. bis 10. mit Zuteilungsbescheiden vom 20. Mai 2005, jeweils befristet bis zum 31. Dezember 2006, unter Anordnung der sofortigen Vollziehung Aktienskontren zu. Der Antrag der Klägerin auf Zuteilung von Aktienskontren wurde mit Bescheid vom gleichen Tage mit der Begründung abgelehnt, die Klägerin erfülle nicht die Voraussetzungen der Zuteilungsregelungen gemäß §§ 39c ff. der vom Börsenrat der Beklagten am 20. Januar 2005 beschlossenen und zum 15. März 2005 in Kraft getretenen Fassung der Börsenordnung (BörsO). Die Klägerin habe die gemäß § 39k Abs. 2 Satz 2 BörsO erforderliche Mindestzahl von 3000 Bemessungspunkten für die Zuteilung eines Skontrenkontingents nicht erreicht.

Die Klägerin erhob gegen den Ablehnungsbescheid wie auch jeweils gegen die an die Beigeladenen zu 1. bis 10. ergangenen Zuteilungsbescheide Widerspruch, der durch die Beklagte mit - wiederum jeweils eigenständigen - Widerspruchsbescheiden vom 13. April 2006 zurückgewiesen wurde. Die Klägerin suchte überdies bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main um vorläufigen Rechtsschutz nach. Zugleich wandte sie sich mit einem bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof gestellten Normenkontrollantrag gegen die von der Beklagten bei der Zuteilungsentscheidung zugrundegelegten Vorschriften der Börsenordnung.

Den Eilantrag der Klägerin lehnte das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 1. Juni 2006 - 1 G 919/06 (2) - ab. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde der Klägerin wurde von dem Senat mit Beschluss vom 25. Oktober 2006 - 6 TG 1458/06 - teilweise verworfen, im Übrigen zurückgewiesen.

Mit Urteil des Senats vom 27. September 2006 - 6 N 1388/05 - wurden die §§ 39c bis 39s BörsO in den Fassungen der Börsenratsbeschlüsse vom 20. Januar 2005 und 12. September 2006 - im Folgenden BörsO 2005/2006 - mit Ausnahme der Vorschrift des § 39q Abs. 2 BörsO 2005/2006 für unwirksam erklärt.

Bereits am 22. März 2006 hatte die Klägerin bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Untätigkeitsklage mit dem Ziel erhoben, die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 20. Mai 2005 zu verpflichten, ihr - der Klägerin - Aktienskontren in einem Umfang von mindestens 5,4 % des Orderbuchumsatzes sämtlicher dem Prime- und General Standard im Präsenzhandel an der FWB zugeordneten Aktienskontren zu erteilen. Nach Ergehen der Widerspruchsbescheide vom 13. April 2006 erweiterte die Klägerin ihre Klage unter Anpassung und teilweiser Korrektur ihres Verpflichtungsbegehrens um den Antrag, die an die Beigeladenen zu 1. bis 10. ergangenen Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 in der Gestalt des (jeweiligen) Widerspruchsbescheids der Beklagten vom 13. April 2006 aufzuheben.

Zur Begründung ihrer Klage trug die Klägerin im Wesentlichen vor, die Beklagte habe sie - die Klägerin - trotz ihrer Zulassung und der festgestellten Befähigung als Skontroführerin durch Nichtzuteilung von Aktienskontren in rechtswidriger Weise vollständig von der Skontroführung ausgeschlossen. Die Vorschriften der Börsenordnung vom 20. Januar 2005 über die Neuverteilung der Skontren ab 1. Juli 2005 seien nichtig und schieden daher als rechtliche Grundlage einer Skontrenverteilung zwischen den an der FWB zugelassenen Skontroführern aus. Bis zur Verabschiedung rechtswirksamer Regelungen über die Skontreneuverteilung durch den Börsenrat der Beklagten habe sie einen Anspruch auf Neubescheidung aus der Bestimmung des § 39q Abs. 2 BörsO 2005/2006, die in der Normenkontrollentscheidung vom 27. September 2006 ausdrücklich von der Nichtigkeitsfeststellung ausgenommen worden sei. Im Hinblick hierauf sei nicht nur ihre Verpflichtungsklage, sondern auch die gegen die ihren Konkurrenten erteilten Zuteilungsbescheide gerichtete Anfechtungsklage begründet, denn nach der erfolgten Neuverteilung würden die ihr - der Klägerin - im Rahmen eines rechtmäßigen Verteilungsverfahrens zustehenden Aktienskontren rechtswidrig von diesen bevorzugten Skontroführern betreut. Die rechtswidrig erfolgte Neuverteilung zu Gunsten der Beigeladenen zu 1. bis 10. führe zu einer wettbewerbswidrigen Bevorzugung dieser Skontroführer und verletze sie - die Klägerin - in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Durch den längerfristigen Ausschluss von der Skontroführung hätten sich erhebliche, zu ihrem Nachteil ausschlagende Wettbewerbsverzerrungen ergeben, welche nicht durch eine Verlagerung der Geschäftstätigkeit auf andere Geschäftsfelder ausgeglichen werden könnten. Die Nichtberücksichtigung durch die Beklagte führe nicht nur dazu, dass ihr im Unterschied zu den beigeladenen Mitbewerbern die Courtage-Einnahmen aus der Skontroführung für die Erschließung neuer Geschäftsgebiete fehlten. Die Tätigkeit als Skontroführer gelte am Markt zudem als wichtiger Qualitätsausweis für andere Formen des Wertpapierhandels. Weitere Auswirkungen negativer Art seien in der fehlenden Möglichkeit begründet, notwendige Fortentwicklungen im Bereich der Systemtechnik und Änderungen am behördlichen Regelwerk bezüglich der Kursfeststellungen in der täglichen Praxis umzusetzen und zu erproben. Mit Rücksicht auf den Ablauf der Zuteilungsperiode am 31. Dezember 2006 und eine hieraus möglicherweise folgende Erledigung des Rechtsstreits habe sie - die Klägerin - zumindest Anspruch auf Feststellung, dass die Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 an ihre Konkurrenten und der an sie ergangene Ablehnungsbescheid gleichen Datums rechtswidrig waren.

Die Klägerin beantragte,

1. Die Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005 zu Gunsten der Beigeladenen zu 1. bis 10., jeweils in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Beklagten vom 13. April 2006, aufzuheben, hilfsweise für den Fall, dass das Gericht den Antrag zu 1. für nicht zulässig oder nicht begründet hält, festzustellen, dass die Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005, jeweils in Gestalt der Widerspruchsbescheide der Beklagten vom 13. April 2006, rechtswidrig waren.

2. Die Beklagte unter Aufhebung ihres Ablehnungsbescheides vom 20. Mai 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. April 2006 zu verpflichten, den Antrag der Klägerin vom 22. März 2005 auf Zuteilung von Aktienskontren des amtlichen und geregelten Marktes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden, hilfsweise für den Fall, dass das Gericht den Antrag zu 2. als nicht zulässig oder nicht begründet erachtet, festzustellen, dass der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 20. Mai 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Beklagten vom 13. April 2006 rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung trug die Beklagte vor, die Klägerin könne mit keinem der von ihr gestellten Anträge Erfolg haben. Die Verpflichtungsklage, die nunmehr lediglich auf eine Neubescheidung gerichtet sei, sei mangels Klagebefugnis unzulässig. Mit dem Wegfall der satzungsrechtlichen Regelungen in der Börsenordnung könne die Klägerin eine hierauf zu stützende Neuzuteilung von Skontren nicht mehr beanspruchen. Auch eine Neubescheidung scheidet ohne die nach der Börsenordnung erforderliche satzungsrechtliche Grundlage aus. Die Notkompetenz des § 39q Abs. 2 BörsO 2005/2006 rechtfertigt lediglich eine vorläufige Zuteilung von Skontren, nicht aber die von der Klägerin mit Antrag vom 22. März 2005 beantragte endgültige Zuteilung. Der Klägerin mangle es überdies an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis, denn es sei auszuschließen, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts über den Neubescheidungsantrag noch vor dem Ablauf der Befristung der Zuteilungsbescheide am 31. Dezember 2006 in Rechtskraft erwachsen werde. Da über die Neubescheidungsklage der Klägerin nicht mehr rechtzeitig vor Ablauf der Zuteilungsperiode entschieden werden könne, sei auch das Rechtsschutzbedürfnis für die zugleich erhobene Anfechtungsklage entfallen. Auch der von der Klägerin hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei mangels Vorliegens eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses unzulässig. Ein solches Interesse ergebe sich weder daraus, dass in Zukunft unter den gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen erneut in gleicher Weise zum Nachteil der Klägerin entschieden werde, noch aus einem Restitutionsinteresse der Klägerin, für das hinreichend substantiierte Angaben nicht gemacht worden seien.

Die Beigeladenen stellten im erstinstanzlichen Verfahren keine Anträge.

Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hob mit Urteil vom 7. Dezember 2006 die Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005 zu Gunsten der Beigeladenen zu 1. bis 10., jeweils in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Beklagten vom 13. April 2006, auf und wies die Klage im Übrigen ab. Die Berufung wurde nicht zugelassen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Anfechtungsklage der Klägerin gegen die zu Gunsten der Beigeladenen ergangenen Zuteilungsbescheide sei zulässig und begründet. Die Klägerin könne insbesondere geltend machen, durch die Zuteilung von Skontren an ihre Mitbewerber in eigenen Rechten, nämlich in ihrem Grundrecht auf Wettbewerbsfreiheit, verletzt zu sein. Die grundrechtlich garantierte Wettbewerbsfreiheit schütze zwar weder vor Konkurrenz noch garantiere sie im Hinblick auf eine bestimmte Wettbewerbsposition einen bestimmten Besitzstand. Sie garantiere aber, dass die jeweilige Wettbewerbsposition aus dem freien Spiel der Kräfte am Markt hervorgehen müsse. Die Klägerin könne geltend machen, dadurch in diesem Grundrecht verletzt zu sein, dass ihren Konkurrenten unter Verzerrungen des freien Wettbewerbs Skontren zugeteilt und damit Wettbewerbsvorteile verschafft worden seien. Die Klägerin könne auch das notwendige Rechtsschutzinteresse für sich in Anspruch nehmen. Zwar trete die Rechtskraft des Urteils erst nach Ablauf der Zuteilungsperiode am 31. Dezember 2006 ein, so dass wegen der dann eintretenden Erledigung kein Interesse an der Kassation der Bescheide mehr bestehe. Überdies könne im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Klage mangels eingetretener Erledigung noch nicht als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden. In dieser Situation sei zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke bei Vorliegen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses ein fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis an der Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsakte zu bejahen. Die Anfechtungsklage sei auch begründet. Die den Beigeladenen erteilten Zuteilungsbescheide seien rechtswidrig und verletzten die Klägerin in ihren Rechten. Der zu Gunsten der Beigeladenen getroffenen Zuteilungsentscheidung der Beklagten fehle die erforderliche Rechtsgrundlage. Die Zuteilungsregelungen nach §§ 39c ff. BörsO in der ab 15. März 2005 geltenden Fassung seien, ebenso wie die zum 15. September 2006 in Kraft getretenen Nachfolgeregelungen, durch Normenkontrollurteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27. September 2006 für unwirksam erklärt worden. Dieser Mangel könne auch nicht dadurch kompensiert werden, dass die Geschäftsführung der Beklagten über die Skontrenverteilung nach freiem Ermessen gemäß § 39q Abs. 2 BörsO 2005/2006 im Wege der Notkompetenz neu entscheide. Die ohne Rechtsgrund erfolgte Zuteilung der Skontren an die Beigeladenen verletze die Klägerin in ihrem Grundrecht auf Wettbewerbsfreiheit, so dass die angefochtenen Bescheide aufzuheben seien. Die Verpflichtungsklage sei dagegen, soweit sie auf die Neubescheidung über den Antrag auf Zuteilung von Skontren gerichtet

sei, mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig. Insofern komme zum Tragen, dass die Rechtskraft des Urteils erst nach Ablauf der gegenwärtigen Zuteilungsperiode eintrete und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem eine Skontrenzuteilung für den in Frage stehenden Zeitraum nicht mehr möglich sei. Dem möglichen Interesse an der Feststellung, dass der Ablehnungsbescheid rechtswidrig gewesen sei, komme keine eigenständige Bedeutung zu.

Auf den Antrag der Beklagten hat der Senat mit Beschluss vom 16. Juli 2007 die Berufung gegen das vorgenannte erstinstanzliche Urteil zugelassen.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren ihren Antrag umgestellt und beantragt nunmehr, festzustellen, dass die Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005 an die Beigeladenen zu 1. bis 10. in Gestalt der Widerspruchsbescheide der Beklagten vom 13. April 2006 rechtswidrig waren und sie - die Klägerin - in ihren Rechten verletzt haben.

Die Beklagte trägt zur Begründung des zugelassenen Rechtsmittels vor, der nach Erledigung durch Ablauf der Geltungsdauer der Zuteilungsbescheide gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei unzulässig, denn schon die ursprüngliche Anfechtungsklage sei wegen des Fehlens der erforderlichen Klagebefugnis und in Ermangelung des notwendigen Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig gewesen. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage könne die Klägerin zudem nicht das hierfür nötige Feststellungsinteresse in Anspruch nehmen. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage habe deshalb gefehlt, weil die Klägerin, die nicht zum Kreis der chancenreichsten Bewerber gehört habe, keine begründete Aussicht auf Zuteilung von Skontren gehabt habe. Allenfalls unter dieser Voraussetzung sei ein rechtlich schützenswertes Interesse eines nicht berücksichtigten Bewerbers zur Erhebung einer isolierten Anfechtungsklage anzunehmen. Die Klagebefugnis könne weder aus einer möglichen Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG noch aus einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit der Klägerin hergeleitet werden. Beide Grundrechte gewährleisteten keine Erhaltung des Geschäftsumfanges oder eine Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten. Der Schutzbereich der Grundfreiheiten der Klägerin sei deshalb nicht allein dadurch betroffen, dass sie keine stabilen und risikoarmen Gewinne aus der Skontroföhrung erlangen könne und nicht dazu in der Lage sei, andere Geschäftsfelder zu erschließen oder auszubauen. Die vorliegende Konstellation sei mit der eines nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers um die Bestellung zum Insolvenzverwalter vergleichbar, bei der das Bundesverfassungsgericht den Ausschluss der Anfechtbarkeit als verfassungskonform erachtet habe. Auch für diesen Fall sei kennzeichnend, dass der nicht berücksichtigte Prätendent nicht als Insolvenzverwalter tätig sei. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts würden den anderen Skontroföhren durch die Zuteilung von Aktienskontren unter Ausschluss der Klägerin auch keine zu Verzerrungen des Wettbewerbs föhrenden ungerechtfertigten Vorteile verschafft. Wie bei einer ohne wirksame Rechtsgrundlage gezahlten Subvention setze eine Benachteiligung des übergangenen Bewerbers im Wettbewerb voraus, dass dieser auf dem gleichen Markt wie der bedachte Konkurrent tätig gewesen sei. Durch die Zulassung zur Skontroföhlerin werde eine solche aktive Wettbewerbsposition noch nicht begründet. Die aktive Teilnahme am Wettbewerb sei vielmehr von der Skontrenzuteilung abhängig. Das nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse sei weder unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr, noch wegen eines anzuerkennenden Restitutions- oder Rehabilitationsinteresses gegeben. Eine der angefochtenen Zuteilung entsprechende oder vergleichbare Entscheidung über die Verteilung der Aktienskontren sei wegen der zwischenzeitlich erfolgten grundlegenden Änderung der satzungsrechtlichen Grundlagen ausgeschlossen. Der vorliegende Rechtsstreit könne deshalb vor der Frage der Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Zuteilungsbescheide nichts beitragen. Auch im Hinblick auf die angekündigte Zivilklage vor dem Landgericht B-Stadt könne ein berechtigtes Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht bejaht werden. Die von der Klägerin begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuteilungsbescheide vom 5. Mai 2005 an die Beigeladenen könne der Klägerin für die Verfolgung der von ihr geltend gemachten Schadensersatzansprüche nichts nützen. Diese Feststellung könnte allein darauf beruhen, dass die Zuteilungsbescheide rechtswidrig waren, weil ihnen aufgrund der vom Senat in seinen Normenkontrollentscheidungen rechtskräftig festgestellten Nichtigkeit der damaligen Verteilungsregelungen in der Börsenordnung die Rechtsgrundlage gefehlt habe. Ob der Klägerin ein materieller Zuteilungsanspruch zugestanden habe, stehe damit jedoch nicht fest. Ihren diesbezüglichen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung ihres eigenen Zuteilungsantrags habe sie nicht weiterverfolgt, so dass das diesen Antrag ablehnende Urteil des Verwaltungsgerichts rechtskräftig geworden sei. Aus der Rechtswidrigkeit der Zuteilungsbescheide an die Beigeladenen folge nicht gleichsam als Kehrseite auch die Rechtswidrigkeit der Ablehnung des Antrags der Klägerin. Eine solche Annahme setze die Rechtswidrigkeit der zur damaligen Zeit geltenden Verteilungsbestimmungen voraus, bezüglich der auch der Senat keine abschließende Aussage getroffen habe. Die Schadensersatzklage sei zudem offensichtlich aussichtslos. Zwingende Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftungsgesichtspunkten sei in jedem Fall, dass der Klägerin ein Anspruch auf Zuteilung von Aktienskontren zugestanden habe und dass dieser Anspruch rechtswidrig und schuldhaft nicht erfüllt worden sei. Ein solcher Zuteilungsanspruch scheidet hier aber schon deshalb aus, weil das Urteil des Verwaltungsgerichts, soweit es die gegen den Ablehnungsbescheid der Beklagten gerichtete Verpflichtungsklage der Klägerin abgewiesen habe, in Rechtskraft erwachsen sei. Im Übrigen stehe der Klägerin auch in der Sache kein Anspruch auf Zuteilung von Aktienskontren zu. Die Klägerin wäre unter Berücksichtigung der maßgeblichen Zuteilungskriterien nie-

mals in den Kreis der Zuteilungsberechtigten aufgenommen worden. Auch eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts oder der Menschenwürde durch die angegriffenen Zuteilungsbescheide als Basis für ein Rehabilitationsinteresse der Klägerin sei nicht ersichtlich. Schließlich sei die Fortsetzungsfeststellungsklage auch unbegründet, denn Rechte der Klägerin würden durch die von ihr beanstandeten Bescheide nicht verletzt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 7. Dezember 2006 aufzuheben, soweit hierin die Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005 zu Gunsten der Beigeladenen zu 1. bis 10., jeweils in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Beklagten vom 13. April 2006 aufgehoben wurden, und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie trägt vor, entgegen der Auffassung der Beklagten sei die ursprünglich erhobene Untätigkeits- und Anfechtungsklage zulässig gewesen. Die den Beigeladenen erteilten Zuteilungsbescheide seien Verwaltungsakte mit belastender Drittwirkung, die sie - die Klägerin - auf Grund des hierdurch herbeigeführten Ausschlusses von der Skontroführung in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und in ihrer ebenfalls durch das Grundgesetz geschützten Wettbewerbsfreiheit betroffen hätten. Die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO sei folglich gegeben. Eine Verletzung der Berufsfreiheit habe bereits der Senat in seinem Normenkontrollurteil vom 27. September 2006 bejaht. Das Verwaltungsgericht sei in seinem Urteil überdies überzeugend von einem Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit ausgegangen. Auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis sei gegeben. Eine isolierte Anfechtungsklage liege schon vom rechtlichen Ansatz her nicht vor, denn sie - die Klägerin - habe bis zur Erledigung des Rechtsstreits auch eine Neubescheidung ihres Zuteilungsantrages angestrebt. Bei der vorliegenden Verfahrenskonstellation müsse im Übrigen zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch eine isolierte Anfechtungsklage zugelassen werden. Dem Vorliegen des Rechtsschutzinteresses könne auch nicht entgegengehalten werden, dass sie - die Klägerin - nicht zum Kreis der chancenreichsten Bewerber zähle. Infolge der Unwirksamkeit der maßgeblichen Verteilungsregelungen könne eine Rangfolge der Bewerber nicht aufgestellt werden. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergebe sich unter dem Blickpunkt der Wiederholungsgefahr daraus, dass die Beklagte erwäge, zu den ursprünglichen "leistungsorientierten" Kriterien für die Skontrenverteilung zurückzukehren, sobald dies nach der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs möglich sei. Anders als die Beklagte annehme, sei die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 auch für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Bescheide im Rahmen der noch anhängigen Widerspruchsverfahren vorgreiflich. Schließlich liege auch ein beachtenswertes Restitutionsinteresse vor, denn sie beabsichtige, die Beklagte wegen der Vorenthaltung der Skontren auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Die Schadensersatzklage werde nach Beendigung des vorliegenden Verwaltungsrechtsstreits umgehend erhoben. Die Klage richte sich sowohl gegen die Beklagte als auch gegen das Land Hessen. Zwar gebe es Entscheidungen des Landgerichts B-Stadt und des Oberlandesgerichts B-Stadt, nach denen im Falle einer Amtspflichtverletzung durch die FWB ausschließlich das Land Hessen passivlegitimiert sein solle. Sie - die Klägerin - gehe jedoch davon aus, dass die Beklagte in zivilrechtlichen Verfahren zumindest insoweit beteiligungsfähig sei, als eine Sekundärhaftung für hoheitliches Handeln betroffen sei. Begründet werde die Klage mit einer Haftung aus schuldhafter Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG, einer Haftung für schuldhafte Verletzung eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses und mit einem Anspruch auf Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs. Einzelheiten ergäben sich aus dem vorliegenden Entwurf einer an das Landgericht B-Stadt gerichteten Klageschrift. Hinsichtlich der Darlegung des für die Fortsetzungsfeststellungsklage notwendigen Fortsetzungsfeststellungsinteresses komme es nicht darauf an, Grund und Höhe eines möglichen Schadensersatzanspruches in allen Einzelheiten zur vollen Überzeugung des erkennenden Senats nachzuweisen. Vielmehr reiche es nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Darlegung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses aus, wenn geltend gemacht werden könne, dass die Erhebung von Schadensersatzansprüchen nicht offensichtlich ausgeschlossen und die Erhebung einer entsprechenden Klage mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sei. An das Vorliegen einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Klage seien strenge Anforderungen zu stellen. Die bloße Wahrscheinlichkeit eines Misserfolges reiche nicht. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse entfalle nur dann, wenn auch ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar sei, dass der behauptete Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestehen könne. Eine weitergehende Untersuchung der Begründetheit der beabsichtigten Haftungsklage sei allein Sache des zuständigen Zivilgerichts, nicht der des Verwaltungsgerichts. Unter Berücksichtigung dieser Prämissen könne von der offensichtlichen Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Klage vor dem Landgericht B-Stadt keine Rede sein. Der von ihr geltend gemachte Zuteilungsanspruch sei zu keinem Zeit-

punkt bestandskräftig abgelehnt worden. Der Anspruch sei lediglich dadurch untergegangen, dass es Ende 2006 zu einer Beendigung des Zuteilungszeitraums und damit zu einer Erledigung des Anspruchs gekommen sei. Bei rechtzeitiger Entscheidung habe zumindest die Chance auf Neuzuteilung bestanden. Mit Rücksicht auf die von dem Senat festgestellte Rechtswidrigkeit der Verteilungsregelungen sei eine Neuverteilung zwingend vorzunehmen gewesen, bei der zumindest eine Aussicht bestanden habe, dass sie, die Klägerin, eine entsprechende Zuteilung von Skontren erreicht hätte. Dies sei für das Zivilgericht ausreichend. Ob ein entsprechender Anspruch in jedem Falle bestanden hätte, sei unerheblich. Durch die Erleichterung nach § 287 ZPO bestehe auch hinsichtlich des Grundes der Schadensersatz begründenden Umstände die Möglichkeit zur Schätzung. Unabhängig von der Absicht der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und den Erfolgsaussichten der entsprechenden Klage liege ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch deshalb vor, weil die Rechtswidrigkeit der Skontrenverteilung zum 1. Juli 2005 fortwirke. Die gegenwärtige Skontrenverteilung beruhe auf Bescheiden der Beklagten vom 23. März 2007, die wiederum eine ungerechtfertigte Begünstigung der schon während der Zeit der rechtswidrigen Skontrenverteilung bedachten Skontroführer beinhalte. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der gegenwärtigen Skontrenverteilung sei daher unmittelbar mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit der früheren Skontrenverteilung verknüpft. Ein Rehabilitierungsinteresse folge jedenfalls aus der zwischenzeitlich seit Längerem anhaltenden Beeinträchtigung ihrer Grundrechte. Die Fortsetzungsfeststellungsklage sei auch begründet. Die den angefochtenen Bescheiden zu Grunde liegenden Verteilungsregelungen seien unwirksam. Zudem seien diese Regelungen durch die Beklagte auch fehlerhaft angewendet worden. Der vom Senat ausschließlich zur Ermöglichung von Verteilungen bis zur Schaffung verfassungskonformer Regelungen aufrechterhaltene § 39q BörsO 2005/2006 könne nicht als Rechtsgrundlage für die Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 herangezogen werden. Letztendlich liege auch eine Rechtsverletzung, nämlich eine Verletzung ihres Grundrechts auf Berufsfreiheit und ihres Rechts auf Wettbewerbsfreiheit, vor.

Die Beigeladenen haben auch im Berufungsverfahren keine Anträge gestellt.

Die Klägerin hat den Entwurf einer gegen das Land Hessen und gegen die Beklagte gerichteten Klage bei dem Landgericht B-Stadt vorgelegt. Wegen des Inhalts dieses Entwurfs wird auf Bl. 1455 bis 1565 der Gerichtsakten verwiesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten (Bände I bis VIII) verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die von dem Senat zugelassene und auch im Übrigen zulässige, insbesondere rechtzeitig innerhalb der Frist gemäß § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO begründete Berufung der Beklagten ist unbegründet. Dem im vorliegenden Berufungsverfahren noch in Streit stehenden Klagebegehren der Klägerin ist zu entsprechen und es ist auf die von der Klägerin im Rechtsmittelverfahren vorgenommene Umstellung des Klageantrags festzustellen, dass die Zuteilungsbescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005 an die Beigeladenen zu 1. bis 10. in Gestalt der (jeweiligen) Widerspruchsbescheide der Beklagten vom 13. April 2006 rechtswidrig waren. Der Tenor des Urteils erster Instanz ist entsprechend abzuändern.

Der Antrag der Klägerin auf Feststellung, dass die Zuteilungsbescheide der Beklagten an die Beigeladenen zu 1. bis 10. vom 20. Mai 2005 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide der Beklagten vom 13. April 2006 rechtswidrig waren, ist zulässig und begründet.

Der Übergang von der Anfechtungsklage auf den Fortsetzungsfeststellungsantrag setzt zunächst die Erledigung des angefochtenen Verwaltungsakts, d.h. den Wegfall der mit der Anfechtungsklage bekämpften beschwerenden Regelung, voraus (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. November 1990 - BVerwG 3 C 49.87 -, NVwZ 1991, 570, 571). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Die Klägerin kann ihr ursprünglich mit der Anfechtungsklage auf Aufhebung der ihren Konkurrenten erteilten Zuteilungsbescheide verfolgtes Klageziel nur noch mit dem Übergang auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag erreichen. Für eine Fortführung der Anfechtungsklage war mit Ablauf der Geltungsdauer der von der Beklagten an die Beigeladenen zu 1. bis 10. erteilten Bescheide vom 20. Mai 2005 über die Zuteilung von Aktienskontren bei der FWB am 31. Dezember 2006 kein Raum mehr. Mit dem Ende der diesen Bescheiden beigelegten Befristung haben sich diese erledigt, so dass die Klägerin unter den Voraussetzungen des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nur noch die Feststellung erreichen kann, dass die Erteilung der Zuteilungsbescheide an die Mitbewerber rechtswidrig war.

Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt sich die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht deshalb als unzulässig dar, weil schon die ursprüngliche Anfechtungsklage wegen des Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses und der Klagebefugnis unzulässig gewesen wäre. Für die Anfechtungsklage konnte die Klägerin das für die Zulässigkeit des Klagebegehrens erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ebenso in Anspruch nehmen wie die hierfür notwendige Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO.

Die Beklagte geht davon aus, dass der Klägerin kein rechtlich schützenswertes Interesse an der Erhebung einer isolierten, allein gegen die den Beigeladenen zu 1. bis 10. gewährten Begünstigungen gerichteten Anfechtungsklage zustand. Ebenso spricht sie der Klägerin die Klagebefugnis ab, da ihr zum maßgeblichen Zeitpunkt der Erledigung keine subjektive Rechtsposition zugestanden habe, die durch Erteilung der Zuteilungsbescheide an andere Skontrenführer hätte beeinträchtigt werden können. Beidem kann der Senat nicht zustimmen.

Dass ein bei einer Entscheidung über die Verteilung von Aktienskontren nicht berücksichtigter Skontrofürer gegen die Zuteilungsentscheidung zu Gunsten seiner Mitbewerber mit einer Anfechtungsklage vorgehen kann, um auf diese Weise seine Konkurrenten zu verdrängen und ein für ihn selbst zur Verfügung stehendes Skontrenkontingent freizumachen (sog. defensive oder negative Konkurrentenklage), hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 21. März 2007 - 6 TG 540/07 -, Seite 4 der Beschlussausfertigung, unter Bezug auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Oktober 1988 - BVerwG 7 C 65.87 - (BVerwGE 80, 270) festgestellt. An dieser Rechtsansicht hält er auch nach nochmaliger Überprüfung fest. Die Statthaftigkeit dieser Anfechtungsklage wird im Übrigen in Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich anerkannt (vgl. Pietzcker in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 14. Ergänzungslieferung 2007, Rdnr. 141 zu § 42 Abs. 1 VwGO; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., Rdnr. 46 zu § 42 VwGO, jeweils mit weiteren Nachweisen). Die gleichzeitige Erhebung und Aufrechterhaltung einer Verpflichtungsklage auf Zuteilung eines Skontrenkontingents bzw. auf Neubescheidung des Zuteilungsantrags - die von der Klägerin in erster Instanz erhobene Verpflichtungsklage scheidet als Grundlage für die Fortsetzungsfeststellungsklage aus, da sie durch das Urteil vom 7. Dezember 2006 rechtskräftig abgewiesen worden ist - ist jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art, in denen die Rechtsgrundlage für die Erteilung der beantragten Begünstigung selbst in Frage steht, nicht erforderlich (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 14. Oktober 1988 - 10 S 2426/88 -, NJW 1990, 340).

Die Klägerin war bezüglich der von ihr erhobenen Anfechtungsklage auch klagebefugt.

Die Klagebefugnis ist dann gegeben, wenn eine Verletzung von Rechten des Klägers möglich ist, d.h. nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint, weil für das vom Kläger behauptete Recht eine Grundlage nicht besteht oder ihm das Recht nach seinem Inhalt nicht zustehen kann (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., Rdnr. 65 zu § 42 VwGO, mit weiteren Nachweisen).

Da die Klägerin mit ihrer Anfechtungsklage eine anderen gewährte Begünstigung angreift, kann sie eine Klagebefugnis grundsätzlich nur bei Vorliegen einer Drittschutz einräumenden Norm des einfachen Rechts beanspruchen (vgl. Wahl/Schütz in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 14. Ergänzungslieferung 2007, Rdnr. 50 zu § 42 Abs. 2 VwGO mit weiteren Nachweisen). Die der beanstandeten Verteilungsentscheidung zu Grunde liegende Vorschrift des § 39k BörsO 2005/2006 kann keine drittschützende Wirkung zu Gunsten der Klägerin entfalten, denn die Bestimmung ist - neben weiteren Vorschriften der damaligen Börsenordnung - durch Urteil des Senats vom 27. September 2006 für unwirksam erklärt worden. Eine Rechtsverletzung der Klägerin kann sich aber aus einem Eingriff in ihre Grundrechte ergeben (vgl. zum Rückgriff auf Grundrechte als Grundlage für die Klagebefugnis bei Fehlen verfassungskonformer Regelungen des einfachen Rechts: Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., Rdnr. 121 zu § 42 VwGO, mit weiteren Nachweisen). Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung der Klägerin infolge der durch Zuteilung an ihre Konkurrenten eingetretenen Erschöpfung des zur Verteilung anstehenden Skontrenkontingents folgt aus einer in Betracht zu ziehenden Beeinträchtigung ihres nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Rechts auf Berufsausübung, jedenfalls aber aus einem möglichen Eingriff in die gleichfalls grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit.

In seinem Normenkontrollurteil vom 27. September 2006 ist der Senat davon ausgegangen, dass es sich bei dem Skontrofürer um einen (eigenständigen) Beruf handelt und dass die Verteilung von Aktienskontren an zugelassene Skontrofürer zu Lasten nicht berücksichtigter Bewerber den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG jedenfalls bezüglich der hierin erfassten Freiheit der Berufsausübung berühren kann. Für einen eigenständigen Beruf und gegen ein schlichtes (weiteres) Tätigkeitsfeld im Rahmen eines übergreifenden Berufsbildes als Wertpapierhändler spreche - so der Senat in dem vorgenannten Urteil - die weitgehende rechtliche Fixierung des Berufsbildes eines Skontrofürers für den amtlichen und geregelten Aktienmarkt. Weiter heißt es an der betreffenden Stelle der Entschei-

dungsgründe (Seite 20):

"Der Begriff des Berufs umfasst nicht lediglich gesellschaftlich oder rechtlich vorgeprägte Berufsbilder, sondern ist als ein weit auszulegender, prinzipiell offener Begriff zu verstehen und erfasst daher auch eine Vielzahl untypischer Tätigkeitsformen (vgl. Tettinger in Sachs, a.a.O., Art. 12, Rdnr. 27 m.w.N.). So hat das Bundesverfassungsgericht den Handel mit loser Milch aufgrund spezieller Zulassungskriterien für diese Tätigkeit, wie besondere Sachkunde, Zuverlässigkeit und Ausstattung des Unternehmens als eigenständigen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG angesehen (Beschluss vom 17.12.1958 - 1 BvL 10/56 -, BVerfGE 9, 39, 48). Auch § 26 Abs. 1 BörsG macht die Zulassung zum Skontroführer von der Zulassung als Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut, dessen Zuverlässigkeit sowie der Zuverlässigkeit seiner Geschäftsleiter abhängig. § 27 BörsG legt die Pflichten der Skontroführer fest. Die auf der Grundlage von § 28 BörsG erlassene Hessische Verordnung über das Zulassungsverfahren und die Pflichten des Skontroführers (Skontroführerverordnung) vom 10. September 2005 (GVBl. I 2005, 646) trifft weitere Regelungen über das Zulassungsverfahren und die Pflichten eines Skontroführers. Zudem erfolgt die Zulassung zum Skontroführer nach § 26 BörsG börsenbezogen, der jeweilige Skontroführer kann aufgrund dieser Zulassung mithin nicht an einer anderen deutschen Wertpapierbörse tätig werden. Zur Ausübung seiner Tätigkeit ist er auf die Zuteilung von Aktienskonten an der Börse angewiesen, bei der er zugelassen ist. Vor diesem Hintergrund griffe auch eine als Berufsausübungsregelung verstandene Verteilungsregelung in derart intensiver Weise in die berufliche Betätigungsfreiheit der Skontroführer ein, dass diese durch entsprechend eindeutige Vorgaben des Normgebers ausgestaltet sein muss."

An dieser Rechtsauffassung hält der Senat ungeachtet hiergegen im Schrifttum vorgebrachter Einwände fest. Piezcker (Zuteilung von Aktienskonten im Lichte der Grundrechte, ZBB 2007, 55) stellt die Rechtsansicht des Senats in seiner Normenkontrollentscheidung mit dem Argument in Frage, mit der Verteilung von Skonten an zugelassene Skontroführer werde nicht in den Freiheitsbereich des durch die Skontroführer nach Zulassung im Rahmen der Börse ausgeübten Berufs eingegriffen. Die Skontroführer seien Teil der personellen Ausstattung der Anstalt Börse und wirkten als solche bei der Erfüllung der Anstaltsaufgaben mit. Es liege nach anstaltsrechtlichen Grundsätzen in der Entscheidung der Börse, welche personelle Ausstattung sie der Anstalt zuweise. Ihr stehe dabei auch die Option zu, auf den Präsenzhandel und damit auf Skontroführer vollständig zu verzichten. Hieraus werde deutlich, dass den Skontroführern mit der Zulassung und der Skontenverteilung lediglich ein (weiteres) berufliches Betätigungsfeld zur Verfügung gestellt werde.

Der Hinweis auf die Eingliederung des Skontroführers in die Organisation der Börse als Anstalt (vgl. die Definition der Börse in § 2 Abs. 1 BörsG in der seit 1. November 2007 geltenden Fassung des Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 16. Juli 2007, BGBl. I S. 1330 - im Folgenden: BörsG 2007), und auf die Abhängigkeit der Tätigkeit der Skontroführer von der grundsätzlichen Entscheidung der Börse nach § 25 Satz 2 BörsG a.F. bzw. nunmehr nach § 27 Abs. 1 Satz 1 BörsG 2007, die Feststellung von Börsenpreisen (teilweise) Skontroführern zu überlassen, die Preisfeststellung also nicht auf Grund gewichtiger Marktinteressen vollständig in ein elektronisches System zu übertragen (vgl. Gesetzesbegründung zum Vierten Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drucks. 14/8017, S. 77) reicht indessen nicht aus, um dieser Tätigkeit die Qualität eines (eigenständigen) Berufs abzusprechen. Mit diesen Kriterien wird lediglich aufgezeigt, dass der Skontroführer nicht frei über die Aufnahme und Fortführung seiner Tätigkeit entscheiden kann, sondern in seiner Existenz von der Entscheidung der Börse zur Übertragung der Preisfeststellung auf hierfür zugelassene Personen und Unternehmen abhängig ist. Es ist indessen kein Wesensmerkmal des nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufes, von Entscheidungen des Staates oder Privater zu seiner Einrichtung und Beibehaltung unabhängig zu sein. Maßgeblich ist allein, dass die berufliche Betätigung nach der Vorstellung der hierfür Verantwortlichen nicht von vornherein zeitlich begrenzt, sondern auf gewisse Dauer angelegt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. Juli 1971 - 1 BvR 40/69 u.a. -, BVerfGE 32, 1 [28]). Für die Annahme eines Berufes im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG unerheblich ist weiterhin, ob es sich um einen "freien" Beruf handelt, der ohne weitere Voraussetzungen und Bedingungen aufgenommen und ausgeübt werden kann, oder ob es sich - wie hier - um ein Tätigkeitsfeld handelt, das im öffentlichen Interesse Restriktionen bei der Zulassung und Ausübung unterliegt (vgl. Sachs, GG, 4. Aufl., Rdnr. 39 zu Art. 12 GG mit weiteren Nachweisen). Die betreffende berufliche Betätigung unterfällt vielmehr so lange dem durch die grundrechtlich verbürgte Berufsfreiheit gewährleisteten Schutz, wie sie durch den Staat oder durch Private rechtlich und faktisch aufrechterhalten wird. So lange die Börse an der partiellen Übertragung der Preisfeststellung durch Skontroführer festhält und den Präsenzhandel durch Zulassung von Skontroführern und Verteilung von Aktienskonten bestehen lässt, spricht nichts dagegen, die Tätigkeit des Skontroführers als eigenständigen Beruf aufzufassen (so zutreffend Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 5. März 2007 - 1 G 5756/06 -).

Aber auch dann, wenn man die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen (vgl. § 2 Abs. 3 WpHG in der seit 1. November 2007 geltenden Fassung des Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes) im umfassenden Sinn als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ansehen und die von der Klägerin erstrebte Skontroführung folglich nur als



eine spezifische Form der Wertpapierdienstleistung (in Form der Anlagevermittlung nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG) betrachten wollte, wäre mit der durch die mit der Zuteilung sämtlicher zur Verfügung stehenden Skontren an andere Skontroführer bewirkten Erschöpfung des Verteilungskontingents ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verbunden.

Die zu Gunsten anderer Skontroführer unter Ausschluss der Klägerin getroffene Zuteilungsentscheidung der Beklagten führt dazu, dass die Klägerin die Skontroführern vorbehaltenen Wertpapierdienstleistungen nicht erbringen kann und damit in ihrer Berufsausübung in erheblicher Weise beeinträchtigt ist. Da die unternehmerische und berufliche Betätigung der Klägerin gerade in der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen besteht, gehört die Skontroföhrung zum eigentlichen Bereich ihrer unternehmerischen und beruflichen Tätigkeit und stellt deshalb nicht etwa nur ein außerhalb des Freiheitsbereichs nach Art. 12 Abs. 1 GG liegendes weiteres "Betätigungsfeld" dar (so aber Pietzcker, a.a.O., S. 299, 300). Da Art. 12 Abs. 1 GG auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung abzielt, stellen Regelungen, die sich unmittelbar auf die Berufsausübung beziehen oder aber zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben, einen Eingriff in dieses Grundrecht dar, wenn eine berufliche Tätigkeit nicht in der gewünschten Weise ausgeübt oder ein Unternehmen nicht nach eigenen Vorstellungen geführt werden kann (BVerfG, Beschluss vom 17. Dezember 2007 - 2 BvR 1095/05 -, DVBl. 2007,1555 [1559]). Der hier vorliegende Ausschluss von einem für die berufliche und unternehmerische Betätigung wesentlichen Bereich ist nicht mit den von der Beklagten ins Feld geföhrten, für den grundrechtlichen Schutz nach Art. 12 Abs. 1 GG bedeutungslosen (bloßen) Nachteilen oder Einschränkungen vergleichbar, die in einem bestehenden oder eingeräumten Tätigkeitsfeld durch hinzutretende Konkurrenz oder durch eine faktische oder rechtliche Veränderung der Marktbedingungen eintreten. Ebensovienig handelt es sich um eine schlichte Minderung von Erwerbsschancen durch Verschlechterung der Wettbewerbsposition im laufenden Marktgeschehen, gegen die Art. 12 Abs. 1 GG gleichfalls keinen Schutz gewährt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Dezember 2007, a.a.O.; Kammerbeschluss vom 17. August 2004 - 1 BvR 378/00 -, NJW 2005, 273 [274]).

Die von der Beklagten darüber hinaus in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Mai 2006 - 1 BvR 2530/04 -, NJW 2006, 2613, und des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. September 1983 - BVerwG 7 C 97.81 -, NVwZ 1984, 507, rechtfertigen keine andere Beurteilung. In diesen Entscheidungen wird die Rechtsbetroffenheit maßgeblich im Licht des einfachen Rechts betrachtet (§ 56 Abs. 1 InsO bezüglich der Bestellung zum Insolvenzverwalter; § 9 Abs. 2 Satz 2 GüKG bezüglich der Erteilung einer Güterfernverkehrsgeheimigung). Die Ausführungen in den erwähnten Entscheidungen dazu, ob und ggf. in welchem Umfang die betreffenden Normen drittschützende Wirkung entfalten, können zu der hier maßgeblichen Frage eines Eingriffs in den Grundrechtsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nichts beitragen.

Selbst wenn man aber die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verneinen wollte, wäre der Klägerin jedenfalls - in Übereinstimmung mit der Ansicht des Verwaltungsgerichts - eine Klagebefugnis wegen eines möglichen Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit zuzusprechen.

Als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG bzw. des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG verlangt die Wettbewerbsfreiheit die Gewährleistung gleicher Chancen bei der Gewährung staatlicher Leistungen und schützt den unterlegenen Bewerber vor willkürlichen Benachteiligungen gegenüber seinen Konkurrenten (vgl. Wahl/Schütz in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 14. Ergänzungslieferung 2007, Rdnr. 291 zu § 42 Abs. 2 VwGO mit weiteren Nachweisen).

Die Beklagte stellt das Vorliegen einer die Grundfreiheiten gemäß Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 3 Abs. 1 GG berührenden Wettbewerbssituation zwischen den Beigeladenen und der bei der Zuteilung von Aktienskontren nicht bedachten Klägerin in Abrede. Sie meint, die Klägerin stehe in keiner aktiven Wettbewerbs- und Konkurrenzsituation auf dem Markt der Skontroföhrer, weil sie mangels Zuteilung von Aktienskontren überhaupt nicht als Skontroföhrerin tätig sei. Mit dieser Rechtsauffassung verkennt die Beklagte die Eigenart und Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit. Diese ist nicht darauf gerichtet, Markt- und Handelsteilnehmer vor Benachteiligungen im laufenden Marktgeschehen zu bewahren. Wie die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch die Wettbewerbsfreiheit nicht vor Konkurrenz und aus sonstigen Umständen resultierenden wirtschaftlichen Einbußen (vgl. Wahl/Schütz, a.a.O.). Vielmehr soll hierdurch gewährleistet werden, dass beim Zugang zu dem betreffenden Markt Bewerber nicht in willkürlicher Weise gegenüber anderen Konkurrenten, auch und gerade wenn diese bereits am Markt teilnehmen, zurückgesetzt werden. Ist eine solche Benachteiligung - wie im vorliegenden Fall - zumindest möglich, ist dem Betroffenen die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO zuzuerkennen (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. März 1982 - BVerwG 1 C 157.79 -, NJW 1982, 2513 [2514]; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22. September 1982 - 4 A 989/81 -, NVwZ 1984, 522 [525]).

Der Klägerin steht schließlich auch das für die Zulässigkeit des Antrags nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO notwendige besondere Feststellungsinteresse zur Seite.

Dieses Feststellungsinteresse ergibt sich im Fall der Klägerin daraus, dass die von ihr im vorliegenden Verwaltungsrechtsstreit begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Bescheide der Beklagten vom 20. Mai 2005 über die vollständige Zuteilung von Aktienskonten an ihre Mitbewerber unter Ausschluss der Klägerin auf der Grundlage der damals geltenden börsenrechtlichen Verteilungsregelungen für die angekündigte zivilgerichtliche Klage gegen das Land Hessen und die Beklagte rechtlich vorgegriffen ist.

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aus der Absicht hergeleitet werden kann, das rechtliche Ergebnis des verwaltungsgerichtlichen Ausspruchs nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in einem Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess zu verwenden (vgl. etwa Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 15. Ergänzungslieferung 2007, Rdnr. 95 zu § 113 VwGO; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., Rdnr. 136 zu § 113 VwGO, jeweils mit weiteren Nachweisen).

Die Annahme eines berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts nach dessen Erledigung setzt unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses voraus, dass die Erledigung erst nach Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage eingetreten ist (BVerwG, Urteil vom 20. Januar 1989 - BVerwG 8 C 30.87 -, BVerwGE 81, 226), dass die beabsichtigte Klage vor dem Zivilgericht nicht offensichtlich aussichtslos erscheint und dass der Fortsetzungsfeststellungsausspruch zu einer Verbesserung der Rechtsstellung im Zivilprozess führen kann (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 28. April 1967 - BVerwG IV C 163.65 -, NVwZ 1967, 1819, 1820). Diese Voraussetzungen sind im Falle der Klägerin sämtlich erfüllt.

Die Erledigung ist während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens durch Ablauf der Geltungsdauer der Skontenzuteilungen vom 20. Mai 2005 am 31. Dezember 2006 eingetreten.

Die von der Klägerin angekündigte Klage vor dem Landgericht B-Stadt, mit der sie von dem Land Hessen und von der Beklagten Ersatz von Schäden verlangt, die nach ihrer Rechtsauffassung durch Pflichtverletzungen von Börsenorganen bei der Skontenzuteilung und durch ein Fehlverhalten der Börsenaufsicht des Landes entstanden sind, erscheint auch nicht offensichtlich aussichtslos.

Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der beabsichtigten Amtshaftungs- oder Entschädigungsklage durch das Verwaltungsgericht sind enge Maßstäbe anzulegen. Als offensichtlich aussichtslos erscheint die angestrebte Rechtsverfolgung vor dem Zivilgericht nur dann, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete zivilrechtliche Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht. Der Misserfolg muss sich dem Verwaltungsgericht nach dem ihm vorliegenden Streitstoff aufdrängen. Die weitere Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage ist allein dem hierfür berufenen Zivilgericht vorbehalten. Der Prozess vor den Zivilgerichten darf nicht vorweggenommen werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. April 1967 - BVerwG IV C 163.65 -; Gerhardt, am jeweils angegebenen Ort).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze vermag der Senat die ihm im Entwurf vorgelegte Klage bei dem Landgericht B-Stadt nicht als offensichtlich aussichtslos zu betrachten.

Die Klägerin erhebt in ihrer umfangreichen Klageschrift unter ausführlicher Sachverhaltsdarstellung und eingehender rechtlicher Begründung Schadensersatzforderungen gegen die Beklagte und gegen das Land Hessen wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG sowie inhaltsgleiche Ansprüche gegen die vorgenannten potentiellen Parteien unter Hinweis auf die schuldhaftige Verletzung eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses. Darüber hinaus verlangt die Klägerin von der Beklagten und vom Land Hessen Entschädigung unter dem Gesichtspunkt eines enteignungsgleichen Eingriffs bzw. der Folgenbeseitigung. Offensichtliche Zweifel an der Erfolgsaussicht der Klage bestehen zumindest insoweit nicht, als die Klägerin die Forderung auf Leistung von Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzungen durch Bedienstete der Beklagten und des Landes Hessen und wegen schuldhafter Verletzung eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses erheben möchte. Die Klägerin hat in dem Entwurf der Klageschrift (Abschnitte II und III, Seiten 79 bis 106) zu den Voraussetzungen der behaupteten Schadensersatzansprüche im Einzelnen vorgetragen. Beide Anspruchsgrundlagen sind - anders als die weiterhin geltend gemachten Ansprüche auf Entschädigung und Folgenbeseitigung - auf einen umfassenden Schadensausgleich ausgerichtet und decken folglich auch den von der Klägerin angestrebten Ersatz des entgangenen Gewinns

gemäß § 252 BGB ab (vgl. Baldus/Grzeszick/Wiehnhus, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 90).

Offenkundige Anhaltspunkte, aus denen sich herleiten ließe, dass die Klägerin mit der Schadensersatzklage nicht durchdringen wird, ergeben sich aus der von der Klägerin vorgelegten Begründung bei der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gebotenen zurückhaltenden Prüfung der Erfolgsaussichten dieser Klage nicht. Insbesondere ist das den Amtsträgern von der Klägerin zur Last gelegte Verschulden nicht dadurch ausgeschlossen, dass die nach Meinung der Klägerin rechtswidrige Skontrenzuteilung vom 20. Mai 2005 von einem Kollegialgericht als rechtens und damit als amtspflichtgemäß beurteilt worden wäre (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 7. Juli 1994 - 3 ZR 52/93 -, BGHZ 126, 386 [394]; BVerwG, Beschluss vom 14. März 1997 - BVerwG 2 B 93.96 -, ZBR 1997, 229). Die Entscheidung der Geschäftsführung der Beklagten vom 20. Mai 2005 wurde im Gegenteil von der Vorinstanz in dem hier in Streit stehenden Urteil als rechtswidrig betrachtet und aufgehoben (zweifelnd bezüglich der Rechtmäßigkeit der Bescheide bereits Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 1. Juni 2006 - 1 G 919/06 -).

Die Rechtswidrigkeit dieser Bescheide ist - soweit sich dies durch den erkennenden Senat beurteilen lässt - für die zivilgerichtliche Entscheidung über die Schadensersatzklage erheblich. Dabei ist ohne Belang, dass sich diese Rechtswidrigkeit auf der Grundlage des Normenkontrollurteils des Senats vom 27. September 2006 allein daraus herleiten lässt, dass es für die Zuteilungsentscheidung an einer wirksamen Rechtsgrundlage in der Börsenordnung fehlt, d.h. für den Rechtswidrigkeitsausspruch keine weitergehenden Feststellungen zur materiellen Rechtmäßigkeit der diesen Zuteilungen zu Grunde liegenden Bestimmungen in §§ 39c ff. BörsO 2005/2006 getroffen werden müssen.

Die Klägerin beruft sich in dem Entwurf ihrer Klage zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Zuteilungen an ihre Mitbewerber in Abschnitt I 8 nicht nur auf materielle Gesichtspunkte wie die Unvereinbarkeit der festgelegten Zulassungsschwelle von 3.000 Bemessungspunkten mit der Berufsfreiheit der nicht berücksichtigten Bewerber nach Art. 12 Abs. 1 GG, sondern unter Bezug auf das Normenkontrollurteil des Senats auch auf die dort festgestellte Unwirksamkeit der angewandten Verteilungsregelungen wegen Verletzung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots und auf die Missachtung der Regelungszuständigkeit des Börsenrats nach § 29 Satz 3 BörsG a.F. Die Klägerin leitet aus der Unwirksamkeit der Zuteilungsvorschriften und aus der Rechtswidrigkeit der auf Basis dieser Bestimmungen am 20. Mai 2005 vorgenommenen Zuteilung der Aktienskontren das Erfordernis ab, ein auch sie bedenkendes System der Skontrenverteilung zu schaffen. Dass diese Rechtsansicht offensichtlich verfehlt wäre, vermag der Senat nicht zu erkennen. Der Senat hat in seinem Normenkontrollurteil vom 27. September 2006 (Seite 15 des Urteilsabdrucks) festgestellt, dass, auch wenn es keinen Anspruch auf die Zuteilung von Skontren oder gar bestimmter Skontren gibt, bei der naturgemäß begrenzten Menge zu verteilerender Skontren mit Rücksicht auf die Grundrechte der zugelassenen Skontroführer nach Art. 12 Abs. 1 und 3 GG ein Verteilungsverfahren durchgeführt werden muss, das auf geeignete und sachgerechte Kriterien abstellt. Dass die Klägerin bei einer derartigen nach sachgerechten Kriterien vorgenommenen Neuverteilung von vornherein außerhalb des Kreises der für eine Zuteilung von Skontren in Betracht kommenden Bewerber gestanden hatte, ist nicht erkennbar. Eine solche Schlussfolgerung rechtfertigt sich - anders als die Beklagte meint - auch nicht aus der Erwägung, dass durch den klageabweisenden Teil des erstinstanzlichen Urteils rechtskräftig über den Zuteilungsanspruch der Klägerin entschieden worden sei. Die Abweisung der Verpflichtungsklage beruht nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts in den Entscheidungsgründen seines Urteils nicht auf einer Verneinung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs auf Neubescheidung ihres Antrags auf Skontrenzuteilung vom 22. März 2005, sondern darauf, dass der Klägerin nach Ansicht des Verwaltungsgerichts wegen des bevorstehenden Ablaufs der Zuteilungsperiode das für die Zulässigkeit der Klage erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlte. Bei einem solchen Prozessurteil erwächst lediglich die Entscheidung, dass der prozessualen Verfolgung des Rechtsschutzbegehrens das für die Klageabweisung maßgebliche prozessuale Hindernis entgegensteht, in Rechtskraft (Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., Rdnr. 19 zu § 121 VwGO, mit weiteren Nachweisen).

Damit ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 für die Klägerin unter Berücksichtigung ihres Klagevorbringens auch dann von Vorteil, wenn sich diese allein aus den sich aus der Normenkontrollentscheidung des Senats vom 27. September 2006 ergebenden formellen Gesichtspunkten ergibt.

Die Klägerin kann aus der angestrebten Rechtswidrigkeitsfeststellung auch Nutzen für die beabsichtigte Schadensersatzklage ziehen. Durch diese Feststellung stünde auch für das Zivilgericht bindend rechtskräftig fest, dass die Zuteilung der Skontren an die Beigeladenen zu 1. bis 10. rechtswidrig war. Gegenstand der materiellen Rechtskraft eines dem Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO stattgebenden Urteils ist nämlich gerade die Rechtswidrigkeit des (erledigten) Verwaltungsakts (BVerwG, Urteil vom 31. Januar 2002 - BVerwG 2 C 7.01 -, BVerwGE 116, 1, [2]). Das Zivilgericht hätte folglich bei seiner Entscheidung ohne weitere Prüfung von der Rechtswidrigkeit der Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 auszugehen. Ob und ggf. in welchem Umfang die von der Klägerin begehrte

Rechtswidrigkeitsfeststellung tatsächlich geeignet ist, zum Erfolg der Schadensersatzklage der Klägerin beizutragen, hat der Senat nicht zu überprüfen.

Für das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuteilungen vom 20. Mai 2005 bedeutungslos ist schließlich die Frage, ob die Klägerin ihre Schadensersatzklage zu Recht (auch) gegen die Beklagte richten kann oder ob für die Schadensersatzklage (allein) das Land Hessen passivlegitimiert ist (so die Rechtsprechung des OLG B-Stadt, vgl. etwa Urteil vom 18. Januar 2001 - 1 U 209/99 -, ZIP 2001, 730). Gegen welche Parteien sich die Klage im beabsichtigten Zivilprozess richten soll, ist unerheblich (BVerwG, Urteil vom 22. November 1956 - BVerwG V C 58.55 -, NJW 1957, 923, 924).

Die nach alledem zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage der Klägerin ist auch begründet. Die Zuteilungsbescheide vom 20. Mai 2005 sind auf der Grundlage der Verteilungsregelungen nach §§ 39c ff. BörsO 2005/2006 ergangen, die durch das Urteil des Senats vom 27. September 2006 für unwirksam erklärt worden sind. Da rechtswidrige Normen grundsätzlich von Anfang an unwirksam sind, wirkt die Ungültigkeitsfeststellung durch das Obergericht auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens zurück (Gerhardt/Bier in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 15. Ergänzungslieferung 2007, Rdnr. 16 zu § 113 VwGO). Dies hat zur Folge, dass die mit Bescheiden vom 20. Mai 2005 erfolgten Zuteilungen an die Beigeladenen bereits zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Bescheide rechtswidrig waren. Die Zuteilungsbescheide sind auch nicht durch eine in der Folgezeit bis zum Zeitpunkt der Erledigung am 31. Dezember 2006 erlassene wirksame Rechtsgrundlage rechtmäßig geworden. Eine neue Börsenordnung wurde von dem Börsenrat der Beklagten erst am 24. Januar 2007 beschlossen. Die bis dahin geltende, von dem Senat in seinem Normenkontrollurteil nicht für unwirksam erklärte Bestimmung gemäß § 39q Abs. 2 BörsO 2005/2006 über die Notkompetenz der Geschäftsführung erlaubt in Fällen einer aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglichen endgültigen Entscheidung über die Skontrenvergabe lediglich eine vorläufige Zuteilung von Aktienskonten und kann - wie das Verwaltungsgericht in seinem Urteil zutreffend festgestellt hat - schon wegen dieser besonderen und begrenzten Zweckbestimmung die mit den Bescheiden vom 20. Mai 2005 vorgenommene endgültige Zuweisung der Skontren allein an die Beigeladenen zu 1. bis 10. nicht nachträglich rechtfertigen.

Durch die rechtswidrige Vergabe der Aktienskonten an die Beigeladenen zu 1. bis 10. wurde die Klägerin auch in ihren Rechten, nämlich in ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und in ihrem Recht auf Wettbewerbsfreiheit, verletzt.

Da die Beklagte mit ihrem Rechtsmittel erfolglos bleibt, hat sie die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (§ 154 Abs. 2 VwGO). Die Kostentragungspflicht gilt nicht für die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1. bis 10. Da die Beigeladenen (auch) im Berufungsverfahren keine Anträge gestellt und sich deshalb keinem Kostenrisiko nach § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt haben, entspricht es nicht der Billigkeit, diese Kosten nach § 162 Abs. 3 VwGO der Beklagten als unterliegendem Beteiligten aufzuerlegen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit wegen der Kosten folgt aus § 708 Nr. 10 und § 711 Satz 1 ZPO i. V. m. § 167 VwGO.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor.