

BVerwG-Urteil vom 1. Dezember 2010
(Az.: 9 C 8.09)

Eine sog. kommunale Eigengesellschaft ist nicht „Dritter“ im Sinne von § 124 Abs. 1 BauGB

Leitsätze:

1. Die Regelung über den Erschließungsvertrag in § 124 BauGB ist gegenüber derjenigen über die Zulässigkeit und den Gegenstand städtebaulicher Verträge in § 11 BauGB die speziellere Norm.
2. Eine von der Gemeinde (ganz oder mehrheitlich) beherrschte sog. Eigengesellschaft ist kein Dritter i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB, auf den die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag übertragen kann.
3. Eine Übertragung i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB liegt nicht vor, wenn sich die Gemeinde in dem Erschließungsvertrag umfangreiche Befugnisse vorbehält, die praktisch auf ein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme hinauslaufen.

Gesetzliche Grundlagen:

BauGB: § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 § 124 Abs. 1 bis 3, §§ 127 ff.; **BGB:** §§ 288 , 291 , 415 , 812 ff.;
GVG: § 17a Abs. 5

Instanzenzug:

- VG Stuttgart vom 08.11.2007 (VG 2 K 2708/07)
- VGH Baden-Württemberg vom 23.10.2009 (VGH 2 S 424/08)

Sachverhalt:

Die Kläger begehren von der Beklagten die Erstattung von Abschlagszahlungen, die sie an die Beklagte für die Erschließung ihres Grundstücks geleistet haben. Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die in der Region als Erschließungs- und Bauträgerin tätig ist. Sie ist im hundertprozentigen Anteilsbesitz der beigeladenen Stadt.

Das Grundstück der Kläger liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans

"Mühläcker/St. Peter" der Beigeladenen. Die Grundstücke im Plangebiet standen ursprünglich im Eigentum der Beigeladenen sowie privater Dritter. Die Beklagte selbst hatte keine Grundstücke zu Eigentum.

Nachdem der Gemeinderat der Beigeladenen für das Baugebiet den Entwurf eines Bebauungsplans beschlossen und die amtliche Umlegung angeordnet hatte, schlossen die Beigeladene und die Beklagte am 3. März 1997 einen privatschriftlichen "Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag". Darin wird die Erschließung des Baugebiets auf die Beklagte übertragen und im Einzelnen bestimmt, welche Anlagen sie herzustellen hat. Unter anderem enthält der Vertrag folgende Regelungen:

"I. Vorbemerkung

(1) Der Gemeinderat der Stadt Bietigheim-Bissingen hat am 24.10.1996 für das Gebiet ‚Mühläcker/St. Peter‘ einen Bebauungsplan als Entwurf beschlossen. Die Erschließung dieses Gebietes soll auf die Bietigheimer Wohnbau GmbH übertragen werden.

Die Arbeiten werden grundsätzlich im Auftrag und für Rechnung der am Baulandumlegungsverfahren und am Kleingartenumlegungsverfahren beteiligten Grundstückseigentümer und teilweise im Auftrag und für Rechnung der Stadt ausgeführt.

[...]

Teil I

Städtebaulicher Vertrag gemäß § 6 Wohnungsbauerleichterungsgesetz

§ 1 Umfang der städtebaulichen Planungen und Maßnahmen

(1) Die Bietigheimer Wohnbau GmbH übernimmt, neben den im folgenden Teil II übernommenen Maßnahmen für den Geltungsbereich des Bebauungsplans ‚Mühläcker/St. Peter‘ folgende Aufgaben:

1. Im Bereich der vorgesehenen Wohnbebauung:

1.1 Im Auftrag und für Rechnung der Grundstückseigentümer:

a) Die Freilegung des gesamten Gebietes.

b) Den Ausbau des St.-Peter-Weges und dessen Einmündung in das Gebiet ‚Mühläcker/St. Peter‘.

1.2 Im Auftrag und für Rechnung der Stadt:

[...]

Teil II
Erschließungsträgervertrag gemäß §§ 124 ff. Baugesetzbuch

§ 4 Gegenstand des Erschließungsträgervertrages

- (1) Das Erschließungsgebiet umfasst den Geltungsbereich des Bebauungsplanes ‚Mühläcker/St. Peter‘.
- (2) Die Stadt Bietigheim-Bissingen überträgt im Auftrag und für Rechnung der Umlegungsbeteiligten der Bietigheimer Wohnbau GmbH:
- a) Die Erschließung des Wohngebietes im Bereich ‚Mühläcker/St. Peter‘. [...]
- b) Die Abwasserbeseitigung im Bereich ‚Mühläcker/St. Peter‘.
- c) Die Erschließung des Kleingartengebietes. [...]

§ 5 Umfang der Erschließungsmaßnahme

- (1) Die Bietigheimer Wohnbau GmbH stellt folgende öffentliche Anlagen und Einrichtungen her:
[...]
- (2) Die Stadt behält sich vor, einzelne Arbeiten selbst durchzuführen und die Kosten in Rechnung zu stellen.
[...]

§ 6 Kostenverteilung

- (1) Die in § 7 aufgeführten Kosten der Erschließung werden auf die Bauplatzgrundstücke und Kleingartengrundstücke innerhalb des Erschließungsgebietes aufgeteilt.
- (2) Die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Wohn- und Baugrundstücke erfolgt auf die Grundstücks- und Geschossfläche.
- (3) Die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Kleingartengrundstücke erfolgt auf die Grundstücksfläche.
- (4) Die Stadt erhebt im Erschließungsgebiet keine einmaligen Beiträge für die erstmalige Erschließung der Baugrundstücke und der Kleingartengrundstücke sowie für den erstmaligen Anschluss an die Abwasserbeseitigungsanlagen, da diese von den Grundstückseigentümern finanziert werden. Eine Regelung in den jeweiligen Satzungen der Stadt über Nachveranlagung von Beiträgen bleibt unberührt. [...]
- (5) Die Erschließungsträgerin ist verpflichtet, entsprechend dem Baufortschritt an den Erschließungsanlagen Abschlagszahlungen anzufordern [...].

§ 7 Kosten der Erschließung

- (1) Die Kosten der Erschließung bei der Bietigheimer Wohnbau GmbH umfassen:
- a) Sämtliche Kosten der in § 5 Abs. 1 genannten Maßnahmen und Entschädigungen, einschließlich möglicher Rückstellungen für Restarbeiten.
[...]

*c) Die Kosten der technischen und wirtschaftlichen Betreuung der Erschließungsmaßnahme durch die Bietigheimer Wohnbau GmbH, diese werden festgesetzt mit 5 % zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer der Summe der Kosten inklusive Mehrwertsteuer der in § 5 beschriebenen Maßnahmen.
[...]*

§ 9 Durchführung der Erschließungsarbeiten

(1) Die Bietigheimer Wohnbau GmbH stellt die in § 5 Abs. 1 aufgeführten Anlagen und Einrichtungen nach Weisung und unter Aufsicht der Stadt her.

(2) Die Entscheidung über die technische Gestaltung der Erschließungsmaßnahmen und die entsprechende Materialverwendung trifft ausschließlich die Stadt.

(3) Die Erschließungsträgerin verpflichtet sich, die erforderlichen Arbeiten und sonstigen Leistungen nur im Einvernehmen mit der Stadt zu vergeben. Leistungsverzeichnisse für die Ausschreibung von Erschließungsarbeiten sind mit der Stadt vorher abzustimmen.

(4) Die Ausschreibung und Planung der gesamten Erschließungsarbeiten kann die Stadt gegen Kostenersatz selbst durchführen oder der Bietigheimer Wohnbau GmbH in Auftrag geben. Die Bietigheimer Wohnbau GmbH ist berechtigt, Aufträge an Dritte weiterzugeben. Die Stadt ist weiterhin berechtigt, die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten an Ort und Stelle zu überwachen und Weisungen zu erteilen.

[...]"

§ 16 Schlussbestimmungen

(1) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages, gleich aus welchem Grunde, nicht wirksam sein, werden hiervon die übrigen Bestimmungen des Vertrages und der Gesamtvertrag nicht berührt. Unwirksame Bestimmungen sind ggf. so abzuändern oder auszutauschen, zu ergänzen bzw. zu berichtigen, dass letztlich der Wille der Vertragsschließenden beibehalten wird und zur Durchführung kommt.

[...]"

Am 17. April 1997 schlossen die Beigeladene und die Beklagte einen notariell beurkundeten Vertrag über "Allgemeine Bestimmungen für die Baulandumlegung ‚Mühlacker/St. Peter‘". Dieser Vertrag enthält u.a. folgende Regelung:

"§ 12 Anliegerbeiträge, Städtebaulicher- und Erschließungsträgervertrag

(1) Die Abwicklung der Neuordnung und die Erschließung des Umlegungsgebietes erfolgt über einen Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag zwischen der Stadt Bietigheim-Bissingen und der Bietigheimer Wohnbau GmbH. Hierin wurde festgelegt, dass die einzelnen städtebaulichen Planungen, Maßnahmen und Erschließungsarbeiten im Auftrag und für Rechnung der Grundstückseigentümer erteilt werden. Bezüglich den einzelnen Kosten, die in den Erschließungsaufwand einzurechnen und zu verteilen sind, wird auf die §§ 1, 3, 11 und 12 des Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrages Bezug genommen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Gesamtaufwand auf die einzelnen Grundstücke entsprechend der Grundstücks- und Geschossfläche übertragen wird, unabhängig von den rechtlichen Bestimmungen des Erschließungsbeitragsrechtes. Insoweit wird keine Abrechnung der einzelnen Erschließungsmaßnahmen vorgenommen, sondern es erfolgt eine Gesamtverteilung der Kosten. Die näheren Regelungen bezüglich Aufwand und Verteilung sind im Städtebaulichen- und Er-

schließungsträgervertrag, der eine Anlage zu diesem Vertrag bildet, aufgeführt. Auf diese wird ausdrücklich Bezug genommen.

(2) Der einzelne Umlegungsbeteiligte tritt für sein Zuteilungsgrundstück in vollem Umfang in diese vertraglichen Bestimmungen ein.

(3) Im Rahmen des Umlegungsverfahrens werden auf dem neugebildeten Grundstück in den Umlegungsplan eine Grundschuld ohne Brief in Höhe der zu erwartenden Kosten aus dem Städtebaulichen- und Erschließungsvertrag eingetragen [...]"

Mit notariellem Vertrag vom 28. Juli 1999 erwarben die Kläger von der Beigeladenen das im Baugebiet liegende Grundstück Flst.-Nr. ###/2, Ricarda-Huch-Straße 10. In dem Vertrag wird auf die vorstehenden "Allgemeinen Bestimmungen für die Baulandumlegung ‚Mühläcker/St. Peter'" Bezug genommen. Unter Ziffer I.1 der Urkunde heißt es u.a.:

"Die Erschließungskosten, die Kosten für städtebauliche Maßnahmen, die Abwasserbeiträge und die Versorgungsbeiträge sind im Kaufpreis nicht enthalten. Diese gehen zu Lasten der Erwerber. Näheres ist in Ziff. III. dieser Urkunde geregelt.

Die Stadt Bietigheim-Bissingen hat bisher Kosten für Erschließung und städtebauliche Maßnahmen in Höhe von 46.559,50 DM an die Bietigheimer Wohnbau GmbH bezahlt. Diese sind neben dem Kaufpreis an die Stadt Bietigheim-Bissingen zu entrichten."

Unter Ziffer 11.2. der Urkunde ist weiter ausgeführt:

"Aufgrund eines Städtebaulichen- und Erschließungsvertrages mit der Stadt Bietigheim-Bissingen wurde die Bietigheimer Wohnbau GmbH beauftragt, im Gebiet ‚Mühläcker/St. Peter' im Auftrag und auf Rechnung der Grundstückseigentümer die Erschließungsanlagen, städtebauliche Anlagen und Anlagen für die Abwasserbeseitigung herzustellen.

Des weiteren wurden für die Durchführung der Baulandumlegung ‚Mühläcker/St. Peter' ‚Allgemeine Umlegungsbestimmungen' ... beurkundet. Dieser Urkunde ist als Anlage 1 der Städtebaulichen- und Erschließungsvertrag mit der Bietigheimer Wohnbau GmbH angefügt und somit Vertragsbestandteil. [...]"

Die Erwerber treten in den Städtebaulichen- und Erschließungsvertrag mit der Bietigheimer Wohnbau GmbH mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber der Stadt Bietigheim-Bissingen ein. [...]"

Soweit die Grundstücke im Gebiet "Mühläcker/St. Peter" nicht im Eigentum der Beigeladenen standen, schloss sie mit den übrigen Grundstückseigentümern notarielle Verträge, in denen diese sich ebenfalls verpflichteten, mit schuldbefreiender Wirkung für die Beigeladene in den Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag einzutreten.

Im Rahmen der Abrechnung der Erschließungskosten zahlten die Kläger an die Beklagte als 4. und 5. Abschlagszahlung insgesamt 7 163 E. Diesen (Teil-)Betrag nebst Zinsen fordern sie mit ihrer Klage zurück. Auf die Schlussrechnung der Beklagten haben sie nicht gezahlt.

Die vor dem Landgericht erhobene Klage wurde von diesem wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten an das Verwaltungsgericht verwiesen. Die Kläger haben zur Begründung ihres Klagebegehrens im Wesentlichen vorgetragen:

Die Beigeladene habe die Erschließung nicht wirksam auf die Beklagte übertragen. Bei dem "Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag" handele es sich der Sache nach um einen zivilrechtlichen Generalunternehmervertrag, mit dem der Beklagten sämtliche Bauarbeiten gegen Kostenerstattung und Vergütung eines Zuschlags übertragen worden seien. Die Beigeladene diene nur dazu, die Kosten gegenüber den Grundstückseigentümern abzurechnen. Selbst wenn man davon ausgehe, dass es sich um einen Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB handele, sei dieser nichtig, weil die Beklagte als von der Beigeladenen beherrschtes Unternehmen nicht "Dritte" i.S.d. § 124 Abs. 1 BauGB sein könne. Wenn eine Gemeinde im Rahmen einer Umlegung gegenüber den Grundstückseigentümern und durch Kaufverträge bei der Veräußerung der eigenen Grundstücke die Voraussetzung für eine vollständige Erstattung der erschließungsbeitragsfähigen Kosten und der nicht beitragsfähigen Erschließungskosten schaffe, liege dann eine Umgehung des Erschließungsbeitragsrechts. Mit § 124 BauGB sei den Gemeinden nicht die Möglichkeit eingeräumt worden, durch Verlagerung der Erschließungsleistungen auf ein Tochterunternehmen den vollen Ersatz der Erschließungskosten und zusätzlich einen Erschließungsträgerzuschlag von vorliegend 5 % der Erschließungskosten zu verlangen.

Aus der Nichtigkeit des erschließungsrechtlichen Teils des Vertrages folge auch die Nichtigkeit der Eintrittsklausel im Grundstückskaufvertrag. Diese Regelung sei ferner als unangemessene Benachteiligung wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam. Die Unangemessenheit ergebe sich aus der vollständigen Übertragung der nicht beitragsfähigen Erschließungskosten. Nicht beitragsfähig seien die teure Herstellung eines Kinderspielfeldes sowie weiterer näher bezeichneter Anlagen, denen keine Erschließungsfunktion für die Baugrundstücke zukomme. Aus denselben Gründen fehle es auch an der Angemessenheit der vertraglich vereinbarten Leistungen gemäß § 124 Abs. 3 BauGB. Beanstandet werde ferner, dass die Eigentümer der bereits bebauten Grundstücke nicht an den Erschließungskosten beteiligt worden seien.

Die Beklagte hat die vertraglichen Regelungen gegenüber sämtlichen Einwänden der Kläger verteidigt und im Wesentlichen ausgeführt: Der Erschließungsvertrag sei wirksam. Auch eine gemeindliche Eigengesellschaft könne als juristische Person des Privatrechts und eigenständiges, vom Anteilseigner zu unterscheidendes Rechtssubjekt ein "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB sein. Die in dem Vertrag getroffenen Regelungen verstießen auch nicht gegen das Angemessenheitsgebot des § 124 Abs. 3 BauGB.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt (vgl. DVBl 2010, 185):

Die Kläger machten einen zivilrechtlichen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 BGB geltend. Da die Leistungen der Kläger, die aufgrund der kaufvertraglichen Eintrittsklausel die Refinanzierung der Erschließungskosten übernommen hätten, auf zivilrechtlicher Basis erfolgt seien, sei auch der geltend gemachte Rückforderungsanspruch dem Zivilrecht zuzuordnen. Ein Rückforderungsanspruch bestehe aber nicht, da die Abschlagszahlungen nicht ohne Rechtsgrund geleistet worden seien. Der Anspruch der Beklagten auf die Abschlagszahlungen setze allerdings voraus, dass die Gemeinde die Erschließung im Wege eines Vertrages nach § 124 Abs. 1 BauGB auf ein Erschließungsunternehmen übertragen habe und dass dieser Erschließungsvertrag wirksam sei. Denn es sei unzulässig, die Abwälzung von Erschließungskosten außerhalb gesetzlich zugelassener Möglichkeiten zu vereinbaren. Der "Städtebauliche- und Erschließungsträgervertrag" sei ein Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB, weil er die für einen Erschließungsvertrag charakteristische Verpflichtung des Erschließungsträgers enthalte, die Erschließungsanlagen nach Maßgabe bestimmter Vorgaben der Gemeinde technisch herzustellen und sie nach Fertigstellung auf diese zu übertragen. Zwar sei die Formulierung in § 4 Abs. 2 des Vertrages, nach der die Gemeinde "im Auftrag und für Rechnung der Umlegungsbeteiligten" handle, missverständlich. Sie müsse aber im Zusammenhang mit den weiteren Vorgaben über die Verteilung der Erschließungskosten gesehen werden, wonach diese letztlich auf die an der Um-

legung beteiligten Grundstückseigentümer abgewälzt werden sollten. Ein zivilrechtlicher Generalunternehmervertrag würde dagegen voraussetzen, dass die Beigeladene der Beklagten ein Entgelt zu zahlen hätte; daran fehle es hier.

Die Beklagte könne Vertragspartner eines Erschließungsvertrages sein. "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB könnten auch rechtlich selbständige juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts sein, an denen die Gemeinde ganz oder mehrheitlich beteiligt sei. Zwar sei der Gesetzgeber ursprünglich wohl davon ausgegangen, dass der Dritte ein Privatunternehmen sei, das weder rechtlich noch organisatorisch irgendetwas mit der Gemeinde zu tun habe. Wortlaut und Zielsetzung der gesetzlichen Regelungen über den Erschließungsvertrag sprächen aber für eine Einbeziehung auch einer gemeindlichen Eigengesellschaft. Als "Dritter" lasse sich jedes von der Gemeinde verschiedene Rechtssubjekt ansehen. Der Zweck, die Gemeinden von der Vorfinanzierungslast für die Erschließung zu befreien, könne in gleicher Weise von einer kommunalen Eigen- oder Mehrheitsgesellschaft erfüllt werden.

Die Regelung in § 5 Abs. 2 des Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrages, wonach sich die Beigeladene vorbehalten habe, einzelne Arbeiten selbst durchzuführen und die Kosten dem Erschließungsträger in Rechnung zu stellen, führe nicht zu einer Umgehung der Vorgaben des Erschließungsbeitragsrechts. Für die Annahme eines Erschließungsvertrages sei nicht erforderlich, dass der Erschließungsunternehmer die Durchführung der Erschließungsarbeiten selbst übernehme. Er könne sich zur Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben Dritter bedienen. Dritter in diesem Sinne könne aber auch die Gemeinde selbst sein. Selbst wenn § 5 Abs. 2 des Vertrages unwirksam sein sollte, führe dies wegen der salvatorischen Klausel des § 16 nicht zur Gesamtnichtigkeit.

Ohne Erfolg bleibe weiter die mit Blick auf die Höhe der auf die Grundstückseigentümer insgesamt abgewälzten Kosten bzw. hinsichtlich verschiedener öffentlicher Anlagen und Einrichtungen erhobene Rüge der Kläger, das Angemessenheitserfordernis des § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB sei nicht gewahrt. Auch der Umstand, dass die Kosten der Erschließung des Baugebiets ausschließlich auf die Eigentümer der Bauplatzgrundstücke verteilt worden seien, begegne keinen rechtlichen Bedenken.

Mit ihrer Revision wiederholen und vertiefen die Kläger ihr Begehren. Sie beantragen,

das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 23. Oktober 2009 und das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 8. November 2007 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 7 163 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat sich nicht geäußert. Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht beteiligt sich am Verfahren. Er ist der Auffassung, dass auch kommunale Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften Vertragspartner eines Erschließungsvertrages sein könnten.

Entscheidung:

Die Revision ist im Wesentlichen begründet.

Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Zwar hat der Verwaltungsgerichtshof die vertraglichen Beziehungen der Beteiligten im Ausgangspunkt zutreffend beurteilt (1.). Er hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass der "Städtebauliche- und Erschließungsträgervertrag" zwischen der Beklagten und der Beigeladenen vom 3. März 1997 (nachfolgend: Erschließungsvertrag) wirksam sei. Der genannte Vertrag ist vielmehr wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 1 BauGB nichtig, weil die Beklagte als eine von der Beigeladenen beherrschte sog. kommunale Eigengesellschaft kein "Dritter" im Sinne dieser Vorschrift ist, auf den die Gemeinde die Erschließung übertragen kann (2.). Darüber hinaus ist der streitgegenständliche Erschließungsvertrag auch deswegen nichtig, weil er wegen der darin zugunsten der Beigeladenen vorbehaltenen umfangreichen Befugnisse zur Selbstvornahme keine "Übertragung" der Erschließung i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB darstellt (3.). Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen insgesamt als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Vielmehr hätte der Verwaltungsgerichtshof dem Zahlungsbegehren der Kläger entsprechen müssen, abgesehen von einer geringen Zuvielforderung bei der Höhe des geltend gemachten Zinssatzes auf den zu erstattenden Betrag (4.).

1. Im Ausgangspunkt ist die Beurteilung des Klageanspruchs durch den Verwaltungsgerichtshof revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Der Verwaltungsgerichtshof hat zutreffend angenommen, dass es sich bei dem von den Klägern geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der zwei Abschlagszahlungen, die sie an die Beklagte geleistet haben, um einen zivilrechtlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 BGB handelt. Zwar ist anerkannt, dass die sich aus einem Erschließungsvertrag ergebenden Rechtsbeziehungen entsprechend dessen Regelungsgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur sind (Urteil vom 23. April 1969 - BVerwG 4 C 69.67 - BVerwGE 32, 37 = Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 3 S. 2; Beschluss vom 16. November 2007 - BVerwG 9 B 36.07 - Buchholz 316 § 62 VwVfG Nr. 17 Rn. 3; BGH, Beschluss vom 6. Juli 2000 - V ZB 50/99 - ZfBR 2001, 125). Im Streitfall geht es jedoch nicht um einen Leistungs- oder Erstattungsanspruch aus dem Erschließungsvertrag vom 3. März 1997. Gegenstand dieses Vertrages ist die Rechtsbeziehung der Beigeladenen als Trägerin der Erschließungslast i.S.v. § 123 Abs. 1 BauGB und der Beklagten, der sie die Erschließung übertragen hat. Hiervon zu unterscheiden ist die Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und den Grundstückseigentümern betreffend die Kostenerstattung für Erschließungsmaßnahmen, die die Beklagte durchgeführt hat. Der hier streitgegenständliche Klageanspruch kann sich nur aus der Rückabwicklung der zuletzt genannten Rechtsbeziehung ergeben, in die die Kläger im Kaufvertrag vom 28. Juli 1999 mit der Beigeladenen als bisheriger Grundstückseigentümerin eingetreten sind. Die aus dieser Rechtsbeziehung folgenden Leistungs- und Erstattungsansprüche sind zivilrechtlicher Natur (unzutreffend daher die im Verweisungsbeschluss des Landgerichts angeführte Entscheidung des OLG Rostock, Beschluss vom 8. September 2005 - 7 U 2/05 - NJW 2006, 2563; der weiter angeführte Fall des BayObLG, Urteil vom 25. Mai 2004 - 1 Z RR 5/03 - NVwZ-RR 2005, 135 betrifft das Rechtsverhältnis Gemeinde – Erschließungsträger). Aufgrund der bindenden Verweisung des Rechtsstreits durch das Landgericht war die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges in der Rechtsmittelinstanz indes nicht mehr zu überprüfen (§ 17a Abs. 5 GVG).

b) Der Verwaltungsgerichtshof hat weiter zutreffend erkannt, dass der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch der Kläger gegenüber der Beklagten (auch) davon abhängt, ob der zwischen der Beklagten und der Beigeladenen geschlossene Erschließungsvertrag vom 3. März 1997 rechtswirksam ist. Er ist zu Recht davon ausgegangen, dass die vertraglichen Beziehungen in dem "Dreiecksverhältnis" zwischen den Klägern, der Beklagten und der Beigeladenen in besonderer Weise aufeinander ausgerichtet sind mit der Folge, dass eine Nichtigkeit des Erschließungsvertrages nicht allein den vertraglichen Rechtsgrund für die Leistungen im Verhältnis Beigeladene - Beklagte, sondern auch den im Verhältnis Beigeladene - Kläger entfallen lässt. Dies war im Streitfall aus einem doppelten Grunde der Fall:

aa) Erschließt ein privater Erschließungsträger Grundstücke, die im Eigentum Dritter stehen, entsteht - wie bereits erwähnt - ein Dreiecksverhältnis: Die Gemeinde überträgt die Durchführung und finanzielle Abwicklung der Erschließung gemäß § 124 Abs. 1 BauGB auf den Erschließungsträger. Dieser refinanziert sich privatrechtlich bei den Grundstückseigentümern, indem diese sich verpflichten, dem Erschließungsträger die ihm aus der Erfüllung des mit der Gemeinde geschlossenen Erschließungsvertrages entstehenden Kosten zu ersetzen. Es trifft daher - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht zu, dass Erschließungsträger und Grundstückseigentümer einen vom Erschließungsvertrag völlig unabhängigen Vertrag schließen. Dies zeigt sich schon daran, dass aus der Kostenerstattungsvereinbarung - im Streitfall wie in aller Regel - keine eigenen Leistungsansprüche der Grundstückseigentümer gegen den Erschließungsträger auf Herstellung der Erschließungsanlage folgen. Letztere werden vielmehr für die Gemeinde hergestellt, von ihr abgenommen und ihr übertragen; auch Sachmängelgewährleistungsansprüche stehen allein ihr zu. Die Grundstückseigentümer verpflichten sich lediglich, den Erschließungsträger - um des Vorteils der Befreiung von Erschließungsbeiträgen willen - zu refinanzieren (vgl. Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2010, § 124 Rn. 127 f.). Insoweit besteht eine "Akzessorietät" zwischen Erschließungsvertrag und Kostenvereinbarung.

bb) Unabhängig davon folgt jedenfalls aus der vorliegenden Vertragskonstruktion, dass im Streitfall die Wirksamkeit des Erschließungsvertrages vom 3. März 1997 Voraussetzung für die zwischen der Beklagten und den Klägern vereinbarte Kostenerstattung ist: Bereits in § 6 Abs. 1 und 2 des Erschließungsvertrages wurde festgelegt, dass die Erschließungskosten auf die Bauplatzgrundstücke aufzuteilen sind. In § 12 Abs. 2 der "Allgemeinen Bestimmungen für die Baulandumlegung" hat die Beigeladene für ihre Grundstücke eine entsprechende zivilrechtliche Verpflichtung übernommen. Gemäß Ziff. 11.2 des notariellen Vertrages vom 28. Juli 1999 sind die Kläger mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber der Beigeladenen in diese Verpflichtung "eingetreten". Entgegen dem missverständlichen Wortlaut dieser Vertragsklausel handelt es sich dabei nicht um eine Vertragsübernahme. Letzteres, also eine rechtsgeschäftliche Übernahme aller Rechte und Pflichten der Beigeladenen aus diesem Vertrag durch die Kläger, kann im Streitfall weder gewollt sein noch wäre sie rechtlich möglich. Denn wesentliches Element eines Erschließungsvertrages i.S.v. § 124 BauGB ist die Übertragung der technischen Durchführung und kostenmäßigen Abwicklung der Erschließung. Eine solche Übertragung kann nur die Gemeinde vornehmen, die gemäß § 123 Abs. 1 BauGB die Erschließungslast trifft. Im Übrigen hat die Beigeladene entsprechende Grundstückskaufverträge mit einer Vielzahl von Käufern abgeschlossen, so dass unklar bliebe, in welcher Form diese Personenmehrzahl in den Erschließungsvertrag eintreten sollte. Nach den Gesamtumständen gewollt war vielmehr, dass die Kläger mit befreiender Wirkung insoweit an die Stelle der Beigeladenen treten sollten, als diese die Übernahme der Kosten für das jeweils verkaufte Grundstück schuldeten. Dies stellt eine Schuldübernahme gemäß § 415 BGB dar, die von der Beklagten als Gläubigerin spätestens mit der Aufforderung zur Zahlung eines Abschlags konkludent genehmigt worden ist.

Die Übernahme der Verpflichtung zur Kostenerstattung zunächst durch die Beigeladene in § 12 Abs. 2 der "Allgemeinen Bestimmungen für die Baulandumlegung" und dann durch die Kläger in Ziff. 11.2 des notariellen Vertrages vom 28. Juli 1999 setzt aber nach dem durch die ausdrückliche Bezugnahme auf den Erschließungsvertrag zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien die Wirksamkeit jenes Erschließungsvertrages voraus.

c) Ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat der Verwaltungsgerichtshof angenommen, dass es sich bei dem "Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag" vom 3. März 1997 in dem hier interessierenden Teil II - entgegen der Ansicht der Kläger - nicht um einen atypischen Generalunternehmer- bzw. Werkvertrag, sondern um einen Erschließungsvertrag i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB handelt. Er hat sich hierfür auf die Überschrift von Teil II sowie auf § 4 Abs. 2 des Vertrages berufen, wonach die Beigeladene der Beklagten die Erschließung des Wohngebiets übertrage. Die missverständliche Formulierung, dies geschehe "im Auftrag und für Rechnung der Umlegungseteiligten", habe nur klarstellen

sollen, dass die Kosten nicht bei der Beklagten als Erschließungsträgerin verbleiben, sondern letztlich auf die Grundstückseigentümer abgewälzt werden sollten.

Unabhängig von der Bindung des Revisionsgerichts (§ 137 Abs. 2 VwGO) an diese tatrichterliche Feststellung zur Frage, was von den Beteiligten vertraglich gewollt war, ist die Würdigung des in Rede stehenden Vertrages durch den Verwaltungsgerichtshof auch in der Sache bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

Wesentlicher Regelungsgegenstand eines Erschließungsvertrages ist die Herstellung der Erschließungsanlagen im Namen und auf Kosten des Erschließungsträgers. Dies hat zur Folge, dass bei der Gemeinde kein beitragsfähiger Aufwand i.S.v. § 127 Abs. 1 BauGB verbleibt, soweit sie die Durchführung der Erschließung übertragen hat (vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 6 Rn. 7 ff.; Quaas, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 124 Rn. 3). Genau dies regelt der Vertrag vom 3. März 1997: Nach dessen § 5 stellt die Beklagte als Erschließungsträgerin im Einzelnen aufgeführte öffentliche Anlagen und Einrichtungen her, nach § 7 Abs. 1 fallen die Kosten der Erschließung bei ihr an und nach § 6 Abs. 4 verzichtet die Beigeladene auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen.

Die von den Klägern erhobenen Einwände verfangen nicht. Entgegen ihrer Ansicht muss der Erschließungsträger nicht selbst Grundstückseigentümer sein. Eine Übertragung der Erschließung durch die Gemeinde an einen Erschließungsträger kommt auch dann in Betracht, wenn die Grundstückseigentümer diesem die für die Organisation und Durchführung der Erschließung notwendigen Rechte an ihren Grundstücken einräumen und mit ihm Kostenerstattungsverträge schließen (vgl. Grziwotz, a.a.O. § 124 Rn. 110; Ruff, KStZ 2002, 21; Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2007, 316). Der letztgenannte Fall lag auch hier vor - mit der Besonderheit, dass die Beigeladene selbst Grundstückseigentümerin im Erschließungsgebiet war. Demgegenüber fehlt es bei der Vertragskonstruktion des Streitfalls an den Grundelementen eines Werkvertrags. Bei einem solchen bleibt die Gemeinde Erschließungsträgerin und beauftragt Unternehmer nach §§ 631 ff. BGB mit einzelnen Erschließungsmaßnahmen. Ähnliches gilt für den Sonderfall des Generalunternehmervertrags, in dem ein Generalunternehmer damit beauftragt wird, die Erschließung für die Gemeinde zu planen, durchzuführen und dazu ggfs. Subunternehmer zu beauftragen. Immer stellt der Werkunternehmer aber seine Kosten der Gemeinde in Rechnung, der dadurch ein beitragsfähiger Aufwand i.S.d. § 127 BauGB entsteht (vgl. Driehaus, a.a.O. § 6 Rn. 7 f.). Das ist vorliegend gerade nicht der Fall.

d) In Einklang mit Bundesrecht steht schließlich, dass der Verwaltungsgerichtshof seiner rechtlichen Beurteilung, ohne dies zu problematisieren, nicht die Regelung über den städtebaulichen Vertrag in § 11 BauGB zugrunde gelegt hat, die keine Einschränkung auf "Dritte" als Vertragspartner der Gemeinde enthält. § 124 BauGB ist gegenüber § 11 BauGB die speziellere Norm. Nicht zu folgen vermag der Senat der im Schrifttum vertretenen Ansicht, wonach § 11 BauGB, namentlich die Regelung über den Folgekostenvertrag (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB), grundsätzlich gleichberechtigt neben den Vorschriften über den Erschließungsvertrag stehe (vgl. Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2010, § 11 Rn. 160; Löhr, in: Battis/Krautzberger/ Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 11 Rn. 20; einschränkend ders. a.a.O., § 124 Rn. 1, wonach § 124 vorrangig sei, wenn die Erschließung "alleiniger oder prägender Bestandteil" des Vertrages sei; vgl. weiter die Nachweise bei Fischer, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Bd. 1, Stand: Mai 2010, Kap. F, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, Rn. 33).

Die Bestimmung über städtebauliche Verträge in § 11 BauGB hat - in der Nachfolge von § 124 Abs. 2 BauGB 1987 und § 6 des BauGB-Maßnahmengesetzes - ihre derzeit gültige Fassung durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 vom 18. August 1997 (BGBl I S. 2081) erhalten. Sie enthält eine nicht abschließende ("insbesondere") Regelung über die Zulässigkeit und den Gegenstand städtebaulicher

Verträge, darunter den Folgekostenvertrag. Dieser wird in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB beschrieben als ein Vertrag über "die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind; dazu gehört auch die Bereitstellung von Grundstücken". Hiernach ist der Erschließungsvertrag i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB eine besondere Form des städtebaulichen Vertrages, und zwar auch gegenüber dem Folgekostenvertrag (vgl. Driehaus, a.a.O. § 6 Rn. 2 f. und 9). Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 sollte mit § 11 BauGB die Vorgängerregelung des § 6 des BauGB-Maßnahmengesetzes lediglich redaktionell verkürzt, inhaltlich aber weitgehend unverändert übernommen werden (vgl. BT-Drs. 13/6392 S. 50 I. Sp.); namentlich mit der Regelung des Folgekostenvertrages sollte lediglich eine von der Rechtsprechung seit langen Jahren gebilligte Vertragspraxis aufgegriffen werden (a.a.O. r.Sp.). Das Erschließungsbeitragsrecht und insbesondere das Verhältnis des städtebaulichen Vertrages zu § 124 BauGB wird dagegen in den Gesetzesmaterialien mit keinem Wort erwähnt. Hätte der Gesetzgeber das System des Erschließungsrechts durch § 11 BauGB aufweiten wollen, hätte es nahe gelegen, § 124 BauGB bei Erlass des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 zu streichen oder in § 11 BauGB aufzunehmen. Da der Gesetzgeber dies nicht getan und auch im Übrigen sich nicht zum Verhältnis des § 11 zu § 124 BauGB geäußert hat, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass er den Gemeinden durch § 11 BauGB – neben dem Beitragsrecht (§§ 127 ff. BauGB) und dem Erschließungsvertrag (§ 124 Abs. 1 BauGB) – einen dritten Weg zur Finanzierung von Erschließungsmaßnahmen eröffnen wollte. Hiernach bleibt es dabei, dass § 124 BauGB mit seinen tatbestandlichen Voraussetzungen, insbesondere mit dem Begriff des "Dritten", im Verhältnis zu § 11 BauGB die speziellere Vorschrift ist (so zutreffend Driehaus, a.a.O. § 6 Rn. 2; Quaas, a.a.O. § 11 Rn. 26).

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat weiter entscheidungstragend angenommen, dass der von den Klägern geltend gemachte Rückzahlungsanspruch unbegründet sei, weil der Erschließungsvertrag vom 3. März 1997 wirksam sei. Insbesondere sei es der Beigeladenen nicht verwehrt gewesen, die Erschließung des Baugebiets auf die Beklagte als eigene (im hundertprozentigen Anteilsbesitz der Beigeladenen stehende) Tochtergesellschaft zu übertragen. Auch sie sei "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB. Diese Auffassung ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

Die damit aufgeworfene Frage ist allerdings umstritten. Der Verwaltungsgerichtshof folgt mit dem angefochtenen Urteil einer im Schrifttum vertretenen Ansicht, die für eine weite Auslegung der Vorschrift eintritt, derzufolge auch eine (ganz oder mehrheitlich) von der Gemeinde beherrschte sog. Kommunale Eigengesellschaft "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB und damit Vertragspartner eines Erschließungsvertrages sein könne (vgl. insbesondere Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 2010, § 124 Rn. 94; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 124 Rn. 1; Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 6. Aufl. 2010, § 124 Rn. 9; Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 2009, § 124 Rn. 12; Reif, BWGZ 1994, 200; Ruft KStZ 2002, 21; Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2007, 316; Oertel, Der Erschließungsvertrag mit der kommunalen Eigengesellschaft, 2009, S. 169 ff.; Walter, Der Erschließungsvertrag im System des Erschließungsrechts, 2010, S. 142 ff.). Die Gegenansicht ist der Auffassung, die Vorschrift sei nach ihrem Sinn und Zweck eng auszulegen mit der Folge, dass eine kommunale Eigengesellschaft nicht "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB sein könne (so Driehaus, a.a.O. § 6 Rn. 14; ders., in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand: November 2009, § 124 Rn. 8 ff.; ders., BauR 1999, 862; Birk, BauR 1999, 205; Quaas, BauR 1999, 1113; Weber, VBIBW 2001, 95; Vogel, in: Brügelmann, BauGB, Stand 1998, § 124 Rn. 19).

Der Senat ist der Überzeugung, dass die letztgenannte Ansicht, also eine enge Auslegung, dem Gesetz entspricht. Dies beruht auf folgenden Überlegungen:

Aus dem Wortlaut des Gesetzes, der sowohl ein "formal-juristisches" als auch ein materielles Begriffsverständnis ermöglicht, lässt sich für keine der beiden Ansichten Entscheidendes herleiten. Vielmehr

ist der Begriff des "Dritten" nur vor dem Hintergrund der Gesetzeshistorie und der mit ihr einhergehenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sachgerecht zu erfassen:

a) Die Ermächtigung der Gemeinde, die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten zu übertragen, fand sich bereits in § 123 Abs. 3 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 (BGBl I S. 341). Sie wurde durch das am 1. Juli 1987 in Kraft getretene Baugesetzbuch in § 124 Abs. 1 BauGB unverändert mit dem bis heute gültigen Wortlaut übernommen und ergänzt durch einen Absatz 2, wonach die Zulässigkeit anderer Verträge, insbesondere zur Durchführung städtebaulicher Planungen und Maßnahmen, unberührt bleibe. Das Bundesverwaltungsgericht urteilte hierzu, dass die Gemeinde auch bei Abschluss eines Erschließungsvertrages grundsätzlich mindestens 10 Prozent des Erschließungsaufwandes übernehmen müsse; die Regelung des § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG gehöre zu den wesentlichen Regelungen des Erschließungsbeitragsrechts, die auch im Rahmen einer vertraglichen Regelung beachtet werden müssten (Urteil vom 23. April 1969 - BVerwG 4 C 69.67 - BVerwGE 32, 37). Die Gemeinde dürfe nur diejenigen Kosten durch Erschließungsvertrag abwälzen, die sie andernfalls abgabenrechtlich liquidieren dürfe. Eine Vertragsgestaltung, die gegen diese Schutzfunktion des Abgabenrechts verstoße, führe zur (teilweisen) Nichtigkeit des Erschließungsvertrages (Urteil vom 23. August 1991 - BVerwG 8 C 61.90 - BVerwGE 89, 7). Dies entsprach auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 5. Mai 1983 - III ZR 177/81 - LM § 123 BBauG Nr. 5 Bl. 1183).

b) In ausdrücklicher Reaktion auf diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts änderte der Gesetzgeber § 124 BauGB mit dem Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland (Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz) vom 22. April 1993 (BGBl I S. 466) und gab der Vorschrift ihre bis heute gültige Fassung. In der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 12/3944 S. 1 ff.) wurde darauf verwiesen, dass in den alten und neuen Bundesländern ein erheblicher Mangel an ausgewiesenem und verfügbarem Wohnbauland bestehe. Durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei der Anwendungsbereich des Erschließungsvertrages inhaltlich eingeengt worden. Infolgedessen sei zu befürchten, dass die Erschließungstätigkeit in den Gemeinden spürbar zurückgehen werde, weil sie wegen der häufig angespannten Haushaltslage vom Abschluss eines Erschließungsvertrages und der damit verbundenen finanziellen Belastung absehen würden. "Um vertraglichen Regelungen zwischen Gemeinde und Investoren im Städtebaurecht mehr Raum zu eröffnen, zugleich aber die rechtlichen Grenzen solcher Verträge festzulegen" (BT-Drs. 12/3944 S. 24 I.Sp.), führte der Gesetzgeber deshalb u.a. in § 124 Abs. 2 BauGB eine Freistellung von Vorgaben des Erschließungsbeitragsrechts ein. Der Erschließungsvertrag sollte dadurch so ausgeformt werden, "dass er wie bisher angewandt werden" könne und durch den Wegfall der zwingenden Eigenbeteiligung von 10 v.H. zugleich zur Kostenentlastung der Gemeinden beitrage (BT-Drs. a.a.O. S. 24 r. Sp.). Dies sei gerechtfertigt, weil die Gemeinde ohnehin keinen Einfluss darauf habe, ob der Erschließungsunternehmer Ersparnisse auf der Kostenseite an den Grundstückskäufer weitergebe (BT-Drs. a.a.O. S. 29 r.Sp.). Zu der erweiterten Möglichkeit der Kostenabwälzung gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 und 2 BauGB heißt es, der Erschließungsunternehmer solle frei entscheiden können, ob er auch diejenigen Kosten übernimmt, die bei einer Erschließung in gemeindlicher Eigenregie auf die Gemeinde selbst entfallen würden. Der Erschließungsunternehmer werde zur vollständigen Kostenübernahme nur dann bereit sein, wenn er sich davon einen "Gewinn" verspreche, er also die ihm gehörenden Grundstücke selbst baulich oder gewerblich frühzeitiger als sonst nutzen könne, oder wenn er durch Veräußerung der erschlossenen Grundstücke die ihm entstandenen Erschließungskosten aufgrund der Marktlage auf die Käufer abwälzen könne. Die Käufer handelten ebenfalls aus freiem Entschluss; sie würden einkalkulieren, dass der Kaufpreis einschließlich der Erschließungskosten für sie tragbar bleibe. Für sie sei entscheidend, dass eine Erschließung im Vertragswege zumeist zu einer früheren Bebaubarkeit der Grundstücke führe als bei einer Erschließung durch die Gemeinde, woraus sich nicht selten Einsparungen hinsichtlich der Baukosten und Zwischenfinanzierungskosten ergäben (BT-Drs. a.a.O. S. 29 r.Sp.).

c) Hiernach verhalten sich die vorstehend wiedergegebenen Gesetzesmaterialien zwar nicht ausdrücklich zur Frage, ob auch eine gemeindliche Eigengesellschaft "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB sein kann. Jedoch ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass die gesetzliche Neuregelung sich ausdrücklich als Korrektur der im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 1991 gezogenen inhaltlichen Grenzen des Erschließungsvertrages verstand, damit dieser "wie bisher" (d.h. ohne solche Begrenzungen) "angewandt werden" könne. Sollte hiernach ein "status quo ante" wiederhergestellt und der Anwendungsbereich des Erschließungsvertrages durch die genannten als maßvoll angesehenen Entgrenzungen erweitert werden, spricht dies gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe bei unverändertem Wortlaut des § 124 Abs. 1 BauGB auch eine weite Auslegung des Begriffs "Dritter" in seinen Willen aufgenommen. Vielmehr wird aus der Gesetzesbegründung deutlich, dass der Gesetzgeber als Partner eines Erschließungsvertrages einen privaten Erschließungsunternehmer als "Investor" vor Augen hatte (BT-Drs. a.a.O. S. 24 l.Sp.), der seine Entscheidungen unabhängig von der Gemeinde trifft und sich dabei vor allem von kaufmännischen Überlegungen und den Möglichkeiten des "Marktes" leiten lässt (BT-Drs. a.a.O. S. 29 r.Sp.). Es liegt fern, darunter auch eine gemeindliche Eigengesellschaft zu verstehen, hinter der die Gemeinde selbst steht, um deren Entlastung von finanziellen Belastungen wegen ihrer angespannten Haushaltslage es nach der Gesetzesbegründung gerade geht (BT-Drs. a.a.O. S. 29 l.Sp.). Eine solche Eigengesellschaft wäre wegen des Einflusses der sie beherrschenden Gemeinde in ihren kaufmännischen Überlegungen nicht vergleichbar frei wie der Erschließungsunternehmer. Sie wird in der Regel sämtliche Kosten übernehmen, um sie möglichst umfänglich auf die Grundstückskäufer/-eigentümer abwälzen zu können. Denn sie wird regelmäßig zu dem Zweck gegründet, die Gemeinde von den finanziellen Lasten der Erschließung (und deren verwaltungsmäßiger Abwicklung) so weit wie möglich zu befreien. Wäre es der Gemeinde erlaubt, "im Mantel" ihrer als "Dritter" auftretenden Eigengesellschaft die Erschließung durchzuführen und die Erschließungskosten vertraglich ohne die Begrenzungen des Beitragsrechts auf die Grundstückskäufer abzuwälzen, wäre praktisch kein Fall mehr denkbar, in dem es nicht im Interesse der Gemeinde läge, die Erschließung auf ihre Eigengesellschaft zu übertragen.

d) Gegen die Annahme, dass eine kommunale Eigengesellschaft "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB sein kann, sprechen ferner Gründe der Systematik sowie Sinn und Zweck des Gesetzes. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs reicht es insoweit nicht aus, dass die hier in Rede stehende Regelung auch dem Zweck dient, die Gemeinden von der Vorfinanzierungslast für die Erschließung zu befreien, und dieser Zweck von einer kommunalen Eigen- oder Mehrheitsgesellschaft in gleicher Weise erfüllt werden kann wie von einem privaten Dritten. Entscheidend ist, ob andere Gründe dem entgegenstehen. Dies ist hier der Fall. Die vom Verwaltungsgerichtshof befürwortete weite Auslegung des Begriffs "Dritter" in § 124 Abs. 1 BauGB fügt sich weder in den näheren noch in den weiteren Rahmen des Gesetzes, sondern sprengt dessen Systematik. Zugleich verfehlt sie Sinn und Zweck des Gesetzes, weil sie die Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts ohne hinreichende Rechtfertigung der ihnen vom Gesetz zugedachten Schutzfunktion beraubt.

Ein erster Auslegungskonflikt ergibt sich schon innerhalb von § 124 BauGB selbst, nämlich zwischen Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2. Die zuletzt genannte Vorschrift bestimmt, dass die Gemeinde verpflichtet ist, die Erschließung selbst durchzuführen, wenn sie einen Bebauungsplan i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB erlassen hat und das zumutbare Angebot eines Dritten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung selbst vorzunehmen. Dass eine Gemeinde ein Erschließungsangebot, zumal ein zumutbares, ihrer eigenen Tochtergesellschaft, die von ihr (ganz oder mehrheitlich) beherrscht wird, ablehnt, ist tatsächlich nicht vorstellbar.

Die Ansicht, auch eine gemeindliche Eigengesellschaft könne "Dritter" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB sein, würde vor allem zu einem im Rahmen des geltenden Rechts nicht auflösbaren Konflikt mit den Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts führen, denen nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine Schutzfunktion zukommt. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Die §§ 127 ff. BauGB werden geprägt durch das verfassungsrechtlich begründete Vorteilsprinzip (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 20. Mai 1959 - 1 BvL 1, 7/58 - BVerfGE 9, 291 und vom 26. Mai 1976 - 2 BvR 995/75 - BVerfGE 42, 223). Dieses schützt die Grundstückseigentümer davor, über den ihnen durch die Erschließung zufließenden Sondervorteil (Erschließungsvorteil) hinaus, mit Kosten belastet zu werden, die für Vorteile der Allgemeinheit entstehen. Zum Ausdruck kommt die darin liegende Schutzfunktion des Erschließungsbeitragsrechts in der Beschränkung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands auf die in § 127 Abs. 2 BauGB abschließend aufgeführten Erschließungsanlagen und die in § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB normierte Verpflichtung der Gemeinden, mindestens 10 v. H. dieses Erschließungsaufwands selbst zu tragen. Nach der sich aus der dargelegten Entstehungsgeschichte des § 124 Abs. 2 BauGB ergebenden Wertung des Gesetzgebers ist dieser Schutz der Grundstückseigentümer dann entbehrlich, wenn ein Investor durch Vertrag mit der Gemeinde die Erschließung übernimmt. Der Verzicht auf den Schutz des beitragsrechtlichen Vorteilsprinzips in derartigen Fällen ist dadurch zu rechtfertigen, dass die Bereitschaft eines Investors zur vertraglichen Übernahme der Erschließung regelmäßig nur dann bestehen wird, wenn die Nachfrage nach Baugrundstücken in der Gemeinde so hoch ist, dass die Erschließung eine über den beitragsrechtlichen Erschließungsvorteil hinausgehende allgemeine Wertsteigerung der Grundstücke im Erschließungsgebiet erwarten lässt, die der Investor als Gewinn seines Einsatzes ganz oder teilweise abschöpfen kann. Fehlt es an einer solchen Bereitschaft eines privaten Investors, ist dies ein Indiz dafür, dass eine entsprechende Marktlage nicht besteht. Dann ist es aber auch nicht gerechtfertigt, die Grundstückseigentümer über den beitragsrechtlichen Erschließungsvorteil hinaus mit Erschließungskosten zu belasten, die ihnen keinen Sondervorteil vermitteln, sondern der Allgemeinheit zugute kommen. Die vertragliche Übernahme der Erschließung durch eine gemeindliche Eigengesellschaft ist kein Indiz für eine hohe Nachfrage nach Baugrundstücken, sondern ein Instrument gemeindlicher Siedlungspolitik, die grundsätzlich von der Allgemeinheit zu finanzieren ist. Die Einschaltung einer solchen Eigengesellschaft liefe praktisch und wirtschaftlich darauf hinaus, dass die Gemeinde "im Mantel eines Privaten" vertraglich Kosten auf die Eigentümer bzw. Käufer abwälzen könnte, ohne den Begrenzungen des Beitragsrechts zu unterliegen und ohne den (Markt-)Voraussetzungen unterworfen zu sein, die nach der Wertung des Gesetzgebers im Falle eines privaten Erschließungsträgers den Verzicht auf jene Begrenzungen rechtfertigen.

3. Der streitgegenständliche Erschließungsvertrag ist - unabhängig von den vorstehenden Ausführungen zum Begriff des "Dritten" - auch deswegen nichtig, weil darin zugunsten der Beigeladenen in großem Umfang Befugnisse zur Selbstvornahme vorbehalten werden mit der Folge, dass tatsächlich keine "Übertragung" der Erschließung i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich - auf entsprechenden Einwand der Kläger - insoweit lediglich mit § 5 Abs. 2 des Erschließungsvertrages befasst, wonach die Beigeladene sich vorbehält, einzelne Arbeiten selbst durchzuführen und die Kosten in Rechnung zu stellen. Er hat hierzu ausgeführt, für die Annahme eines Erschließungsvertrages sei nicht erforderlich, dass der Erschließungsunternehmer die Durchführung der Erschließungsarbeiten selbst übernehme; er könne sich zur Erledigung der ihm übertragenen Aufgabe seinerseits Dritter - auch der Gemeinde selbst - bedienen. Selbst wenn die Vertragsklausel des § 5 Abs. 2 unwirksam sein sollte, scheide angesichts ihrer untergeordneten Bedeutung und mit Blick auf die salvatorische Klausel des Erschließungsvertrages (§ 16) eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages aus. Diese Ausführungen sind für sich genommen bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit der Verwaltungsgerichtshof sich im weiteren Gang seiner Entscheidungsgründe anderen Prüfungspunkten zuwendet, bringt er aber - ohne das Tatbestandsmerkmal der "Übertragung" i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB ausdrücklich zu thematisieren - damit inzident zum Ausdruck, dass auch die übrigen Bestimmungen des Vertrages und dieser in seiner Gesamtheit den rechtlichen Anforderungen genüge. Diese Annahme verletzt ebenfalls Bundesrecht. Denn der streitgegenständliche Erschließungsvertrag stellt keine "Übertragung" im Sinne des Gesetzes dar.

a) Mit der in § 124 Abs. 1 BauGB eröffneten Möglichkeit, die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten zu übertragen, stellt das Gesetz die Gemeinde vor eine "Regimeentscheidung": Sie muss wählen, ob sie die Erschließung in "Eigenregie" durchführt mit der Folge, dass sie den ihr entstandenen Aufwand (nur) in dem von den §§ 127 ff. BauGB bestimmten Umfang durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen auf die Grundstückseigentümer umlegen kann (und muss), oder ob sie die Erschließung auf einen Dritten überträgt, der sie in "Fremdregie" durchführt und sich wegen der von ihm übernommenen Erschließungskosten - mit der in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB geregelten Befreiung von Begrenzungen des Beitragsrechts - privatrechtlich durch mit den Grundstückseigentümern/-käufern vertraglich vereinbarte Kostenerstattung refinanziert (vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 6 Rn. 10 ff.). Hiernach ist es der Gemeinde verboten, die Erschließung selbst durchzuführen und die entstehenden Kosten sodann auf vertraglicher Grundlage auf die Grundstückseigentümer umzulegen (Urteil vom 22. August 1975 - BVerwG 4 C 7.73 - BVerwGE 49, 125; Ruff, KStZ 2002, 21; Vogel, in: Brügelmann, BauGB, Stand 1998, § 124 Rn. 9). Führt sie die Erschließung in Eigenregie selbst durch, muss sie den Weg des Beitragsrechts gehen; der Weg der vertraglichen Refinanzierung ist nur einem Dritten nach Übertragung der Erschließung auf ihn eröffnet. Es ist der Gemeinde verwehrt, formal eine "Übertragung" zu vereinbaren, die tatsächlich nicht stattfindet, etwa indem alle oder wesentliche Elemente der Aufgabenerledigung sogleich auf die Gemeinde zurückübertragen werden oder die Gemeinde sich vorbehält, diese selbst durchzuführen. Denn damit steht die Gemeinde im Ergebnis so da, als führe sie die Erschließung selbst durch. Eine derartige vertragliche Regelung ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB i.V.m. § 124 Abs. 1 BauGB). So liegt es hier.

b) Im Streitfall hat die Beigeladene sich das Recht vorbehalten, Durchführung und Abwicklung der Erschließungsmaßnahmen weitgehend an sich zu ziehen, oder sie zumindest von ihrer Zustimmung abhängig gemacht. Da dieser Vorbehalt an keinerlei Voraussetzungen geknüpft ist, handelt es sich um ein jederzeit ausübbares unbeschränktes Selbstausführungsrecht, das im Ergebnis der Durchführung in Eigenregie gleich steht. Die insoweit maßgebliche Vorschrift ist dabei nicht die oben erwähnte, vom Verwaltungsgerichtshof allein angesprochene Klausel des § 5 Abs. 2, sondern § 9 des Erschließungsvertrages. Danach hat die Beigeladene nicht nur ein Weisungs- und Aufsichtsrecht gegenüber der Beklagten bei der Herstellung der Erschließungsanlagen (Abs. 1), sondern ausschließlich sie entscheidet über die technische Gestaltung der Erschließungsmaßnahmen und die Materialverwendung (Abs. 2). Vergabe und Ausschreibung der Erschließungsmaßnahmen bedürfen des vorherigen Einvernehmens bzw. der Abstimmung mit der Beigeladenen (Abs. 3), die diese Aufgaben sowie die Planung der gesamten Erschließungsarbeiten gegen Kostenersatz aber auch selbst durchführen kann (Abs. 4). In der Gesamtschau, in die auch die vom Verwaltungsgerichtshof für sich allein für unbedenklich gehaltene Bestimmung des § 5 Abs. 2 des Erschließungsvertrages einzubeziehen ist, hat sich die Beigeladene hinsichtlich Planung, Ausschreibung und Vergabe der Erschließungsmaßnahmen das Recht zur Selbstvornahme vorbehalten und damit den vollen Durchgriff auf alle wesentlichen Aufgaben, deren Durchführung typischerweise dem Erschließungsunternehmer überlassen ist. Der Beklagten bleiben hiernach kaum eigenständige Befugnisse. Insoweit ist kein Unterschied zu dem Fall zu erkennen, dass die Beigeladene die Erschließung in Eigenregie (ggf. durch den eigenen Bauhof, ggf. durch Fremdfirmen) durchführt.

c) Die Nichtigkeit von § 9 und § 5 Abs. 2 führt zur Gesamtnichtigkeit des Erschließungsvertrages. Daran vermag die salvatorische Klausel des § 16 des Erschließungsvertrages nichts zu ändern. Die in den beanstandeten Vertragsbestimmungen zugunsten der Beigeladenen in großem Umfang vorbehaltenen Befugnisse zur abschließenden Entscheidung und Selbstvornahme stellen keine Nebenabrede dar, sondern müssen als wesentliche Vertragsbestimmungen angesehen werden. Beigeladene und Beklagte haben einen Erschließungsvertrag geschlossen, in dem die Beigeladene Herrin der Erschließung ist und sich nicht nur einzelne Kontroll- und Mitwirkungsrechte, sondern ein weit reichendes Selbst-eintritts- und -ausführungsrecht gesichert hat. Wollte man lediglich die zu beanstandenden Vertrags-

klauseln als (teil-)nichtig ansehen, wäre die Beklagte in der technischen Durchführung der Erschließung völlig frei und die Beigeladene auch ihrer Kontrollrechte beraubt. Dafür, dass die Beteiligten einen solchen Erschließungsvertrag hätten schließen wollen, fehlt jeder Anhaltspunkt.

4. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen insgesamt als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Vielmehr hätte der Verwaltungsgerichtshof dem Zahlungsbegehren der Kläger entsprechen müssen (a), abgesehen von einer Zuvielforderung bei der Höhe des geltend gemachten Zinssatzes auf den zu erstattenden Betrag (b).

a) Dem Zahlungsanspruch der Kläger aus § 812 BGB stehen - jenseits der vom Verwaltungsgerichtshof zu Unrecht angenommenen Wirksamkeit des Erschließungsvertrages - keine anderen Rechtshindernisse entgegen mit der Folge, dass die Klage mit ihrem Hauptantrag auf Erstattung zweier Abschlagszahlungen in Höhe von 7 163 Euro begründet ist.

Darf eine Gemeinde die Erschließung nur auf einen von ihr nicht beherrschten "Dritten" übertragen, so war der Beigeladenen die Übertragung der Erschließung des Baugebiets "Mühlacker/St. Peter" an die Beklagte als kommunale Eigengesellschaft verboten. Der Erschließungsvertrag ist daher wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB i.V.m. § 124 Abs. 1 BauGB nichtig. Damit entfällt der vertragliche Rechtsgrund für die Abschlagszahlungen aus § 6 Abs. 1, 2 und 5 des Erschließungsvertrages i.V.m. § 12 Abs. 2 der Allgemeinen Bestimmungen für die Baulandumlegung i.V.m. Ziff. 11.2 des Vertrages der Kläger mit der Beigeladenen vom 28. Juli 1999 und § 415 BGB. Die Kläger haben die Abschlagszahlungen ohne Rechtsgrund geleistet.

Andere nichtvertragliche Rechtsgrundlagen oder rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Einwendungen gegen den Anspruch aus § 812 BGB bestehen nicht.

Für die Beklagte ergibt sich ein Rechtsgrund nicht unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag mit der Folge eines ihr insoweit zustehenden Anspruchs auf Aufwendungsersatz (§§ 677, 683 Satz 1, § 670 BGB). Bestehen gesetzliche Sonderregelungen für das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, schließen diese die Anwendung der §§ 677 ff. BGB aus (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl. 2010, Einf. vor § 677 Rn. 8/9 und 13). Hier bestimmt § 123 Abs. 1 BauGB, dass die Erschließung Aufgabe der Gemeinde ist. Die Beklagte hat angesichts des nichtigen Erschließungsvertrages somit zwar ein objektiv fremdes Geschäft geführt, aber kein Geschäft der Kläger, sondern der Beigeladenen. Ihre Aufwendungen muss sich die Beklagte daher im Rechtsverhältnis mit der Beigeladenen erstatten lassen (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1973 - VII ZR 246/72 - BGHZ 61, 359); der Beigeladenen entsteht dadurch ein beitragsfähiger Aufwand, den sie im Rahmen der erschließungsbeitragsrechtlichen Bestimmungen auf die Kläger umlegen kann.

Der Klageforderung steht nicht § 814 BGB entgegen, wonach die Rückforderung des zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleisteten ausgeschlossen ist, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. § 814 BGB verlangt die positive Kenntnis von der Nichtschuld. Dieser Kondiktionsausschluss greift erst ein, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht zur Leistung verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (stRspr, vgl. BGH, Urteile vom 28. November 1990 - XII ZR 130/89 - BGHZ 113, 62 und vom 7. Mai 1997 - IV ZR 35/96 - NJW 1997, 2381). Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages wussten, dass der Erschließungsvertrag nichtig war.

Die Beklagte ist nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB i.V.m. den Grundsätzen der sog. Saldotheorie enteignet. Eine Saldierung der von den Klägern geleisteten Abschlagszahlungen mit der von der Beklagten erbrachten Gegenleistung, nämlich dem anteiligen (auf das Grundstück der Kläger ent-

fallenden) Wert der Erschließungsanlagen, findet nicht statt, weil die beiden Leistungen nicht in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen. Wie bereits erwähnt, verpflichtet sich der Erschließungsträger regelmäßig nicht auch gegenüber den Grundstückseigentümern zur Herstellung der Erschließungsanlagen; diese Verpflichtung geht er ausschließlich im Erschließungsvertrag gegenüber der Gemeinde ein. Inhalt der Kostenerstattungsvereinbarung des Erschließungsträgers mit den privaten Eigentümern ist allein die Regelung, wer in welchem Maß die anfallenden Kosten zu tragen hat (vgl. Grziwotz, a.a.O. § 124 Rn. 117 f.). So ist die Vertragslage auch im vorliegenden Fall.

Der Klageanspruch ist nicht verjährt. Die hier maßgebliche regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) ist noch nicht abgelaufen. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Eine Klageerhebung hemmt die Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Hier haben die Kläger bislang nur Abschlagszahlungen geleistet. Diese sind ihrer Rechtsnatur nach keine abschließenden Vergütungen, sondern Anzahlungen auf die Vergütung für das Gesamtwerk (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O. § 632a Rn. 4 und - für Bauverträge nach VOB - BGH, Urteil vom 6. Mai 1999 - IX ZR 430/97 - NJW 1999, 2113). Der Anspruch auf Rückzahlung entsteht daher erst mit der Schlussrechnung. Diese ist im Streitfall im Jahr 2005 erstellt worden, so dass der Lauf der Verjährungsfrist durch die im Jahr 2006 erhobene Klage gehemmt wurde. Im Übrigen hat der Senat gemäß den Feststellungen der Vorinstanzen (§ 137 Abs. 2 VwGO) davon auszugehen, dass die Beklagte die Einrede der Verjährung bislang nicht erhoben hat. Da die Erhebung der Einrede eine Tatsache ist, wäre eine erst im Revisionsverfahren erhobene Verjährungseinrede unbeachtlich (BGH, Urteil vom 2. Oktober 1997 - I ZR 88/95 - NJW 1998, 1395; Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, § 214 Rn. 11).

b) Die Kläger haben ferner gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB Anspruch auf Zahlung von Zinsen auf die Hauptforderung seit Rechtshängigkeit (sog. Prozesszinsen) in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Ihre mit dem Klageantrag geltend gemachte weitergehende Forderung nach einer Verzinsung in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ist unbegründet. Gemäß § 288 Abs. 2 BGB gilt der Zinssatz von acht Prozent nur für Geschäfte, an denen kein Verbraucher beteiligt ist. Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Die Kläger haben weder dargetan noch ist sonst ersichtlich, dass sie den Grundstückskaufvertrag und die darin enthaltene Eintrittsklausel in den Erschließungsvertrag nicht als Verbraucher abgeschlossen haben. Wegen dieser Zuvieforderung bei der Verzinsung des Erstattungsbetrags ist ihre Klage daher insoweit abzuweisen.