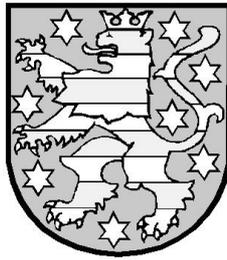

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 4. Senat -

4 KO 703/01

Verwaltungsgericht Gera

- 5. Kammer -

5 K 1116/99 GE

Im Namen des Volkes Grundurteil

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn _____ H_____,
E_____, _____ K_____

Kläger und Berufungsbeklagter

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Kraft-Zörcher und Müller,
Villengang 1, 07745 Jena

gegen

den Wasser- und Abwasserverband Kahla und Umgebung
in Abwicklung,
vertreten durch den Verbandsvorsitzenden als Abwickler,
Robert-Friese-Straße 2, 07629 Hermsdorf

Beklagter und Berufungskläger

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Dr. Zwanziger u. a.,
Lahnsteiner Straße 7, 07629 Hermsdorf

beteiligt

Der Vertreter des öffentlichen Interesses
beim Thüringer Innenministerium,
Steigerstraße 24, 99096 Erfurt

Berufungskläger

wegen

Benutzungsgebühren,
hier: Berufung

hat der 4. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Prof. Dr. Aschke, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Blumenkamp und den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Februar 2004

für Recht erkannt:

Der Kläger hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Erstattung der für den Verbrauchszeitraum 1996 an den Beklagten gezahlten Wasserversorgungs- und Abwassereinleitungsgebühren. Dem Beklagten steht jedoch seinerseits gegenüber dem Kläger dem Grunde nach ein Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen für die dem Kläger gewährten Leistungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung zu, mit dem er gegen den Anspruch des Klägers aufrechnen kann.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger ist Eigentümer eines in der Stadt Kahla gelegenen, mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks. Im Jahre 1996 bezog er für dieses Grundstück Trinkwasser (122 m³) und leitete Abwasser in die Entwässerungseinrichtung ein. Er begehrt gegenüber dem Beklagten die Erstattung der für den Verbrauchszeitraum 1996 gezahlten Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsgebühren in Höhe von noch 1.268,66 DM.

Die Stadt Kahla ist eine von 22 Gemeinden des ehemaligen Landkreises Jena, die nach der auf einer Mitgliederversammlung vom 25.11.1992 beschlossenen Verbandssatzung Mitglied des „Wasser- und Abwasserverbandes Kahla und Umgebung“ geworden waren und dem Verband die Aufgabe der

Trinkwasserversorgung und Abwasserableitung und -behandlung übertragen hatten. Mit Beschluss vom 16.11.1999 (- 4 EO 919/96 - ThürVGRspr. 2000, 37 = ThürVBl. 2000, 59) hatte der 4. Senat des ThürOVG entschieden, dass eine für das rechtliche Entstehen des Beklagten als Zweckverband konstitutive Bekanntmachung seiner Verbandssatzung und ihrer Genehmigung den im dortigen Verfahren vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen war und der Beklagte daher jedenfalls bis zum Erlass des dort angegriffenen Zwangsgeldbescheides vom 29.03.1995 voraussichtlich nicht wirksam als Zweckverband entstanden war. Daraufhin erfolgte in dem als Einlage zum „Allgemeinen Anzeiger/Holzlandbote“ vom 01.12.1999 gestalteten „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 01.12.1999 (Ausgabe 11/1999, Seite 5 ff.) eine Neubekanntmachung der Verbandssatzung des „Wasser- und Abwasserzweckverbandes Kahla und Umgebung“ vom 25.11.1992 einschließlich einer (erneuten) Ausfertigung vom 29.09.1999 durch den Landrat des Saale-Holzland-Kreises und der Genehmigung des Landrates des ehemaligen Landkreises Jena vom 07.12.1992. Diese Bekanntmachung war vom Verwaltungsgericht Gera in ständiger Rechtsprechung als konstitutiv angesehen worden. Der „Wasser- und Abwasserzweckverband Kahla und Umgebung“ wurde im Jahre 2002 aufgelöst (Bekanntmachung der mit Bescheid vom 10.07.2002 genehmigten Auflösung im „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 13.07.2002) und die ehemaligen Mitgliedsgemeinden wurden teilweise Mitglieder des „Zweckverbandes zur Wasserver- und Abwasserentsorgung der Gemeinden im Thüringer Holzland“ (so die 1. Änderungssatzung vom 10.07.2002 zur Verbandssatzung des Zweckverbandes zur Wasserver- und Abwasserentsorgung der Gemeinden im Thüringer Holzland, ebenfalls bekannt gemacht im „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 13.07.2002). Mit Beschluss vom 20.01.2004 hat der 4. Senat des ThürOVG in zwei Zulassungsverfahren die Berufung gegen Urteile des Verwaltungsgerichts Gera zugelassen, weil die rechtliche Existenz des „Wasser- und Abwasserzweckverbandes Kahla und Umgebung“ vor seiner Auflösung zweifelhaft sei (- 4 ZKO 505/02 und 501/02 -). Die bisher vom Verwaltungsgericht als konstitutiv angesehene Bekanntmachung der Verbandssatzung des Zweckverbandes und ihrer Genehmigung im „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 01.12.1999 sei nicht in Übereinstimmung mit der Bekanntmachungsregelung in der Hauptsatzung des Landkreises in der Fassung der 1. Änderungssatzung aus dem Jahre 1994 veröffentlicht worden und entspreche auch nicht den Anforderungen der Thüringer Bekanntmachungsverordnung.

Der Beklagte hatte mit Bescheid vom 15.02.1997 gegenüber dem Kläger für den Abrechnungszeitraum 1996 Wasserversorgungsgebühren in Höhe von 689,72 DM und Gebühren für die Abwassereinleitung in Höhe von 671,-- DM festgesetzt (insgesamt 1.360,72 DM), die vom Kläger bereits im Jahre 1996 als Vorauszahlungen gezahlt worden waren. Gegen den Gebührenbescheid erhob der Kläger mit der Begründung Widerspruch, dass die rückwirkende Gebührenerhöhung zum 01.01.1996 rechtswidrig sei. Dieser Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid des Landratsamtes des Saale-Holzland-Kreises vom 06.08.1999 zurückgewiesen.

Der Kläger hat beim Verwaltungsgericht Gera am 09.09.1999 - 5 K 1116/99 GE - Klage erhoben. Während des laufenden Klageverfahrens hat der Beklagte mit Bescheid vom 10.02.2000 den Gebührenbescheid vom 15.02.1997 unter Bezugnahme auf den Beschluss des ThürOVG vom 16.11.1999 aufgehoben. Die bis zum 31.12.1996 von ihm erbrachten Leistungen seien mit den Zahlungen des Klägers abgegolten worden, so dass für das Abrechnungsjahr 1996 keine Forderungen mehr gegenüber dem Kläger bestünden. Daraufhin hat der Kläger das erstinstanzliche Verfahren hinsichtlich des zunächst angekündigten Anfechtungsantrages für erledigt erklärt und eine Erstattung der für 1996 gezahlten Gebühren beantragt. Hierzu hat er vorgetragen, ihm stehe ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zu. Sein Begehren ziele darauf ab, sich den Teil der von ihm entrichteten Gebühr zurückerstatten zu lassen, der für den Zeitraum 01.01.1996 bis 26.06.1996 durch die am 26.06.1996 bekannt gemachte Gebührensatzung rückwirkend von 2,85 DM/m³ auf 4,30 DM/m³ erhöht worden sei. Zwischen dem Kläger und dem Beklagten habe ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis bestanden. Spätestens seit der Aufhebung des angefochtenen Bescheides fehle es an einem Rechtsgrund für das Behaltendürfen der entrichteten Gebühren. Angebliche zivilrechtliche Ansprüche des Beklagten stellten keinen Rechtsgrund für das Behalten der Gebührenzahlung dar. Selbst wenn das Gericht zu der Auffassung gelange, dass eine bisher nicht ersichtliche Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung bestanden habe, gelte dies nicht für die rückwirkende Gebührenerhöhung. Dieser Betrag sei dem Kläger jedenfalls zu erstatten. Sofern zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein zivilrechtlicher Versorgungsvertrag zustande gekommen sein sollte, fehle es an einer ausdrücklichen Vereinbarung über den Kaufpreis, zumindest was die rückwirkende Gebührenerhöhung betreffe. Denn

eine Einigung über die vom Kläger zu erbringende Gegenleistung habe für die Zeit vom 01.01. bis 17.06.1996 allenfalls über 2,85 DM/m³ bestanden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Gera am 13.06.2001 hat der Beklagte das Verfahren hinsichtlich der zunächst erhobenen Anfechtungsklage ebenfalls für erledigt erklärt und die Kopie eines Überweisungsauftrags vorgelegt, nach der an den Kläger 92,06 DM überwiesen wurden, also die Gebührendifferenz zwischen 2,85 DM/m³ und 4,30 DM/m³ für den Zeitraum 01.01. bis 26.06.1996. Insoweit haben der Kläger und der Beklagte die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 689,72 DM gezahlter Gebühr für die Wasserversorgung und 671,-- DM für die Abwasserversorgung zu erstatten (abzgl. des erstatteten Betrages von 92,06 DM).

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat erstinstanzlich geltend gemacht, der Kläger habe keinen Anspruch auf Rückgewähr geleisteter Zahlungen. Eine derartige Forderung stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar. Rechtsgrundlage für die vom Beklagten 1996 unstreitig erbrachten Leistungen sei ein zivilrechtlicher Versorgungsvertrag, hilfsweise die Geschäftsführung ohne Auftrag oder aber ungerechtfertigte Bereicherung. Der Beklagte habe zwar 1996 nicht als wirksam entstandene öffentlich-rechtliche Körperschaft existiert, wohl aber als juristische Person des Privatrechts. Seine Situation sei nach Beschluss der Verbandssatzung am 25.11.1992 durch die Mitgliedsgemeinden vergleichbar mit einer Vorgesellschaft nach Abschluss des Gesellschaftervertrages und noch ausstehender Eintragung in das Handelsregister. Ein solcher Verband sei deshalb analog den Regelungen über die Vorgesellschaft im Handelsrecht als Vorverband zu behandeln. Nach der Entstehung des Beklagten als Zweckverband seien die Rechte des Vorverbandes analog den Regelungen zur Vorgesellschaft auf den entstandenen Zweckverband übergegangen, so dass der Beklagte Inhaber der Forderungen für die erbrachte Wasserver- und Abwasserentsorgung sei. Das Fehlen einer Vereinbarung über die Höhe des

geschuldeten Entgeltes führe nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, denn in einem solchen Falle sei die ortsübliche Vergütung maßgeblich und diese habe im Verbandsgebiet bei 4,30 DM/m³ gelegen.

Das Verwaltungsgericht Gera hat mit Urteil vom 13.06.2001 den Beklagten verpflichtet, dem Kläger 1.268,66 DM zu erstatten und das Verfahren im Übrigen eingestellt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die geänderte Klage sei als Verpflichtungsklage zulässig. Der Beklagte sei durch die Bekanntmachung seiner Verbandssatzung und ihrer Genehmigung im „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 01.12.1999 wirksam als Zweckverband entstanden und beteiligtenfähig. Die Klage sei auch begründet, denn der Kläger habe gegenüber dem Beklagten einen Erstattungsanspruch aus § 15 Abs. 1 Nr. 2b) ThürKAG i. V. m. § 37 Abs. 2 Satz 1 und 2 AO 1977. Durch den Beklagten, der vor seiner inzwischen erfolgten Gründung als Vorverband gehandelt habe und hoheitlich aufgetreten sei, sei ein Bescheid erlassen worden. Die Zahlung des Klägers sei daher öffentlich-rechtlich erfolgt. Der Rechtsgrund für die Zahlung sei nachträglich durch die Aufhebung des Bescheides vom 15.02.1997 weggefallen. Der dem Kläger zustehende Anspruch auf Erstattung des gezahlten Betrages sei nicht analog § 242 BGB wegen unzulässiger Rechtsübung ausgeschlossen, weil der Betrag ohnehin zurückgezahlt werden müsste. Denn der Beklagte habe gegen den Kläger keinen Anspruch auf Bezahlung der erbrachten Wasserlieferungs- und Abwasserbeseitigungsleistungen. Dieser Anspruch resultiere weder aus öffentlichen noch aus zivilrechtlichen Grundlagen. Insbesondere habe zwischen dem Kläger und dem Beklagten als Vorverband kein öffentlich-rechtlicher Vertrag bestanden, denn ein solcher Vertrag hätte gegen ein gesetzliches Verbot über den Abschluss von Verträgen über Abgaben verstoßen und wäre deshalb und wegen der Nichteinhaltung des Schriftformerfordernisses nichtig. Einem Anspruch des Beklagten gegen den Kläger auf Entgeltzahlung aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch stehe entgegen, dass dies eine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über die Erhebung von Benutzungsgebühren wäre. Ein Anspruch des Beklagten aus privatrechtlichem Versorgungsvertrag scheidet aus, weil das Gesetz privatrechtliche Beziehungen zu dem zu Versorgenden in § 58 Abs. 1 und 4 ThürWG nicht gestatte. Der Beklagte könne nur als privatrechtlicher Erfüllungsgehilfe der Mitgliedsgemeinden angesehen werden, bei denen die Pflicht zur Wasserversorgung

und Abwasserbeseitigung verblieben sei. Der Beklagte sei der Stadt Kahla aufgrund zivilrechtlichen Vertrages verpflichtet. Das für die Abgabenerhebung maßgebliche Rechtsverhältnis habe zwischen der pflichtigen Stadt Kahla und dem Kläger bestanden. Daher bestehe auch aus anderen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen kein Anspruch des Beklagten gegen den Kläger auf Bezahlung der erbrachten Leistungen, etwa aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherungsrecht. Vielmehr habe der Beklagte als von der Stadt Kahla zivilrechtlich eingeschalteter Dritter einen Anspruch dieser gegenüber auf Bezahlung der durch ihn erbrachten Leistungen. Die Stadt Kahla habe einen Anspruch gegen den Kläger, den sie nach Erlass entsprechender rückwirkender Satzungen mittels Bescheid geltend machen könne.

Auf die vom Beklagten am 23.07.2001 und vom Vertreter des öffentlichen Interesses am 19.07.2001 gestellten Anträge auf Zulassung der Berufung hat der Senat mit Beschluss vom 24.10.2001 - 4 ZKO 507/01 - die Berufung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

Im Berufungsverfahren trägt der Beklagte vor, er sei legitimiert, die Kosten für die Wasserver- und Abwasserentsorgung in den Jahren 1992 bis 1999 geltend zu machen. Trotz seiner zunächst gescheiterten Entstehung als Körperschaft des öffentlichen Rechts sei er als Vorgesellschaft Gläubiger der in Streit stehenden Forderung. So habe der BGH in einem Urteil vom 18.12.2000 klargestellt, dass ein nicht wirksam entstandener Zweckverband gleichwohl als Träger von Rechten und Pflichten anzuerkennen ist. Die Situation des Beklagten nach der Verabschiedung der Verbandssatzung am 25.11.1992, der auch die Stadt Kahla zugestimmt habe, sei vergleichbar mit der eines Vereins nach Vereinbarung der Vereinssatzung und noch ausstehender Eintragung in das Vereinsregister. Die Regelungen über den Vorverein seien auf den Vorverband entsprechend anwendbar, so dass der Beklagte auch schon vor seiner rechtlichen Entstehung Vertragspartner des Klägers geworden sei. Mit der Entstehung des Beklagten als Zweckverband auf Grund der Bekanntmachung vom 01.12.1999 seien die Rechte des Vorverbandes analog den Regelungen zum Vorverein auf diesen übergegangen, so dass er nunmehr Inhaber der Forderungen gegenüber dem Kläger sei. Zwischen dem Kläger und dem Beklagten sei ein zivilrechtlicher Ver-/Entsorgungsvertrag über die Lieferung von Wasser und die Entsorgung von Abwasser wirksam geschlossen worden. Auch wenn

eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung nicht vorliege, sei von einem Zustandekommen eines Vertrages durch schlüssiges Verhalten auszugehen: Der Beklagte habe durch die Bekanntmachung seiner Gebührensatzungen zugleich ein konkludentes Angebot abgegeben, die dort bezeichneten Leistungen zu den genannten Preisen zu erbringen. Dieses Angebot habe der Kläger mit jeder tatsächlichen Entnahme von Trinkwasser bzw. tatsächlichen Einleitung von Abwasser angenommen. Fehlvorstellungen über die Eigenschaft des Beklagten als öffentlich-rechtliche Körperschaft stünden dem nicht entgegen. Der so zustande gekommene Vertrag sei auch nicht aus den vom Verwaltungsgericht genannten Gründen nichtig. Das OLG Dresden habe in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass ein Gesetzesverstoß für den privatrechtlichen Vorvertrag nicht angenommen werden könne. Das demgegenüber vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis erweise sich nicht nur juristisch als falsch, sondern sei auch praktisch nicht durchführbar. Selbst wenn mit dem Verwaltungsgericht von einer Nichtigkeit des zivilrechtlichen Vertrages auszugehen sei, wären die erbrachten Leistungen jedenfalls nach §§ 812 ff. BGB abzuwickeln. Der bereicherungsrechtliche Anspruch stelle einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der vom Kläger geleisteten Zahlungen dar. Der Kläger habe durch Leistung des Beklagten (und nicht der Stadt Kahla) vermögensrechtliche Vorteile erlangt. Da das Erlangte nicht mehr herausgegeben werden könne, sei Ersatz in Höhe der üblichen Vergütung zu leisten. Das verlangte Entgelt sei im Verbandsgebiet des Beklagten als ortsüblich anzusehen und erweise sich auch bei einem Vergleich mit den in anderen Zweckverbänden verlangten Entgelten als ortsüblich.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 13.06.2001
- 5 K 1116/99 GE - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Vertreter des öffentlichen Interesses beantragt ebenfalls,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 13.06.2001
- 5 K 1116/99 GE - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Er macht geltend, die Auffassung des Verwaltungsgerichts sei nicht haltbar und stelle sämtliche in Thüringen bestehenden privatrechtlichen Modelle der Wasserver- und Abwasserentsorgung in Frage. Die genannten Bestimmungen stünden einer

privatrechtlichen Beziehung zwischen Aufgabenträger und Anschlussnehmer nicht entgegen. Für einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des Beklagten seien alle Voraussetzungen erfüllt. Die Leistungen habe der Beklagte nicht in Gestalt eines privatrechtlichen Erfüllungsgehilfen für eine Mitgliedsgemeinde erbracht, sondern als Vorverband. Er habe daher einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Kläger aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er trägt vor, der Beklagte sei schon nicht legitimiert, die Kosten für die Leistungen der Wasserver- und Abwasserentsorgung aus den Jahren 1992 bis 1999 geltend zu machen. Es komme nicht darauf an, ob der Verband in Gründung als GbR oder nicht rechtsfähiger Wirtschaftsverein oder als Vorverein einzuordnen ist, denn daraus, dass der Beklagte nach der Rechtsprechung des BGH Zuordnungssubjekt des Privatrechts sein könne, sei nicht zu schlussfolgern, dass er dies auch in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis in bezug auf die Wasserver- und Abwasserentsorgung war oder sein könne. Mangels öffentlich-rechtlichem Status habe der Beklagte in seiner Gründungsphase nicht Aufgabenträger der sich aus §§ 58 und 61 ThürWG ergebenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben sein können. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Beklagte zulässigerweise hoheitlich tätig geworden sei, sei zwischen ihm und dem Kläger kein zivilrechtlicher Ver- und Entsorgungsvertrag zustande gekommen. Aus dem von dem Beklagten geschaffenen Satzungsrecht lasse sich kein konkludentes Angebot auf Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages herleiten und dieser wäre im Übrigen auch nichtig gewesen. Verträge oder sonstige Vereinbarungen über Abgaben seien nach der Thüringer Rechtslage grundsätzlich ausgeschlossen. Solche Vereinbarungen seien überdies allenfalls zwischen den Mitgliedsgemeinden des zukünftigen Zweckverbandes und den Abgabenschuldnern möglich gewesen. Da nicht der Beklagte Leistender gewesen sei, sondern die jeweilige Mitgliedsgemeinde, bestünde auch kein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Beklagten gegenüber dem Kläger. Selbst wenn nicht die einzelne Gemeinde als Leistungserbringerin anzusehen sein sollte, könnte die Gemeinschaft der Mitgliedsgemeinden, etwa als kommunale Arbeitsgemeinschaft, als diejenige anzusehen sein, die die Aufwendungen für die Leistungen erbracht habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten (2 Bände), die Behördenakten des Beklagten (1 Heftung) und die beigezogene Gerichtsakte des Verfahrens 4 KO 35/04 nebst Beiakten (6 Heftungen), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

I.

Die zugelassene Berufung des Beklagten und des Vertreters des öffentlichen Interesses ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht begründet worden (§ 124a Abs. 3 VwGO in der hier noch anzuwendenden Fassung des bis zum 31.12.2001 geltenden 6. VwGO-Änderungsgesetzes - VwGO a. F. -).

Der Beklagte ist beteiligtenfähig und prozessfähig. Zu dieser Feststellung bedarf es keiner Entscheidung der Frage, ob der Beklagte vor seiner Auflösung wirksam als Körperschaft des öffentlichen Rechts entstanden war. In diesem Fall würde er nach der Auflösung gemäß § 41 Abs. 1 Satz 3 des Thüringer Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit - ThürKGG - in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.10.2001 (GVBl. S. 290) bis zum Ende der Abwicklung als fortbestehend gelten und wäre dementsprechend beteiligten- und prozessfähig. Aber auch im anderen Fall ist er in einem Prozess über gegen ihn gerichtete Ansprüche solange als beteiligten- und prozessfähig anzusehen, bis ein Mangel der rechtlichen Existenz und ein daraus resultierender Mangel der Beteiligten- und Prozessfähigkeit im Verhältnis der Parteien rechtskräftig festgestellt ist (so zutreffend statt vieler: Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage 2003, Rn. 3 zu § 61 und Rn. 11 zu § 62 m. w. N.). Für den „Zweckverband in Abwicklung“ ist der frühere Verbandsvorsitzende als Abwickler vertretungsberechtigt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 41 Abs. 2 ThürKGG.

II.

Der Senat entscheidet im Berufungsverfahren durch Zwischenurteil über den Grund zunächst nur darüber, ob der geltend gemachte Zahlungsanspruch des Klägers dem Grunde nach besteht und durch dem Grunde nach bestehende Gegenansprüche des Beklagten ganz oder teilweise zum Erlöschen gebracht werden kann.

Die Voraussetzungen für den Erlass eines Zwischenurteils über den Grund (sog. Grundurteil) im Berufungsverfahren liegen vor. Gemäß § 111 Satz 1 VwGO i. V. m. § 125 VwGO kann das Berufungsgericht durch Zwischenurteil über den Grund vorab entscheiden, wenn bei einer Leistungsklage ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der vom Kläger erstinstanzlich geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der für den Verbrauchszeitraum 1996 an den Beklagten gezahlten Gebühren, nachdem der dieser Zahlung zu Grunde liegende Gebührenbescheid vom 15.02.1997 im laufenden Klageverfahren aufgehoben worden war. Bei diesem Antrag handelt es sich um einen Leistungsantrag gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Ein Zwischenurteil über den Grund ist in Verfahren über isolierte, auf eine Leistung gerichtete Vollzugsfolgenbeseitigungsansprüche zulässig (so auch Kopp/Schenke, a. a. O., Rn. 3 zu § 111). Der Zahlungsanspruch des Klägers ist auch im Sinne von § 111 Satz 1 VwGO nach Grund und Höhe streitig. Zum Grund gehört das Vorliegen aller anspruchsbegründenden Tatsachen. Die Entscheidung über Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch kann, muss das Gericht aber nicht dem anschließenden Streit über die Höhe überlassen (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. II, Stand: September 2003, Rn. 6 zu § 111; Kopp/Schenke, a. a. O., Rn. 6 zu § 111). Da es sich bei der hier vom Beklagten geltend gemachten Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch um einen Gegenanspruch handelt, der den Hauptanspruch ganz oder teilweise zum Erlöschen bringen kann, hält der Senat die Einbeziehung der den Gegenanspruch betreffenden, anspruchsbegründenden Rechtsfragen und Tatsachen in das Zwischenverfahren über den Grund für sachgerecht. Die Entscheidung über die Höhe der gegenseitigen Erstattungsansprüche bleibt dem anschließenden Betragsverfahren vorbehalten.

III.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nur noch der erstinstanzliche Antrag des Klägers auf Erstattung der geleisteten Gebührenzahlungen für das Jahr 1996, nachdem das Verwaltungsgericht das erstinstanzliche Verfahren hinsichtlich der übereinstimmend für erledigt erklärten Anfechtungsklage des Klägers gegen den Gebührenbescheid des Beklagten vom 15.02.1997 eingestellt hatte. Die hierauf gerichtete Zahlungsklage ist zulässig (1.). Das Verwaltungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger gegenüber dem Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Erstattung der für den Verbrauchszeitraum 1996 gezahlten Wasserversorgungs- und Abwassereinleitungsgebühren hat, soweit der Beklagte diese noch nicht erstattet hat (2.). Entgegen der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts steht dem Beklagten als fehlerhaftem Zweckverband jedoch seinerseits gegenüber dem Kläger dem Grunde nach ein Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen für die dem Kläger im abgerechneten Verbrauchszeitraum gewährten Leistungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung zu, mit dem er gegen den Anspruch des Klägers aufrechnen kann (3.).

1. Die ursprünglich vom Kläger erhobene Anfechtungsklage gegen den Bescheid des Beklagten vom 15.02.1997 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 06.08.1999 war zulässig.

Bei dem mit Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 06.03.2000 gestellten Antrag auf Erstattung der für 1996 an den Beklagten gezahlten Gebühren (abzgl. des bereits erstatteten Betrages von 92,06 DM) handelt es sich nicht um den Fall einer Klageänderung im Sinne des § 91 Abs. 1 VwGO. Das damit vor der übereinstimmenden Erledigung der Hauptsache zum Ausdruck gebrachte Begehren ist entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht als Umstellung des bisherigen Klageantrages von einem Anfechtungsantrag auf einen Verpflichtungsantrag anzusehen, sondern als zusätzlicher Antrag auf Beseitigung der Folgen des nunmehr erledigten, aber schon vollzogenen Verwaltungsaktes im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Diese Vorschrift schließt als *lex specialis* bei nachträglicher Stellung eines Antrags auf Vollzugsfolgenbeseitigung die Anwendung von § 91 VwGO aus (vgl. etwa Kopp/Schenke, a. a. O., Rn. 88 f., 84, 93 zu § 113).

Bei dem im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO geltend gemachten Erstattungsantrag des Klägers handelt es sich um einen Leistungsantrag. Zwar hat das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt, dass nach der über § 15 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a ThürKAG entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 218 Abs. 2 Satz 2 AO 1997 auch über Erstattungsansprüche aus dem Abgabenverhältnis nach § 37 AO 1977 die zuständige Behörde durch Verwaltungsakt zu entscheiden hat (vgl. hierzu etwa Hüttenbrink/Windmüller, Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch, SächsVBl. 2001, 133 ff. (137); Maurer, Allgem. Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2000, Rn. 29 zu § 28; Ossenbühl, Der öffentlichrechtliche Erstattungsanspruch, NVwZ 1991, 513 ff. (521)). Wie unter 2. noch auszuführen sein wird, ist der Beklagte jedoch bis zu seiner Auflösung nicht wirksam als Zweckverband und Hoheitsträger entstanden, so dass der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO schon wegen der mangelnden Befugnis des Beklagten, einen Verwaltungsakt erlassen und zu diesem verpflichtet werden zu können, nur auf eine Leistung und nicht auf eine Verpflichtung gerichtet sein kann.

2. Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Vollziehung des aufgehobenen Gebührenbescheides vom 15.02.1997 in Form eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 und 2 AO 1977 i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b ThürKAG.

Nach diesem spezialgesetzlichen Erstattungsanspruch für die Rückabwicklung eines Abgabenschuldverhältnisses hat derjenige, auf dessen Rechnung eine Abgabenzahlung bewirkt worden oder zurückgezahlt worden ist, an den Leistungsempfänger einen Anspruch auf Erstattung des gezahlten oder zurückgezählten Betrages, wenn die Abgabe ohne rechtlichen Grund gezahlt oder zurückgezahlt worden ist (§ 37 Abs. 2 Satz 1 AO 1977). Dies gilt auch dann, wenn der rechtliche Grund für die Zahlung oder Rückzahlung später wegfällt (§ 37 Abs. 2 Satz 2 AO 1977). Diese Voraussetzungen sind im Falle des Klägers dem Grunde nach erfüllt, wie auch das Verwaltungsgericht zutreffend entschieden hat:

a) Der Kläger hat die für den Verbrauchszeitraum 1996 entrichteten Gebührenzahlungen für die Wasserversorgung und Abwassereinleitung auf der Grundlage des Gebührenbescheides vom 15.02.1997 (bzw. des vorangegangenen Vorauszahlungsbescheides für das Jahr 1996) bewirkt, also auf Grund eines durch Abgabenbescheid begründeten öffentlich-rechtlichen Abgabenschuldverhältnisses

i. S. d. § 37 Abs. 1 AO 1977 i. V. m. §§ 15 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b, 12 Abs. 1 ThürKAG.

b) Der Beklagte war auch Leistungsempfänger für die Gebührenzahlungen des Klägers und ist richtiger Anspruchsgegner für den geltend gemachten Erstattungsanspruch gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 und 2 AO 1977 im Klage- und Berufungsverfahren, obwohl der Beklagte weder im Verbrauchsjahr 1996 noch bis zu seiner Auflösung im Jahre 2002 rechtlich wirksam als Zweckverband und Hoheitsträger entstanden war. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Leistungsempfänger für die im Verbrauchszeitraum 1996 durch den Kläger gezahlten Gebühren auf der Grundlage des später aufgehobenen Gebührenbescheides war der „Wasser- und Abwasserverband Kahla und Umgebung“ (im Folgenden: WAV Kahla). Nach der Rechtsprechung des Senats hat der WAV Kahla im Jahre 1996 mangels wirksamer Bekanntmachung seiner Verbandssatzung und ihrer Genehmigung rechtlich nicht wirksam als Zweckverband existiert (Beschluss vom 16.11.1999 - 4 EO 919/96 - ThürVGRspr. 2000, 37 = ThürVBl. 2000, 59 = LKV 2000, 360). Empfänger der Zahlungen des Klägers war demzufolge kein Hoheitsträger, sondern ein rechtlich nicht entstandener, fehlerhafter Zweckverband. Das Verwaltungsgericht hat diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass es den Beklagten als nachträglich am 02.12.1999 wirksam entstandenen Zweckverband und Hoheitsträger ansah. Zwischen diesem und dem Kläger habe eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung bestanden, weil der vor seiner rechtlichen Entstehung als „Vorverband“ handelnde Beklagte den Bescheid vom 15.02.1997 als Rechtsgrund der geleisteten Zahlungen erlassen habe. Es hat damit aber nicht die entscheidende Frage beantwortet, ob und auf welcher Grundlage ein später wirksam entstandener Zweckverband für Ansprüche und Forderungen einzustehen hat, die gegenüber dem noch nicht entstandenen „Vorverband“ erhoben werden (für einen Übergang der Verbindlichkeiten eines Vorverbandes auf den späteren Zweckverband: Saugier, Der fehlerhafte Zweckverband, Diss. 2000, S. 108; VG Leipzig, Urteil vom 12.02.2003 - 6 K 25/01 -; zur Haftung eines Zweckverbandes für die vor seiner Entstehung eingegangenen privatrechtlichen Verbindlichkeiten: BGH, Urteil vom 28.03.1996 - VII ZR 228/94 - NJW-RR 1996, 853).

Ob der Beklagte als Zweckverband (in Abwicklung) für die Erstattung von Zahlungen einzustehen hat, die an den namensgleichen, aber rechtlich noch nicht entstandenen

„Vorverband“ geleistet wurden, bedarf im Berufungsverfahren jedoch keiner Entscheidung. Denn nach der Erkenntnislage des Senats und entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts ist der Beklagte bis zu seiner Auflösung im Jahre 2002 nicht wirksam als Zweckverband entstanden. Die bisher von den Beteiligten und dem Verwaltungsgericht als konstitutiv angesehene Bekanntmachung der Verbandssatzung des WAV Kahla und ihrer Genehmigung im „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 01.12.1999 konnte den Beklagten nicht wirksam zur Entstehung bringen, weil sie entgegen § 15 Abs. 2 der maßgeblichen Hauptsatzung des Saale-Holzland-Kreises in der Fassung der am 28.09.1994 bekannt gemachten 1. Änderungssatzung nicht in dem für öffentliche Bekanntmachungen vorgesehenen Teil des Wochenblattes „Allgemeiner Anzeiger/Holzlandbote“ erfolgte, sondern in einem als Einlage gestalteten anderen Druckwerk mit dem Namen „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“. Dies hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 20.01.2004 - 4 ZKO 505/02 - entschieden. Danach war zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Verbandssatzung des Beklagten und ihrer Genehmigung am 01.12.1999 der Landrat des Saale-Holzland-Kreises zuständige Aufsichtsbehörde. Daher waren die Verbandssatzung des Klägers und ihre Genehmigung gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 und 2 ThürKGG so bekannt zu machen, wie dies die zu diesem Zeitpunkt einschlägige Hauptsatzung des Saale-Holzland-Kreises vorsah. Der Saale-Holzland-Kreis verfügte im Jahre 1999 über eine wirksam bekannt gemachte Hauptsatzung, nach der Satzungen nicht in einem Amtsblatt, sondern in dem Wochenblatt „Allgemeiner Anzeiger/Holzlandbote“ bekannt zu machen waren. Der Senat hält insofern im Berufungsverfahren an seinen Ausführungen in dem o. g. Beschluss vom 20.01.2004 fest:

„Gemäß § 12 Abs. 2 der nach der kommunalen Neugliederung erstmals beschlossenen Hauptsatzung des (später in Saale-Holzland-Kreis umbenannten) Holzlandkreises erfolgten öffentliche Bekanntmachungen durch Abdruck in dem für öffentliche Bekanntmachungen bestätigten Teil des Wochenblattes „Allgemeiner Anzeiger/Holzlandbote“. Diese am 01.08.1994 ausgefertigte Hauptsatzung wurde im „Allgemeinen Anzeiger/Holzlandbote“ vom 17.08.1994 in folgender Weise veröffentlicht: Im Kopf der 1. Seite des Allgemeinen Anzeigers vom 17.08.1994 (4. Jahrgang Nr. 33) erfolgte der Hinweis: „Heute mit Amtsblatt auf den Seiten 13 und 14“. An die Seite 12 schloss sich eine nicht paginierte Seite mit der Überschrift „Amtsblatt des Holzlandkreises“ und dem Zusatz: „Ausgabe 3/1994, Herausgeber: Landratsamt des Holzlandkreises, 17. August 1994“ an. Danach folgte auf dieser Seite der Abdruck des Textes der Hauptsatzung. Auf der mit „Seite 2“

bezeichneten Rückseite waren die Anlage 2 zur Hauptsatzung abgedruckt sowie verschiedene Bekanntmachungen und ein Impressum, das u. a. das Landratsamt des Holzlandkreises als Herausgeber des Amtsblattes auswies. Sodann folgten die Seiten 15 - 20 des Allgemeinen Anzeigers. Diese Bekanntmachung entspricht zur Überzeugung des Senats noch den rechtsstaatlichen Anforderungen, die vor Inkrafttreten der ThürBekVO an die Bekanntmachung in dem in der Hauptsatzung selbst benannten Publikationsorgan zu stellen sind. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Bezeichnung als Amtsblatt, die unabhängige Ausgabenummerierung, die Angabe des Landratsamtes als Herausgeber, die eigenständige Paginierung und Beifügung eines Impressums regelmäßig dafür sprechen, dass es sich um ein Amtsblatt in dem gemeinhin verstandenen Sinne einer periodisch erscheinenden und jedermann zugänglichen Druckschrift handelt, die von der bezeichneten kommunalen Körperschaft zum Zwecke der Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen sowie sonstiger Mitteilungen herausgegeben wird (vgl. zum Amtsblattbegriff das Senatsurteil vom 01.10.2002 - 4 N 771/01 - a. a. O.) und nicht um den Teil einer von einer juristischen Person des Privatrechts herausgegebenen Wochenzeitung. Ein in solcher Weise gestaltetes und herausgegebenes Druckwerk kann zwar mit einer Zeitung vertrieben werden, wird dadurch aber regelmäßig nicht zu einem Teil dieser Zeitung (vgl. hierzu etwa die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 05.11.1990, AllMBl. Nr. 24/1990, Nr. 2.2.1, wonach die dort zulässige drucktechnische Verbindung des Amtsblattes mit einem anderen regelmäßig erscheinenden Druckwerk dem Amtsblatt nicht seine Eigenschaft als Amtsblatt nimmt). Allerdings ist das „Amtsblatt“ im konkreten Fall so deutlich in die Wochenzeitung integriert, dass es entgegen dem Regelfall noch hinreichend als Teil der Wochenzeitung „Allgemeiner Anzeiger/Holzlandbote“ anzusehen sein wird: Bereits auf der 1. Seite des „Allgemeinen Anzeigers“ wird auf einen Abdruck des „Amtsblatts“ auf den Seiten 13 und 14, also in der Zeitung selbst, hingewiesen. Dementsprechend wurde das „Amtsblatt“ zwischen Seite 12 und Seite 15 in den „Allgemeinen Anzeiger“ eingefügt und stimmt auch im Format mit dem der Zeitungsseiten überein. Allein die Bezeichnung als „Amtsblatt“ schließt nicht aus, dass die im Anschluss an diese Überschrift abgedruckten Veröffentlichungen als amtliche Bekanntmachungen in der Zeitung erkennbar sind. Der Leser des Anzeigenblatts stößt ohne Erschwernis in der Zeitung auf den mit „Amtsblatt“ überschriebenen Veröffentlichungsteil und kann diesen als amtliche Bekanntmachung erkennen. Auf die Einhaltung der Anforderungen der erst am 01.11.1994 in Kraft getretenen ThürBekVO kam es für die Wirksamkeit der am 17.08.1994 bekannt gemachten Hauptsatzung nicht an. Aus den gleichen Gründen wird auch die am 28.09.1994 unter der Überschrift „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ im „Allgemeinen Anzeiger/Holzlandbote“ zwischen den Seiten 14 und 18 veröffentlichte 1. Änderungssatzung zur Hauptsatzung wirksam bekannt gemacht

worden sein, mit der aus dem bisherigen § 12 Abs. 2 der Hauptsatzung inhaltsgleich § 15 Abs. 2 Hauptsatzung wurde.“

Die Bekanntmachung der Verbandssatzung des Klägers und ihrer Genehmigung im „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 01.12.1999 ist unwirksam, weil sie entgegen § 15 Abs. 2 der Hauptsatzung des Landkreises in der Fassung der am 28.09.1994 bekannt gemachten 1. Änderungssatzung nicht in dem für öffentliche Bekanntmachungen vorgesehenen Teil des Wochenblattes „Allgemeiner Anzeiger/Holzlandbote“ erfolgte, sondern in einem anderen Druckwerk. Da von der in der Hauptsatzung festgelegten Form der Bekanntmachung nicht abgewichen werden darf (so ausdrücklich § 1 Abs. 4 Satz 1 ThürBekVO), kann diese fehlerhafte Bekanntmachung keine konstitutive Wirkung im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 3 ThürKGG entfalten. Der Senat bleibt auch insoweit im Berufungsverfahren bei seiner im Beschluss vom 20.01.2004 - 4 ZKO 505/02 - dargelegten Rechtsauffassung, die sich unter Berücksichtigung des im hier beigezogenen Berufungsverfahren 4 KO 35/04 (zuvor: 4 ZKO 505/02) nachgereichten Originals des „Allgemeinen Anzeigers/Holzlandbote“ vom 01.12.1999 bestätigt hat: Anders als das „Amtsblatt des Holzlandkreises“ vom 17.08.1994 ist das „Amtsblatt des Saale-Holzland-Kreises“ vom 01.12.1999, in dessen amtlichem Teil auf den Seiten 5 - 7 die am 25.11.1992 beschlossene Verbandssatzung des Klägers und ihre aufsichtsbehördliche Genehmigung vom 07.12.1992 abgedruckt waren, nicht als Teil des „Allgemeinen Anzeigers/Holzlandbote“ vom 01.12.1999 anzusehen. Das „Amtsblatt“ vom 01.12.1999 wurde als Ausgabe 11/1999 bezeichnet, eigenständig paginiert, ausweislich seines Impressums auf Seite 7 vom Saale-Holzland-Kreis herausgegeben und war in den „Allgemeinen Anzeiger“ gleichen Datums eingelegt. Es entsprach nicht dem Druckformat der Zeitung und war auch nicht in die Paginierung der Zeitung einbezogen. Es weist mithin die Merkmale eines eigenen Druckwerks im Sinne des zu diesem Zeitpunkt geltenden § 2 Abs. 1 Satz 3 ThürBekVO auf und ist nicht als Teil der Zeitung „Allgemeiner Anzeiger/Holzlandbote“ im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 ThürBekVO erkennbar. Zwar schließt allein die Bezeichnung als „Amtsblatt“ auch nach Inkrafttreten der ThürBekVO nicht grundsätzlich aus, dass die unter dieser Überschrift erfolgten Bekanntmachungen Teil einer Zeitung im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 ThürBekVO sein können, denn es ist hinreichend zu erkennen, dass unter der Überschrift „Amtsblatt“ amtliche Bekanntmachungen erfolgen. Jedoch ist für die

Bekanntmachung in einer Zeitung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ThürBekVO Voraussetzung, dass die öffentliche Bekanntmachung Teil des Druckwerks Zeitung selbst ist und nicht Teil eines anderen Druckwerks. Ein mit einer Zeitung verbreitetes, aber als eigenes Druckwerk gestaltetes und herausgegebenes Amtsblatt, das nicht allen Anforderungen der ThürBekVO an ein Amtsblatt genügt, wird dadurch nicht gewissermaßen ersatzweise zu einer Zeitung oder zum Teil der Zeitung, mit der es vertrieben wird.

Demzufolge ist der (inzwischen aufgelöste und in Abwicklung befindliche) Beklagte zu keinem Zeitpunkt rechtlich wirksam als Zweckverband und Hoheitsträger entstanden, sondern als „fehlerhafter Zweckverband“ anzusehen. Unter einem „fehlerhaften Zweckverband“ versteht der Senat einen mangels konstitutiver Bekanntmachung der Verbandssatzung und ihrer Genehmigung nach der Thüringer Rechtslage nicht wirksam entstandenen Zweckverband, der jedoch regelmäßig faktisch im Rechtsverkehr (zivilrechtlich wie öffentlich-rechtlich) als öffentlich-rechtliche Körperschaft und als Hoheitsträger aufgetreten ist und angesehen wurde (teilweise auch bezeichnet als „faktischer Verband“, so etwa ThürOLG, Urteil vom 08.09.1994 - 1 U 407/93 - OLG-NL 1995, 105 ff.; BayVGh, Urteil vom 11.10.1955 - 27 III 54 - BayVBl. 1956, 279; Pencereci-Bluhm, LKV 1998, 172 (173 ff.); vgl. hierzu auch Saugier, a. a. O., S. 99).

Wie unter 3. a) noch im Einzelnen ausgeführt wird, ist zur Überzeugung des Senats ein solcher fehlerhafter Zweckverband kein rechtliches „nullum“, sondern ein nicht rechtsfähiger, körperschaftlich strukturierter öffentlich-rechtlicher Verband eigener Art, dem keine Hoheitsrechte zustehen, der jedoch für die Rückabwicklung von fehlgeschlagenen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen im eigenen Namen teilrechtsfähig und im Verwaltungsprozess beteiligtenfähig ist (vgl. hierzu im Einzelnen S. 21 ff.).

Der bisher im Klage- und Berufungsverfahren als Zweckverband in Abwicklung auftretende Beklagte ist identisch mit dem fehlerhaften Zweckverband, an den der Kläger 1996 Gebührenzahlungen geleistet hat. Er ist daher Leistungsempfänger sowie richtiger Beklagter im Erstattungsverfahren. Der Beklagte wird als fehlerhafter Verband nicht durch die ihm angehörenden Mitgliedsgemeinden vertreten, sondern durch den Verbandsvorsitzenden, der von der Verbandsversammlung gewählt und zum außenvertretungsberechtigten Organ bestimmt wurde (vgl. entsprechend zur

Vertretungsbefugnis des gewählten Verbandsvorsitzenden eines fehlerhaften Zweckverbandes im Zivilrecht: BGH, Urteil vom 18.12.2000 - II ZR 385/98 - NJW 2001, 748 ff; Saugier, a. a. O., S. 107, 116). Im Falle des Beklagten ist der bestellte Abwickler mit dem bisherigen Verbandsvorsitzenden identisch und im Verfahren vertretungsberechtigt.

c) Der Rechtsgrund für die Gebührenzahlungen des Klägers ist i. S. v. § 37 Abs. 2 Satz 2 AO 1977 nachträglich durch die Aufhebung des Gebührenbescheides vom 15.02.1997 mit Bescheid vom 10.02.2000 weggefallen. Die Nichtexistenz des Beklagten als Hoheitsträger hat nicht zur Folge, dass die Gebührenzahlungen des Klägers gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 AO 1977 ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Ohne Rechtsgrund erfolgt eine Zahlung aus einem Abgabenschuldverhältnis, wenn ein Abgabenbescheid fehlt oder nichtig ist. Für die Gebührenzahlungen des Klägers an den Beklagten im Verbrauchszeitraum 1996 stellte der Gebührenbescheid vom 15.02.1997, der den zuvor erlassenen Vorauszahlungsbescheid abgelöst hatte, den Rechtsgrund dar und blieb dies bis zu seiner Aufhebung. Denn der von dem Beklagten ohne Hoheitsgewalt erlassene Gebührenbescheid war zwar mangels Verwaltungsaktbefugnis des Beklagten rechtswidrig, aber nicht nichtig (vgl. hierzu den Senatsbeschluss vom 05.11.2002 - 4 ZKO 834/01 - ThürVGRspr. 2003, 201 = ThürVBl. 2003, 38; ebenso: BVerwG, Beschluss vom 16.04.2003 - 9 B 82.02 - LKV 2004, 27).

d) Der dem Kläger dem Grunde nach gegenüber dem Beklagten zustehende Erstattungsanspruch ist nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ausgeschlossen oder durch Verjährung erloschen:

aa) Der Beklagte kann sich insbesondere nicht darauf berufen, nicht mehr um die vom Kläger bereits 1996 gezahlten Gebühren bereichert zu sein. Nach allgemeiner Auffassung ist der Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB auf den allgemeinen wie den spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch aus § 37 Abs. 2 AO 1977 nicht anwendbar (vgl. zu letzterem Klein, AO, 7. Auflage 2000, Rn. 36 zu § 37 m. w. N.; im Übrigen Hüttenbrink/Windmüller, SächsVBl. 2001, 133; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2000, Rn. 25 ff. zu § 28; ThürOVG, Urteil vom 22.10.2002 - 2 KO 701/00 -). So kann sich ein Hoheitsträger schon nicht auf Entreicherung berufen, weil er an das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden ist und sich nur in den gesetzlichen Grenzen auf den

Fortbestand eines rechtswidrigen Zustand berufen kann. Beruft sich ein Privater auf Entreicherung, ist § 818 Abs. 3 BGB in Ermangelung spezialgesetzlicher Verweisung im öffentlichen Recht nicht entsprechend anwendbar, sondern es ist zu prüfen, ob nach dem allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes ein Entreicherungsseinwand zulässig ist (vgl. Maurer, a. a. O., Rn. 28 zu § 28; BVerwG, Urteil vom 12.03.1985 - 7 C 48.82 - BVerwGE 71, 85). Ein solches schutzwürdiges Vertrauen hat der Beklagte weder geltend gemacht noch ist es unter der Berücksichtigung des Umstandes, dass er rechtlich kein Hoheitsträger ist, ersichtlich.

bb) Der Erstattungsanspruch des Klägers ist auch nicht entsprechend § 228 AO 1977 verjährt. Nach dieser Vorschrift, die gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a ThürKAG im kommunalen Abgabenrecht entsprechend anzuwenden ist, unterliegen Ansprüche aus dem Abgabenschuldverhältnis der fünfjährigen Verjährungsfrist. § 228 AO 1977 gilt auch für Erstattungsansprüche, die nach § 37 Abs. 1 AO 1977 Ansprüche aus dem Abgabenschuldverhältnis sind (vgl. etwa Klein, a. a. O., Rn. 5 zu § 228 AO). Anders als im Zivilrecht bringt die Verjährung den Anspruch zum Erlöschen und ist nicht lediglich eine Parteieinrede (vgl. Klein, a. a. O., Rn. 10 zu § 228 AO; OVG Lüneburg, Urteil vom 13.11.1990 - 9 A 220/86 - NVwZ-RR 1991, 425). Die Verjährung beginnt entsprechend § 229 Abs. 1 AO 1977 mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch erstmals fällig geworden ist. Entsprechend § 220 Abs. 2 AO 1977 beginnt die Fälligkeit mit Entstehen des Anspruchs bzw. mit der Steuerfestsetzung. Bei Erstattungsansprüchen des Abgabepflichtigen, die sich aus der Aufhebung einer Abgabefestsetzung ergeben, tritt die Fälligkeit nicht vor Bekanntgabe des Aufhebungsbescheides ein, d. h. die Verjährung beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Bescheid über die Aufhebung der Gebührenfestsetzung bekannt gegeben wurde (Klein, a. a. O., Rn. 3 zu § 229), hier im Jahre 2000. Der bereits im März 2000 vom Kläger geltend gemachte Erstattungsanspruch war mithin nicht verjährt. Die Verjährung ist entsprechend § 231 Abs. 1 Satz 1 AO 1977 durch die schriftliche Geltendmachung unterbrochen.

3. Der Erstattungsanspruch des Klägers ist jedoch in einer im Betragsverfahren noch zu klärenden Höhe durch Aufrechnung mit einem Erstattungsanspruch des Beklagten gegen den Kläger wegen der Aufwendungen, die der Beklagte für die dem Kläger erbrachten Leistungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung im abgerechneten Verbrauchszeitraum (1996) hatte, erloschen. Der Beklagte kann

Inhaber eines solchen Erstattungsanspruchs sein, obwohl seine Gründung als Zweckverband fehlgeschlagen ist (a.). Ihm steht dem Grunde nach ein Erstattungsanspruch gegen den Kläger auf Grund der tatsächlich von ihm an den Kläger erbrachten Leistungen zu (b.). Er konnte mit diesem eigenen Erstattungsanspruch entsprechend § 226 Abs. 1 AO 1977 i. V. m. § 387 BGB die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch des Klägers erklären. Dadurch ist der Erstattungsanspruch des Klägers, soweit ihm der Erstattungsanspruch des Beklagten gegenübersteht, erloschen (c.).

a) Der Beklagte, der nicht wirksam als Körperschaft des öffentlichen Rechts entstanden, aber ein tatsächlich ins Werk gesetzter Zweckverband ist, kann Inhaber eines Erstattungsanspruchs gegen seine Leistungsbezieher sein und ist zur gerichtlichen Geltendmachung eines solchen Erstattungsanspruchs befugt. Ein fehlerhafter Zweckverband ist nach Auffassung des Senats kein rechtliches „nullum“. Er ist aber auch kein privatrechtlicher Verband, sondern er stellt, wenn er von den Mitgliedsgemeinden zum Zweck der gemeinsamen Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Aufgaben gebildet und über einen nicht unerheblichen Zeitraum getragen worden ist, einen nicht rechtsfähigen, körperschaftlich strukturierten öffentlich-rechtlichen Verband eigener Art dar. Für einen solchen Verband ist kennzeichnend, dass er im Rechtsverkehr als Zweckverband aufgetreten ist, als solcher auch tatsächlich die kommunalen Einrichtungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung im Gebiet seiner Mitgliedsgemeinden (Verbandsgebiet) betrieben hat und gegenüber den Grundstückseigentümern die rechtlich weiterhin den Gemeinden obliegenden Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in den Formen hoheitlichen Handelns (Satzung, Bescheid) wahrgenommen hat. Die Rechtsordnung muss diesem tatsächlichen Auftreten als Zweckverband Rechnung tragen. Denn die rechtliche Konstruktion und nachträgliche Abwicklung der von einem solchen fehlerhaften Zweckverband tatsächlich eingegangenen Leistungsbeziehungen als öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse zwischen den zuständigen Aufgabenträgern - einzelnen Mitgliedsgemeinden - und den Leistungsbeziehern des Zweckverbands müsste an unüberwindbaren Problemen der rechtlichen und praktischen Umsetzung scheitern und würde letztlich darauf hinauslaufen, dass weder die Mitgliedsgemeinden noch der von ihnen gebildete Zweckverband in der Lage wären, die aus der tatsächlichen Leistungserbringung folgenden Rechte geltend zu machen. Ein solches Ergebnis wäre mit der grundlegenden Aufgabe des Verwaltungsrechts,

eine effiziente Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die Verwaltung zu gewährleisten, unvereinbar und würde auch grundlegenden Gerechtigkeitsprinzipien widersprechen. Die Lösung dieses Problems kann allerdings nicht darin bestehen, dass der Mangel der wirksamen Entstehung als Körperschaft des öffentlichen Rechts für die Vergangenheit bis zur Feststellung des Mangels als unbeachtlich angesehen wird. Dies würde zwar dem Grundgedanken entsprechen, der der Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Lösung des Problems der fehlerhaften Gesellschaft zu Grunde liegt. Im öffentlichen Recht scheitert eine solche Lösung aber am institutionellen Gesetzesvorbehalt, der auch eine gerichtliche Fiktion einer rechtsfähigen Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Satzungsautonomie und Hoheitsgewalt für die Vergangenheit nicht zulässt. Der Senat hält es dagegen auch mit Rücksicht auf den Gesetzesvorbehalt für geboten, den fehlerhaften Zweckverband als Zuordnungssubjekt derjenigen Rechte und Pflichten anzusehen, die der rechtlichen Abwicklung der tatsächlich in den Formen des öffentlichen Rechts eingegangenen Leistungsbeziehungen dienen, und ihm in diesem Umfang Teilrechtsfähigkeit und aktive wie passive Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung von Rechten und Pflichten, insbesondere auch von Erstattungsansprüchen, zuzuerkennen. Das beruht im Einzelnen auf den folgenden Erwägungen:

Obwohl die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung von den Gemeinden auf einen nicht existenten Hoheitsträger nicht wirksam war und die Aufgabe somit rechtlich bei den einzelnen Gemeinden verblieben ist, haben die Gemeinden diese Aufgabe nicht als eigene wahrgenommen. Zum Einen wären sie hierzu schon aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage gewesen, weil sie nicht über die für den Betrieb einer öffentlichen Wasserver- und Abwasserentsorgungseinrichtung erforderlichen Sach- und Personalmittel verfügen konnten. Das Einrichtungsvermögen der früheren staatlichen Aufgabenträger (VEB WAB) wurde auf der Grundlage der in Thüringen zum 01.01.1993 durchgeführten Entflechtung der privatisierten Nachfolgegesellschaften, der WAB GmbHs, nicht auf die einzelnen Gemeinden übertragen, sondern sogleich auf die bis dahin gegründeten Zweckverbände (vg. hierzu Aschke, NVwZ 2003, 917 ff. (918) m. w. N.; Blumenkamp in Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand: Januar 2004, Rn. 1415 zu § 8). Zum Anderen hätte die eigene Aufgabenwahrnehmung durch eine einzelne Gemeinde dem öffentlich-rechtlichen Vertrag widersprochen, den die Stadt Kahla ebenso wie die anderen vermeintlichen

Mitgliedsgemeinden des Beklagten im Vorfeld der Verbandsgründung abgeschlossen hatten und mit dem sie die Übertragung der ihnen obliegenden Aufgabe der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung auf den Beklagten i. S. d. § 16 ThürKGG gewollt und vereinbart hatten. Entsprechend dieser Vereinbarung hatte die Stadt Kahla im hier maßgeblichen Zeitraum die vermeintlich übertragene Versorgungs- und Entsorgungsaufgabe offensichtlich gegenüber dem Kläger nicht selbst durchgeführt und keine gemeindliche Wasserver- und Abwasserentsorgungseinrichtung betrieben. Ein Benutzungs- und Leistungsverhältnis zwischen dem Kläger und der Stadt Kahla ist folglich nie entstanden. Vielmehr betrieb im Verbandsgebiet der (fehlerhafte) Zweckverband im eigenen Namen und unabhängig von Weisungen einzelner Gemeinden nach Maßgabe öffentlich-rechtlicher Vorschriften und des von der Verbandsversammlung beschlossenen Satzungsrechts eine einheitliche öffentliche Wasserver- und Abwasserentsorgungseinrichtung zur Erfüllung der ihm von den Mitgliedsgemeinden vermeintlich übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben.

Die dabei von dem Beklagten als fehlerhaftem Zweckverband eingegangenen Ver- und Entsorgungsverhältnisse sind öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Die Zuordnung der vom Beklagten eingegangenen Rechtsverhältnisse zum öffentlichen oder privaten Recht ist strikt zu unterscheiden von der ganz anderen Frage nach der Rechtmäßigkeit von Rechtshandlungen des Beklagten. Auch aus der Nichtigkeit von Gründungssatzung und Benutzungs-, Beitrags- sowie Gebührensatzungen des Beklagten folgt nicht gewissermaßen als Automatismus, dass der Beklagte als Privatrechtssubjekt und die von ihm eingegangenen Rechtsverhältnisse mangels wirksam begründeter hoheitlicher Befugnisse als Privatrechtsverhältnisse einzuordnen wären. Vielmehr kommt es maßgeblich darauf an, ob die Normen, nach denen sich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der vom Beklagten eingegangenen Rechtsverhältnisse richtet, dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören (vgl. zur modifizierten Subjektstheorie, die auch sonst für die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht, etwa im Rahmen der prozessrechtlichen Regelung des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 Abs. 1 VwGO überwiegend zu Grunde gelegt wird, etwa Maurer, a. a. O., Rn. 17 zu § 3). Eine Norm ist dann Teil des öffentlichen Rechts, wenn sie zumindest auf einer Seite einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet. Dabei kann es aber nicht darauf ankommen, ob einer der Beteiligten des konkreten

Verwaltungsstreitverfahrens für sich im Ergebnis zu Recht hoheitliche Befugnisse in Anspruch nimmt - dies wäre gerade eine Frage der Rechtmäßigkeit seines Handelns nach öffentlich-rechtlichen Normen -, sondern nur darauf, ob die streitentscheidende Norm sich zumindest auf einer Seite an einen Hoheitsträger richtet. Der Fall, in dem ein Beteiligter sich für sein Handeln im Ergebnis zu Unrecht auf eine öffentlich-rechtliche Norm beruft oder berufen hat, die ihm hoheitliche Aufgaben und Befugnisse verleiht, ist also gerade kein Privatrechtsfall, sondern eine Streitigkeit des öffentlichen Rechts. Die Frage lautet also, ob für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse zwischen einem fehlerhaften Zweckverband und seinen Leistungsbeziehern Normen des öffentlichen oder des privaten Rechts maßgeblich sind. Nach Auffassung des Senats ist dies im ersten Sinne zu beantworten:

Ein von einem Zweckverband auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften begründetes Vertrags- oder Benutzungsverhältnis bleibt auch dann öffentlich-rechtlich und wird nicht zu einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis, wenn sich im Nachhinein erweist, dass der Zweckverband nicht wirksam entstanden ist (so auch Saugier, a. a. O., S. 81, 123; VG Dresden, Urteil vom 05.07.2000, a. a. O.; LG Gera, Beschluss vom 23.11.2001 - 5 T 657/01 -; a. A. Wellmann, LKV 1997, 402; VG Leipzig, Urteil vom 12.02.2003 - 6 K 25/01 -). Denn die Gemeinden, die sich vertraglich zu einem Zweckverband zusammenschließen wollten, hatten eine öffentlich-rechtliche Körperschaft begründen und öffentlich-rechtliche Aufgaben auf diese übertragen wollen, aber - unabhängig davon, ob ihnen insoweit überhaupt eine Wahlfreiheit oblag - nicht angestrebt, die ihnen obliegenden Aufgaben in der Form des Privatrechts durchzuführen. Auch den Ver- und Entsorgungsverhältnissen zu den Leistungsbeziehern lagen ausschließlich öffentlich-rechtliche Vorschriften zugrunde (landesgesetzliche Regelungen ebenso wie das von der Verbandsversammlung beschlossene Satzungsrecht), nach deren Maßgabe vermeintlich ein Anschluss- und Benutzungszwang begründet wurde und die Leistungsentgelte durch Verwaltungsakt erhoben wurden. Die Benutzungsverhältnisse waren also geprägt von einem vermeintlich hoheitlichen Über-/Unterordnungsverhältnis und sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten, aber nicht durch im Rahmen der Privatautonomie abgeschlossene Nutzungsverträge oder privatrechtliche Ver- und Entsorgungsbedingungen (vgl. zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Tätigkeit im Einzelnen: Maurer, a. a. O., Rn. 12 ff. zu § 3). Der nach Maßgabe öffentlichen Rechts eigenverantwortlich

handelnde Beklagte ist demnach erst recht nicht als zivilrechtlich eingeschalteter, weisungsabhängiger Erfüllungsgehilfe einer einzelnen Gemeinde tätig geworden.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts wäre es den einzelnen Mitgliedsgemeinden auch rechtlich nicht möglich, nach einer voraussichtlich kostenintensiven und verwaltungsaufwändigen Entflechtung des nicht existent gewordenen Zweckverbandes nachträglich jeweils eigene kommunale Wasserver- und Abwasserentsorgungseinrichtungen zu betreiben, entsprechende rückwirkende Gebührensatzungen zu erlassen und danach Gebühren durch Bescheid zu erheben, um das fehlgeschlagene Benutzungs- und Leistungsverhältnis zwischen dem Kläger und dem nicht existent gewordenen Zweckverband auf eine andere, rechtlich tragfähige Grundlage zu stellen. Eine nachträgliche Gebührenerhebung auf der Grundlage rückwirkender Gebührensatzungen durch eine einzelne Gemeinde für einen zurückliegenden Verbrauchszeitraum scheidet rechtlich zunächst schon daran, dass im fraglichen Zeitraum eine gemeindliche Einrichtung weder betrieben wurde noch gewidmet war. Die nachträgliche Widmung einer öffentlichen Einrichtung mit Wirkung für die Vergangenheit ist unzulässig (vgl. hierzu das Senatsurteil vom 12.12.2001 - 4 N 595/94 - ThürVGRspr. 2002, 96 = LKV 2002, 534). Ferner wäre eine erstmalige Gebührenerhebung durch die einzelnen Gemeinden mit Wirkung für die Vergangenheit auch mit Blick auf das Rückwirkungsverbot bedenklich, denn die Gebührenpflichtigen mussten zum Zeitpunkt der Leistungsgewährung nicht mit einer unter Umständen kostenintensiveren Gebührenerhebung durch einen anderen Hoheitsträger rechnen (vgl. zum Rückwirkungsverbot im Beitrags- und Gebührenrecht etwa Driehaus in Driehaus, Kommunalabgabenrecht, a. a. O., Rn. 33 ff. zu § 2 m. w. Nw.). Eine einzelne Gemeinde könnte schon mangels einer Rechtsbeziehung zum Kläger auch nicht auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Vertrages einen Wertersatz für die nicht von ihr, sondern vom fehlerhaften Zweckverband gewährten Leistungen beanspruchen. Ferner fehlt es an einer Vermögensverschiebung zwischen einer einzelnen Gemeinde und den Leistungsbeziehern, die Voraussetzung für einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch einer Gemeinde wäre. Ein unmittelbar durchgreifender Erstattungsanspruch der einzelnen Gemeinden gegenüber den Leistungsbeziehern des fehlerhaften Zweckverbandes würde den Umstand ignorieren, dass die Leistungserbringung tatsächlich auf der Grundlage einer einheitlichen, durch den Zweckverband für das gesamte Verbandsgebiet betriebenen

Einrichtung, mit einem dem Verband zugeordneten Anlagevermögen und mit einer auf die gesamte Einrichtung bezogenen Kalkulation der Beiträge und Gebühren erfolgt ist.

Kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen dem Kläger und der Stadt Kahla ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis entstanden ist, aus dem für den vergangenen Verbrauchszeitraum gegenseitige Ansprüche abgeleitet werden könnten, konnte ein solches Benutzungsverhältnis auch nicht „ersatzweise“ zwischen dem Kläger und einer Gemeinschaft aller vermeintlichen Mitgliedsgemeinden des Beklagten in anderer, rechtlich zulässiger Rechtsform zustande kommen. Die gemeinschaftliche Durchführung der Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung durch alle Gemeinden, die dem fehlerhaften Zweckverband ausweislich der Verbandssatzung angehörten, ist nach Thüringer Landesrecht nicht in anderer Rechtsform als in der eines Zweckverbandes zulässig. Insoweit hat das Verwaltungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass die öffentlich-rechtliche Aufgabe der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung nach §§ 58 Abs. 1 und 4, 61 Abs. 1 ThürWG von den Gemeinden nur auf andere Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragen werden darf. Dies schließt bereits die Aufgabenübertragung auf eine Gemeinschaft von Gemeinden in zivilrechtlicher Rechtsform, etwa als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, aus (a. A. Wellmann, LKV 1997, 402). Das Thüringer Landesrecht lässt auch keinen Raum für die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung mehrerer Gemeinden in anderer, öffentlich-rechtlicher Rechtsform. Denn die kommunale Gemeinschaftsarbeit u. a. von Städten und Gemeinden ist in Thüringen spezialgesetzlich geregelt durch das Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit - ThürKGG -, vgl. § 1 Abs. 1 ThürKGG. Nach § 3 Abs. 1 ThürKGG können Gemeinden nach Maßgabe dieses Gesetzes zusammenarbeiten, um Aufgaben, zu deren Wahrnehmung sie berechtigt oder verpflichtet sind, gemeinsam zu erfüllen. Als Rechtsformen für eine kommunale Gemeinschaftsarbeit benennt § 2 Abs. 1 ThürKGG abschließend Zweckverbände, kommunale Arbeitsgemeinschaften und Zweckvereinbarungen, wobei nur die Zweckverbände den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts haben (§ 2 Abs. 3 Satz 1 ThürKGG). Der Zusammenschluss von Gemeinden etwa zu einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft i. S. d. § 4 ThürKGG, auf die der Kläger in der mündlichen Verhandlung abgestellt hat, lässt demgegenüber keine neue Rechtspersönlichkeit entstehen (vgl. § 2 Abs. 2 ThürKGG) und die

Aufgabenwahrnehmung gegenüber Dritten verbleibt gemäß § 4 Abs. 3 ThürKGG bei den einzelnen Mitgliedsgemeinden. Die gemeinschaftliche Erfüllung der Wasserver- und Abwasserentsorgungsaufgabe durch mehrere Kommunen in anderer Weise als in der Rechtsform des Zweckverbandes verstößt demzufolge gegen Thüringer Landesrecht. Überdies widerspräche sie der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung der Gemeinden, die der Zweckverbandsgründung vorausgegangen ist und dem daraus objektiv erkennbaren Willen der Gemeinden, die dem fehlerhaften Zweckverband angehörten. Danach war die angestrebte Zusammenarbeit dieser Gemeinden nicht auf die Bildung einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft i. S. v. § 4 ThürKGG gerichtet, sondern auf den Zusammenschluss der beteiligten Gemeinden zu einem eigenständig handlungsfähigen Hoheitsträger, um die übertragenen Aufgaben gerade nicht eigenständig wahrzunehmen zu müssen. Diese Vereinbarung kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sich die Gemeinden im Falle des Scheiterns der Existenz eines Zweckverbandes gewissermaßen „ersatzweise“ jedenfalls als kommunale Arbeitsgemeinschaft unter Beibehaltung der eigenen Aufgabenhoheit hätten zusammenschließen wollen. Schließlich macht es keinen Sinn, für die Abwicklung eine andere als die gewählte und tatsächlich ins Werk gesetzte Form der Zusammenarbeit der Gemeinden zu unterstellen. Diese andere Form wäre ebenfalls eine nachträgliche Rechtskonstruktion, hätte also keinerlei Vorteile, sondern den entscheidenden Nachteil, dass sie nicht an den in Satzungen und Organisation des Zweckverbands - wenn auch rechtlich mangelhaft - realisierten Willen der beteiligten Mitgliedsgemeinden anknüpft.

Wenn aber das Thüringer Landesrecht keine Regelungen darüber enthält, mit welchem Rechtssubjekt eine Rückabwicklung der von einem nicht wirksam entstandenen, aber als Hoheitsträger aufgetretenen Zweckverband begründeten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse erfolgen kann, weil landesrechtlich weder eine einzelne Gemeinde noch die Mitgliedsgemeinden in gemeinschaftlicher Rechtsform in diese Rechtsverhältnisse eintreten können, ist es geboten, diese unvorhergesehen entstandene Lücke im Landesrecht aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Sicherheit im Rechtsverkehr sowie zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes in Anlehnung an anerkannte Rechtsgrundsätze zu schließen. Eine fehlerhafte Verbandsentstehung kann letztlich nicht zu dem von der Rechtsordnung so nicht vorgesehenen und für den Rechtsverkehr unerträglichen Zustand führen, dass die von dem Verband erlassenen rechtswidrigen, aber nicht

nichtigen Hoheitsakte (vgl. den Senatsbeschluss vom 05.11.2002 - 4 ZKO 834/01 - a. a. O.) zwar aufgehoben werden können, dass aber eine Rückabwicklung nur einseitig zugunsten des Leistungsempfängers möglich ist und für die von dem fehlerhaften Verband auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses erbrachten Leistungen keine Gegenleistung verlangt werden kann. Im Zivilrecht hat man dem in vergleichbarer Konstellation dadurch Rechnung getragen, dass der fehlerhafte Zweckverband auch ohne Erlangung der Rechtsfähigkeit im Privatrechtsverkehr als Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten und mithin als teilrechtsfähig angesehen wird (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2000 - II ZR 384/98 - a. a. O.). Dabei werden auf die Beteiligung nicht rechtsfähiger öffentlich-rechtlicher Verbände im Privatrechtsverkehr die Grundsätze derjenigen zivilrechtlichen Kooperation angewendet, die weitestgehend mit der Struktur des öffentlich-rechtlichen Verbandes übereinstimmen - hinsichtlich der privatrechtlichen Betätigung entweder vergleichbar einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. einem nicht wirtschaftlichen Verein (so BGH, Urteil vom 18.12.2000 - II ZR 384/98 - a. a. O.) oder einer Vor-GmbH bzw. einer fehlerhaften Gesellschaft (so etwa BGH, Urteil vom 28.03.1996 - VII ZR 228/94 - NJW-RR 1996, 853 und vorgehend ThürOLG, Urteil vom 08.09.1994 - 1 U 407/93 - a. a. O.; LG Potsdam, Urteil vom 11.12.1996 - 4 O 427/95 - LKV 1997, 430; Stuible-Treder, DÖV 1987, 58 ff.; vgl. hierzu auch Saugier, a. a. O., S. 80 ff. und 109 m. w. Nw.).

Die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze zum Umgang mit nicht rechtsfähigen Verbänden können in Ermangelung landesrechtlicher und sonstiger Regelungen als Orientierung für die Behandlung fehlerhafter Zweckverbände auch im öffentlichen Recht dienen (so auch Saugier, a. a. O., S. 83; Kollhosser, NJW 1997, S. 3265 ff. (3267); VG Dresden, Urteil vom 05.07.2000, a. a. O.; allgemein hierzu Maurer, a. a. O., Rn. 28 zu § 3). Dabei ist jedoch den Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse Rechnung zu tragen. Für das hier nur zu beurteilende Außenrechtsverhältnis mit den Leistungsempfängern kommt es insofern nicht darauf an, ob die Rechtsnatur eines fehlerhaften Zweckverbandes zivilrechtlich eher mit einer BGB-Gesellschaft oder einer Vor-GmbH oder einer fehlerhaften Gesellschaft vergleichbar ist. Entscheidend ist, dass letztlich jeder dieser Privatrechtsformen im Zivilrechtsverkehr eine (Teil-)Rechtsfähigkeit zuerkannt wird (zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft nunmehr BGH, Urteil vom 29.01.2001 - II ZR 331/00 - BGHZ 146, 341) und auf diese Weise die Probleme im Zusammenhang mit der Rückabwicklung

zivilrechtlicher Rechtsbeziehungen eines fehlerhaften Zweckverbandes einer der Rechtsordnung entsprechenden Lösung zugeführt werden.

Bei der Einordnung der Rechtsnatur eines fehlerhaften Zweckverbandes im Öffentlichen Recht ist zunächst zu berücksichtigen, dass der nach Maßgabe öffentlichen Rechts hoheitlich handelnde Verband nicht als Privatrechtssubjekt angesehen werden kann (vgl. hierzu bereits die vorangegangenen Ausführungen; so auch LG Gera, Beschluss vom 23.11.2001 - 5 T 657/01; a. A. Wellmann, LKV 1997, 402 ff. (S. 403)).

Er ist aber auch nicht als juristische Person des öffentlichen Rechts und Hoheitsträger eigener Art anzusehen, denn die Errichtung von Verwaltungsträgern mit Hoheitsrechten im Über- und Unterordnungsverhältnis bedarf nach dem institutionellen Gesetzesvorbehalt einer gesetzlichen Grundlage. Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts kann nicht kraft Natur der Sache entstehen oder fingiert werden (vgl. zutreffend Saugier, a. a. O., S. 97, 120; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Auflage 2004, Rn. 36 zu § 87; Maurer, a. a. O., Rn. 21 zu § 6, Rn. 66 zu § 21 und Rn. 38 zu § 23).

Allerdings handelt es sich bei einem fehlerhaften Zweckverband auch im öffentlichen Recht nicht um ein rechtliches „nullum“. Insofern kann weder die teilweise jahrelang von Aufsichtsbehörden und Gerichten unbeanstandete Tätigkeit als vermeintlicher Hoheitsträger noch die vertragliche Bindung durch die Zweckverbandsvereinbarung, die die vermeintlichen Mitgliedsgemeinden des Zweckverbandes regelmäßig bei der Verbandsgründung eingegangen sind, unberücksichtigt bleiben. Danach handelt es sich bei einem fehlerhaften Zweckverband um den angestrebten bzw. wirksam vertraglich vereinbarten Zusammenschluss verschiedener Gebietskörperschaften mit dem Ziel der Aufgabenübertragung auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Der fehlerhafte Zweckverband ist also zur Überzeugung des Senats ein körperschaftlich strukturierter, öffentlich-rechtlicher Verband eigener Art (vgl. ähnlich auch Saugier, a. a. O., S. 109 f.; Stuble-Treder, a. a. O., S. 61), der nach der Thüringer Rechtslage zwar mangels konstitutiv wirkender Bekanntmachung seiner Verbandssatzung und ihrer Genehmigung aus rechtlichen Gründen nicht wirksam als Hoheitsträger entstanden ist, der jedoch regelmäßig faktisch im Rechtsverkehr als öffentlich-rechtliche Körperschaft und Hoheitsträger aufgetreten ist und angesehen wurde. Statt einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ein nicht rechtsfähiger

Verband des öffentlichen Rechts mit körperschaftlicher Struktur entstanden, der auf der Grundlage der getroffenen Zweckverbandsvereinbarung eine konkrete Gestalt angenommen hat, dem Sach- und Vermögenswerte zugeordnet wurden und der im eigenen Namen in Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten gehandelt hat, rechtlich aber nicht über das Stadium eines „echten“ Vorverbandes hinausgekommen ist. Unter einem „echten“ Vorverband versteht der Senat in Abgrenzung zum fehlerhaften Verband den Normalfall eines Zweckverbandes in Gründung, der sich im Zwischenstadium nach Abschluss einer Zweckverbandsvereinbarung gemäß § 16 ThürKGG und vor der rechtlichen Vollenstehung durch eine konstitutive Bekanntmachung nach § 19 Abs. 1 ThürKGG befindet (vgl. hierzu allgemein auch Saugier, a. a. O., S. 80; Stuible-Treder, a. a. O., S. 58). Einem solchen Vorverband stehen noch keine Hoheitsrechte zu, so dass er insbesondere noch nicht zum Erlass von Satzungen oder Verwaltungsakten ermächtigt ist. Die Teilrechtsfähigkeit des Vorverbandes ist jedoch im Zivilrecht gerade betreffend die Vermögens- und Verpflichtungsfähigkeit anerkannt (vgl. nur ThürOLG, Urteil vom 08.09.1994, a. a. O. und ihm nachgehend BGH, Urteil vom 28.03.1996, a. a. O.). Bezogen auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen wird die Steuerrechtsfähigkeit des Vorverbandes mit Blick darauf bejaht, dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs die umsatzsteuerliche Rechtsfähigkeit umfassender ist als etwa die des bürgerlichen Rechts; umsatzsteuerlich rechtsfähig ist danach jedes Wirtschaftsgebilde, das sich am Wirtschaftsleben beteiligt, gleichgültig, auf welche Weise es zustande kam und ob es zivilrechtlich als Rechtsperson anzuerkennen ist (vgl. Stuible-Treder, a. a. O., S. 60 unter Hinweis auf BFH, Urteil vom 21.05.1971 -- VR 117/67 - BFHE 102,174).

Hieran anknüpfend hält der Senat es in Anlehnung an anerkannte Grundsätze im Zivilrecht für zulässig und geboten, einen fehlerhaften Zweckverband im öffentlichen Recht als Rechtssubjekt im Sinne eines nicht rechtsfähigen, öffentlich-rechtlichen Verbandes eigener Art anzuerkennen, dem keine Hoheitsrechte verliehen sind, der aber für die Rückabwicklung noch nicht bestandskräftig abgeschlossener, rechtswidrig begründeter öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse teilrechtsfähig ist (ebenso: Saugier, a. a. O., S. 127; VG Dresden, Urteil vom 05.07.2000, a. a. O.; a. A. Ehlers, Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin des öffentlichen Rechts, Berlin, 2000, S. 73). Dies ist unerlässlich, um die sonst nach Thüringer Landesrecht nicht mögliche

Rückabwicklung fehlgeschlagener öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen, die in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, in beide Richtungen zu gewährleisten; es ermöglicht erst die von der Rechtsordnung zu gewährleistende Sicherheit im Rechtsverkehr. Die auf eine Rückabwicklung beschränkte Teilrechtsfähigkeit verstößt nicht gegen den institutionellen Gesetzesvorbehalt, denn die Rückabwicklung erfordert keine hoheitliche Betätigung des fehlerhaften Zweckverbandes in einem Über- und Unterordnungsverhältnis. Aus der beschränkten Teilrechtsfähigkeit im oben genannten Sinne erwachsen dem fehlerhaften Zweckverband keine Hoheitsrechte. Dieser ist nach wie vor kein Hoheitsträger und hat keine Ermächtigung zum Erlass von Satzungen oder sonstigen Hoheitsakten. Darüber hinaus liegt es auch und gerade im Interesse des Leistungsbeziehers und der Gewähr effektiven Rechtsschutzes, die Rückabwicklung fehlgeschlagener Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten zu ermöglichen, die sich im Rechtsverkehr tatsächlich gegenüber gestanden haben und zwischen denen das Rechtsverhältnis begründet wurde (vgl. so auch VG Dresden, Urteil vom 05.07.2000, a. a. O.). Daraus folgt, dass der Beklagte als fehlerhafter Zweckverband für die Rückabwicklung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse Träger von Rechten und Pflichten, wenn auch nicht von Hoheitsrechten sein kann und dass er für die von ihm erbrachten Wasserver- und Abwasserentsorgungsleistungen einen Erstattungsanspruch geltend machen kann.

b) Dem Grunde nach steht dem Beklagten ein Erstattungsanspruch gegen den Kläger auf Grund der tatsächlich von ihm an den Kläger erbrachten Leistungen zu.

Dieser Erstattungsanspruch ergibt sich nicht aus §§ 812 ff. BGB, weil der fehlerhafte Verband bei der Leistung öffentlich-rechtlich und nicht privatrechtlich gehandelt hat (a. A. VG Leipzig, Urteil vom 12.02.2003, a. a. O.; Wellmann, LKV 1997, 404).

Er ergibt sich auch nicht aus der Spezialvorschrift des § 37 Abs. 2 AO 1977, weil diese Vorschrift nur den sog. Rückforderungsanspruch der Finanzbehörde als Kehrseite des vorherigen Erstattungsanspruchs des Abgabenschuldners erfasst, also den Anspruch des Abgabengläubigers auf Erstattung einer ohne Rechtsgrund zurückgezählten (also zuviel erstatteten) Steuer bzw. Abgabe. Ein öffentlich-rechtlicher Rückforderungsanspruch ergibt sich mithin für die Finanzbehörde, wenn der Rechtsgrund für eine Steuererstattung von Anfang an fehlt oder später weggefallen ist (vgl. BFH, Urteil vom 06.12.1988 - VII R 206/83 - BFHE 155, 40). Die

Rückgewähr erbrachter Dienstleistungen ist hierunter nicht zu subsumieren (a. A. Saugier, a. a. O., S. 126).

§ 49a ThürVwVfG scheidet als spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage für einen Erstattungsanspruch des fehlerhaften Zweckverbandes ebenfalls aus: Zum Einen gilt dieses Gesetz gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 ThürVwVfG nicht in Verfahren, in denen Rechtsvorschriften der AO 1977 anzuwenden sind. Außerdem findet diese Vorschrift nur Anwendung auf Hoheitsträger, die zuvor einen Bescheid zurückgenommen oder widerrufen haben und die die zu erstattende Leistung gemäß § 49a Abs. 1 Satz 2 ThürVwVfG durch Verwaltungsakt festsetzen können. Diese Möglichkeit ist dem nicht als Hoheitsträger entstandenen Beklagten verschlossen.

Vielmehr kann sich der Beklagte gegenüber dem Kläger auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch berufen. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch wird nicht als Analogie zu dem Bereicherungsanspruch aus §§ 812 ff. BGB gesehen, sondern als eigenständiges öffentlich-rechtliches Institut zur Rückgängigmachung einer ohne Rechtsgrund erfolgten Vermögensverschiebung und wird aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gefolgert, der den Ausgleich einer mit dem Recht nicht (mehr) übereinstimmenden Vermögenslage fordert (vgl. hierzu etwa Beschluss des ThürOVG vom 22.10.2002 - 2 KO 701/00 - ThürVGRspr. 2003, 165 ff.; Maurer, a. a. O., Rn. 21 zu § 28; Ossenbühl, NVwZ 1991, 513 ff.; Hüttenbrink/Windmüller, SächsVBl. 2001, 133 ff.).

Die Voraussetzungen eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs des Beklagten für die im Zeitraum 1996 gewährten Ver- und Entsorgungsleistungen gegenüber dem Kläger liegen dem Grunde nach vor:

Eine Vermögensverschiebung hat zwischen den Beteiligten stattgefunden. Hier hat der Beklagte (und nicht etwa die Stadt Kahla) im Jahre 1996 gegenüber dem Kläger eine Leistung in Gestalt der Versorgung mit Trinkwasser und Entsorgung von Abwasser für sein Grundstück erbracht, um die der Kläger bereichert ist.

Diese Leistung ist auch als öffentlich-rechtliche anzusehen, denn sie erfolgte nach den vorangehenden Ausführungen auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses. Sie ist insbesondere weder auf vertraglicher Grundlage

- etwa auf Grund eines zivilrechtlichen Versorgungsvertrages - erfolgt noch sonst auf zivilrechtlicher Grundlage.

Die von dem Beklagten erbrachten Ver- und Entsorgungsleistungen erfolgten auf der Grundlage nichtigen Satzungsrechts und mithin rechtsgrundlos. Der Beklagte war als nicht entstandener Hoheitsträger rechtlich nicht zur Wahrnehmung der Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses und zur Begründung von Gebührenschuldverhältnissen auf der Grundlage geschaffenen Satzungsrechts ermächtigt. Die von ihm erlassenen Satzungen sind wegen der fehlenden Existenz des Zweckverbandes als Hoheitsträger nichtig (vgl. hierzu etwa das Normenkontrollurteil des Senats vom 14.10.2002 - 4 N 340/95 - ThürVGRspr. 2003, 193 = ThürVBI. 2003, 104 = LKV 2003, 432).

Der somit dem Beklagten dem Grunde nach zustehende und während des Klageverfahrens im Jahre 2000 geltend gemachte Gegenanspruch ist auch nicht erloschen, insbesondere nicht verjährt. Ebenso wie der spezialgesetzliche Erstattungsanspruch aus § 37 Abs. 2 AO 1977 unterliegt auch der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch der Verjährung, die ihn zum Erlöschen bringen kann. Anzuwenden sind dabei die Verjährungsvorschriften des BGB, weil spezialgesetzliche Regelungen fehlen (vgl. hierzu Hüttenbrink/Windmüller, a. a. O., S. 138; Ossenbühl, a. a. O., S. 521). § 228 AO 1977 ist für den Erstattungsanspruch des Beklagten nicht einschlägig, da es sich bei dem Anspruch auf Erstattung gewährter Ver- und Entsorgungsleistungen aus einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis nicht um Ansprüche aus einem Abgabenschuldverhältnis gemäß § 37 AO 1977 handelt.

Nach der Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 in Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB finden die Vorschriften des BGB über die Verjährung in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung, wobei u. a. für den Beginn der Verjährung noch die alte Regelung Anwendung findet. Nach § 195 BGB in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB n. F. nur noch drei Jahre, denn der Erstattungsanspruch ist nicht in den enumerativ aufgezählten Fällen der 30jährigen Verjährung nach § 197 BGB n. F. aufgeführt. Allerdings beginnt die

kurze regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 199 Abs. 1 BGB n. F. erst mit Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen etc. Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste; ohne Rücksicht auf diese Kenntnis beträgt die Verjährungsfrist für andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche gemäß § 199 Abs. 4 BGB n. F. 10 Jahre von ihrer Entstehung an. Damit wurde eine kenntnisabhängige (relative) Regelverjährung eingeführt und mit einer kenntnisunabhängigen (absoluten) Verjährungsfrist von 10 Jahren kombiniert (vgl. hierzu Palandt, a. a. O., Rn 1 zu § 199). In Anwendung der dreijährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB n. F., hätte diese erst mit Ablauf des Jahres begonnen, in dem der Beklagte von seiner Nichtexistenz erfahren hat und folglich davon ausgehen musste, die von ihm erbrachten Leistungen nicht durch Bescheid geltend machen zu können - hier also mit Ablauf des Jahres 1999. Da die Verjährungsfrist nach dem BGB n. F. jedoch kürzer ist als die nach altem Recht, wird die kürzere Frist gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB erst vom 01.01.2002 an berechnet. Der bereits im Jahre 2000 geltend gemachte Erstattungsanspruch ist somit nicht verjährt. Die nach altem Recht durch die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch den Beklagten im laufenden Prozess im Wege der Aufrechnung unterbrochene Verjährung (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 BGB a. F.) ist seit dem 01.01.2002 gehemmt (vgl. Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB i. V. m. § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB n. F.).

Vertrauensschutzaspekte oder sonstige Gründe, die nach Treu und Glauben dem Erstattungsanspruch des Beklagten entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann sich der Kläger nicht auf Entreicherung berufen, da er kein schutzwürdiges Vertrauen darauf geltend machen kann, die empfangenen Leistungen entgeltfrei zu erhalten, wenn die Gebührenerhebung an der fehlenden rechtlichen Existenz des Beklagten als Hoheitsträger scheitert.

c) Der Beklagte konnte mit seinem Erstattungsanspruch entsprechend § 226 Abs. 1 AO 1977 i. V. m. § 387 BGB die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch des Klägers erklären. Dadurch ist der Erstattungsanspruch des Klägers, soweit ihm der Erstattungsanspruch des Beklagten gegenübersteht, erloschen.

Gemäß § 226 Abs. 1 AO 1977 gelten für die Aufrechnung mit Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis sowie für die Aufrechnung gegen diese Ansprüche

sinngemäß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, also §§ 387 - 396 BGB. Die Vorschrift gilt nach § 15 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a ThürKAG für kommunale Abgaben entsprechend und zwar sowohl für die Aufrechnung durch den Abgabengläubiger als auch durch den Abgabenschuldner (vgl. Klein, a. a. O., Rn. 3 zu § 226). Die Aufrechnung bewirkt nach § 389 BGB, dass Haupt- und Gegenforderung erlöschen, soweit sie sich decken, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem sie sich erstmals aufrechenbar gegenüberstanden (Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage).

Die Aufrechnung ist hier nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil etwaige Gegenansprüche des Beklagten schon beim Umfang des Rückerstattungsanspruchs des Klägers nach der auch auf Erstattungsansprüche im öffentlichen Recht anwendbaren „Saldotheorie“ zu berücksichtigen wären. Danach ist der Ausgleich von Nachteilen, die dem Bereicherten anlässlich des Bereicherungsvorgangs entstanden sind, nicht nach den Grundsätzen der Aufrechnung zu berücksichtigen, sondern der Bereicherungsanspruch besteht von vorneherein nur in dem Umfang, in dem ein Überschuss des erlangten Vorteils für den Entreicherten besteht (Saldo; vgl. Palandt, BGB, 63. Auflage 2004, Rnn. 2, 29, 48; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 17.07.2003 - 2 S 36/03 - VBIBW 2004, 52). Die Saldotheorie gilt jedoch nur für die Abwicklung beiderseitiger Leistungen aus einem unwirksamen gegenseitigen zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag (vgl. Palandt, a. a. O., Rn. 49 zu § 818). Ein solches gegenseitiges Vertragsverhältnis bestand zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht und das öffentlich-rechtliche Benutzungs- bzw. Abgabenschuldverhältnis ist einem Vertragsverhältnis auch nicht gleichzusetzen.

Die Voraussetzungen für eine Aufrechnung des Beklagten mit eigenen Erstattungsansprüchen auf Grund der dem Kläger gewährten Ver- und Entsorgungsleistungen gegenüber dem Erstattungsanspruch des Klägers liegen vor. Der Beklagte hat zumindest konkludent die Aufrechnung erklärt und kann gegenüber dem Kläger einen gegenseitigen, gleichartigen und fälligen Gegenanspruch (Aufrechnungslage) geltend machen:

Der Beklagte hat während des erstinstanzlichen Klageverfahrens entsprechend § 388 Satz 1 BGB gegenüber dem Kläger die Aufrechnung mit dessen Erstattungsansprüchen erklärt. Die Aufrechnung muss nicht ausdrücklich erklärt, sondern kann auch durch schlüssiges Verhalten geltend gemacht werden (vgl. etwa

Klein, a. a. O., Rn. 55 zu § 226). In dem Bescheid vom 10.02.2000 hat der Beklagte gegenüber dem Kläger dargelegt, dass die erbrachten Leistungen in der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung des klägerischen Grundstücks mit den Zahlungen des Grundstückseigentümers abgegolten seien, so dass für das Abrechnungsjahr 1996 keine Forderungen gegenüber dem Kläger mehr bestünden. Schon darin kann man eine zumindest konkludente Aufrechnungserklärung sehen. Jedenfalls aber hat der Beklagte im Schriftsatz an das Verwaltungsgericht vom 03.04.2000 geltend gemacht, die vom Kläger erbrachte Zahlung als Gegenleistung für seine Leistungen behalten zu dürfen und damit sinngemäß die Aufrechnung erklärt.

Der Kostenerstattungsanspruch des Beklagten steht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den Erstattungsansprüchen des Klägers und ist gleichartig, da die gegenseitigen Erstattungsansprüche auf Geldforderungen gerichtet sind (Rückzahlung geleisteter Gebühren einerseits und Wertersatz für erbrachte und verbrauchte Dienstleistungen andererseits). Er ist auch fällig. Wie ein Bereicherungsanspruch im Zivilrecht ist auch der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch grundsätzlich im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs fällig, regelmäßig also im Zeitpunkt der Vermögensverschiebung (vgl. etwa Palandt, a. a. O., Rn. 3 zu § 818), hier der Leistungserbringung im Verbrauchszeitraum 1996.

In welchem Umfang der Gegenanspruch des Beklagten den Erstattungsanspruch des Klägers durch Aufrechnung zum Erlöschen bringt, richtet sich danach, welcher Wert für die erbrachte und verbrauchte Wasserver- und Abwasserentsorgungsleistung in Ansatz zu bringen ist. Dies wird im anschließenden Betragsverfahren zu entscheiden sein.

IV.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Betragsverfahren vorbehalten.

V.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor. Soweit das Grundurteil grundsätzlich bedeutsame Rechtsfragen im Zusammenhang mit der rechtlichen Entstehung eines Zweckverbandes und die Teilrechtsfähigkeit eines nach Thüringer Landesrecht nicht wirksam entstandenen Zweckverbandes für die Rückabwicklung eingegangener Abgabenschuldverhältnisse aufwirft, betreffen diese die Auslegung Thüringer Landesrechts und sind nicht revisibel.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist beim

Thüringer Oberverwaltungsgericht

Kaufstraße 2 - 4

99423 Weimar

durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule einzulegen; juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Thüringer Oberverwaltungsgericht einzureichen. In der Begründung muss entweder

– die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden

oder

– die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung,

oder

- ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Prof. Dr. Aschke

Blomenkamp

Gravert