



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 8 C 5.12
VGH 6 A 2903/09

Verkündet
am 10. Dezember 2013
Hänig
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2013
durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts
Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth und
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser,
Dr. Held-Daab und Dr. Rudolph

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 30. November 2011 geändert, soweit es feststellt, dass die an die Beigeladenen zu 1, 2, 4, 5 und 7 sowie an die damalige Beigeladene zu 8 gerichteten Bescheide der Beklagten vom 23. März 2007 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 4. Juni 2008, ferner der Bescheid der Beklagten vom 19. September 2008 an die ... AG in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 25. Mai 2009, der Bescheid der Beklagten vom 29. Oktober 2009 an die Beigeladene zu 3 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 25. Mai 2009 und der Bescheid der Beklagten vom 4. März 2009 an die damalige Beigeladene zu 6 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 28. Juli 2009 rechtswidrig waren. Hinsichtlich des Bescheides vom 4. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Juli 2009 wird die Klage abgewiesen, hinsichtlich der anderen genannten Bescheide wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 12. Februar 2009 zurückgewiesen.

Die weitergehende Revision der Beklagten wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Ablehnung einer Zuteilung von Aktien-Skonten an die Klägerin im Umfang von mehr als rund 2 % des Jahresgesamtorderbuchumsatzes im Bescheid der Beklagten vom 23. März 2007 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 4. Juni 2008 rechtswidrig und die Beklagte ver-

pflichtet war, über den Antrag der Klägerin auf Mehrzuteilung für die am 26. März 2007 beginnende Zuteilungsperiode unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin zu einem Drittel und die Beklagte zu zwei Dritteln. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin streitet mit der Beklagten um die Zuteilung von Skontren für die Zeit vom 26. März 2007 bis zum 25. September 2009.

- 2 Bis Ende Juni 2002 war die Klägerin an der Beklagten als Kursmaklerin und anschließend bis zur Einstellung des Präsenzhandels als Skontroführerin zugelassen; seither ist sie als Spezialistin im elektronischen Handel tätig. Für die Zeit von Juli 2002 bis Juni 2005 waren ihr die zuvor von ihr als Kursmaklerin betreuten Wertpapiere als Skontren zugeteilt. Im Januar 2005 beschloss die Beklagte eine Neufassung der Börsenordnung, die eine Skontrenzuteilung aufgrund einer Bewertung der Marktanteile und der Leistungsfähigkeit der Bewerber vorsah. Darauf gestützt, lehnte die Beklagte die Zuteilungsanträge der Klägerin und mehrerer anderer Skontroführer für den Zeitraum von Juli 2005 bis Dezember 2006 ab. Die Klägerin focht den an sie ergangenen Ablehnungsbescheid und die parallel ergangenen Zuteilungsbescheide an 10 erfolgreiche Mitbewerber an. Auf ihren Normenkontrollantrag hin erklärte der Verwaltungsgerichtshof mit Urteil vom 27. September 2006 die Zuteilungsregeln der Börsenordnung 2005 für unwirksam, da die Kriterien für die Bewertung der Leistungsfähigkeit weder gesetzlich noch satzungsrechtlich bestimmt genug seien. Mit Urteil vom 7. Dezember 2006 gab das Verwaltungsgericht den Drittanfechtungsklagen der Klägerin statt, wies jedoch den Neubescheidungsantrag unter Hinweis auf das Auslaufen des Zuteilungszeitraums als unzulässig ab. Die Berufung der Beklagten wurde nach Ablauf des Zuteilungszeitraums und Umstel-

lung der Klagen auf entsprechende Fortsetzungsfeststellungsbegehren zurückgewiesen.

- 3 Gestützt auf die wirksam gebliebene Satzungsregelung der Notgeschäftsführungskompetenz schrieb die Beklagte die beanstandete Skontrenverteilung mit Bescheiden vom 15. Dezember 2006 vorläufig fort. Diese Bescheide „ersetzte“ sie durch sofort vollziehbare Bescheide vom 1. Februar 2007, die die bisherigen Zuteilungen gemäß § 39m Abs. 2 der am 24. Januar 2007 neu gefassten Börsenordnung weiter bis zum 30. April 2007 verlängerten und die Skontrenzuteilung für den anschließenden Zeitraum vom 1. Mai 2007 bis zum 31. Oktober 2009 regelten. Bei dieser Zuteilung wurde die Klägerin wiederum nicht berücksichtigt. Sie erhob Widerspruch dagegen und gegen die Zuteilungen an erfolgreiche Mitbewerber. Das Verwaltungsgericht ordnete mit Beschluss vom 5. März 2007 die aufschiebende Wirkung der Drittwidersprüche an. Den Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung lehnte es ab mit der Begründung, es fehle eine gleichheitskonforme satzungsrechtliche Grundlage.
- 4 Daraufhin beschloss die Beklagte am 20. März 2007 eine weitere Neufassung der Börsenordnung (BörsO 2007). § 39g Abs. 1 BörsO 2007 sah für alle an der Beklagten zugelassenen Skontroföhler eine Zuteilung im Umfang von 2 % des Jahresgesamtorderbuchumsatzes vor (im Folgenden: Sockelzuteilung). Skontroföhler, die bereits bei der Zuteilung im vorhergehenden Zeitraum berücksichtigt worden waren, konnten nach Absatz 2 der Vorschrift eine höhere Zuteilung nach Maßgabe eines neuen Bewertungssystems erhalten, das den von ihnen erreichten, in § 39f Abs. 2 BörsO 2007 definierten relativen Gesamterfüllungsgrad in einem bestimmten Teil des vorherigen Zuteilungszeitraums mit der absoluten Zahl der Preisfeststellungen in diesem Zeitraum gewichtete.
- 5 Mit den - teilweise - angegriffenen Bescheiden vom 23. März 2007 verfügte die Beklagte den „Widerruf“ der Zuteilungsbescheide vom 1. Februar 2007 im Hinblick auf die anhängigen Widersprüche der Klägerin und verteilte die Skontren für die Zeit vom 26. März 2007 - dem Tag des Inkrafttretens der neuen BörsO 2007 - bis zum 25. September 2009 neu. Dabei wurden der Klägerin Skontren im Umfang von 2 % des Jahresgesamtorderbuchumsatzes zugeteilt; die

ursprünglichen Beigeladenen erhielten höhere Zuteilungen (im Umfang von 3,10 % bis 16,33 %).

- 6 Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hat die Klägerin im Juli 2008 Klage erhoben. Während des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens wurden drei der ursprünglichen Zuteilungen mit Bescheiden der Beklagten vom 19. September und 20. Oktober 2008 sowie vom 4. März 2009 auf die jeweiligen Rechtsnachfolger der ursprünglich Begünstigten übertragen. Diese Bescheide wurden ebenfalls bezüglich des den Sockel übersteigenden Umfangs angefochten. Vor dem Verwaltungsgericht hat die Klägerin beantragt, die Rechtswidrigkeit der Ablehnung einer über rund 2 % des Jahresgesamtorderbuchumsatzes hinausgehenden Skontrenzuteilung an sie selbst festzustellen und die Beklagte zu verpflichten, ihren Antrag auf Mehrzuteilung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Außerdem hat sie die Aufhebung der Zuteilungsbescheide an die ursprünglichen Beigeladenen und der bis dahin erlassenen beiden Überleitungsbescheide begehrt, soweit jeweils mehr als der Sockel von 2 % zugeteilt worden war. Hilfsweise stellte sie bezüglich der seinerzeit bereits ausgeschiedenen Beigeladenen Fortsetzungsfeststellungsanträge. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen.
- 7 Im Berufungsverfahren hat die Klägerin die Drittanfechtung auf den letzten Überleitungsbescheid - zugunsten der Beigeladenen zu 6 - erweitert und ihre Hauptanträge nach Ablauf des Zuteilungszeitraums auf Fortsetzungsfeststellungsbegehren umgestellt. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Klageerweiterung bezüglich der Zuteilung an die Beigeladene zu 6 für sachdienlich gehalten und festgestellt, dass die Bescheide an die Klägerin und die im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung Beigeladenen - in vollem Umfang - rechtswidrig gewesen seien. Im Übrigen - also bezüglich des Begehrens, die Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung und die Rechtswidrigkeit der 2 % übersteigenden Zuteilungen an die Rechtsvorgänger der Beigeladenen festzustellen - hat er die Berufung zurückgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, die Klage der Klägerin in eigener Sache sei als isolierte Konkurrenten-(Anfechtungs-)Klage in Form eines Fortsetzungsfeststellungsbegehrens zulässig. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse folge aus der Wiederholungsgefahr,

da die Skontrenzuteilungen für nachfolgende Zuteilungszeiträume jeweils an die Vorzuteilung anknüpften und eine etwaige Benachteiligung perpetuierten. Der Übergang zum Modell privatrechtlicher Beauftragung bisheriger Skontroführer als Spezialisten im Mai 2011 habe die Fortschreibung nicht unterbrochen, weil der jeweilige Skontrenbestand unstreitig im Verhältnis 1:1 übertragen worden sei. Die Zuteilungsbescheide an die Klägerin und die derzeitigen Beigeladenen seien nicht schon rechtswidrig, weil Mitbewerber als Mitglieder des Börsenrats am Erlass der satzungsrechtlichen Zuteilungsregeln mitgewirkt hätten; die Befangenheitsregelungen der §§ 20 f. HessVwVfG fänden keine Anwendung. Die Begrenzung der Sockelzuteilung auf 2 % des Jahresgesamtorderbuchumsatzes begegne ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken, da sie weder sachwidrig noch willkürlich sei. Rechtswidrig sei jedoch die Anknüpfung der Zuteilung an die rechtswidrige und überdies inzwischen durch Abhilfe mittels „Widerrufs“ zurückgenommene Skontrenverteilung im vorherigen Zuteilungszeitraum. Die Behandlung der damals rechtswidrig von der Zuteilung ausgeschlossenen Klägerin als Neubewerberin verletze deren Grundrecht auf Chancengleichheit im Wettbewerb. Stattdessen hätte es einer Übergangsregelung bedurft, die eine Perpetuierung der rechtswidrigen Benachteiligung ausschloss. Mangels einer gleichheitskonformen Satzungsregelung, die als Rechtsgrundlage einer Neubescheidung dienen könnte, komme allerdings nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung und nicht auch eine Feststellung der Verpflichtung zur Neubescheidung in Betracht.

- 8 Die Beklagte macht mit ihrer Revision geltend, eine Wiederholungsgefahr sei spätestens mit der Einstellung des Präsenzhandels im Mai 2011 entfallen, da diese zu einer wesentlichen Änderung der rechtlichen Grundlagen geführt habe. Die Skontrenzuteilung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum sei nicht schon gleichheitswidrig, weil sie an Leistungen anknüpfe, die auf der Basis ihrerseits rechtswidriger Zuteilungen erbracht worden seien. Dies gelte jedenfalls, wenn die Vorzuteilung nur aus formellen Gründen rechtswidrig gewesen sei; das sei hier der Fall. Im Übrigen könne selbst bei materiell rechtswidriger Zuteilung kein Anspruch auf nachträgliche Korrektur bestehen, weil sonst die Grenzen des Folgenbeseitigungsanspruchs missachtet würden.

9 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 30. November 2011 zu ändern und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 12. Februar 2009 in vollem Umfang zurückzuweisen.

10 Die Klägerin hat zunächst einen einfachen, um eine bedingte Anschlussrevision ergänzten Zurückweisungsantrag angekündigt. Zu Beginn der Revisionsverhandlung hat sie ihr Rechtsschutzziel klargestellt und ihre Anträge neu gefasst.

11 Die Klägerin beantragt nunmehr,

die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass die Ablehnung einer Zuteilung von Aktien-Skontren an die Klägerin im Umfang von mehr als rund 2 % des Jahresgesamtoorderbuchumsatzes im Bescheid der Beklagten vom 23. März 2007 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 4. Juni 2008 rechtswidrig und die Beklagte verpflichtet war, über den Antrag der Klägerin auf Mehrzuteilung für die am 26. März 2007 beginnende Zuteilungsperiode unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

12 Sie verteidigt das angegriffene Urteil, soweit es ihrer Berufung bezüglich der Ablehnung einer Mehrzuteilung an sie selbst (Klage in eigener Sache) und bezüglich der Anfechtung der den Sockel übersteigenden Zuteilung an frühere und derzeitige Beigeladene stattgegeben hat. Darüber hinaus vertritt die Klägerin die Auffassung, ihr habe vor Ablauf des verfahrensgegenständlichen Zuteilungszeitraums ein Anspruch auf gleichheitskonforme Neubescheidung ihres Antrags zugestanden, da die Beklagte mindestens aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet gewesen sei, eine Neuverteilung der Skontren vorzunehmen; dabei hätten ihr - der Klägerin - jedenfalls mehr als 2 % des Jahresgesamtoorderbuchumsatzes zugeteilt werden müssen. Das Präjudizinteresse für den Antrag auf Feststellung der Verpflichtung zur Neubescheidung ergebe sich aus ihrem Vortrag im derzeit bei dem Bundesgerichtshof anhängigen Staatshaftungsprozess.

- 13 Die Beigeladenen und der Vertreter des Bundesinteresses haben keine Anträge gestellt.

II

- 14 Die zulässige Revision ist überwiegend begründet. Das angegriffene Urteil beruht auf der Verletzung revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO). Es verstößt gegen § 88 VwGO, weil es mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit - auch - der Sockelzuteilungen über das Klagebegehren hinausgeht und das Rechtsschutzbegehren der Klägerin auch im Übrigen unzutreffend auslegt, soweit es den Anfechtungsannex des Neubescheidungsbegehrens als isolierte, neben dieses Begehren tretende Anfechtungsklage deutet (1.). Außerdem wendet es § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO unzutreffend an, soweit es bezüglich der Klage wegen der Ablehnung einer Mehrzuteilung an die Klägerin eine Wiederholungsgefahr bejaht (2.). In materiell-rechtlicher Hinsicht geht es zwar zutreffend davon aus, dass die Ablehnung der Mehrzuteilung Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzte, unterlässt es aber, den daraus folgenden Anspruch auf Neubescheidung festzustellen (3.). Schließlich hält es die Fortsetzungsfeststellungsklagen bezüglich der Zuteilungen an (damalige) Beigeladene gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO unzutreffend für zulässig (4.). Als im Ergebnis richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO) erweist sich das Berufungsurteil, soweit es der Klage der Klägerin wegen der Ablehnung einer Mehrzuteilung stattgegeben hat; insoweit war nur die Formulierung des Urteilsausspruchs durch die beantragte Maßgabe zu korrigieren. Im Übrigen, hinsichtlich der Klage betreffend die Zuteilungen an Mitbewerber der Klägerin, konnte der Senat gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO in der Sache selbst entscheiden und die Berufung zurückweisen (5.).
- 15 1. § 88 VwGO verpflichtet das Gericht, den Klageantrag sachgerecht in Übereinstimmung mit dem Rechtsschutzziel des Klägers auszulegen. Es ist nicht an die Fassung der Anträge gebunden, darf aber nicht über das Klagebegehren hinausgehen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen ist im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen und gegebenenfalls zu korrigieren (Urteil vom 5. Mai 1983 - BVerwG 5 C 34.82 - Buchholz 436.0 § 39 BSHG Nr. 2 LS 1 und

S. 2; Ortloff/Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand August 2012, § 88 Rn. 13; Rennert, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 88 Rn. 13).

- 16 a) Der stattgebende Teil des Berufungsurteils geht über das Klagebegehren hinaus, soweit die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Bescheide auch bezüglich der gerade nicht angefochtenen Sockelzuteilung im Umfang von 2 % des Jahresgesamtorderbuchvolumens festgestellt wird. In eigener Sache hatte die Klägerin nicht die Sockelzuteilung an sich selbst, sondern nur die Ablehnung einer darüber hinausgehenden (Mehr-)Zuteilung angegriffen. Auch ihre Drittanfechtungsanträge betreffen ausdrücklich nicht die Sockelzuteilung an die erfolgreichen damaligen und jetzigen Beigeladenen, sondern allein den Umfang der darüber hinausgehenden Zuteilung nach § 39g Abs. 2 BörsO 2007.
- 17 Die uneingeschränkte Aufhebung der Zuteilungsbescheide im stattgebenden Teil des Berufungsurteils ist nicht mit dessen Erwägung zu rechtfertigen, diese Zuteilungen seien insgesamt rechtswidrig. Greift die Klage einen rechtswidrigen Verwaltungsakt nicht insgesamt, sondern ausdrücklich nur in beschränktem Umfang an, darf das Gericht den Verwaltungsakt nur in diesem Umfang aufheben, sofern er teilbar ist. Die Teilbarkeit der angegriffenen Skontrenzuteilung ergibt sich schon aus der satzungsrechtlichen Differenzierung zwischen der Sockelzuteilung nach § 39g Abs. 1 BörsO 2007 und der Zuteilung weiterer Skontren unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 der Vorschrift.
- 18 b) Das Berufungsurteil beruht auf einem Verstoß gegen § 88 VwGO auch insoweit, als es den Anfechtungsannex des Neubescheidungsantrags der Klägerin zur isolierten Anfechtungsklage verselbstständigt und als kumulativen, gesondert - und abweichend - zu bescheidenden zweiten Klageantrag behandelt.
- 19 Mit ihren Klageanträgen zu 1 und 2 hat die Klägerin ursprünglich eine Neubescheidung ihres Zuteilungsantrags unter Aufhebung der Ablehnung einer die Sockelzuteilung übersteigenden Mehrzuteilung begehrt. Da die Antragsformulierung insgesamt den Wortlaut des § 113 Abs. 5 VwGO aufnimmt, ändert die Aufgliederung in zwei Ziffern nichts daran, dass das Aufhebungsbegehren nur als Annex zum eigentlichen Neubescheidungsbegehren zu verstehen ist. Aus

dem Klagevorbringen ergab sich unmissverständlich, dass die Klägerin die Ablehnung einer Mehrzuteilung nur als Voraussetzung einer neuen, ihr günstigeren Bescheidung begehrte. Auch im Berufungsverfahren hat sie daran festgehalten. Insbesondere ist ihrem Vorbringen weder zu entnehmen, dass sie ihren Klageantrag auf eine isolierte Anfechtungsklage beschränken wollte, noch, dass Anfechtungs- und Neubescheidungsantrag nebeneinander und unabhängig voneinander gestellt werden sollten. Daran war das Berufungsgericht wegen der Dispositionsbefugnis der Klägerin gebunden. Es durfte weder das Klagebegehren der Klägerin in eigener Sache auf eine Anfechtung reduzieren, noch den einheitlichen, unteilbaren Verfahrensgegenstand des Neubescheidungsbegehrens nach § 113 Abs. 5 VwGO in ein Anfechtungsbegehren nach § 113 Abs. 1 VwGO und ein - prozessual ohnehin nicht zu verselbstständigendes - „reines“ Bescheidungsbegehren ohne Anfechtungsannex aufspalten. Erst recht durfte nicht getrennt und gegensätzlich über die beiden unselbstständigen Teile des Neubescheidungsantrags entschieden werden.

- 20 Dem Revisionsvorbringen der Klägerin ist nicht zu entnehmen, dass sie der Reduzierung ihres Hauptantrags in eigener Sache auf eine isolierte Anfechtungsklage zugestimmt hätte. Vielmehr machen ihre Ausführungen zur Revisi-
onserwiderung deutlich, dass sie nach wie vor die Feststellung begehrt, ihr habe seinerzeit ein Anspruch auf Neubescheidung des (Mehr-)Zuteilungsantrags zugestanden. Dass sie wegen der unzutreffenden Auslegung und prozessualen Behandlung dieses Antrags in der Vorinstanz zunächst davon ausging, eine Anschlussrevision einlegen zu müssen, ist nicht als Billigung der Verkürzung ihres Klagebegehrens zu verstehen, sondern als Versuch, ihr zu begegnen. Die prozessrechtlich ausgeschlossene Aufspaltung des einheitlichen Verfahrensgegenstands des Neubescheidungsbegehrens in - scheinbar - zwei Anträge könnte im Übrigen auch die Klägerin nicht wirksam vornehmen.
- 21 Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass Verfahrensgegenstand der Klage der Klägerin in eigener Sache, ebenso wie zuletzt im Berufungsverfahren, das Fortsetzungsfeststellungsbegehren gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO bezüglich des - den Anfechtungsannex einschließenden - Neubescheidungsbegehrens gemäß § 113 Abs. 5 VwGO ist. Dem entspricht

der in der Revisionsverhandlung gestellte Zurückweisungsantrag der Klägerin. Er stellt keine unzulässige Klageerweiterung im Sinne des § 142 Abs. 1 VwGO dar, da er nicht den Verfahrensgegenstand erweitert, sondern nur verlangt, dessen prozessrechtswidrige Verkürzung durch die Vorinstanz zu korrigieren.

- 22 2. Die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage der Klägerin in eigener Sache hat der Verwaltungsgerichtshof im Ergebnis zu Recht bejaht.
- 23 a) Die Ablehnung einer Mehrzuteilung von Skontren für den verfahrensgegenständlichen Zuteilungszeitraum hat sich mit dessen Ablauf gemäß § 43 Abs. 2 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz - HessVwVfG - in der seinerzeit geltenden Fassung vom 28. Juli 2005 (GVBl I S. 591) erledigt. Seither gehen von der angegriffenen Ablehnung keine Rechtswirkungen mehr aus. Ihre Regelungswirkung ist mit Ablauf der Befristung zum Ende der Zuteilungsperiode entfallen. Etwa noch fortwirkende Nachteile der damaligen Beschränkung der Klägerin auf die Sockelzuteilung beruhen nicht auf einer noch andauernden Tatbestandswirkung der Zuteilung, sondern ergeben sich aus der privatvertraglichen Übernahme der bei Einstellung des Präsenzhandels im Mai 2011 vorgefundenen Skontrenverteilung für die Beauftragung als Spezialisten im elektronischen Handel.
- 24 Eine Tatbestandswirkung könnte nur vorliegen, wenn die verfahrensgegenständliche Zuteilung - sofern sie bestandskräftig wäre - bei der aktuellen Verteilung von Skontren auf die Spezialisten als gegebener Tatbestand zu berücksichtigen wäre (vgl. Beschluss vom 23. Februar 2010 - BVerwG 1 WB 36.09 - BVerwGE 136, 119 = Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 17 Rn. 49). Auch die Ablehnung einer Mehrzuteilung könnte nur Tatbestandswirkung entfalten, soweit die aktuelle Zuteilung noch tatbestandlich durch die Begrenzung der Zuteilung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum begrenzt wäre. Beides trifft jedoch nicht zu. Schon die bis zur Beendigung des Präsenzhandels im Mai 2011 praktizierte, jeweils befristete Skontrenzuteilung setzte für eine Skontrenzuteilung von mehr als 2 % des Jahresgesamtoorderbuchumsatzes keine über die Sockelzuteilung hinausgehende Vorzuteilung voraus (vgl. § 39g Abs. 2 BörsO 2007, § 103 BörsO 2009). Nur die Vorzuteilung an sich, die im verfahrens-

gegenständlichen Zeitraum wegen der Sockelzuteilung vorlag und insoweit auch bestandskräftig ist, war tatbestandliche Voraussetzung einer Mehrzuteilung in der jeweiligen Folgeperiode. Soweit die Mehrzuteilung von Leistungskriterien im Vorzuteilungszeitraum abhängig gemacht wurde und sofern deren Erfüllung - wie die Klägerin vorträgt - bei größerem Zuteilungsumfang damals leichter war als bei geringem, liegt keine tatbestandliche Anknüpfung an die damalige Zuteilungsentscheidung vor. Es handelt sich vielmehr um eine Anknüpfung an faktische Umstände, nämlich die Leistungsdaten, die nicht Gegenstand der Vorzuteilung waren, sondern allenfalls faktisch durch deren Umfang beeinflusst worden sein könnten. Das reicht für eine Tatbestandswirkung nicht aus.

- 25 b) Der Klägerin steht auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zu. Zwar kann der Annahme des Berufungsurteils, es bestehe eine Wiederholungsgefahr, nicht gefolgt werden. Ein Rehabilitierungsinteresse liegt ebenfalls nicht vor. Die Klägerin kann sich aber auf ein Präjudizinteresse berufen.
- 26 Ein Wiederholungsinteresse bestünde nur, wenn die Klägerin künftig mit dem Erlass eines gleichartigen Verwaltungsakts rechnen müsste und die maßgebliche Rechtslage im Wesentlichen unverändert geblieben wäre. Daran fehlt es schon wegen des Übergangs von der hoheitlichen Skontrenzuteilung zur privatrechtlichen Beauftragung von Spezialisten im Zuge der Beendigung des Präsenzhandels im Mai 2011. Seither ist eine Skontrenzuteilung durch Verwaltungsakt nicht mehr vorgesehen.
- 27 Ein Rehabilitierungsinteresse ist zu verneinen, weil die angegriffene Ablehnung einer Mehrzuteilung nicht geeignet ist, das geschäftliche Ansehen der Klägerin gegenwärtig noch herabzusetzen. Die hier verfahrensgegenständliche Zuteilungsentscheidung wurde allein mit dem Fehlen einer Vorzuteilung und nicht mit Erwägungen zur Leistungsfähigkeit der Klägerin begründet.
- 28 Im Hinblick auf den derzeit beim Bundesgerichtshof anhängigen Schadensersatz- und Entschädigungsprozess kann die Klägerin jedoch ein Präjudizinte-

resse an der begehrten Feststellung bezüglich der Mehrzuteilung für 2007/2009 geltend machen. In diesem Prozess ist die Frage, ob die Ablehnung einer Mehrzuteilung rechtswidrig war und die Klägerin in ihren Rechten verletzt, als Vorfrage zu prüfen, so dass eine rechtskräftige Klärung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Rechtsposition der Klägerin im Staatshaftungsprozess verbessern könnte. Das gilt auch, wenn zivilrechtlich nicht die teilrechtsfähige Beklagte (vgl. § 2 Abs. 5 BörsG), sondern nur das Land Hessen als ihr Rechtsträger passivlegitimiert sein sollte. Insoweit wäre im Zivilprozess zu klären, ob das Handeln der Beklagten ihrem Rechtsträger zuzurechnen oder ihre Haftung auf ihn übergeleitet sein kann.

- 29 Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Geltendmachung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen wegen der angegriffenen Ablehnung einer Mehrzuteilung auch nicht von vornherein aussichtslos. Bei der Prüfung dieses Ausschlusskriteriums ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Wahrscheinlichkeit eines Misserfolgs im zivilgerichtlichen Verfahren genügt nicht. Offensichtlich aussichtslos ist eine Staatshaftungsklage nur, wenn der geltend gemachte Anspruch unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt besteht und sich dies ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung aufdrängt (Urteil vom 16. Mai 2013 - BVerwG 8 C 14.12 - Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 284 <Rn. 44> m.w.N.; Schmidt, in: Eyermann, a.a.O. § 113 Rn. 87). Das ist hier nicht der Fall. So sind schon die Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs gemäß § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG nicht mit der erforderlichen Offensichtlichkeit zu verneinen.
- 30 Eine drittgerichtete Amtspflicht kann sowohl durch den Erlass rechtswidriger Satzungsregeln über die Zuteilung der Skontren als auch durch eine grundrechtswidrige Anwendung der Zuteilungsregeln verletzt worden sein. Entgegen der Auffassung der Revision ist eine Amtshaftung für den Erlass rechtswidriger Satzungen nicht von vornherein ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteile vom 26. Januar 1989 - III ZR 194/87 - BGHZ 106, 323 und vom 21. Februar 1991 - III ZR 245/89 - BGHZ 113, 367 sub 1. zur Amtshaftung für den Erlass rechtswidriger Bebauungspläne).

- 31 Ein Verschulden fehlt nicht schon offensichtlich wegen der verwaltungsgerichtlichen Bestätigung der Skontrenverteilung. Zwar entfällt ein Verschulden grundsätzlich, wenn das Handeln von einem Kollegialgericht für rechtmäßig gehalten wurde. Dies gilt jedoch nicht, wenn die beanstandete Maßnahme von einem Fachgremium beschlossen wurde, von dem im Hinblick auf seine Zusammensetzung ein Höchstmaß an Sachkenntnis zu erwarten und die Fähigkeit zu besonders gründlicher Prüfung zu verlangen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2002 - III ZR 302/00 - BGHZ 150, 172 <184>; BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <106> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 32 S. 31). Das ist dem Börsenrat als repräsentativ besetztem Selbstverwaltungsgremium, das gerade wegen seiner Sachkunde und Sachnähe mit weitreichendem Gestaltungsermessen ausgestattet wurde, nicht von vornherein abzusprechen. Unabhängig davon greift die „Kollegialgerichtsregel“ nicht ein, wenn die kollegialgerichtliche Entscheidung nicht auf einer eingehenden Prüfung beruht, sondern wesentliche rechtliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat (vgl. Urteil vom 17. August 2005 a.a.O. S. 106 f. bzw. S. 32). Hier hat das Verwaltungsgericht das zentrale gleichheitsrechtliche Problem übergangen. Es hat nur die Rechtfertigung einer Differenzierung zwischen Alt- und Neubewerbern und die Gleichbehandlung innerhalb dieser Gruppen erörtert, aber versäumt zu prüfen, ob die Benachteiligung der im Vorzuteilungszeitraum rechtswidrig vom Markt ausgeschlossenen Skontroföhrer gegenüber den erfolgreichen Altbewerbern und ihre Gleichstellung mit den Neubewerbern vor Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt war. Die Klägerin auf allfällige Schadensersatzansprüche zu verweisen, verweigerte den im laufenden Zuteilungszeitraum noch möglichen Primärrechtsschutz, der bei Rechtswidrigkeit der Zuteilung geboten war. Ein Verschulden fehlt auch nicht offensichtlich, weil die damalige Rechtslage unklar gewesen und von der Beklagten sorgfältig geprüft worden wäre. Da die Skontrenverteilung, die auf rechtskräftig für unwirksam erklärten Verteilungsregeln beruhte, ohne vertiefte Auseinandersetzung mit den dagegen erhobenen Einwänden mehrmals fortgeschrieben wurde, ist eine sorgfältige Prüfung jedenfalls nicht evident.
- 32 Die Kausalität einer möglichen Amtspflichtverletzung für den durch die Benachteiligung entstandenen Schaden ist ebenfalls nicht mit der erforderlichen Offen-

sichtigkeit zu verneinen. Das gilt auch, wenn für die Amtspflichtverletzung nicht auf die satzungsrechtlich gebundene Zuteilung, sondern auf die Ausgestaltung der Verteilungsregeln abgestellt wird, die im Ermessen des Börsenrates stand. Zwar fehlt die Kausalität bei Ermessensakten, wenn der Schaden auch bei ermessensgerechtem Handeln eingetreten wäre (Urteil vom 16. Mai 2013 a.a.O. Rn. 50; BGH, Beschluss vom 21. Januar 1982 - III ZR 37/81 - VersR 1982, 275 und Urteil vom 30. Mai 1985 - III ZR 198/84 - VersR 1985, 887 f.; Vinke, in: Soergel, BGB, Bd. 12, 13. Aufl. Stand Sommer 2005, § 839 Rn. 176). Es ist aber nicht offenkundig, dass die Beklagte für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum gesetzes- und gleichheitskonforme Verteilungsregelungen hätte erlassen können, die eine Zuteilung an zuvor rechtswidrig vom Markt ausgeschlossene Skontroführer auf 2 % des Jahresgesamtoorderbuchumsatzes beschränkt hätten. Ein rechtmäßiges Alternativverhalten, das zum selben Schaden geführt hätte (dazu vgl. Vinke, a.a.O. Rn. 178), liegt nicht auf der Hand. Insbesondere konnte die Beklagte wegen ihrer Pflicht, einen geordneten Handel sicherzustellen, den Präsenzhandel nicht sofort und übergangslos beenden. Sie konnte die Klägerin auch nicht ermessensfehlerfrei von einer gleichheitskonformen Skontrenverteilung im Zuge einer Übergangsregelung ausnehmen. Bei gleichmäßiger Verteilung hätte sie als eine von 21 Antragstellern für den Zuteilungszeitraum 2007/2009 (vgl. S. 2 des Widerspruchsbescheides vom 4. Juni 2008) Skontren im Umfang von mehr als 4 % des Jahresgesamtoorderbuchvolumens erhalten müssen. Dass sie trotz ihrer unstreitigen Spitzenposition bei der Gesamterfüllung bei einer Verteilung nach Leistungsgesichtspunkten nicht mehr als 2 % erhalten hätte, versteht sich ebenfalls nicht von selbst.

- 33 3. Der Verwaltungsgerichtshof hat die von der Klägerin erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage in eigener Sache betreffend die Mehrzuteilung von Skontren im Ergebnis zu Recht für begründet gehalten. Für die materiell-rechtliche Beurteilung ist auf die Sach- und Rechtslage zu Beginn des verfahrensgegenständlichen Zuteilungszeitraums, in dem die auf 30 Monate befristete Skontrenzuteilung wirksam wurde, abzustellen. Daran gemessen, war die Verweigerung einer Zuteilung von Skontren über den Umfang von rund 2 % des Jahresgesamtoorderbuchumsatzes rechtswidrig, weil die ihr zugrunde liegende Verteilungsregel des § 39g BörsO 2007 Skontroführer, die wie die Klägerin im voran-

gegangenen Zuteilungszeitraum rechtswidrig vom Markt ausgeschlossen gewesen waren, gleichheitswidrig von einer Mehrzuteilung ausschloss.

- 34 Die Ablehnung einer Mehrzuteilung an die Klägerin beruhte auf den satzungsrechtlichen Vorgaben für die Skontrenverteilung gemäß § 39g BörsO 2007. Absatz 1 der Vorschrift begrenzte die Sockelzuteilung, die sämtlichen an der Beklagten als Skontrofürher zugelassenen Antragstellern zustand, auf 2 % des Jahresgesamttorderbuchumsatzes. Eine Mehrzuteilung ließ Absatz 2 nur an Bewerber zu, denen bereits Skontren zugeteilt waren. Als Maßstab für die Mehrzuteilung normierte § 39g Abs. 2 Satz 1 BörsO 2007 die Leistung dieser bereits als Skontrofürher tätigen Bewerber. Sie war gemäß § 39g Abs. 1 Nr. 1 und 2 i.V.m. § 39f Abs. 2 BörsO 2007 auf der Grundlage von Daten des noch laufenden, der begehrten Zuteilung vorangehenden Zuteilungszeitraums zu bemessen. Bei der Verteilung für den dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum 2007/2009 vorangehenden Zuteilungszeitraum 2005/2007 war die Klägerin nach den inzwischen rechtskräftig für rechtswidrig erklärten Verteilungskriterien nicht berücksichtigt worden.
- 35 a) Entgegen der Auffassung der Revision ist § 39g BörsO 2007 formell rechtmäßig. Dass er vom Börsenrat unter Mitwirkung mit der Klägerin konkurrierender Skontrofürher erlassen wurde, führt nicht zu einem revisiblen Verstoß gegen §§ 20 f. HessVwVfG (vgl. § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Die allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Ausschluss- und Befangenheitsgründe sind wegen des Vorrangs der spezielleren börsenrechtlichen Regelungen über den Erlass der satzungsrechtlichen Vorgaben für die Skontrenverteilung nicht einschlägig. Diese Regelungen waren im hier maßgeblichen Zeitpunkt gemäß § 29 Satz 3 des Börsengesetzes i.d.F. des Art. 1 des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 21. Juni 2002 - BörsG 2002 - (BGBl I S. 2010) in der Börsenordnung zu treffen, die nach § 13 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 Nr. 1 BörsG 2002 der Börsenrat erließ. Dieser war gemäß § 9 Abs. 1 BörsG 2002 vom Gesetzgeber als repräsentativ besetztes Selbstverwaltungsorgan konzipiert, dem unter anderem Vertreter der Gruppe der Skontrofürher angehören mussten. Das Erfordernis einer angemessenen Repräsentation aller Interessengruppen wird auch in den Besetzungsregeln des § 9 Abs. 3 und 4 BörsG 2002 deutlich. Der

Gesetzgeber hat also die Mitwirkung Betroffener an der Satzungsgebung zur Gewährleistung einer repräsentativen Interessenvertretung bewusst in Kauf genommen. Dies schließt nicht nur die unmittelbare Heranziehung der §§ 20 f. HessVwVfG, sondern auch deren entsprechende Anwendung aus (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 20 Rn. 7a).

- 36 b) Die satzungsrechtliche Regelung der Skontrenverteilung in § 39g BörsO 2007 war aber materiell-rechtlich rechtswidrig.
- 37 Allerdings ergibt sich dies nicht schon aus einer zu niedrigen Bemessung der Sockelzuteilung nach § 39g Abs. 1 BörsO 2007. Dabei kann offenbleiben, ob sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf eine auskömmliche Mindestzuteilung ergab. Jedenfalls lassen die nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs nicht darauf schließen, dass der Börsenrat seinen Einschätzungsspielraum als fachkundiges Selbstverwaltungsorgan der Beklagten bei der Prognose, ob eine Mindestzuteilung im Umfang von rund 2 % des Jahresgesamttorderbuchumsatzes den Aufbau der erforderlichen Infrastruktur und eine wirtschaftliche Skontroführung ermöglichte, überschritten hätte.
- 38 Rechtswidrig war § 39g Abs. 2 BörsO 2007 jedoch, soweit er die Mehrzuteilung auf die bereits im vorangegangenen Zuteilungszeitraum tätigen Skontroführer beschränkte und damals erfolglose Bewerber wie die Klägerin auch dann von einer Mehrzuteilung ausschloss, wenn ihnen seinerzeit der Zugang zum Markt zu Unrecht verwehrt worden war.
- 39 Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich die Rechtswidrigkeit dieser Regelung nicht schon aus einem Verstoß gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG. Die Mehrzuteilung von einer Vorzuteilung abhängig zu machen, bewirkt keine Rechtsfolgen für einen abgelaufenen Zeitraum, sondern stellt eine tatbestandliche Rückanknüpfung dar, die in den Grenzen rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes grundsätzlich zulässig ist (BVerfG, Beschlüsse vom 3. Dezember 1997 - BvR 882/97 - BVerfGE 97, 67 <79> und vom 9. Dezember 2003 - 1 BvR 558/99 - BVerfGE 109, 96 <122>).

- 40 Der Ausschluss zuvor rechtswidrig vom Markt ferngehaltener Skontroführer von der Mehrzuteilung verletzt aber deren Recht auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Skontrenverteilung, das sich aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergibt. Aus der Berufsfreiheit und dem allgemeinen Gleichheitssatz ist ein Recht auf chancengleiche Teilhabe am Wettbewerb herzuleiten (BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 1975 - 1 BvL 35/70, 1 BvR 307/71 u.a. - BVerfGE 40, 196 <232>; BVerwG, Urteile vom 2. September 1983 - BVerwG 7 C 97.81 - Buchholz 442.03 § 9 GüKG Nr. 13 S. 14 und vom 25. September 2008 - BVerwG 3 C 35.07 - BVerwGE 132, 64 = Buchholz 451.74 § 8 KHG Nr. 16 Rn. 30). Daraus folgt ein Recht auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Skontrenverteilung, mit der Wettbewerbspositionen im Präsenzhandel an der Börse zugewiesen wurden. Da die Zahl der zu verteilenden Aktien-Skontren begrenzt war, musste die Regelung der Skontrenzuteilung die Chancengleichheit der Bewerber sowohl bei der Entscheidung über die Zuteilung an sich - also den Zugang zum Markt - als auch bei der Entscheidung über den Umfang der Zuteilung gewährleisten. Beeinträchtigungen der Wettbewerbsgleichheit greifen intensiv in die Grundrechtsgewährleistung ein. Ungleichbehandlungen in diesem Bereich sind deshalb nur gerechtfertigt, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen und verhältnismäßig sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. März 2007 - 1 BvF 1/05 - BVerfGE 118, 79 <100>). Bezüglich der Benachteiligung bislang rechtswidrig vom Markt Ausgeschlossener bei der Mehrzuteilung sind diese Anforderungen nicht erfüllt.
- 41 Dabei kann offenbleiben, ob § 39g Abs. 2 BörsO 2007 dem Vorbehalt des Gesetzes in der Ausprägung des Parlamentsvorbehalts genügt. Insbesondere muss nicht geklärt werden, ob die für die Verwirklichung der Chancengleichheit und die Berufsausübung wesentlichen Entscheidungen bei der Skontrenverteilung schon durch § 29 BörsG 2002 getroffen wurden, der keine Verteilungskriterien normierte, oder erst durch dessen zum 1. November 2007 in Kraft getretene Nachfolgeregelung, die eine Differenzierung nach der fachlichen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für zulässig erklärte (§ 29 Satz 4 BörsG). Soweit es auf die zuletzt genannte Regelung ankommen sollte, bedarf es auch keiner Prüfung, ob das ausschließliche Abstellen auf eine in der Vergangenheit er-

brachte Leistung gemäß § 39g Abs. 2 i.V.m. § 39f BörsO 2007 dem gesetzlichen Verteilungskriterium der Leistungsfähigkeit entspricht, das das aktuelle Leistungspotential für maßgeblich erklärt. Unabhängig davon war die Benachteiligung der bislang rechtswidrig vom Markt ausgeschlossenen Bewerber jedenfalls deshalb nicht gerechtfertigt, weil sie nicht auf einem sachlichen Grund beruhte und nicht erforderlich war, einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck zu verwirklichen.

- 42 Allerdings war es - eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorausgesetzt - nicht von vornherein unzulässig, für den Umfang der Skontrenzuteilung im Hinblick auf den gesetzlichen, verfassungsrechtlich legitimen Zweck der Beklagten, einen ordnungsgemäßen, den Interessen des Publikums und des Handels gerecht werdenden Börsenhandel sicherzustellen (§ 13 Abs. 2 BörsG 2002), nach der Leistungsfähigkeit der Bewerber zu differenzieren und bereits erbrachte Leistungen als Indizien für die Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Auch die Differenzierung zwischen erstmaligen Bewerbern (Erstbewerber) und Bewerbern, die bereits als Skontroführer tätig gewesen waren (Altbewerber), könnte möglicherweise vor diesem Zweck sachlich gerechtfertigt sein, wenn es zu seiner Verwirklichung erforderlich gewesen sein sollte, eine umfangreichere Zuteilung von einer Bewährung in der Praxis abhängig zu machen. All diese Erwägungen können es jedoch nicht rechtfertigen, Bewerber, die bereits zuvor als Skontroführer tätig gewesen, aber im letzten Zuteilungszeitraum rechtswidrig vom Markt ausgeschlossen worden waren, wie Erstbewerber zu behandeln und gegenüber erfolgreichen Altbewerbern zu benachteiligen. Die Anknüpfung der Benachteiligung an eine rechtswidrige Verweigerung der Vorzuteilung ist schon wegen der Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung nicht sachlich zu rechtfertigen. Entgegen der Auffassung der Klägerin gilt hier nichts anderes, weil der Ausschluss der Klägerin nur „formell“ rechtswidrig gewesen wäre. Dieser Einwand übersieht, dass die Rechtswidrigkeit der Skontrenverteilung im Zeitraum 2005/2007 auf materiell-rechtliche Mängel zurückzuführen war, nämlich auf die Missachtung des Vorbehalts des Gesetzes wegen des Fehlens einer ausreichenden Rechtsgrundlage für die Verwendung des von der Beklagten seinerzeit als Zuteilungskriterium eingeführten Leistungsbemessungssystems. Im Übrigen geht auch das Bundessozialgericht davon aus, dass eine Differenzierung nicht

an Tatsachen anknüpfen darf, die das Ergebnis einer rechtswidrigen Verteilungsentscheidung sind (BSG, Urteile vom 22. Juni 2005 - B 6 KA 5/04 R - SozR 4-2500 § 85 SGB V Nr. 17 Rn. 10 und vom 29. August 2007 - B 6 KA 2/07 R - SozR 4-2500 § 85 SGB V Nr. 34 Rn. 15).

- 43 c) Bis zum Ablauf des verfahrensgegenständlichen Zuteilungszeitraums stand der Klägerin wegen der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Ablehnung auch ein Anspruch auf grundrechtskonforme Neubescheidung zu. Aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich zwar kein Anspruch auf Zuteilung in bestimmter Höhe, aber ein Anspruch auf eine neue, gleichheitskonforme Entscheidung über die Mehrzuteilung von Skontren. Dieser Anspruch scheitert nicht am Fehlen einer rechtmäßigen satzungsrechtlichen Verteilungsregelung. Die Beklagte, die den Präsenzhandel nicht mit sofortiger Wirkung einstellen konnte, war vielmehr verpflichtet, unverzüglich eine neue, gesetzes- und grundrechtskonforme Skontrenverteilung vorzunehmen. Sie konnte dazu entweder die Differenzierungskriterien gleichheitskonform - gegebenenfalls nach Maßgabe des § 29 Satz 4 BörsG - anpassen oder die bisherige Regelung um zusätzliche Vorschriften ergänzen, die rechtswidrig vom Markt Ausgeschlossene den Altbewerbern gleichstellten und für die Bewertung ihrer Leistungsfähigkeit vergleichbar aussagekräftige Kriterien definierten. Die den Sockel übersteigenden Zuteilungen an Mitbewerber der Klägerin hinderten eine Neuverteilung nicht, da sie wegen der Drittanfechtungen seinerzeit nicht bestandskräftig waren (vgl. § 50 HessVwVfG). Dem Anspruch auf Neubescheidung steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Fortführung des Präsenzhandels hatte. Solange dieser Handel mit Skontroführern betrieben wurde, stand ihr ein Anspruch auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Skontrenverteilung zu.
- 44 4. Soweit die Vorinstanz den Fortsetzungsfeststellungsanträgen der Klägerin bezüglich der Drittanfechtung von Zuteilungen an gegenwärtige Beigeladene und deren Rechtsvorgänger stattgegeben hat, ist sie zu Unrecht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Die Klägerin kann im gegenwärtigen, für das Vorliegen von Sachentscheidungsvoraussetzungen maßgeblichen Zeitpunkt bezüglich der Drittanfechtungen kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO mehr geltend machen. Ihren wirtschaftlichen und

ideellen Interessen wird bereits im Rahmen ihrer Fortsetzungsfeststellungsklage in eigener Sache Rechnung getragen. Deren Erfolg setzt, anders als der einer Verpflichtungsklage bis zum Ablauf des Zuteilungszeitraums, auch keine erfolgreiche Klage gegen die konkurrierenden Zuteilungen an Mitbewerber voraus. Vielmehr genügt, dass die zwischenzeitlich erledigten Zuteilungsbescheide zugunsten der Mitbewerber gegenüber der Klägerin bis zum Zeitpunkt ihrer Erledigung nicht bestandskräftig geworden sind. Die Fortsetzung der Drittanfechtungsklagen als Fortsetzungsfeststellungsklagen kann deshalb die Rechtsposition der Klägerin nicht verbessern.

- 45 5. Das Berufungsurteil ist gemäß § 144 Abs. 4 VwGO im Ergebnis richtig, soweit es der Klage der Klägerin in eigener Sache wegen der Ablehnung der Mehrzuteilung stattgegeben hat; insofern genügt zur Korrektur der Folgen fehlerhafter Antragsauslegung in der Vorinstanz die tenorierte Maßgabe. Im Übrigen konnte der Senat gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO in der Sache selbst entscheiden und die Berufung zurückweisen.
- 46 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, § 155 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Rudolph

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf
1 400 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Rudolph

Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Börsenrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

GG Art. 3 Abs. 1; Art. 12 Abs. 1; Art. 20 Abs. 3
 BörsG 2002 § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 und Abs. 4; § 13 Abs. 1; § 29 Satz 3 und 4
 BörsG 2007 § 29 Satz 3 und 4
 BörsO 2007 §§ 39f, 39g Abs. 1 und 2

Stichworte:

Benachteiligung; Berufsfreiheit; Chancengleichheit; chancengleiche Berücksichtigung; Drittanfechtung; Fortsetzungsfeststellungsklage; kontingentierte Erlaubnis; Marktposition; Marktzugang; Mitbewerber; Rückwirkung; tatbestandliche Rückanknüpfung; Ungleichbehandlung.

Leitsätze:

1. § 39g Abs. 2 der Börsenordnung der Frankfurter Wertpapierbörse vom 20. März 2007 (BörsO 2007) war rechtswidrig, soweit er im vorhergehenden Zuteilungszeitraum rechtswidrig von der Skontrenzuteilung ausgeschlossene Skontroführer gegenüber damals erfolgreichen Mitbewerbern benachteiligte.
2. Wird der Umfang der befristeten Zuteilung kontingentierte Erlaubnisse davon abhängig gemacht, ob der Bewerber bereits in der vorhergehenden Zuteilungsperiode über eine Zuteilung verfügte, verbietet die grundrechtliche Gewährleistung chancengleicher Berücksichtigung (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs 1 GG), damals rechtswidrig vom Markt ausgeschlossene Bewerber schlechter zu behandeln als seinerzeit zum Markt zugelassene Bewerber.
3. Ist der Verpflichtungsrechtsstreit um die befristete Zuteilung einer kontingentierte Erlaubnis durch Ablauf des Befristungszeitraums erledigt und wird auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt, besteht grundsätzlich kein berechtigtes Interesse, im Erledigungszeitpunkt noch anhängige gleichermaßen erledigte Drittanfechtungsbegehren ebenfalls als Fortsetzungsfeststellungsklagen fortzuführen.

Urteil des 8. Senats vom 10. Dezember 2013 - BVerwG 8 C 5.12

- I. VG Frankfurt vom 12.02.2009 - Az.: VG 1 K 1791/08.F (1) -
- II. VGH Kassel vom 30.11.2011 - Az.: VGH 6 A 2903/09 -