

**Rechtsgutachten
zu Fragen der Umsetzung
des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union
vom 16. Oktober 2014 (Rs. C-100/13)**

**im Auftrag der
Bundesrepublik Deutschland**
letztvertreten durch das
Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung
im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung

**erstellt
durch Rechtsanwälte
Prof. Dr. Robin van der Hout, LL.M.
Dr. Edwin Schulz
Dr. Christian Wagner**

Aktenzeichen des Auftraggebers: 10.08.17.7-16.02

Stand: 27. Februar 2017

Mit Vertrag vom 08. Dezember 2016 sind wir beauftragt worden, ein Gutachten zu Fragen der Umsetzung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 16. Oktober 2014 (Rs. C-100/13) zu erstellen. Aus der Leistungsbeschreibung ergibt sich folgender Gegenstand des Gutachtens:

„Mit seinem Urteil vom 16.10.2014 (Rs. C-100/13) hat der EuGH festgestellt, dass Zusatzanforderungen an CE-gekennzeichnete Bauprodukte auf der Grundlage des Landesbauordnungsrechts gegen die Bauproduktenrichtlinie (89/106/EWG) verstoßen.

Zur Umsetzung des Urteils haben die Länder die Musterbauordnung sowie das dazugehörige bautechnische Regelwerk geändert. Zielrichtung der Änderungen ist die Konkretisierung der in Bezug auf Bauwerke bestehenden Anforderungen und der Wegfall von sich unmittelbar an Bauprodukte richtenden Anforderungen.

Im Rahmen der Notifizierung der geänderten Musterbauordnung (MBO) und der neuen Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (VV TB) haben unter anderem die Kommission und Finnland Stellungnahmen abgegeben. Sie sind der Meinung, die neuen Vorschriften seien zum Teil nicht mit der – heute geltenden – Bauproduktenverordnung (Verordnung (EU) Nr. 305/2011) vereinbar.

Das Projekt dient der rechtsgutachterlichen Überprüfung der Europarechtskonformität der Umsetzung des Urteils und insbesondere der Auseinandersetzung mit den im Rahmen der Notifizierungsverfahren vorgebrachten Überlegungen und Argumente.

Insbesondere soll die Frage untersucht werden, welche Rechtsgrundlagen für Produktinformationen in Bezug auf CE-gekennzeichnete Bauprodukte einschlägig sind, auch in Bezug auf die Zulässigkeit zusätzlicher Zeichen (z.B. Leistungserklärung, Gebrauchsanleitung und Sicherheitshinweise, Informationen von Behörden bzw. Wirtschaftsakteuren im Rahmen der Marktüberwachung, technische Dokumentationen nach Bauproduktenverordnung und Landesrecht, bauartbezogene Rechtsvorschriften, bau-

aufsichtliche Rahmenbedingungen, vergaberechtlich relevante Gütezeichen, Zivilrecht).

Das Projekt soll auch Erkenntnisse zu verfahrensmäßig sinnvollen und erfolgversprechenden Vorgehensweisen mit dem Ziel der Sicherung des in Deutschland bestehenden Schutzniveaus im Hinblick auf Bauwerkssicherheit, Umwelt- und Gesundheitsschutz und anderen öffentlichen Belangen liefern. Hierbei sind auch die von Deutschland vorgebrachten formalen Einwände nach Art. 18 der Bauproduktenverordnung zu berücksichtigen.“

Dazu werden wir im Folgenden zunächst (unter I.) den **EU-rechtlichen Rahmen** darstellen und analysieren, wobei ein Schwerpunkt auf der Bauproduktenverordnung (BauPVO)¹ liegt. Insbesondere ist zu klären, in welchem Umfang die Regelungen zur Verwendung von Bauprodukten durch das EU-Recht harmonisiert sind. Da die Bestimmungen teilweise unklar sind und keine Rechtsprechung der Unionsgerichte zur BauPVO besteht, sind viele Fragen offen. Das Gutachten zielt darauf ab, eine gut vertretbare Auslegung der BauPVO zu entwickeln. Die (beschränkte) Relevanz der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zur Bauproduktenrichtlinie (BauPRL)² behandeln wir (unter I.2.e)) gesondert.

Auf Grundlage des zuvor dargelegten Rechtsrahmens gehen (unter II.) wir auf die **Stellungnahmen im Notifizierungsverfahren** zur Musterbauordnung (MBO) und Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (VV TB) ein. Im Zentrum stehen dabei die Stellungnahmen der Kommission.

Im Anschluss erläutern wir die EU-rechtlichen Bestimmungen, welche (neben der BauPVO) die Zulässigkeit und Erforderlichkeit von **Produktinformationen** regeln (dazu unter III.) und zeigen zusammenfassend **Maßnahmen zur Sicherung des Schutzniveaus** in Deutschland auf (dazu unter IV.).

¹ Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates, ABl. 2011 L 88/5.

² Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl. 1989 L 40/12.

Inhaltsverzeichnis

I.	EU-rechtlicher Rahmen	7
1.	Warenverkehrsfreiheit.....	7
a)	Anwendungsbereich.....	7
b)	Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und Verhältnismäßigkeit.....	8
2.	BauPVO.....	11
a)	Gegenstand der Harmonisierung	11
b)	Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung für Bauprodukte	12
aa)	Verwendung von Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung.....	12
bb)	Festlegung der Wesentlichen Merkmale.....	13
cc)	Erforderliche und zusätzliche Erklärungen über die Leistung.....	16
i)	Leistungserklärungen nach Maßgabe der BauPVO	16
ii)	Zusätzliche Leistungserklärungen.....	17
c)	Reichweite der Harmonisierung und Kompetenzen der Mitgliedstaaten	21
aa)	Konzept der BauPVO	21
bb)	Kompetenzen der Mitgliedstaaten.....	23
d)	Anwendung der BauPVO auf Bauarten.....	26
e)	Rechtsprechung des EuGH zur BauPRL	29
aa)	Urteil des EuGH in Sache C-100/13 – Kommission / Deutschland	29
bb)	Urteil des EuGH in der Sache C-613/14 – James Elliott Construction	32
f)	Marktüberwachung nach Maßgabe der BauPVO	34
aa)	Konzept	34
bb)	Kontrollen	35
cc)	Risikobewertung	38
dd)	Beschränkende Maßnahmen und Verfahren	41
3.	Produktsicherheitsrichtlinie	45
a)	Reichweite und Konzept.....	45
b)	Anwendbarkeit im Bereich harmonisierter Bauprodukte	46
II.	Stellungnahmen im Notifizierungsverfahren zu MBO und VV TB	48
1.	Grundsätzliches	48
2.	Auseinandersetzung mit Stellungnahmen der Kommission zur MBO	48
a)	§§ 16b und 16c MBO (Ziff. 1.1 Mitteilung 303)	48
b)	§ 25 Abs. 2 MBO (Ziff. 1.2 Mitteilung 303).....	49

c)	§ 85a Abs. 2 Nr. 3 MBO (Ziff. 1.3 Mitteilung 303)	50
d)	§ 85a Abs. 2 Nr. 6 MBO (Ziff. 1.4 Mitteilung 303)	51
e)	§ 87 Abs. 4 MBO (Ziff. 1.5 Mitteilung 303)	53
f)	§§ 2 Abs. 10 und 3 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)	54
g)	§ 16b Abs. 2 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)	54
h)	§ 16c MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)	54
i)	§§ 17 bis 25 Abs. 1 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)	55
j)	§ 53 Abs. 1 Satz 4 und § 55 Satz 3 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)	57
3.	Auseinandersetzung mit Stellungnahmen der Kommission zur VV TB	58
a)	Rechtsgrundlage und Zusammenhang zwischen dem harmonisierten und dem nicht harmonisierten Bereich (Ziff. 1.1 Mitteilung 315)	58
b)	Einführung potenzieller „freiwilliger“ Strukturen im harmonisierten Bereich (Ziff. 1.2 Mitteilung 315)	58
c)	Behandlung der Leistung in Bezug auf „Glimmen [Schwelen]“ (Ziff. 1.3 Mitteilung 315)	59
d)	Anpassungen und/oder Ergänzungen des aufgrund der Bauprodukteverordnung harmonisierten Systems (Ziff. 1.4 Mitteilung 315)	59
e)	Behandlung von Emissionen gefährlicher Stoffe (Ziff. 1.5 Mitteilung 315) ..	60
f)	Bemerkungen zur VV TB (Mitteilung 315)	63
4.	Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Belgiens	63
5.	Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Finnlands	63
a)	§ 17 MBO (Mitteilung 104)	63
b)	§§ 53, 55, 81 MBO (Mitteilung 104)	64
c)	§ 81 MBO (Mitteilung 104)	64
d)	§ 85a MBO (Mitteilung 104)	65
e)	§ 87 MBO (Mitteilung 104)	65
f)	Ausführliche Stellungnahme (Mitteilung 116)	65
6.	Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Österreichs	66
a)	VV TB – ABG (Mitteilung 103)	66
b)	§ 16a MBO (Mitteilung 103)	67
7.	Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Spaniens	67
III.	EU-rechtliche Bestimmungen neben der BauPVO zu Produktinformationen	69
1.	Vorgaben der BauPVO für Produktinformationen	69
a)	Produktinformationen aufgrund gesetzlicher Grundlage	69

b)	Produktinformationen aufgrund privatrechtlicher Grundlage.....	69
2.	Bestimmungen zur CE-Kennzeichnung in Produktrichtlinien und der Verordnung (EG) Nr. 765/2008.....	71
a)	Anwendbarkeit im Bauproduktbereich	71
b)	Zulässigkeit von nationalen Kennzeichnungen und Zulassungen.....	74
3.	Produktsicherheitsrichtlinie	75
4.	Bedienungs- und Montageanleitungen beim Verbrauchsgüterkauf.....	76
a)	Anwendbarkeit im Bauproduktbereich	76
b)	Reichweite und Konzept	77
c)	Bedeutung für Zulässigkeit von Produktinformationen	77
5.	Festlegung von technischen Spezifikationen und Nachweisen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	78
a)	Technische Spezifikationen und Nachweise nach den Vergaberichtlinien..	78
b)	Anwendbarkeit im Bauproduktbereich	80
6.	Erhebung von Informationen im Rahmen der Marktüberwachung.....	82
a)	Systematische Kontrollen und Auskünfte.....	82
b)	Risikobezogene Kontrollen und Auskünfte	84
IV.	Maßnahmen zur Sicherung des Schutzniveaus in Deutschland.....	86
1.	Bestimmung der materiellen Sicherheitsanforderungen	86
2.	Formale Einwände	86
3.	Information und Warnung	87

I. EU-rechtlicher Rahmen

1. Warenverkehrsfreiheit

a) Anwendungsbereich

1. Die im EU-Primärrecht verankerte **Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)** verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Als eine Maßnahme gleicher Wirkung gilt jede Regelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den Handel in der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.³ Eine Behinderung des freien Warenverkehrs ist nach der Rechtsprechung bereits anzunehmen, wenn ein Importeur davon abgehalten wird, Produkte in dem betreffenden Mitgliedstaat in den Verkehr zu bringen oder zu vertreiben.⁴ Die Warenverkehrsfreiheit verbietet Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten **produktbezogenen Vorschriften** entsprechen müssen.⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn diese Vorschriften durch einen Zweck gerechtfertigt sind, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.
2. Sachverhalte sind allerdings **vorrangig anhand des Sekundärrechts zu prüfen**, soweit der Bereich sekundärrechtlich harmonisiert wurde.⁶ Im vorliegenden Kontext sind daher insbesondere die BauPVO (dazu unter 2.) als auch die Produktsicherheitsrichtlinie⁷ (dazu unter 3.) zu beachten. Ob und inwieweit ein Bereich durch das Sekundärrecht harmonisiert ist, muss den jeweiligen Bestimmungen entnommen werden.⁸

³ EuGH, Urteil vom 11.07.1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82, Rn. 5 – Dassonville; Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 22 – Fra.bo; Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 22 – Elenca.

⁴ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 22 – Fra.bo.

⁵ EuGH, Urteil vom 06.07.1995, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224, Rn. 12 – Mars; Urteil vom 24.11.1993, C-267/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 15 – Keck und Mithouard.

⁶ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 62 – Kommission / Deutschland.

⁷ Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. 2002 L 11/4.

⁸ Dazu auch unten (unter I.2.e)aa)).

b) Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und Verhältnismäßigkeit

3. Aus Art. 34 AEUV folgen auch die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung.⁹ Nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ist Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, **freier Zugang** zu den nationalen Märkten zu gewähren, auch wenn bei der Erzeugung dieser Produkte technische Vorschriften zur Anwendung kamen, die sich von denen unterscheiden, die bei einheimischen Produkten eingehalten werden müssen.¹⁰

4. Eine Behinderung des Warenverkehrs ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn die Mitgliedstaaten verlangen, dass Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und/oder vertriebene Bauprodukte in seinem Hoheitsgebiet vertreiben möchten, zunächst ein Genehmigungsverfahren durchlaufen und/oder **nationale Konformitätszeichen erwerben**.¹¹ Das soll auch dann gelten, wenn der Erwerb von Konformitätszeichen keine zwingende Voraussetzung ist, aber das nationale System einen Anreiz schafft, der die Hersteller veranlasst, diese **freiwillige Kennzeichnung** zu erwerben, um das Produkt in dem Mitgliedstaat vertreiben zu können.¹² Ein Anreiz kann etwa dann entstehen, wenn bei Produkten, welche die freiwillige Kennzeichnung tragen, die Vermutung besteht, dass sie konform sind und daher beispielsweise Architekten, Unternehmen oder Verbraucher Produkte mit der Kennzeichnung wählen.¹³

⁹ EuGH, Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 23 – Elenca.

¹⁰ Erwägungsgrund 3 Verordnung (EG) Nr. 764/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.07.2008 zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 3052/95/EG, ABl. 2008 L 218/21.

¹¹ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 23 – Fra.bo; Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 24 f. – Elenca; Urteil vom 22.01.2002, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, Rn. 43 – Canal Satélite Digital.

¹² EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 23, 30 – Fra.bo; Urteil vom 13.03.2008, C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160, Rn. 55 – Kommission / Belgien.

¹³ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 30 – Fra.bo; Urteil vom 13.03.2008, C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160, Rn. 50 – Kommission / Belgien.

5. Eine Behinderung des freien Warenverkehrs kann durch die in Art. 36 AEUV aufgezählten Gründe des Allgemeininteresses oder durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sein.¹⁴ Der Mitgliedstaat, in dem ein Produkt in Verkehr gebracht werden soll, hat grundsätzlich das Recht zu überprüfen, ob das Produkt ein Schutzniveau garantiert, das dem in den innerstaatlichen Vorschriften geforderten Schutzniveau entspricht.¹⁵ Dabei ist der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten. Daher muss die innerstaatliche Maßnahme geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.¹⁶
6. Unverhältnismäßig sind nach der Rechtsprechung des EuGH namentlich nationale Vorschriften, die automatisch die Vermarktung von aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Bauprodukten von der Anbringung einer Kennzeichnung oder sonstigen Nachweisen abhängig machen, sofern die Vorschriften eine **Prüfung ausschließen**, ob das Produkt die Sicherheitsanforderungen erfüllt.¹⁷ Diese auf die Warenverkehrsfreiheit bezogene Rechtsprechung findet ihre Entsprechung in Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien, welche die verhältnismäßige Verwendung von Gütezeichen regeln. Bei der Vergabe können zwar bestimmte technische Spezifikationen, wie die des EU-Umweltzeichens, in Bezug genommen werden.¹⁸ Der Auftraggeber muss aber auch andere gleichwertige Gütezeichen oder (hilfsweise) andere Belege akzeptieren.¹⁹
7. Es ist dagegen grundsätzlich nicht ausgeschlossen, in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebrachte Produkte einem **Vorabgenehmigungsverfahren** zu unterwerfen. Zwar behindert bereits das Bestehen solcher Verfahren den freien Wa-

¹⁴ EuGH, Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 24 f. – Elenca.

¹⁵ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, ABl. 2003 C 265/2, Ziffer 4.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 26 – Elenca; Urteil vom 13.03.2008, C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160, Rn. 61 – Kommission / Belgien.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 28 ff. – Elenca.

¹⁸ Dazu unten (unter III.5.a)).

¹⁹ Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94/65.

renverkehr.²⁰ Sie können aber zulässig sein, wenn sie verhältnismäßig ausgestaltet sind.²¹ Dies setzt zum einen voraus, dass das **Vorabgenehmigungsverfahren** an sich **erforderlich** ist, beispielsweise weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät käme, um deren tatsächliche Wirksamkeit sicherzustellen und damit das verfolgte Ziel zu erreichen.²² Als nicht erforderlich wird auch eine Maßnahme eines Mitgliedstaats angesehen, mit der im Wesentlichen Kontrollen erneut vorgenommen werden, die bereits im Rahmen anderer Verfahren, in demselben Staat oder in einem anderen Mitgliedstaat, durchgeführt worden sind.²³ Zum anderen muss der Mitgliedstaat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der **Anwendung der nationalen Vorschriften** beachten.²⁴ Anforderungen an eine verhältnismäßige Entscheidung lassen sich Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 764/2008 entnehmen:

„dabei gibt [die zuständige Behörde] die technische Vorschrift an, auf die sich die Entscheidung stützen soll und legt technische oder wissenschaftliche Belege dafür vor, dass:

a) die beabsichtigte Entscheidung durch einen in [Art. 36 AEUV] aufgeführten Grund des Allgemeininteresses oder durch andere übergeordnete Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und

b) die beabsichtigte Entscheidung geeignet ist, das damit verfolgte Ziel zu verwirklichen, ohne über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinauszugehen.

Die beabsichtigten Entscheidungen werden auf der Grundlage der Merkmale des fraglichen Produkts oder Produkttyps getroffen.“

²⁰ EuGH, Urteil vom 22.01.2002, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, Rn. 43 – Canal Satélite Digital.

²¹ Erwägungsgrund 11 Verordnung (EG) Nr. 764/2008.

²² EuGH, Urteil vom 22.01.2002, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, Rn. 43 – Canal Satélite Digital.

²³ EuGH, Urteil vom 22.01.2002, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, Rn. 36 – Canal Satélite Digital.

²⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, ABl. 2003 C 265/2, Ziffer 4.2.3.

Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 764/2008 verdeutlicht, dass Behörden bei Maßnahmen, die sich auf das Inverkehrbringen oder Inverkehrbleiben eines Produkts auswirken, **einzelfallbezogenen Nachweisanforderungen** unterliegen.

8. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gilt grundsätzlich nicht für Bauprodukte, die von einer harmonisierten technischen Spezifikation erfasst sind.²⁵ Es richtet sich daher nach der sekundärrechtlichen Harmonisierungsvorschrift (zur BauPVO sogleich, unter 2.), ob der Mitgliedstaat nach Maßgabe der Warenverkehrsfreiheit Anforderungen an ein Produkt aufstellen darf.²⁶

2. BauPVO

a) Gegenstand der Harmonisierung

9. Die BauPVO harmonisiert gemäß Art. 1 BauPVO die „*Regeln über die Angabe der Leistungen von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale sowie über die Verwendung der CE-Kennzeichnung*“. Durch die Festlegung harmonisierter technischer Spezifikationen (harmonisierte Normen und Europäische Bewertungsdokumente) „zur Angabe der Leistungen von Bauprodukten“ soll das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erreicht werden.²⁷
10. Die BauPVO enthält (in Anhang I) **Grundanforderungen an Bauwerke**. Gemäß Art. 3 Abs. 2 BauPVO werden die Wesentlichen Merkmale von Bauprodukten in harmonisierten technischen Spezifikationen in Bezug auf die Grundanforderungen an Bauwerke festgelegt.
11. Die **harmonisierten technischen Spezifikationen enthalten Verfahren und Kriterien** (z.B. Prüfungen und Berechnungsverfahren) **für die Bewertung der Leistung** von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale.²⁸ Dabei kön-

²⁵ Kommission, 13.10.2011, Leitlinien, Die Anwendung der Verordnung über die gegenseitige Anerkennung auf Bauprodukte ohne CE-Kennzeichnung, Ziffern 3 und 5.2.

²⁶ Langner/Klindt, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 71.

²⁷ Erwägungsgrund 58 BauPVO.

²⁸ Art. 17 Abs. 3, Art. 24 Abs. 1, Erwägungsgrund 11 BauPVO; siehe auch Art. 19 Abs. 1 lit. a) und b) BauPVO.

nen sie sich auf einen bestimmten Verwendungszweck der jeweiligen Produkte beziehen.²⁹ In der harmonisierten Norm ist auch die anzuwendende werkseigene Produktionskontrolle festzulegen.³⁰

b) Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung für Bauprodukte

aa) Verwendung von Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung

12. Bauprodukte, die in den Anwendungsbereich von harmonisierten Normen nach der BauPVO fallen, müssen die **CE-Kennzeichnung** tragen.³¹ Bei Produkten, die von einem Europäischen Technischen Bewertungsdokument erfasst sind, ist eine CE-Kennzeichnung nur verpflichtend, sofern für das Produkt – auf Antrag gemäß Art. 26 Abs. 1 BauPVO – eine Europäische Technische Bewertung ausgestellt wurde.³² Gemäß Art. 8 Abs. 3 BauPVO ist *„die CE-Kennzeichnung die einzige Kennzeichnung, die die Konformität des Bauprodukts mit der erklärten Leistung in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale, die von dieser harmonisierten Norm oder der Europäischen Technischen Bewertung erfasst sind, bescheinigt.“*
13. Mit der CE-Kennzeichnung übernimmt der Hersteller die Verantwortung für die **Konformität des Bauprodukts mit dessen erklärter Leistung** sowie für die Einhaltung aller geltenden Anforderungen, die in der BauPVO und in anderen einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union, welche die Anbringung vorsehen, festgelegt sind.³³ Die Leistungserklärung gibt nach Art. 6 Abs. 1 BauPVO die Leistung von Bauprodukten in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale dieser Produkte gemäß den einschlägigen harmonisierten technischen Spezifikationen an. Es sind also bei der Leistungserklärung die in den Spezifikationen festgelegten Verfahren und Kriterien für die Bewertung der Leistung von Bauprodukten zu beachten. Der Inhalt einer Leistungserklärung ist näher in Art. 6 Abs. 3 BauPVO geregelt.

²⁹ Art. 17 Abs. 3 BauPVO.

³⁰ Art. 17 Abs. 4 BauPVO.

³¹ Art. 4 Abs. 1 BauPVO.

³² Art. 4 Abs. 1 BauPVO.

³³ Art. 8 Abs. 2 BauPVO.

14. Die Leistungserklärung hat „*verbindlichen Charakter*“.³⁴ Hersteller sind verpflichtet, eine **Leistungserklärung nach den Vorgaben der BauPVO** zu machen, soweit die Leistungen von einer harmonisierten Norm oder einer für das Bauprodukt ausgestellten Europäischen Technischen Bewertung erfasst sind. Gemäß Art. 4 Abs. 2 BauPVO dürfen Angaben (in jeglicher Form) über die Leistungen des Produkts – in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale gemäß den anwendbaren harmonisierten technischen Spezifikationen – nur zur Verfügung gestellt werden, wenn sie in der Leistungserklärung enthalten und spezifiziert sind. Dies schließt allerdings nicht aus, dass Hersteller freiwillig alle sonstigen erforderlichen Angaben zu dem Produkt machen (dazu auch unten, unter cc)ii)).

bb) Festlegung der Wesentlichen Merkmale

15. Die Leistungserklärung und die damit verbundene CE-Kennzeichnung beziehen sich gemäß Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 BauPVO jeweils auf die von der einschlägigen harmonisierten technischen Spezifikation erfassten Wesentlichen Merkmale. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen könnte **Raum für andere** – d.h. nicht nach der BauPVO erfolgende – **Erklärungen über die Leistungen oder Kennzeichnungen** sein, sofern sich die Spezifikationen nicht auf alle Wesentlichen Merkmale eines Bauprodukts beziehen würden. Es ist allerdings fraglich, ob dies nach der BauPVO möglich sein soll. Nach Art. 17 Abs. 3 BauPVO enthalten harmonisierte Normen „*die Verfahren und Kriterien für die Bewertung der Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale*.“ Dies deutet darauf hin, dass jeweils alle Wesentlichen Merkmale erfasst sind. Dagegen muss ein Europäisches Bewertungsdokument nur die Wesentlichen Merkmale enthalten, „*die für den vom Hersteller vorgesehenen Verwendungszweck des Produkts von Belang sind und auf die sich der Hersteller und die Organisation Technischer Bewertungsstellen geeinigt haben*“. Dies deutet darauf hin, dass nicht zwingend alle Wesentlichen Merkmale erfasst sein müssen oder jedenfalls nur die für den jeweiligen Verwendungszweck relevanten Merkmale.
16. Da der **Wortlaut** der Bestimmungen **nicht eindeutig** ist, sind mindestens zwei Interpretationen denkbar. Die BauPVO könnte entweder vorsehen, dass eine harmoni-

³⁴ Standpunkt (EU) Nr. 15/2010 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf die Annahme einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates, ABl. 2010 C 282E/1.

sierte technische Spezifikation die wesentlichen Merkmale abschließend erfasst, oder zulassen, dass eine harmonisierte Spezifikation unvollständig ist und wesentliche Merkmale ergänzt werden können:

17. **Wesentliche Merkmale abschließend festgelegt?** Anhaltspunkte für die Reichweite der (abschließenden) Harmonisierung – hinsichtlich Leistungserklärung und Kennzeichnung – könnte insofern die Definition des Begriffs der „Wesentlichen Merkmale“ geben. Wesentliche Merkmale sind gemäß Art. 2 Nr. 4 BauPVO *„diejenigen Merkmale des Bauprodukts, die sich auf die Grundanforderungen an Bauwerke beziehen“*. Die Grundanforderungen an ein Bauwerk ergeben sich wiederum nach Anhang I der BauPVO aus dem Verwendungszweck für ein Bauwerk, für den sie tauglich sein müssen. Daraus könnte folgen, dass die **Wesentlichen Merkmale feststehen** und lediglich bestimmt werden müssen. Ihre Festlegung (gemäß Art. 3 Abs. 2 BauPVO) in den harmonisierten technischen Spezifikationen hätte demnach „deklaratorischen Charakter“ und müsste grundsätzlich alle Merkmale erfassen. Sofern ein Bauprodukt von einer harmonisierten technischen Spezifikation erfasst ist, kämen demnach weitere, von der Spezifikation nicht erfasste Merkmale daher nur in Betracht, wenn sie sich auf einen von der harmonisierten technischen Spezifikation nicht erfassten Verwendungszweck bezieht, für den die Merkmale nicht relevant sind.
18. **Wesentliche Merkmale nicht zwingend vollständig erfasst?** Art. 19 Abs. 1 BauPVO spricht hingegen dafür, dass nicht zwingend alle Wesentlichen Merkmale erfasst sind.³⁵ Art. 19 Abs. 1 BauPVO ist gerade dann anwendbar, wenn ein Bauprodukt von einer harmonisierten Norm nicht vollständig erfasst ist. Auch Art. 6 Abs. 3 lit. b) BauPVO (*„die Liste der Wesentlichen Merkmale, die [...] festgelegt wurden“*) und Art. 8 Abs. 3 UAbs. 2 BauPVO (*„die von einer harmonisierten Norm erfassten Wesentlichen Merkmale“*) sprechen dafür, dass nicht zwingend alle Wesentlichen Merkmale erfasst sein müssen.
19. Im **Ergebnis** sprechen u.E. die besseren Argumente dafür, dass nicht zwingend alle wesentlichen Merkmale eines Bauprodukts von den harmonisierten Normen erfasst sind. Insbesondere steht dieses Verständnis nicht im Widerspruch zur Definition in Art. 2 Nr. 4 BauPVO und Anhang I der BauPVO. Diese Bestimmungen sind wohl so zu verstehen, dass die Wesentlichen Merkmale eines Bauprodukts grundsätzlich festste-

³⁵ Winkelmüller/van Schewick/Müller, Praxishandbuch Bauproduktrecht, 2015, Rn. 110, 218 und 646.

hen bzw. sich aus den Grundanforderungen an ein Bauwerk ergeben. Dies bedeutet allerdings nicht, dass jede harmonisierte Norm alle Wesentlichen Merkmale abdeckt. Die **harmonisierten Wesentlichen Merkmale** sind vielmehr **der jeweiligen harmonisierten Norm zu entnehmen**. Allenfalls insoweit kann von einer „abschließenden Harmonisierung“ gesprochen werden.³⁶ Mitgliedstaatliche Anforderungen an die Verfahren und Dokumentation sind daher insoweit bei harmonisierten Bauprodukten möglich, als das jeweilige Wesentliche Merkmal nicht von einer Norm erfasst ist.³⁷

20. Der Umfang der Harmonisierung eines Bauprodukts kann zudem dadurch beschränkt werden, dass der erfasste **Verwendungszweck** gemäß Art. 17 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 1 BauPVO **konkretisiert** wird. Dem Konzept entspricht es offenbar, dass ein Bauprodukt mehrere Verwendungszwecke haben kann. Das **Bauprodukt** ist zwar **der Sache nach immer dasselbe**. Nur weil eine harmonisierte Norm ein Wesentliches Merkmal eines Produkts nicht enthält, ist es nicht zwingend ein anderes Produkt.³⁸ Wie soeben (Rn. 17 ff.) dargelegt, ergeben sich die Wesentlichen Merkmale eines Bauprodukts aus den Grundanforderungen an Bauwerke, für die es verwendet werden kann. Ob es sich um ein Bauprodukt oder um zwei Bauprodukte handelt, muss sich daher aus einer Gesamtwürdigung der tatsächlichen Eigenschaften (nicht aus den harmonisierten Wesentlichen Merkmalen) ergeben.³⁹ Es ist aber denkbar, dass die Harmonisierung je nach Verwendungszweck des Bauprodukts unterschiedlich zu beurteilen ist. So kann ein Bauprodukt für einen Verwendungszweck hinsichtlich bestimmter Wesentlicher Merkmale harmonisiert sein, für einen anderen Verwendungszweck dagegen nicht oder hinsichtlich anderer Wesentlicher Merkmale harmonisiert sein.
21. Schließlich sind nach der Definition „Wesentlicher Merkmale“ Merkmale nicht erfasst (und daher nicht harmonisiert), die sich nicht auf die Grundanforderungen beziehen. Da die Grundanforderungen weit gefasst sind, dürften wenige andere – d.h. **nicht „Wesentliche“** – Merkmale denkbar sein, welche die Mitgliedstaaten festlegen wol-

³⁶ Dazu auch unten (unter I.2.e)aa)). Weitere Einschränkungen der Harmonisierung ergeben sich durch die Bestimmung des festgelegten Verwendungszwecks sowie dadurch, dass die Harmonisierung dem Gegenstand nach beschränkt ist, insbesondere nicht die materiellen Anforderungen an die Verwendung des Bauprodukts erfasst.

³⁷ Dazu auch unten (unter I.2.c)).

³⁸ Vgl. auch: Art. 19 Abs. 1 lit. c) BauPVO.

³⁹ Dasselbe Produkt kann daher nicht einerseits mit CE-Kennzeichnung und andererseits mit einer nationalen Kennzeichnung vermarktet werden.

len. Zudem ist bei Zwecken, die nicht durch die Grundanforderungen erfasst sind, fraglich, ob sie eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen würden.

cc) Erforderliche und zusätzliche Erklärungen über die Leistung

i) Leistungserklärungen nach Maßgabe der BauPVO

22. Wie bereits oben (unter aa)) erläutert, dürfen Angaben (in jeglicher Form) über die Leistungen des Produkts in Bezug auf die erfassten Wesentlichen Merkmale nur zur Verfügung gestellt werden, wenn sie in der Leistungserklärung enthalten und spezifiziert sind. Der zulässige und notwendige Inhalt der Leistungserklärung ergibt sich aus der BauPVO. Gemäß Art. 6 Abs. 1 BauPVO muss die Leistungserklärung „*die Leistung von Bauprodukten in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale dieser Produkte gemäß den einschlägigen harmonisierten technischen Spezifikationen*“ angeben. Auch Ziffer 9 Anhang III BauPVO spricht dafür, dass die Leistungen nur bezogen auf die harmonisierten technischen Spezifikationen erfolgen könnten.
23. Die BauPVO sieht zudem ein Instrument vor, um eine Leistungserklärung im (bisher) nicht harmonisierten Bereich zu ermöglichen und insofern Lücken zu schließen. Wenn der Hersteller Leistungen erklären will, die nicht von einer harmonisierten Norm erfasst sind, muss er, um eine CE-Kennzeichnung zu erlangen, eine **Europäische Technische Bewertung beantragen**.

„Damit ein Hersteller eines Bauprodukts eine Leistungserklärung für ein Produkt ausstellen kann, das nicht oder nicht ganz von einer harmonisierten Norm erfasst ist, ist es erforderlich, eine Europäische Technische Bewertung vorzusehen.“⁴⁰

24. Die ergänzende Funktion der Europäischen Technischen Bewertung hat die Kommission in dem Entwurf der BauPVO dargestellt:

„Um Herstellern und Importeuren zur Bewertung der Leistung eines Bauprodukts, das sie in Verkehr bringen wollen, mehr Flexibilität zu gewähren, sollten sie eine Europäische Technische Bewer-

⁴⁰ Erwägungsgrund 20 BauPVO.

tung auch dann beantragen dürfen, wenn das Produkt von einer harmonisierten Norm erfasst ist.“⁴¹

25. Daher können Leistungen nach der BauPVO erklärt werden, soweit die wesentlichen Merkmale harmonisiert sind.⁴² Es ergibt sich daher aus den auf Grundlage der BauPVO erstellten harmonisierten Normen und der für ein Bauprodukt ausgestellten Europäischen Technischen Bewertungen, **ob Erklärungen** zu der Leistung eines Produkts **nach Maßgabe der BauPVO** und harmonisierten technischen Spezifikationen oder aber nach nationalem Recht **erfolgen**. Welche Wesentlichen Merkmale und Verwendungszwecke harmonisiert sind, muss der harmonisierten technischen Spezifikation entnommen werden. Dies bedarf möglicherweise der Auslegung. Sofern nationale Gerichte damit befasst sind, können sie Fragen zur Auslegung gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen.⁴³ In letzter Instanz kann sogar gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Vorlagepflicht bestehen.⁴⁴

ii) **Zusätzliche Leistungserklärungen**

26. Aus den oben erläuterten Vorschriften der BauPVO ergibt sich ein (potenzielles) **rechtliches und praktisches Dilemma**⁴⁵: Die Mitgliedstaaten können die materiellen Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten bestimmen, dürfen aber gemäß Art. 4 Abs. 3 und 8 Abs. 3 und 4 BauPVO in Bezug auf die von der technischen Spezifikationen erfassten Wesentlichen Merkmale keine weiteren Erklärungen oder Kennzeichnungen verlangen. Auch wenn die Mitgliedstaaten die Anforderungen gemäß Art. 8 Abs. 6 BauPVO an die harmonisierten Normen anpassen, ist nicht sichergestellt, dass die **Dokumentation ausreichend** ist, um beurteilen zu können, ob die materiellen Anforderungen eingehalten werden. Die Kommission hat in zwei Beschlüssen zu formalen Einwänden Deutschlands festgestellt, dass **mitgliedstaatliche Bestim-**

⁴¹ Kommission, 23.05.2008, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, KOM(2008) 311 endgültig, 2008/0098 (COD), Erwägungsgrund 17.

⁴² Zum Umfang der Harmonisierung der Wesentlichen Merkmale siehe oben (unter I.2.b)bb)).

⁴³ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821, Rn. 47 – James Elliott Construction.

⁴⁴ Klindt/Wende, EuZW 2017, S. 66, 67.

⁴⁵ Dazu auch: Bundesverband der Prüfsachverständigen für Bautechnik, 31.10.2016, Positionspapier zur Bayerischen Bauordnung und zur Verordnung über die Prüfsachverständigen, Prüfämter und Prüfsachverständigen im Bauwesen vor dem Hintergrund der baurechtlichen Randbedingungen nach dem 15/10/2016.

mungen zur Bewertung von Bauprodukten auch dann **ausgeschlossen** sind, wenn die harmonisierten Normen (möglicherweise sicherheitsrelevante) Lücken enthalten, sofern die Norm Bestimmungen zu dem Wesentlichen Merkmal enthält.⁴⁶

27. Die BauPVO sieht für diese Situation als **Lösung** die Möglichkeit vor, eine **Europäische Technische Bewertung** zu nutzen: Gemäß Art. 19 Abs. 1 lit. b) BauPVO kann ein Hersteller eine Europäische Technische Bewertung beantragen, wenn die Leistung eines Produkts nicht vollständig anhand einer bestehenden harmonisierten Norm bewertet werden kann, weil das in der Norm vorgesehene Bewertungsverfahren für mindestens ein Wesentliches Merkmal nicht geeignet ist. Dadurch wird für nicht (vollständig) harmonisierte Bauprodukte die Möglichkeit eröffnet, eine CE-Kennzeichnung zu erlangen und auf diesem Weg in allen Mitgliedstaaten die Leistungen des Produkts nachzuweisen. Diese Verfahren sind allerdings aufwendig, insbesondere wenn noch kein geeignetes Europäisches Bewertungsdokument vorliegt und dies gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. c) BauPVO im Rahmen eines Verfahrens nach Anhang II BauPVO angenommen und mit dem nach Art. 24 BauPVO erforderlichen Inhalt erstellt werden muss.
28. Zudem ist es u.E. **nicht immer zulässig, eine Europäische Technische Bewertung ausstellen zu lassen**, auch wenn noch keine einschlägige harmonisierte Norm besteht. Eine solche Situation besteht, sofern bereits ein Mandat erteilt wurde, für ein Bauprodukt eine entsprechende harmonisierte Norm zu erstellen, aber zu dem Zeitpunkt weder die harmonisierte Norm noch ein Europäisches Technisches Bewertungsdokument vorliegt. Dafür spricht Art. 26 Abs. 1 UAbs. 2 BauPVO:

„Sofern ein Europäisches Bewertungsdokument vorliegt, kann eine Europäische Technische Bewertung auch dann ausgestellt werden, wenn ein Mandat für eine harmonisierte Norm erteilt wurde. Die

⁴⁶ Beschluss (EU) 2017/145 der Kommission vom 25.01.2017 über die Beibehaltung des Verweises auf die harmonisierte Norm EN 14904:2006 „Sportböden – Sportböden für Hallen und Räume multifunktionaler Sportnutzung und Mehrzwecknutzung – Anforderungen“ im Amtsblatt der Europäischen Union mit einer Einschränkung gemäß der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2017 L 22/62, Rn. 12 ff.; Beschluss (EU) 2017/133 der Kommission vom 25.01.2017 über die Belassung mit Einschränkung des Verweises auf die harmonisierte Norm EN 14342:2013 „Holzfußböden und Parkett – Eigenschaften, Bewertung der Konformität und Kennzeichnung“ im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2017 L 21/113, Rn. 12 ff.

Ausstellung kann bis zu dem von der Kommission nach Artikel 17 Absatz 5 festgelegten Beginn der Koexistenzperiode erfolgen.“

29. Auch wenn Art. 26 Abs. 1 UAbs. 2 BauPVO (oder eine andere Bestimmung) nicht explizit eine Europäischen Technische Bewertung für den Fall verbietet, dass ein Mandat gemäß Art. 17 Abs. 1 BauPVO erteilt wurde und noch kein Europäisches Technisches Bewertungsdokument vorliegt, hat sie u.E. nur Sinn, wenn andernfalls die Erteilung eines Mandats eine Europäische Technische Bewertung ausschließt. Ziel ist es offenbar, **konkurrierende Bewertungssysteme für Bauprodukte zu verhindern**. Daher müssen gemäß Art. 17 Abs. 5 BauPVO (nach einer Koexistenzperiode) nicht nur nationale Normen aufgehoben werden. Auch aus den Voraussetzungen für eine Europäische Technische Bewertung ergibt sich, dass eine Europäische Technische Bewertung immer nur dann in Betracht kommt, wenn keine (geeignete) harmonisierte Norm existiert. Auch Art. 3 Abs. 6 der Verordnung (EU) NR. 1025/2012⁴⁷ enthält den Grundsatz, dass bereits ab Mandatierung keine konkurrierenden Maßnahmen ergriffen werden dürfen.
30. Es kann daher aufgrund der Erteilung eines Mandats vorübergehend unmöglich sein, eine Leistungserklärung für ein Bauprodukt abzugeben und eine CE-Kennzeichnung zu erlangen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Europäische Technische Bewertung ausgeschlossen ist, sofern die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 BauPVO erfüllt sind, also beispielsweise weil die Leistung in Bezug auf mindestens ein Wesentliches Merkmal (voraussichtlich) nicht anhand der (mandatierten) Norm erklärt werden kann.
31. Hersteller können jedoch gegenüber ihren Kunden auch auf andere Weise die Leistungen ihrer Produkte dokumentieren. Da es Zweck der BauPVO ist, durch harmonisierte technische Spezifikationen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu erreichen⁴⁸, wäre es nicht schlüssig, die BauPVO so zu interpretieren, dass andere freiwillige Dokumentationsmöglichkeiten ausgeschlossen werden. Denkbar ist daher, dass die Hersteller oder die am Bau Beteiligten die **Dokumentation für die bauaufsichtli-**

⁴⁷ Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2012 L 316/12.

⁴⁸ Erwägungsgrund 58 BauPVO.

che Prüfung bereitstellen. Nach der MBO sind der Bauherr und die anderen am Bau Beteiligten für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften verantwortlich.⁴⁹ Sie treffen auch die Nachweis- und Dokumentationspflichten.⁵⁰ Müssen die am Bau Beteiligten die Erfüllung der auf die Bauprodukte bezogenen Anforderungen nachweisen und dokumentieren, hat dies allerdings Einfluss auf den Zeitpunkt, die Prüfer und die Art der Prüfung: Statt einer allgemeinen ex ante-Prüfung der Leistungen von Bauprodukten ist eine Prüfung des Einzelfalls („auf der Baustelle“) durch lokale Bauaufsichtsbehörden, Prüfsachverständige und Prüfingenieure erforderlich. Um Sicherheit hinsichtlich der erforderlichen Dokumentation zu haben, müssen die Anforderungen – über den Einzelfall hinaus – **vorab und transparent** aufgestellt werden. Dazu sind rein verwaltungsinterne Vorschriften nicht geeignet.

32. Es könnte allerdings Art. 4 Abs. 3 und 8 Abs. 3 und 4 BauPVO widersprechen, wenn der Staat die für die bauaufsichtliche Prüfung erforderliche und geeignete Dokumentation vorab festlegt. Dies wäre allerdings wohl dann nicht der Fall, wenn die **staatlichen Regelungen für die technische Dokumentation optional** sind, also nur ein Modell sind, an dem sich die Hersteller und die am Bau Beteiligten orientieren können. Den Herstellern steht es grundsätzlich frei, losgelöst von den gesetzlich geforderten Angaben und Kennzeichnungen Belege beizubringen. Es ist u.E. nicht ausgeschlossen, außerhalb der Leistungserklärung Angaben über Leistungen des Produkts in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale zu machen. Art. 4 Abs. 2 BauPVO sieht lediglich vor, dass der Hersteller diese Angaben in einer Leistungserklärung machen muss, soweit sie sich auf Wesentliche Merkmale gemäß den anwendbaren harmonisierten technischen Spezifikationen beziehen. Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass dies die einzige Erklärung zu Leistungen sein darf, zumal Art. 4 BauPVO keine mit Art. 8 Abs. 3 BauPVO vergleichbare „Exklusivitätsregelung“ enthält. Ein Ausschluss zusätzlicher Erklärungen zu Leistungen würde auch der Zielrichtung der BauPVO entgegenlaufen: Statt den Warenverkehr zu erleichtern, würde sie ausschließen, dass die Hersteller Erklärungen machen, die zum Nachweis der (zulässigen) nationalen Anforderungen erforderlich sind. Nach unserem Dafürhalten muss Art. 4 Abs. 2 BauPVO daher so ausgelegt werden, dass **freiwillige Erklärungen der Hersteller** zu zusätzlichen Leistungen des Bauprodukts grundsätzlich zulässig sind.

⁴⁹ § 52 ff. MBO.

⁵⁰ Dazu unten (unter II.2.j)).

33. Aus Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO folgt auch nicht, dass der Mitgliedstaat keine **Belege für „zusätzliche Leistungen“** verlangen darf. Art. 8 Abs. 3 BauPVO verbietet lediglich, hinsichtlich der gemäß der BauPVO erklärbaren Leistung eine andere Kennzeichnung zu verlangen. Gemäß Art 8 Abs. 4 BauPVO darf der Mitgliedstaat Bauprodukte nur dann nicht behindern, wenn die erklärbare Leistung den nationalen materiellen Anforderungen entsprechen. Wenn die erklärten Leistungen aber nicht ausreichend sind, um die Anforderungen an die Verwendung nachzuweisen, muss der Mitgliedstaat nicht die Verwendung des Bauprodukts akzeptieren. Da die CE-Kennzeichnung keine Brauchbarkeitsvermutung beinhaltet, ist es auch schlüssig, dass sich der Mitgliedstaat die „Brauchbarkeit“ bzw. die Einhaltung der materiellen Anforderungen nachweisen lässt. Wie oben (unter 1.b)) dargelegt, wäre es allerdings problematisch, wenn die vorgesehenen Dokumentationsmöglichkeiten *de facto* verbindlich sein sollten. Dies wäre etwa der Fall, wenn sich aus der Anwendungspraxis ergibt, dass andere Belege (von der Bauaufsicht) grundsätzlich nicht akzeptiert werden.
34. Eine weitere Möglichkeit, freiwillige Angaben zu machen, ergibt sich indirekt aus den Bestimmungen zur Marktüberwachung. Die Hersteller können grundsätzlich **präventiv mit den Marktüberwachungsbehörden kooperieren**, um sicherzustellen, dass ihre Produkte die Sicherheitsanforderungen erfüllen.⁵¹ Sie können dazu auch klären, wie sie die Sicherheit ihrer Produkte dokumentieren. Diese präventive Kooperation mit den Marktüberwachungsbehörden ist allerdings der Marktüberwachung vorgeschaltet. Sie ist freiwillig, und es bestehen daher keine Auskunftspflichten der Hersteller. Denkbar wäre auch, dass die Marktüberwachungsbehörden offenlegen, nach welchen Kriterien sie – im Rahmen des EU-rechtlich Zulässigen – Produkte prüfen.

c) Reichweite der Harmonisierung und Kompetenzen der Mitgliedstaaten

aa) Konzept der BauPVO

35. Gegenstand der Harmonisierung sind – wie oben (unter a) und b)) dargestellt – die Regeln über die Angabe der Leistungen von Bauprodukten und die dafür erforderlichen Verfahren und Kriterien für die Bewertung der Leistung.⁵² Die Harmonisierung der Verfahren und Kriterien für die Bewertung der Leistung ist erforderlich, damit die Her-

⁵¹ Dazu unten (unter I.2.f)bb)).

⁵² Auch die Stellungnahme Belgiens hebt diesen Aspekt hervor (siehe unten, II.4.).

steller Leistungserklärungen abgeben können, welche die Prüfung erlauben, ob die nationalen Anforderungen eingehalten werden. Denn auch die Mitgliedstaaten müssen die Verfahren, die sie in ihren Anforderungen an Bauwerke verwenden, sowie andere nationale Regeln in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale von Bauprodukten an die harmonisierten Normen anpassen.⁵³ Es soll mit anderen Worten sichergestellt werden, dass sowohl die mitgliedstaatlichen Behörden als auch die Hersteller eine „**gemeinsame Fachsprache**“⁵⁴ verwenden:

„Die gemeinsame Fachsprache der harmonisierten technischen Spezifikationen soll das erforderliche Hilfsmittel für Beschreibung und Bewertung der geforderten Merkmale der Bauprodukte darstellen. Ihre Verwendung soll es zum einen den nationalen Behörden gestatten, alle fraglichen Produkte nach Bedarf zu prüfen, und zum anderen den Bauherren in die Lage versetzen, die Produkte möglichst sachgerecht und wirkungsvoll zu verwenden. Wenn die Behörden der Mitgliedstaaten die gewünschte Produktleistung festlegen oder diese von den Herstellern angegeben wird, so geschieht dies mit Hilfe des gemeinsamen technischen Sprachgebrauchs.“⁵⁵

36. Die BauPVO ist dagegen keine Grundlage, um die technischen Anforderungen an Bauprodukte zu harmonisieren. Anders als bei anderen EU-Harmonisierungsvorschriften im Bereich der Produktsicherheit sollen nach der BauPVO nicht durch harmonisierte Normen einheitliche Sicherheitsstandards oder andere wesentlichen Anforderungen von öffentlichem Interesse festgelegt werden.⁵⁶ Die BauPVO unterscheidet sich insofern auch von der BauPRL, als sie **keine technischen Anforderungen** und **keine**

⁵³ Art. 8 Abs. 6 BauPVO.

⁵⁴ Die BauPVO nimmt die „Einführung einer gemeinsamen Fachsprache“ ausdrücklich in Erwägungsgrund 54 auf.

⁵⁵ Kommission, 23.05.2008, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, KOM(2008) 311 endgültig, 2008/0098 (COD), Ziffer 1.1 (Hervorhebung nur hier).

⁵⁶ Abend, EuZW 2013, S. 611, 612; Winkelmüller/van Schewick/Müller, Praxishandbuch Bauproduktrecht, 2015, Rn. 220. Vgl. zur Bedeutung nach anderen Produktrichtlinien: Langner/Klindt, in: Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 50; Koch, InTer 2013, S. 146, 148; Schucht, EuZW 2017, S. 46, 50.

Brauchbarkeitsvermutung aufstellt.⁵⁷ Die CE-Kennzeichnung gibt gemäß Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BauPVO das Leistungsniveau des Produkts an. Sie gibt dagegen nicht die Konformität im engeren Sinne an, also die Einhaltung von wesentlichen Anforderungen an die zu erzielenden Ergebnisse oder die abzuwendenden Gefahren.⁵⁸

bb) Kompetenzen der Mitgliedstaaten

37. Die BauPVO greift nicht in die **Kompetenz der Mitgliedstaaten** ein, die **Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten zu regeln**. So ist es gemäß Art. 8 Abs. 4 BauPVO nur dann verboten, die Bereitstellung und Verwendung von Bauprodukten zu behindern, wenn die erklärten Leistungen den Anforderungen für diese Verwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat entsprechen. Die vom Hersteller zu erklärenden Leistungen des Bauprodukts sollen sich daher auch nach den Bestimmungen des Mitgliedstaates richten.⁵⁹
38. Mitgliedstaaten können grundsätzlich **Produktanforderungen** festlegen, die mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar und insbesondere zum Schutz von Zwecken des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.⁶⁰ Die BauPVO harmonisiert – wie oben (unter a) und aa)) erläutert – die Nachweise, Verfahren und Bewertungsmethoden, sodass die Mitgliedstaaten für die Festlegung der materiellen Anforderungen zuständig sind. Die Anforderungen sind allerdings **in der Regel verwendungsbezogen festzulegen**, d.h. im Hinblick auf ihre Funktion im Bauwerk. Wie sich bereits aus der Definition des Bauprodukts in Art. 2 Nr. 1 BauPVO ergibt, sind die Produkte nicht losgelöst von der Verwendung im Bauwerk zu sehen, da sie nur dann Bauprodukte im Sinne der BauPVO

⁵⁷ Schneider/Thielecke, NVwZ 2015, 34, 36 f.; Winkelmüller/van Schewick/Müller, Praxishandbuch Bauproduktrecht, 2015, Rn. 221. Vgl. dagegen: Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 BauPRL; dazu: von Bernstorff/Runkel/Seyfert, Bauproduktengesetz, 1992, S. 75; Jarass, NZBau 2008, S. 145, 147.

⁵⁸ Kommission, Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Fn. 219. Auf die von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Bedeutung der CE-Kennzeichnung nach der BauPVO weist auch Erwägungsgrund 30 BauPVO hin.

⁵⁹ Art. 6 Abs. 3 lit. e) BauPVO. Auch der Rat weist darauf hin, dass „die anzugebenden Wesentlichen Merkmale (...) durch nationale Bestimmungen in dem Mitgliedstaat, in dem der Hersteller das Produkt in Verkehr bringen möchte, festgelegt“ werden, vgl. Standpunkt (EU) Nr. 15/2010 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf die Annahme einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates, ABl. 2010 C 282E/1.

⁶⁰ Dazu oben (unter I.1).

sind, wenn sie im Bauwerk eingebaut werden sollen und sich auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirken. Zudem erscheint es nur möglich, Behinderungen des Warenverkehrs aufgrund von Bauproduktanforderungen zu rechtfertigen, wenn sie wegen der Grundanforderungen an Bauwerke erforderlich sind. Eine Ausnahme dürften insofern Anforderungen sein, die sich beispielsweise auf Gefahren bei der Lagerung oder der Handhabung des Bauprodukts vor oder während des Einbaus beziehen. Diesbezügliche Anforderungen können im Einzelfall auch losgelöst von dem Verwendungszweck gerechtfertigt sein.

39. Der mitgliedstaatlichen Kompetenz, die materiellen Anforderungen festzulegen, trägt die BauPVO beispielsweise dadurch Rechnung, dass die Produktinformationsstellen der Mitgliedstaaten explizit auch für Bauprodukte die für einen bestimmten Produkttyp (auf dem jeweiligen Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats der Produktinformationsstellen) geltenden technischen Vorschriften zur Verfügung stellen müssen.⁶¹ Eine solche Information wäre nicht erforderlich, wenn die Anforderungen an die Bauprodukte Gegenstand unionsweiter Harmonisierung wären.
40. Die **Festlegung und Verwendung von Leistungsstufen und -klassen** entspricht dieser Kompetenzverteilung: Auf Unionsebene werden die Leistungsstufen festgelegt.⁶² Die Mitgliedstaaten bestimmen dagegen, welche Leistungsstufen Bauprodukte (mindestens oder höchstens) erfüllen müssen, damit sie für bestimmte Zwecke verwendet werden dürfen.

„Hat die Kommission Klassifizierungssysteme nach [Art. 27 Abs. 1 BauPVO] festgelegt, so können die Mitgliedstaaten die Leistungsstufen oder -klassen, die Bauprodukte in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale erfüllen müssen, nur in Übereinstimmung mit diesen Klassifizierungssystemen festlegen.“⁶³

41. Die Festlegung von Leistungsstufen und -klassen soll den Mitgliedstaaten gerade ermöglichen, die Sicherheitsanforderungen – in einem System vereinheitlichter Bewer-

⁶¹ Art. 10 und Erwägungsgrund 42 BauPVO i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. a) und Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 764/2008.

⁶² Art. 27 BauPVO.

⁶³ Art. 27 Abs. 6 BauPVO.

tungsmethoden – entsprechend der nationalen Erfordernisse zu konkretisieren. Dies hat die Kommission in dem Vorschlag für eine BauPVO erläutert:

„Zur Berücksichtigung unterschiedlicher Niveaus der Basisanforderungen an bestimmte Bauwerke sowie von klimatischen, geologischen, geografischen und anderen Unterschieden in den einzelnen Mitgliedstaaten sollten in den harmonisierten technischen Spezifikationen gegebenenfalls Leistungsstufen in Bezug auf die wesentlichen Merkmale vorgesehen werden, denen die Bauprodukte in den Mitgliedstaaten genügen müssen.“⁶⁴

42. In der BauPVO kommt zum Ausdruck, dass die Festlegung von Stufen und Klassen die **Kriterien für die Bestimmung der materiellen Anforderungen vereinheitlichen**, nicht aber die materiellen Anforderungen selbst festlegen soll:

„Die europäischen Normungsgremien und die Organisation Technischer Bewertungsstellen achten den Regelungsbedarf der Mitgliedstaaten, wenn sie Schwellenwerte oder Leistungsklassen festlegen.“⁶⁵

43. Die Mitgliedstaaten können also auch auf Grundlage der BauPVO im harmonisierten Bereich die Anforderungen an Bauprodukte für eine bestimmte Verwendung festlegen, wobei sie freilich das **übrige EU-Recht**, insbesondere die Warenverkehrsfreiheit, **zu beachten** haben.⁶⁶ Die Kommission erläutert dies auf ihrer Website wie folgt:

⁶⁴ Kommission, 23.05.2008, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, KOM(2008) 311 endgültig, 2008/0098 (COD), Ziffer 1.1 (Hervorhebung nur hier).

⁶⁵ Art. 27 Abs. 7 BauPVO.

⁶⁶ Vgl. dazu auch: Kommission, 07.08.2014, COM(2014) 511 final, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat gemäß Artikel 67 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 305/2011, Ziffern 2, 4:

„Die Endanwender von Bauprodukten (Auftragnehmer, Arbeitnehmer und Verbraucher) werden so in die Lage versetzt, die Produktleistung zu berücksichtigen und zu gewährleisten, dass jedes Produkt ordnungsgemäß verwendet wird; dies ist nämlich nur dann der Fall, wenn seine Leistung die vom Konstrukteur des betreffenden Bauwerks vorgegebenen Anforderungen und die am Ort der Produktverwendung geltenden Vorschriften erfüllt.“

„Member States retain their competence to set technical requirements for the performance of construction products, in particular for specific uses of the products in a building or civil engineering work (e.g. fire safety requirements for escape routes). In case these national technical requirements imply limits to the use of CE-marked construction products, these limits need to be duly justified and proportionate. The European Court of Justice interprets narrowly the list of derogations which all relate to non-economic interests. Moreover, any measure must respect the principle of proportionality and not constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States. In any case, the burden of proof in justifying the measures lies with the Member State and not with the economic operator.“⁶⁷

44. Die Stellungnahmen der Kommission im Rahmen der Notifizierung der MBO und der VV TB stehen dazu teilweise im Widerspruch (dazu unten, II.1. bis II.3.). Da die BauPVO aber im Wesentlichen nur die Erklärungen zu Bauprodukten, ihre Kennzeichnung sowie die Verfahren und Kriterien für die Bewertung harmonisiert, lassen sich weitergehende (materielle) Vorgaben für die Mitgliedstaaten nicht auf die BauPVO stützen.

d) Anwendung der BauPVO auf Bauarten

45. Gemäß Art. 1 BauPVO legt die BauPVO Bedingungen für das Inverkehrbringen von Bauprodukten oder ihre Bereitstellung auf dem Markt durch die Aufstellung von harmonisierten Regeln über die Angabe der Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale sowie über die Verwendung der CE-Kennzeichnung für die Produkte fest. **Bauprodukt** im Sinne der BauPVO ist gemäß **Art. 2 Nr. 1 BauPVO** jedes Produkt oder jeder Bausatz, das bzw. der hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen

„Die Behörden der Mitgliedstaaten definieren die Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten in ihrem Hoheitsgebiet unter Verweis auf die in den harmonisierten technischen Spezifikationen festgelegten Bewertungsmethoden (basierend auf Prüfungen, Berechnungen oder Beschreibungen) und Klassifizierungen (Artikel 8 Absätze 3 bis 6 und am Ende von Artikel 17 Absatz 5 der Bauprodukteverordnung).“ (Hervorhebungen nur hier).

⁶⁷ Kommission, FAQ covering the Construction Products Regulation (CPR), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/product-regulation/faq/>, Ziffer 23.

Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt. **Bausatz** ist gemäß **Art. 2 Nr. 2 BauPVO** ein Bauprodukt, das von einem einzigen Hersteller als Satz von mindestens zwei getrennten Komponenten, die zusammengefügt werden müssen, um ins Bauwerk eingefügt zu werden, in Verkehr gebracht wird.

46. Davon ausgehend sind **Bauprodukte im Sinne der MBO gemäß § 2 Abs. 10 MBO** Produkte, Baustoffe, Bauteile und Anlagen sowie Bausätze gemäß Art. 2 Nr. 2 BauPVO, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden (1.) sowie aus Produkten, Baustoffen, Bauteilen sowie Bausätzen gemäß Art. 2 Nr. 2 BauPVO vorgefertigte Anlagen, die hergestellt werden, um mit dem Erdboden verbunden zu werden (2.) und deren Verwendung sich auf die Anforderungen nach § 3 Satz 1 MBO auswirken kann. Gemäß **§ 2 Abs. 11 MBO** ist **Bauart** das Zusammenfügen von Bauprodukten zu baulichen Anlagen oder Teilen von baulichen Anlagen. Anders als die MBO enthält die BauPVO keine Definition des Begriffs der Bauart, da die BauPVO den Begriff der Bauart nicht umfasst.⁶⁸
47. Fraglich ist im Hinblick auf die in § 2 Abs. 11 MBO geregelte Definition der Bauart, ob das „Zusammenfügen von Bauprodukten zu baulichen Anlagen“ nur die *Technik bzw. Methode* des Zusammenfügens, das *Ergebnis* des Zusammenfügens oder auch *beides* – also Technik bzw. Methode **und** Ergebnis des Zusammenfügens – umschreibt. Wäre ausschließlich das *Ergebnis* des Zusammenfügens gemeint, so würde es sich bei einer Bauart um ein **Bauteil** und somit um ein Bauprodukt handeln. Dies hätte aber zur Konsequenz, dass sich die Bauart (§ 2 Abs. 11 MBO) nicht eindeutig vom Bauprodukt (§ 2 Abs. 10 MBO) abgrenzen ließe. Da § 2 Abs. 11 MBO den Vorgang des Zusammenfügens benennt, umfasst der Begriff der Bauart im Sinne der MBO nicht lediglich das Ergebnis des Zusammenfügens, sondern (zumindest in erster Linie) die **Art und Weise** des Zusammenfügens⁶⁹, d.h. die technische Methode der Kombination der Bauprodukte⁷⁰. Bauart ist z.B. der konventionelle Mauerwerksbau oder die Herstellung eines Da-

⁶⁸ So ausdrücklich zur gleichlautenden Regelung in Art. 2 Abs. 12 BayBO: Dirnberger, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 123. Ergänzungslieferung (Stand: August 2016), Art. 2 Rn. 725.

⁶⁹ Zum gleichlautenden Landesrecht vgl. etwa Otto, Brandenburgische Bauordnung, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 17; Dirnberger, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 123. Ergänzungslieferung (Stand: August 2016), Art. 2 Rn. 727; Johlen, in: Gädtke/Czepuck/Johlen/Plietz/Wenzel: BauO NRW, 12. Aufl. 2010, § 2 Rn. 258; Jeromin, in: ders., LBauO Rh-Pf, 4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 112.

⁷⁰ Wilke, in: ders./Dageförde/Knuth/Meyer/Broy-Bülrow, Bauordnung für Berlin, 6. Aufl. 2008, § 2 Rn. 126 zur gleichlautenden Regelung in § 2 Abs. 10 BauO Bln 2008.

ches aus geleimten Bindern, ferner z.B. die Betonbauart, Stahlbauart oder die Holzbauart.⁷¹

48. Würde man das „Zusammenfügen von Bauprodukten zu baulichen Anlagen“ im Sinne des § 2 Abs. 11 MBO als **Bausatz** im Sinne des Art. 2 Nr. 2 BauPVO verstehen, so ließe sich die Bauart (§ 2 Abs. 11 MBO) wiederum nicht mehr eindeutig vom Bauprodukt (§ 2 Abs. 10 MBO) abgrenzen. Aus der Begründung zu § 2 Abs. 1 MBO⁷² ergibt sich jedoch, dass das Zusammenfügen von Komponenten eines Bausatzes im Sinne des § 2 Abs. 10 MBO – und daher auch im Sinne des Art. 2 Nr. 2 BauPVO – **nicht** als Bauart gilt.
49. Daraus folgt – wie bereits oben (unter Rn. 46) ausgeführt wurde –, dass eine Bauart begrifflich kein Bauprodukt ist und die **BauPVO grundsätzlich keine Anwendung findet** auf die Anwendbarkeit von Bauarten gemäß § 2 Abs. 11 MBO.⁷³ Auf dieses Begriffsverständnis aufbauend enthält § 16a MBO eine umfassende Regelung für Bauarten. Bauarten, für die es Technische Baubestimmungen gibt und die von diesen nicht wesentlich abweichen, ebenso wie Bauarten, für die es keine Technischen Baubestimmungen, aber allgemein anerkannte Regeln der Technik gibt, dürfen nach Maßgabe der Generalklausel des § 16a Abs. 1 MBO **ohne weitere behördliche Genehmigung** angewendet werden.⁷⁴ Sie bedürfen nur noch der Übereinstimmungserklärung gemäß § 16a Abs. 5 MBO. Demgegenüber bedürfen Bauarten, die von den Technischen Baubestimmungen nach § 85a Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 lit. a) MBO wesentlich abweichen oder für die allgemein anerkannte Regeln der Technik nicht existieren, gemäß § 16a Abs. 2 MBO einer **Bauartgenehmigung**. Der Begriff „Genehmigung“ verdeutlicht den Sachzusammenhang mit der Errichtung der baulichen Anlage.⁷⁵ Bereits nach dem Wortlaut wird damit deutlich differenziert zwischen der *Zulassung der Bauprodukte* und der *Genehmigung für Bauarten*. Die Bauartgenehmigung ist daher funktional mit der Baugenehmigung vergleichbar, die in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt. Gegenstand

⁷¹ So ausdrücklich zur gleichlautenden Regelung in Art. 2 Abs. 12 BayBO: Dirnberger, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 123. Ergänzungslieferung (Stand: August 2016), Art. 2 Rn. 727.

⁷² E-MBO, Begründung (Stand: 04.03.2016), Seite 4.

⁷³ Ebenso: Winkel Müller/van Schewick/Müller, Praxishandbuch Bauproduktrecht, 2015, Rn. 659; zur gleichlautenden Regelung in Art. 2 Abs. 12 BayBO: Dirnberger, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 123. Ergänzungslieferung (Stand: August 2016), Art. 2 Rn. 725.

⁷⁴ E-MBO, Begründung (Stand: 04.03.2016), Seite 5.

⁷⁵ E-MBO, Begründung (Stand: 04.03.2016), Seite 6.

der Bauartgenehmigung sind auch nicht die einzelnen zusammengeführten Bauprodukte, sondern gerade der Vorgang bzw. die Art und Weise des Zusammenfügens.

50. Zu beachten ist jedoch, dass die Regelungen zu Bauarten nicht den freien Warenverkehr mit CE-gekennzeichneten Bauprodukten verhindern dürfen. Die bauartbezogenen Genehmigungserfordernisse dürfen daher nicht zu unverhältnismäßigen Behinderungen des Warenverkehrs von Bauprodukten führen.⁷⁶ Über den Umweg der Regelungen zu Bauarten dürfen auch **keine Genehmigungserfordernisse für Bauprodukte** aufgestellt werden, welche im Widerspruch zur BauPVO stehen oder die Verwendbarkeit europäisch harmonisierter Bauprodukte unterlaufen.⁷⁷ Zwar wäre es nicht per se unzulässig, wenn sich aus den Anforderungen an eine Bauart auch Anforderungen an die einzelnen Bauprodukte ergeben sollten, da – wie oben (unter c)) ausgeführt – die Mitgliedstaaten grundsätzlich die materiellen Anforderungen an die Bauprodukte festlegen können. Es würde allerdings gegen Art. 8 Abs. 4 BauPVO verstoßen, wenn bei einem CE-gekennzeichneten Produkt die Einhaltung der produktbezogenen Anforderungen überprüft würde. Im Rahmen der Bauartgenehmigung dürften daher nicht die erklärten Leistungen eines CE-gekennzeichneten Produkts überprüft werden. Auch bei nicht harmonisierten Bauprodukten ist zu beachten, dass nach den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung ein in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenes Bauprodukt – sei es als solches oder als Teil einer Bauart – nur dann weiteren Genehmigungserfordernissen unterworfen werden darf, wenn dies (z.B. wegen des hinsichtlich der Bauart zu beachtenden Schutzniveaus) gerechtfertigt ist.

e) Rechtsprechung des EuGH zur BauPRL

aa) Urteil des EuGH in Sache C-100/13 – Kommission / Deutschland

51. Das Urteil des EuGH in der Sache C-100/13 befasste sich damit, dass Deutschland zusätzlich zu der CE-Kennzeichnung ein Ü-Zeichen oder eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung (abZ) verlangt. Obwohl das Urteil erst am 16. Oktober 2014 erging, entschied der EuGH hinsichtlich der – zu diesem Zeitpunkt bereits aufgehoben – BauPRL,

⁷⁶ Zur Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen des Warenverkehrs oben (unter I.1.b)).

⁷⁷ So: Winkelmüller/van Schewick/Müller, Praxishandbuch Bauproduktrecht, 2015, Rn. 659

da die BauPVO aus zeitlichen Gründen nicht anwendbar war.⁷⁸ Das in dieser Sache durch den EuGH entschiedene Vertragsverletzungsverfahren bezog sich nicht auf das deutsche System allgemein, sondern auf die Pflicht zur Anbringung des Ü-Zeichens auf Produkten, die von drei bestimmten harmonisierten Normen erfasst sind.⁷⁹

52. Der EuGH stellte fest, dass Deutschland dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 BauPRL verstoßen hat, dass es zusätzliche Anforderungen für den wirksamen Marktzugang und die Verwendung von Bauprodukten in Deutschland gestellt hat, die von drei harmonisierten Normen erfasst wurden und mit der CE-Kennzeichnung versehen waren.⁸⁰ Diese Feststellung war im Wesentlichen auf die **Brauchbarkeitsvermutung** gestützt, die nach Art. 4 Abs. 2 BauPRL für Bauprodukte galt, an denen die CE-Kennzeichnung angebracht war.⁸¹ Nach der Brauchbarkeitsvermutung sei davon auszugehen, dass ein mit einer CE-Kennzeichnung versehenes Bauprodukt im gesamten Gebiet der Union frei verkehren und für den vorgesehenen Zweck verwendet werden könne. Die Mitgliedstaaten dürften dies nicht durch weitere Anforderungen behindern.
53. Die **Erwägungen des EuGH** sind u.E. insofern **nicht auf die BauPVO übertragbar**, als die – das Urteil des EuGH tragenden – Bestimmungen zur Brauchbarkeitsvermutung in der BauPVO nicht übernommen worden sind.⁸² In der juristischen Literatur wird zwar teilweise die Auffassung vertreten, dass sich die Erwägungen des Urteils auf die angeblich vergleichbaren Bestimmungen der BauPVO übertragen ließen.⁸³

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 15 – Kommission / Deutschland. Gemäß Art. 258 AEUV beurteilt sich das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Lage, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist befunden hat (EuGH, Urteil vom 10.09.1994, C-61/94, ECLI:EU:C:1996:313, Rn. 42 – Kommission / Deutschland). Spätere Änderungen des Unionsrechts können daher nicht berücksichtigt werden.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 35, 38 f., 41 f. – Kommission / Deutschland.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 63 und Tenor – Kommission / Deutschland.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 52 ff. – Kommission / Deutschland.

⁸² Siehe dazu oben (unter I.2.c)).

⁸³ So: Held/Jaguttis, EuZW 2014, S. 95, 960; Hildner, DS 2015, S. 52, 53; Niemöller/Harr, NZBau 2015, S. 274, 275 ff.; Schucht, NZBau 2015, S. 592, 596 f.

Da die BauPVO jedoch ein anderes Konzept der Binnenmarktharmonisierung verfolgt, ist u.E. dieses zugrunde zu legen.

54. Die Kommission verweist auf das Urteil des EuGH, wenn es um den **abschließenden Charakter der Harmonisierung** geht. Die Rechtsprechung habe „den abschließenden Charakter des harmonisierten Systems bestätigt, das in der beziehungsweise durch die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 festgelegt wurde“.⁸⁴ Dies ist nicht zutreffend. Die von der Kommission zitierte Randnummer des Urteils lautet:

„Zum Hilfsvorbringen der Bundesrepublik Deutschland, die streitigen nationalen Maßnahmen seien mit den Artikeln des AEU-Vertrags zum freien Warenverkehr vereinbar, genügt der Hinweis, dass eine nationale Maßnahme in einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, wie dies für die streitigen Produkte der Fall ist, anhand der Bestimmungen dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht der des Primärrechts zu beurteilen ist.“⁸⁵

55. Die Feststellung des EuGH bezieht sich auf die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Bestimmungen (Warenverkehrsfreiheit) in einem Bereich, der sekundärrechtlich (durch die BauPRL) abschließend harmonisiert ist. Der EuGH verhält sich aber nicht dazu, *ob* ein Bereich durch die BauPVO abschließend harmonisiert wurde, da er sich nur auf die BauPRL bezieht. Der EuGH setzt zudem voraus, dass die BauPRL den betroffenen Bereich abschließend harmonisiert. Bezogen auf die BauPVO und die jeweilige harmonisierte Norm wäre daher zunächst **festzustellen, ob und inwieweit** der jeweilige Bereich **harmonisiert** ist.⁸⁶ Der Bereich der Bauprodukte ist aber nicht all-

⁸⁴ Beschluss (EU) 2017/145 der Kommission vom 25.01.2017 über die Beibehaltung des Verweises auf die harmonisierte Norm EN 14904:2006 „Sportböden – Sportböden für Hallen und Räume multifunktionaler Sportnutzung und Mehrzwecknutzung – Anforderungen“ im Amtsblatt der Europäischen Union mit einer Einschränkung gemäß der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABL 2017 L 22/62, Rn. 12; Beschluss (EU) 2017/133 der Kommission vom 25.01.2017 über die Belassung mit Einschränkung des Verweises auf die harmonisierte Norm EN 14342:2013 „Holzfußböden und Parkett – Eigenschaften, Bewertung der Konformität und Kennzeichnung“ im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABL 2017 L 21/113, Rn. 12.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 62 – Kommission / Deutschland.

⁸⁶ Zum Umfang der Harmonisierung siehe auch oben (unter I.2.a) bis I.2.c)).

gemein harmonisiert, sondern gerade nur insoweit, als in harmonisierten Normen Bestimmungen zu Wesentlichen Merkmalen bestehen.⁸⁷ Andernfalls können die Mitgliedstaaten Bestimmungen treffen, die im Einklang mit der (insofern anwendbaren) Warenverkehrsfreiheit und dem übrigen Primär- und Sekundärrecht der Union stehen müssen.⁸⁸

56. Einige Erwägungen des EuGH in dem Urteil sind allerdings grundsätzlich auf die Situation unter der BauPVO anwendbar. Dies gilt etwa für die Feststellung, dass die Verfahren, um formale Einwände zu erheben (jetzt: Art. 18, 25 BauPVO) und Schutzmaßnahmen zu ergreifen (jetzt: Art. 58 BauPVO), nicht fakultativ sind.⁸⁹ Nach dem Wortlaut der Art. 18 und 25 BauPVO haben die Mitgliedstaaten und die Kommission kein Ermessen, ob sie Einwände erheben, wenn sie der Auffassung sind, dass sie den in den jeweiligen Bestimmungen niedergelegten Anforderungen nicht genügen. Zudem ist auch nach der BauPVO im Anwendungsbereich von harmonisierten Normen nur die CE-Kennzeichnung zu verwenden, wobei allerdings anhand der Bestimmungen der BauPVO zu bestimmen ist, wie weit die Exklusivität der CE-Kennzeichnung gilt.⁹⁰

bb) Urteil des EuGH in der Sache C-613/14 – James Elliott Construction

57. Kontext des Vorlageverfahrens in der Sache C-613/14 war eine vertragliche Streitigkeit. Ob ein **privatrechtlicher Vertrag**, der auf eine harmonisierte Norm (indirekt) Bezug nimmt, erfüllt ist, ist nach Auffassung des EuGH nicht nach den EU-rechtlichen Produktvorschriften zu prüfen.⁹¹
58. Diese Feststellung klärt, dass durch die EU-rechtliche Harmonisierung der Anforderungen an Bauprodukte nicht die Möglichkeiten beschränkt werden, im Kontext privatrechtlicher Vereinbarungen den **Nachweis über Eigenschaften eines Produkts** zu erbringen. Anders als der Staat sind Private grundsätzlich nicht durch die BauPVO

⁸⁷ Abend, EuZW 2013, S. 611, 612 f.; Schucht, EuZW 2017, S. 46, 48.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 20 – Fra.bo; Urteil vom 13.03.2008, C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160, Rn. 34 – Kommission / Belgien.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 58 – Kommission / Deutschland.

⁹⁰ Siehe dazu oben (unter I.2.c)).

⁹¹ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821, Rn. 52 f., 57 ff. – James Elliott Construction.

darin beschränkt, vertraglich Anforderungen an den Nachweis von Eigenschaften oder Leistungen von Bauprodukten zu stellen.⁹²

59. Der EuGH geht zudem auf den **Umfang der Harmonisierung** durch die BauPRL ein:

„Die [BauPRL] zielt, wie aus ihrem vierten Erwägungsgrund hervorgeht, jedoch darauf ab, Handelshemmnisse zu beseitigen, indem die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass Bauprodukte innerhalb der Union frei vermarktet werden können.

Folglich soll die [BauPRL], deren Zweck auf die Beseitigung von Handelshemmnissen begrenzt ist, nicht die Bedingungen und die Modalitäten der konkreten Nutzung von Bauprodukten bei ihrem Einbau in Bauwerke des Hoch- oder Tiefbaus harmonisieren, sondern die Modalitäten des Marktzugangs dieser Produkte.“⁹³

60. Dies ließe sich so verstehen, dass die BauPRL die Mitgliedstaaten nicht darin beschränkt, die Nutzung von Bauprodukten zu regeln. Dies würde auch nicht in direktem Widerspruch zum Urteil in der Sache C-100/13 stehen, da dieses Verfahren (siehe oben, unter aa)) zusätzliche Kennzeichnungsanforderungen für Bauprodukte betraf, die sich auf den Marktzugang auswirkten.
61. Es ist allerdings u.E. nicht eindeutig, dass der EuGH den Umfang der Harmonisierung in diesem Sinne interpretieren würde. Der Kontext der oben zitierten Passage spricht vielmehr dafür, dass sich der EuGH auf den konkreten Sachverhalt (eine privatrechtliche Streitigkeit) bezog. Denn der EuGH zog aus obigen Feststellungen zur Harmonisierung folgende Schlussfolgerung:

„Weder die [BauPRL] noch die harmonisierte Norm [...], harmonisieren also die nationalen Regelungen, die für den Nachweis im Rahmen einer vertragsrechtlichen Streitigkeit wie der des Ausgangsverfahrens gelten, gleichviel, ob es sich um die Art und Weise

⁹² Jarass, NZBau 2008, S. 145, 148 f. (bezogen auf die BauPRL); dazu auch unten (III.1.).

⁹³ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821, Rn. 50 f. – James Elliott Construction.

der Feststellung der Konformität eines Bauprodukts mit den vertraglichen Spezifikationen handelt oder um den Zeitpunkt, zu dem die Konformität des Bauprodukts nachgewiesen sein muss.“⁹⁴

62. Nach unserem Verständnis können daher dem Urteil des EuGH keine Feststellungen zum Umfang der Harmonisierung entnommen werden, die für die Frage relevant sind, in welchem Umfang der Mitgliedstaat die Nutzung von Bauprodukten regeln darf. Eine solche Feststellung wäre angesichts des dem Vorlageverfahren zugrundeliegenden Sachverhalts auch nicht erforderlich gewesen.

f) Marktüberwachung nach Maßgabe der BauPVO

aa) Konzept

63. Die Marktüberwachung erfolgt im Bereich der Bauprodukte nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 765/2008, soweit die BauPVO keine speziellen Vorschriften enthält.⁹⁵ Denn Mitgliedstaaten sind im harmonisierten Bereich für die Marktüberwachung verantwortlich.⁹⁶ Dadurch sollen sie die Durchsetzung der Harmonisierungsrechtsvorschriften gewährleisten.⁹⁷ Im Rahmen der Marktüberwachung sollen sie zudem ihre Verantwortung für „Sicherheit, Gesundheit und andere durch die Grundanforderungen an Bauwerke abgedeckte Belange in ihrem Hoheitsgebiet“ wahrnehmen können.⁹⁸ Entsprechend dieser doppelten Zielrichtung sind die Mitgliedstaaten berechtigt (nach einer Evaluation) tätig zu werden, wenn ein Bauprodukt die erklärte Leistung nicht erbringt oder formal nicht konform ist oder aber eine Gefahr darstellt.⁹⁹

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821, Rn. 52 – James Elliott Construction.

⁹⁵ Erwägungsgrund 46 BauPVO; Art. 15 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

⁹⁶ Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.4.1.

⁹⁷ Erwägungsgrund 46 BauPVO.

⁹⁸ Erwägungsgrund 47 BauPVO.

⁹⁹ Art. 58, 59 BauPVO und Art. 56 Abs. 1 BauPVO in Verbindung mit Art. 20 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates, OJ 2008 L 218/30; Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.1.

64. Die Mitgliedstaaten können gemäß Art. 58 BauPVO auch dann tätig werden, wenn ein Bauprodukt eine **Gefahr** für die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke, für die Gesundheit oder Sicherheit von Menschen oder für andere im öffentlichen Interesse schützenswerte Aspekte darstellt, **obwohl es mit der BauPVO übereinstimmt**. Dies kann insbesondere dann relevant sein, wenn eine harmonisierte Norm nicht gewährleistet, dass die erfassten Produkte auch tatsächlich dem geforderten Niveau entsprechen.¹⁰⁰ Art. 58 BauPVO erlaubt also Mitgliedstaaten tätig zu werden, ohne eine Anpassung der harmonisierten technischen Spezifikation in einem Verfahren (z.B. gemäß Art. 18 oder 25 BauPVO) abwarten zu müssen.¹⁰¹

bb) Kontrollen

65. Gemäß Art. 19 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 kontrollieren die Marktüberwachungsbehörden anhand „*angemessener Stichproben auf geeignete Art und Weise und in angemessenem Umfang die Merkmale von Produkten durch Überprüfung der Unterlagen oder, wenn dies angezeigt ist, durch physische Kontrollen und Laborprüfungen*“. Für die Zwecke der Durchführung ihrer Tätigkeit können die Marktüberwachungsbehörden der Mitgliedstaaten von den Wirtschaftsakteuren insbesondere **Unterlagen, Informationen und Produktmuster verlangen**.¹⁰² Prüfberichte und Konformitätsbescheinigungen, die von einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle ausgestellt wurden, müssen die Marktüberwachungsbehörden in gebührendem Maße berücksichtigen.¹⁰³
66. Die Marktüberwachungsbehörden können Bauprodukte grundsätzlich beim Verkauf (z.B. im Großhandel) oder bei der Verwendung (auf der Baustelle) kontrollieren. Im „Blue Guide“ erläutert die Kommission dies wie folgt:

„Die Kontrollen im Rahmen der Marktüberwachung können nach dem Inverkehrbringen eines Produkts zu verschiedenen Zeitpunk-

¹⁰⁰ Classen, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 114 AEUV, Rn. 191, 196.

¹⁰¹ Kritisch dazu: Langner/Klindt, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 54.

¹⁰² Art. 19 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

¹⁰³ Art. 19 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

ten seines Lebenszyklus durchgeführt werden, wie etwa während des Vertriebs, bei der Inbetriebnahme oder der Endnutzung. Das bringt unterschiedliche Prüfstandorte mit sich, z. B. Sitz des Einführers, Groß- oder Einzelhandelsbetrieb, Vermietungsfirma, Nutzer usw.“¹⁰⁴

67. Die Kommission hat jedoch auch klargestellt, dass formelle Kontrollen nicht auf die Marktüberwachung gestützt werden können, **bevor die Produkte in Verkehr gebracht** werden:

„Die entsprechenden Überwachungsmaßnahmen finden daher formell nicht während der Entwurfs- und Produktionsphasen statt, d.h., bevor der Hersteller die förmliche Verantwortung für die Konformität seiner Produkte übernommen hat, was gewöhnlich durch Anbringen der CE-Kennzeichnung geschieht. Nichts hindert die Marktüberwachungsbehörden und die Wirtschaftsbeteiligten jedoch daran, während der Entwurfs- und Produktionsphase zusammenzuarbeiten. Eine solche Zusammenarbeit kann dazu beitragen, dass so früh wie möglich präventive Maßnahmen ergriffen und mögliche Sicherheits- und Konformitätsprobleme festgestellt werden können.“¹⁰⁵

68. Die Kommission weist in diesem Abschnitt auch auf die Möglichkeiten der freiwilligen Kooperation zwischen mitgliedstaatlichen Behörden und Herstellern hin. Dies spricht dafür, dass die Mitgliedstaaten präventiv (d.h. in einer der eigentlichen Marktüberwachung vorhergehenden Phase) **im Rahmen freiwilliger Kooperationen auf die Einhaltung von Sicherheitsanforderungen hinwirken** können.
69. Dass stichprobenartige Kontrollen durchzuführen sind, bedeutet nach unserem Verständnis nicht, dass die Gegenstände der Kontrolle „zufällig“ auszuwählen sind. Angesichts der Zielrichtung der Marktüberwachung liegen vielmehr **risikobezogene Kontrollen** nahe. Die Kommission erkennt an, dass die Feststellung von Risiken der effizienten Marktüberwachung dient:

¹⁰⁴ Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.1.

¹⁰⁵ Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.2 (Hervorhebung nur hier).

„Im Interesse einer effizienten Marktüberwachung sollten die Ressourcen konzentriert dort eingesetzt werden, wo die Risiken voraussichtlich größer sind oder Nichtkonformität häufiger auftritt bzw. wo ein besonderes Interesse vorliegt. Hierzu können Statistiken und Risikobewertungsverfahren genutzt werden.“¹⁰⁶

70. Für die Marktüberwachung relevante Informationen liefern beispielsweise die Analyse von Unfallursachen, Beschwerden von Verbrauchern oder anderen Benutzern über das Produkt bzw. vom Hersteller oder von Händlern über unlauteren Wettbewerb.¹⁰⁷
71. Die mitgliedstaatlichen Überwachungsbehörden können verlangen, **Einsicht in die technische Dokumentation** zu erhalten.¹⁰⁸ Dies soll nach Entscheidungspraxis¹⁰⁹ zwar nicht routinemäßig bei allen Produkten erfolgen, aber im Rahmen der stichprobenartigen Kontrollen möglich sein:

„Die technischen Unterlagen müssen der Marktüberwachungsbehörde nach einem begründeten Antrag innerhalb eines angemessenen Zeitraums zur Verfügung gestellt werden. Die Behörde darf solche Unterlagen nicht systematisch anfordern. Generell gilt, dass sie bei Stichprobenkontrollen im Rahmen der Marktüberwachung oder bei Verdacht, dass ein Produkt nicht in jeder Hinsicht das notwendige Schutzniveau bietet, verlangt werden dürfen.“

Bei Zweifeln an der Konformität des Produkts mit den geltenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union können jedoch ausführlichere Angaben angefordert werden (z. B. Bescheinigungen und Entscheidungen der notifizierten Stelle). Die vollständigen technischen Unterlagen sollten nur angefordert werden, sofern dies

¹⁰⁶ Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.2.

¹⁰⁷ Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.2.

¹⁰⁸ Vgl. dazu: Art. 11 Abs. 1 und 2, Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 8 BauPVO.

¹⁰⁹ Zur Rechtsprechung des EuG siehe unten (III.6.a)).

eindeutig erforderlich ist und nicht, wenn beispielsweise nur ein Detail überprüft werden soll.“¹¹⁰

72. Durch die Begrenzung der Nachweispflichten soll sichergestellt werden, dass die Harmonisierungsvorschriften der EU nicht unterlaufen werden und die Wirtschaftsakteure nur Belastungen ausgesetzt werden, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Es sollen – kurz gesagt – nur die Informationen verlangt werden, die für die Prüfung erforderlich sind.

cc) Risikobewertung

73. Die mitgliedstaatlichen Marktüberwachungsbehörden sind berechtigt und verpflichtet tätig zu werden, wenn Produkte die Gesundheit oder die Sicherheit der Benutzer gefährden können oder die geltenden Anforderungen der Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union nicht erfüllen.¹¹¹ Ob eine Gefahr besteht, ist bezogen auf die bestimmungsgemäßen Verwendungen, die vernünftigerweise vorhersehbaren Fehlanwendungen sowie die ordnungsgemäße Installation und Wartung festzustellen.¹¹² Eine Maßnahme setzt daher eine **produktspezifische Prüfung des Risikos** voraus.¹¹³ Art. 20 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 regelt den Maßstab der Prüfung:

„Die Entscheidung, ob ein Produkt eine ernste Gefahr darstellt oder nicht, wird auf der Grundlage einer angemessenen Risikobewertung unter Berücksichtigung der Art der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts getroffen. Die Möglichkeit, einen höheren Sicherheitsgrad zu erreichen, oder die Verfügbarkeit anderer Produkte, von denen eine geringere Gefährdung ausgeht, ist kein ausreichender Grund, um anzunehmen, dass von einem Produkt eine ernste Gefahr ausgeht.“¹¹⁴

¹¹⁰ Blue Guide, ABL. 2016 C 272/1, Ziffer 7.2.

¹¹¹ Art. 16 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 765/2008; Kommission, Blue Guide, ABL. 2016 C 272/1, Ziffer 7.1.

¹¹² Art. 16 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

¹¹³ EuG, Urteil vom 15.07.2015, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, Rn. 54, 57 – CSF / Kommission.

¹¹⁴ Art. 20 Abs. 2 BauPVO (Hervorhebung nur hier).

74. Für die Bewertung des Risikos ist also einerseits die Art der **Gefahr** relevant. Im Sinne des „Leitfaden[s] für die Risikobewertung von Verbraucherprodukten“¹¹⁵ ist damit wohl das „Verletzungsszenario“ gemeint, also das „*Ausmaß der potenziellen schädlichen Auswirkungen des Produkts auf die Gesundheit*“. Neben der Gesundheit im engeren Sinne sollten im Kontext von Bauprodukten auch andere sicherheitsrelevante Auswirkungen zu berücksichtigen sein. Der Schweregrad der Verletzung ist Kriterium für die Quantifizierung der Gefahr.¹¹⁶ Andererseits kommt es auf die **Wahrscheinlichkeit** an, wobei eine höhere Eintrittswahrscheinlichkeit tendenziell für eine „ernste Gefahr“ spricht. Um festzustellen, ob ein ernstes Risiko bzw. eine ernste Gefahr besteht, sollen die ermittelte Gefahr und die ermittelte Wahrscheinlichkeit kombiniert werden.¹¹⁷
75. Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 ist nicht maßgeblich, dass weniger gefährliche Produkte bestehen. Es ist auch insofern (isoliert) auf das spezifische Produkt abzustellen. Die Mitgliedstaaten können nur einen erforderlichen, nicht aber einen möglichen Sicherheitsstandard verlangen.
76. Der Mitgliedstaat muss nachweisen können, dass ein Risiko tatsächlich vorliegt. Fehlt es an einem solchen Nachweis, kann die Schutzklausel wohl nicht als „gerechtfertigt“ angesehen werden.¹¹⁸ Im Hinblick auf das Schutzklauselverfahren und die Begründungspflichten ist eine **Dokumentation der Risikobewertung** erforderlich. Die Kommission erläutert in ihrem Leitfaden für die Risikobewertung die Relevanz der Dokumentation wie folgt:

¹¹⁵ Der Leitfaden ist in den sogenannten Rapex-Leitlinien der Kommission (Entscheidung der Kommission vom 16.12.2009 zur Festlegung von Leitlinien für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Systems zum raschen Informationsaustausch „RAPEX“ gemäß Artikel 12 und des Meldeverfahrens gemäß Artikel 11 der Richtlinie 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit, K(2009) 9843, ABl. 2010 L 22/1) enthalten. Sie enthalten Hinweise für die Risikobewertung gemäß Art. 20 Abs. 2 VO 765/2008. Der nach seinem Wortlaut auf Verbraucherprodukte bezogene Leitfaden kann grundsätzlich auch bei anderen Produkten (b2b) herangezogen werden (vgl. Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Fn. 277; Kapoor/Klindt, EuZW 2008, S. 649, 654).

¹¹⁶ Leitfaden für die Risikobewertung von Verbraucherprodukten, Ziffer 2.2.

¹¹⁷ Leitfaden für die Risikobewertung von Verbraucherprodukten, Ziffer 2.2 und Tabelle 4.

¹¹⁸ EuG, Urteil vom 15.07.2015, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, Rn. 57 – CSF / Kommission (bezogen auf die Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, ABl. 1995 L 157/24).

„Es ist wichtig, dass Sie Ihre Risikobewertung dokumentieren und dabei das Produkt und alle während des Bewertungsverfahrens ausgewählten Parameter wie Prüfergebnisse, für die Verletzungsszenarien ausgewählte Verbraucherkategorien sowie die zugrunde gelegten Daten und Annahmen und die daraus resultierenden Wahrscheinlichkeiten beschreiben. Dies gibt Ihnen die Möglichkeit, unmissverständlich darzulegen, wie Sie zu Ihrer Einschätzung des Risikograds gelangt sind, und hilft Ihnen zudem, Änderungen zu verfolgen und Ihre Bewertung entsprechend anzupassen.“¹¹⁹

77. Die **Anforderungen an den Nachweis des Risikos** müssen u.E. der (vermuteten) Gefahr angemessen sein. Es kann nicht regelmäßig verlangt werden, dass die mitgliedstaatlichen Überwachungsbehörden Produktgefahren ebenso belastbar nachweisen wie die Hersteller die Leistungen und Sicherheit ihrer Produkte („z.B. durch die Ergebnisse eigener Tests oder die Vorlage einer Stellungnahme einer weiteren notifizierten Stelle“).¹²⁰ Dabei müssen zwar gewisse Standards eingehalten werden.

„Außerdem muss sich die einzelstaatliche Maßnahme auf Belege (zum Beispiel Tests, Prüfungen) gründen, durch die Konstruktionsfehler oder Fehler bei der Herstellung des Produkts belegt werden, aus denen eine vorhersehbare potenzielle oder tatsächliche Gefährdung oder eine andere erhebliche Nichtübereinstimmung mit der (bzw. den) anzuwendenden Richtlinie(n) hervorgeht“¹²¹

78. Überzogene Nachweisanforderungen würden jedoch eine effiziente Gefahrenabwehr verhindern. Diese Ausgewogenheit hinsichtlich geeigneter Kontrollen einerseits und risikobezogener Bewertung andererseits hat die Kommission wie folgt erläutert:

„[Die mitgliedstaatlichen Marküberwachungsbehörden] müssen geeignete Kontrollen zu den Produktmerkmalen durchführen (gegebenenfalls sowohl Überprüfung der Unterlagen als auch Warenbeschau/Laborprüfungen) und dabei die von den Wirtschaftsak-

¹¹⁹ Leitfaden für die Risikobewertung von Verbraucherprodukten, Ziffer 2.3.

¹²⁰ So aber: Schucht, EuZW 2017, S. 46, 49.

¹²¹ Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.5.2.1.

teuren zur Verfügung gestellten von einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle ausgestellten Berichte und Konformitätsbewertungsbescheinigungen gebührend berücksichtigen.

Die Marktüberwachungsbehörden ermitteln anhand einer Risikobewertung, ob Produkte ein ernstes Risiko darstellen. Gemäß Artikel 20 Absatz 2 [Verordnung (EG) Nr. 765/2008] findet eine angemessene Risikobewertung „unter Berücksichtigung der Art der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts“ statt.“¹²²

79. Die Bewertung des Risikos kann von den zuständigen nationalen Behörden komplexe Beurteilungen technischer oder wissenschaftlicher Art verlangen.¹²³ Da die Kommission ihrerseits prüfen muss, ob die von den Mitgliedstaaten erlassenen Maßnahmen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gerechtfertigt sind (dazu unten, unter dd)),¹²⁴ besteht wohl nur ein **geringer Beurteilungsspielraum** für die Mitgliedstaaten. Bei einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der vorläufigen Maßnahmen muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Mitgliedstaaten teilweise aus Gründen der effektiven Gefahrenabwehr eine intensive Prüfung nicht durchführen können. Dass die Kommission nach eingehender Prüfung und Konsultation der anderen Mitgliedstaaten möglicherweise zu einem anderen Ergebnis kommt, steht dem nicht entgegen. Der Mitgliedstaat muss dann (lediglich) seine Maßnahmen aufheben und unverzüglich das Nötige veranlassen, damit die Produkte wieder zum freien Warenverkehr zugelassen werden.¹²⁵

dd) Beschränkende Maßnahmen und Verfahren

80. Die Mitgliedstaaten können von dem Wirtschaftsakteur verlangen, dass er die **Korrekturmaßnahmen** ergreift, um die Übereinstimmung des Produkts mit den Anforderungen der BauPVO herzustellen, oder aber es **vom Markt nimmt oder zurückruft**.¹²⁶ Dabei muss jede ergriffene Maßnahme (Warnung, Rücknahme vom Markt oder Rückruf) verhältnismäßig sein, eine präzise Begründung und Rechtsmittelbelehrung

¹²² Blue Guide, ABL. 2016 C 272/1, Ziffer 7.4.4.

¹²³ EuG, Urteil vom 15.07.2015, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, Rn. 79 – CSF / Kommission.

¹²⁴ EuG, Urteil vom 15.07.2015, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, Rn. 80 – CSF / Kommission.

¹²⁵ Blue Guide, ABL. 2016 C 272/1, Ziffer 7.5.2.3.

¹²⁶ Art. 56 Abs. 1 BauPVO.

enthalten sowie eine Anhörung vorangehen.¹²⁷ Falls der Wirtschaftsakteur nicht die Korrekturmaßnahmen ergreift, müssen die Marktüberwachungsbehörden alle geeigneten **vorläufigen Maßnahmen** treffen.¹²⁸

81. Die Marktüberwachungsbehörden müssen zudem gemäß Art. 19 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 die Verwender von Produkten (in ihren Staatsgebieten) innerhalb eines angemessenen Zeitraumes **vor Gefahren warnen**, die sie ermittelt haben. Dadurch soll die Gefahr einer Verletzung oder des Eintretens eines anderen Schadens verringert werden.¹²⁹ Warnhinweise kommen insbesondere in Betracht, sofern von einem Produkt nur unter bestimmten Bedingungen, für bestimmte Personen oder bei einer bestimmten Verwendung eine Gefahr ausgeht. Eine Warnung ist im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als milderer Mittel gegenüber der Rücknahme oder dem Rückruf vorzugswürdig, wenn dies angesichts des Risikos ebenso geeignet ist.
82. In dem Vorschlag der Kommission für eine Überarbeitung der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 ist die Möglichkeit, vor Gefahren zu warnen, die bei der Verwendung von Produkten bestehen könnten, detaillierter geregelt:

„4. Bei Korrekturmaßnahmen, die von Wirtschaftsakteuren in Bezug auf ein mit einem Risiko verbundenen Produkt zu ergreifen sind, kann es sich unter anderem um Folgendes handeln:

(a) [...]

(b) im Fall eines Produkts, das wahrscheinlich nur unter bestimmten Bedingungen oder nur für bestimmte Personen mit einem Risiko verbunden ist, und soweit für dieses Risiko nicht Anforderungen der Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union gelten, um

¹²⁷ Art. 56 Abs. 1 BauPVO in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 Verordnung (EG) Nr. 765/2008. Von einer Anhörung kann vor Erlass der Maßnahme nur abgesehen werden, wenn eine Anhörung nicht möglich ist, weil ihr die Dringlichkeit der Maßnahme aufgrund von Anforderungen der einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft in Bezug auf Gesundheit, Sicherheit oder andere Gründe im Zusammenhang mit den öffentlichen Interessen entgegensteht.

¹²⁸ Art. 56 Abs. 4 BauPVO.

¹²⁹ Art. 19 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008; Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 7.4.3.

i) das Anbringen geeigneter Warnhinweise über Risiken, die mit dem Produkt verbunden sein können; diese Warnhinweise müssen klar und leicht verständlich in der oder den Amtssprachen des Mitgliedstaats abgefasst sein, in dem das Produkt auf dem Markt bereitgestellt wird;

ii) die Festlegung bestimmter Voraussetzungen für die Vermarktung des Produkts;

iii) die rechtzeitige Warnung der von dem Risiko betroffenen Personen in geeigneter Form, auch durch Veröffentlichung besonderer Warnhinweise;

(c) [...];

(d) im Fall eines Produkts, mit dem ein ernstes Risiko verbunden ist, um [...]

ii) die Rücknahme des Produkts vom Markt oder dessen Rückruf und die Warnung der Öffentlichkeit vor dem Risiko, das mit dem Produkt verbunden ist; [...]¹³⁰

83. Die von der Kommission vorgeschlagene Regelung enthält also eine nach dem Risiko differenzierende Warnmöglichkeit: Im **Falle eines „bedingten Risikos“** (obiges Zitat, lit. (b)) kann durch einen Warnhinweis an dem Produkt oder durch eine Warnung der betroffenen Personen auf die mit dem Produkt verbundenen Risiken hingewiesen werden. Dies wäre zwar ausgeschlossen, sofern für dieses Risiko in den Harmonisierungsvorschriften Bestimmungen bestehen. Da aber die materiellen Anforderungen an Bauprodukte sich grundsätzlich aus dem nationalen Recht ergeben, ist es nicht ersicht-

¹³⁰ Warnhinweise sind vorgesehen in Art. 9 Abs. 4 lit. b) Ziffer ii) Vorschlag der Kommission vom 13.02.2013 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Marktüberwachung von Produkten und zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 1999/5/EG, 2000/9/EG, 2000/14/EG, 2001/95/EG, 2004/108/EG, 2006/42/EG, 2006/95/EG, 2007/23/EG, 2008/57/EG, 2009/48/EG, 2009/105/EG, 2009/142/EG, 2011/65/EU, der Verordnung (EU) Nr. 305/2011, der Verordnung (EG) Nr. 764/2008 und der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates, COM(2013) 75 final.

lich, dass diese Ausnahme im Bereich der BauPVO greift. Im **Falle eines ersten Risikos** (obiges Zitat, lit (d)) kann die Öffentlichkeit vor dem mit dem Produkt verbundenen Risiko gewarnt werden. Anders als bei einem bedingten Risiko soll es offenbar nicht darauf ankommen, ob für das Risiko Bestimmungen in den Harmonisierungsvorschriften bestehen. Dies wäre auch überzeugend, da – auch nach der Konzeption der Marktüberwachungsvorschriften – bei ersten Gefahren ein effektives Eingreifen des Mitgliedstaates möglich sein muss, um die Gefahren (vorübergehend) abzuwehren.

84. Warnungen schließen nicht zwingend andere Maßnahmen aus. So können Warnungen der Öffentlichkeit vor Produkten, die bereits in Verkehr gebracht wurden, die Rücknahmen oder den **Rückruf eines Produkts ergänzen**, um sicherzustellen, dass alle betroffenen Personen erreicht werden.
85. Der **Gegenstand oder Inhalt der Warnung** ist nicht näher geregelt. Aus Art. 19 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 ergibt sich lediglich, dass der Mitgliedstaat geeignete Maßnahmen ergreifen muss, um die Gefahr einer Verletzung oder des Eintretens eines anderen Schadens zu verringern. Der Mitgliedstaat kann also grundsätzlich vor allem vor mit der Verwendung des Produkts verbundenen und hinreichend wahrscheinlichen Gefahren warnen bzw. die Wirtschaftsakteure zu Warnhinweisen veranlassen. Hinsichtlich des Inhalts der Warnung dürfte der Mitgliedstaat einen gewissen Ermessensspielraum haben, soweit der Inhalt durch die ermittelte Gefahr gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.
86. Bei den genannten Maßnahmen der Marktüberwachung muss der Mitgliedstaat bestimmte **Verfahren einhalten**. Der EuGH hat klargestellt, dass diese Verfahren nicht fakultativ sind.¹³¹ Insbesondere sind die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten zu unterrichten.¹³² Die vom Mitgliedstaat erlassenen Maßnahmen können nur aufrechterhalten werden, wenn die Kommission sie für gerechtfertigt erachtet.¹³³

¹³¹ EuGH, Urteil vom 16.10.2014, C-100/13, ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 58 – Kommission / Deutschland.

¹³² Art. 56 Abs. 2, 4 bis 6, Art. 58 Abs. 3 BauPVO.

¹³³ Art. 57 Abs. 1 und 2, Art. 58 Abs. 4 BauPVO; Jarass, NZBau 2008, S. 145, 147 (bezogen auf die BauPRL).

3. Produktsicherheitsrichtlinie

a) Reichweite und Konzept

87. Eine Vielzahl von Bauprodukten ist auch von der Produktsicherheitsrichtlinie erfasst. Sie soll zwar grundsätzlich nur **Verbraucher schützen**. Es sind aber nicht nur für Verbraucher bestimmte Produkte erfasst, sondern auch solche, die unter „*vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen von Verbrauchern benutzt werden könnten*“, selbst wenn *[sie] nicht für diese bestimmt [sind]*, und *entgeltlich oder unentgeltlich im Rahmen einer Geschäftstätigkeit geliefert oder zur Verfügung gestellt [werden]*, unabhängig davon, ob *[sie] neu, gebraucht oder wiederaufgearbeitet [sind]*.“¹³⁴
88. Gemäß Art. 1 Abs. 1 Produktsicherheitsrichtlinie soll mit dieser Richtlinie gewährleistet werden, dass die in den Verkehr gebrachten Produkte sicher sind. Daher dürfen Hersteller gemäß Art. 3 Abs. 1 Produktsicherheitsrichtlinie **nur sichere Produkte in Verkehr bringen**. Ein Produkt gilt gemäß Art. 3 Abs. 3 Produktsicherheitsrichtlinie als sicher, wenn es den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet das Produkt vermarktet wird, über die Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen für die Vermarktung dieses Produkts entspricht. Die Beachtung der nationalen Bestimmungen ist daher nach der Produktsicherheitsrichtlinie relevant, da dann die Sicherheit des Produkts vermutet wird.¹³⁵
89. Diese Vermutung steht unter einem doppelten Vorbehalt. Erstens sind die nationalen Bestimmungen nur heranzuziehen, wenn keine speziellen Rechtsvorschriften der Union über die Sicherheit des betreffenden Produkts bestehen. Zweitens müssen die nationalen Vorschriften mit dem AEUV und insbesondere den Art. 34 und 36 AEUV in Einklang stehen. Der erste Vorbehalt ist u.E. hinsichtlich der BauPVO nicht relevant.¹³⁶ Der zweite Vorbehalt ist grundsätzlich nur ein (deklaratorischer) Verweis darauf, dass die Mitgliedstaaten das Unionsrecht einzuhalten haben.
90. Die Produktsicherheitsrichtlinie verpflichtet die Hersteller, Informationen an den Produkten anzubringen, damit die Verbraucher die Gefahren, die von dem Produkt wä-

¹³⁴ Art. 2 lit. a) Produktsicherheitsrichtlinie.

¹³⁵ Koch, InTer 2013, S. 146, 148.

¹³⁶ Dazu sogleich (unter I.3.b)).

rend der üblichen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer ausgehen und die ohne entsprechende **Warnhinweise** nicht unmittelbar erkennbar sind, beurteilen und sich dagegen schützen können.¹³⁷ Die Mitgliedstaaten dürfen gemäß Art. 6 Abs. 2 Produktsicherheitsrichtlinie die Übereinstimmung der Produkte mit der allgemeinen Sicherheitsanforderung **kontrollieren**. Um zu gewährleisten, dass die in den Verkehr gebrachten Produkte sicher sind, haben sie zudem gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. a) Ziffer ii) Produktsicherheitsrichtlinie die Befugnis, von allen Beteiligten alle erforderlichen **Informationen** zu **verlangen**.

b) Anwendbarkeit im Bereich harmonisierter Bauprodukte

91. Gemäß Art. 1 Abs. 2 Produktsicherheitsrichtlinie gilt jede Vorschrift der Richtlinie nur insoweit, als es im Rahmen der unionsrechtlichen Rechtsvorschriften keine spezifischen Bestimmungen über die Sicherheit der betreffenden Produkte gibt, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird. Die Produktsicherheitsrichtlinie gilt daher grundsätzlich neben der BauPVO, soweit diese keine (gleichgerichteten) Bestimmungen über die Sicherheit der betreffenden Produkte trifft. Da nach unserem Verständnis die BauPVO nicht die Sicherheit der betreffenden Produkte regelt (siehe oben, unter 2.c)), ist sie grundsätzlich **neben der BauPVO anwendbar**. Insofern wirkt sich aus, dass die BauPVO – anders als andere sektorale Produktrichtlinien¹³⁸ – nicht die Grundlage für materielle Produktanforderungen ist und die CE-Kennzeichnung bei Bauprodukten nicht die Konformität im engeren Sinne erfasst.
92. Auch die **Vorschriften zu den Produktinformationen** gemäß Art. 5 Produktsicherheitsrichtlinie sind u.E. **anwendbar**, da die „informationsbezogenen“ Bestimmungen der BauPVO (zu Leistungserklärungen und CE-Kennzeichnung) eine andere Zielrichtung verfolgen. Diese dienen nicht der Information der Verbraucher über von den Produkten ausgehende Gefahren, sondern sollen die Leistung eines Bauprodukts erklären. Warnungen nach Art. 5 Produktsicherheitsrichtlinie sind daher auch bei Bauprodukten mit CE-Kennzeichnung erforderlich.¹³⁹ Dafür spricht auch die Verordnung

¹³⁷ Art. 5 Abs. 1 Produktsicherheitsrichtlinie.

¹³⁸ Vgl. zur Bedeutung der Produktsicherheitsrichtlinie zu anderen sektoralen Produktrichtlinien: Langer/Klindt, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 65.

¹³⁹ So auch: Winkelmüller/van Schewick/Müller, Praxishandbuch Bauproduktrecht, 2015, Rn. 296.

(EG) Nr. 765/2008, wonach andere Kennzeichnungen neben der CE-Kennzeichnung verwendet werden dürfen, sofern sie **zur Verbesserung des Verbraucherschutzes beitragen** und diese Kennzeichnungen nicht von Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union erfasst werden.¹⁴⁰

93. Anders verhält es sich u.E. bei der **Kontrolle von und Information zu Produkten** gemäß Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 lit. a) Ziffer ii) Produktsicherheitsrichtlinie. Die BauPVO enthält spezifische Bestimmungen dazu, wie die Nachweise zu Leistungen im Bereich harmonisierter technischer Spezifikationen erbracht werden können.

¹⁴⁰ Erwägungsgrund 38 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

II. Stellungnahmen im Notifizierungsverfahren zu MBO und VV TB

1. Grundsätzliches

94. Die Kommission behauptet einleitend in beiden Stellungnahmen, sie seien auf das **EuGH-Urteil in der Sache C-100/13** gestützt, das für das gesamte durch die BauPVO geregelte System relevant sei. In mehreren Anmerkungen führt sie zudem an, die Bestimmungen der MBO bzw. der VV TB könnten gegen die in dem Urteil festgelegten Grundsätze verstoßen. Diese Bezugnahme auf das Urteil wird von der Kommission nicht näher erläutert. Aus den oben (unter I.2.e)aa)) genannten Gründen hat das Urteil nur begrenzte Relevanz für die Situation unter der BauPVO. Die pauschalen Verweise auf das Urteil sind daher nicht belastbar. Grundlage sollte ausschließlich geltendes EU-Recht (insbes. die BauPVO) sein. Da ein Urteil in einem Vertragsverletzungsverfahren – wie in der Sache C-100/13 – ein Feststellungsurteil ist, konnte der EuGH Deutschland keine bestimmten Maßnahmen auferlegen. Die Pflichten Deutschlands und die (etwaige) Rechtswidrigkeit ergeben sich vielmehr aus den geltenden Rechtsakten selbst.

2. Auseinandersetzung mit Stellungnahmen der Kommission zur MBO

a) §§ 16b und 16c MBO (Ziff. 1.1 Mitteilung 303)

95. Die Kommission hatte zunächst die Auffassung vertreten, es sei nicht klar ersichtlich, dass § 16b MBO nicht für CE-gekennzeichnete Bauprodukte gelte. Dies hat die Kommission (Mitteilung 315) hinsichtlich § 16b Abs. 2 MBO (gegenseitige Anerkennung) zurückgenommen. Sie wendet sich daher nur noch gegen § 16b Abs. 1 MBO: Diese Bestimmung „*scheint es den deutschen Behörden zu ermöglichen, zusätzliche Anforderungen für Bauprodukte anzuführen, die bereits mit der CE-Kennzeichnung versehen sind, was zu Artikel 8 Absätze 3 bis 6 und Artikel 17 Absatz 5 letzter Satz [BauPVO] sowie dem besagten Urteil des EuGH in Widerspruch steht.*“
96. Der Einwand der Kommission ist u.E. zurückzuweisen. Die Mitgliedstaaten haben allgemein die Kompetenz, Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten zu bestimmen.¹⁴¹ Es wäre auch nicht nachvollziehbar, wenn bei der Verwendung von

¹⁴¹ Siehe oben (unter I.2.c)).

CE-gekennzeichneten Bauprodukten nicht die im nationalen Recht festgelegten materiellen Anforderungen einzuhalten wären, die insbesondere dem Schutz der Sicherheit und Gesundheit dienen.

b) § 25 Abs. 2 MBO (Ziff. 1.2 Mitteilung 303)

97. Nach **Auffassung der Kommission** sind ergänzende Vorschriften nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässig (abschließende Harmonisierung). § 16c Satz 2 MBO hätte auch § 25 Abs. 2 MBO ausschließen sollen.
98. Dieser Einwand überzeugt nicht, da die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Kompetenz haben, Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten zu bestimmen.¹⁴² Durch eine **Überwachung der Tätigkeiten** (Einbau, Transport, Instandhaltung, Reinigung) wird auch nicht die Verwendung eines Produkts beschränkt. Es wird insbesondere nicht eine besondere Prüfung oder Kennzeichnung vorgeschrieben. Vielmehr wird damit nach unserem Verständnis eine besondere Form der Bauaufsicht vorgeschrieben, die nicht durch die BauPVO harmonisiert oder verboten ist. Die Überwachung der Errichtung von Bauwerken, einschließlich des Einbaus etc. von Bauprodukten, obliegt weiterhin den Mitgliedstaaten.
99. Da – wie eben dargelegt – die Kompetenz für die Bauaufsicht grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten liegt, dürften die harmonisierten technischen Spezifikationen auch keine Bestimmungen zum Einbau, zum Transport, zur Instandhaltung oder Reinigung enthalten. Der **Vorbehalt in § 25 Abs. 2 MBO zugunsten der BauPVO** („soweit diese Tätigkeiten nicht bereits durch die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 erfasst sind“) ist daher u.E. entbehrlich. Dieser Halbsatz ist daher aber auch unschädlich.
100. Das von der Kommission zur Stützung ihres Einwands zitierte Urteil des EuGH in der Sache C-100/13 steht einer Anwendung von § 25 Abs. 2 MBO auf Produkte, die auf Grundlage der BauPVO harmonisiert sind, ebenfalls nicht entgegen. Zum einen betraf das Urteil die BauPRL, die einen anderen Regelungsgegenstand hatte (siehe oben, I.2.c)). Zum anderen bezog sich die von der Kommission zitierte Rn. 62 des EuGH-Urteils auf die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Bestimmungen (Waren-

¹⁴² Siehe oben (unter I.2.c)).

verkehrsfreiheit) in einem Bereich, der sekundärrechtlich harmonisiert ist.¹⁴³ Der EuGH hat damit aber keine Aussage dazu getroffen, ob eine Bestimmung – wie die in § 25 Abs. 2 MBO – zur Überwachung der Verwendung in einen Bereich fällt, der abschließend harmonisiert ist. Die Kommission hat auch nicht erläutert, wieso dieser Bereich abschließend harmonisiert sein sollte.

c) § 85a Abs. 2 Nr. 3 MBO (Ziff. 1.3 Mitteilung 303)

101. Die **Kommission** kritisiert, dass § 85a MBO nicht auf den nicht harmonisierten Bereich beschränkt ist und daher zu zusätzlichen Anforderungen für Bauprodukte führen könnte, die bereits mit der CE-Kennzeichnung versehen sind. Hier sei insbesondere § 85a Abs. 2 Nr. 3 MBO¹⁴⁴ zu beachten, in dem die Leistung dieser Produkte behandelt werde. Die Vorschriften betreffend die Feststellung und die Erklärung dieser Leistung seien auf EU-Ebene in oder mittels der BauPVO abschließend festgelegt worden und könnten daher nicht durch zusätzliche nationale Elemente ergänzt werden.
102. Die allgemein formulierten Bedenken der Kommission gegenüber § 85a MBO sind u.E. nicht berechtigt. Gemäß § 85a Abs. 1 MBO dienen die Technischen Baubestimmungen dazu, die Anforderungen nach § 3 MBO zu konkretisieren. § 3 MBO setzt die allgemeinen Anforderungen an die Errichtung, Änderung und Instandhaltung von Anlagen fest. Wie oben (unter I.2.c)) ausgeführt, haben die Mitgliedstaaten die **Kompetenz, die Anforderungen an Bauwerke zu bestimmen**. Nach unserem Verständnis wendet sich die Kommission auch nicht allgemein gegen die Befugnis gemäß § 85a MBO, sondern nur insoweit, als auf dieser Grundlage Anforderungen an Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung festgelegt werden. Allerdings hat Deutschland u.E. grundsätzlich auch die Kompetenz, Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten festzulegen (siehe oben, I.2.c)). Anforderungen sind nur insofern ausgeschlossen, als diese – im Sinne von Art. 1 BauPVO – die *„harmonisierten Regeln über die Angabe der Leistungen von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale sowie über die Verwendung der CE-Kennzeichnung“* betreffen.

¹⁴³ Dazu oben (unter I.2.e)aa)).

¹⁴⁴ Soweit die Kommission hinsichtlich der Leistung von Bauprodukten von § 85a **Abs. 3** MBO spricht, ist § 85a **Abs. 2 Nr. 3** MBO gemeint.

103. Aus diesem Grunde sind u.E. (nur) die Bestimmungen in § 85a Abs. 2 Nr. 3 lit. c) und f) MBO problematisch, als sie erlauben könnten, Technische Baubestimmungen zu erlassen, in denen auch für CE-gekennzeichnete Bauprodukte die erforderlichen Angaben festgelegt werden. Diese Buchstaben enthalten Bestimmungen, welche „*Verfahren für die Feststellung der Leistung eines Bauprodukts*“ (c) und die „*anzugebende Leistung in Bezug auf ein Merkmal*“ (f) betreffen. Die Verfahren sind – wie oben (unter I.2.a)) dargelegt – gerade Gegenstand der Harmonisierung nach der BauPVO. Die Erklärung der Leistung ist ebenfalls durch die Art. 4 bis 7 BauPVO geregelt. Soll dagegen gemäß § 85a Abs. 2 Nr. 3 lit. f) MBO – statt der „*anzugebenden oder erforderlichen und anzugebenden Leistung*“ – nur die „*erforderliche Leistung*“ konkretisiert werden können, sollte dies u.E. zulässig sein, da die Mitgliedstaaten die Anforderungen für die Verwendung eines Bauproduktes bestimmen könnten.
104. Um einen Verstoß gegen die BauPVO zu vermeiden, könnte Deutschland in § 16c MBO aufnehmen, dass § 85a Abs. 2 Nr. 3 lit. c) und f) MBO nicht für mit einer CE-Kennzeichnung versehene Bauprodukte gelten. EU-Rechtskonformität kann allerdings auch im Wege einer EU-rechtkonformen Auslegung und Anwendung erzielt werden.

d) § 85a Abs. 2 Nr. 6 MBO (Ziff. 1.4 Mitteilung 303)

105. Die **Kommission** erhebt hinsichtlich § 85a Abs. 2 Nr. 6 MBO¹⁴⁵ und Abschnitt D 3 VV TB Einwände, da dadurch zusätzliche „freiwillige“ Strukturen im harmonisierten Bereich geschaffen würden. Dadurch würden neben den Angaben des CE-Kennzeichnungssystems weitere freiwillige Angaben zu dem Produkt ermöglicht. Solche Elemente würden auch die vollständige Einhaltung der im Urteil des EuGH in der Sache C-100/13 vorgebrachten Grundsätze gefährden.
106. § 85a Abs. 2 Nr. 6 MBO und Abschnitt D 3 VV TB schaffen in der Tat den **Rahmen für freiwillige Erklärungen**. Abschnitt D 3 VV TB („Technische Dokumentation nach § 85a Abs. 2 Nr. 6 MBO“) lautet:

¹⁴⁵ Soweit die Kommission hinsichtlich „technischer Dokumentation“ von § 85a **Abs. 6** MBO spricht, ist § 85a **Abs. 2 Nr. 6** MBO gemeint.

„¹In Bezug auf die Wesentlichen Merkmale eines Bauproduktes, die von der der CE-Kennzeichnung zugrundeliegenden harmonisierten technischen Spezifikation erfasst sind, ist die CE-Kennzeichnung die einzige Kennzeichnung (Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 BauPVO).²Ansonsten sind weitere freiwillige Angaben zu dem Produkt möglich. ³In diesem Fall ist deren Korrektheit in einer technischen Dokumentation darzulegen. ⁴Hierzu kann es je nach Produkt, Einbausituation und Verwendungszweck erforderlich sein, in der Technischen Dokumentation anzugeben, welche technische Regel der Prüfung zugrunde gelegt wurde sowie ob und welche Stellen eingeschaltet wurden.⁵ Zum Beispiel kann es insbesondere sinnvoll sein, eine entsprechend Art. 30 BauPVO qualifizierte Stelle einzuschalten, sofern es keine anwendbare, anerkannte technische Regel gibt oder eine entsprechend Art. 43 BauPVO qualifizierte Stelle, sofern lediglich eine unabhängige Drittprüfung anhand einer anwendbaren technischen Regel durchgeführt werden soll.“ (Hervorhebung und Nummerierung nur hier)

107. Die Bestimmung ist u.E. **EU-rechtskonform** bzw. kann EU-rechtskonform ausgelegt werden:
108. Gegen den **ersten Satz von Abschnitt D 3 VV TB** dürfte die Kommission keine Einwände haben, da insofern lediglich auf Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 BauPVO verwiesen wurde. Im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BauPVO kann der Satz so verstanden werden, dass er für alle Produkte gilt, für die gemäß Art. 4 Abs. 1 BauPVO eine Leistungserklärung abgegeben werden muss und die daher eine CE-Kennzeichnung tragen können und nicht nur für die Produkte, welche die CE-Kennzeichnung tatsächlich tragen.
109. Der **zweite Satz von Abschnitt D 3 VV TB** ist nur klarstellend, da – wie oben (unter I.2.b)cc)ii)) dargelegt – **freiwillige Erklärungen möglich** sind, soweit sie über den Inhalt der Leistungserklärung gemäß Art. 4 und 6 BauPVO hinausgehen. Zudem sind in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale eines Bauproduktes, die von der einer CE-Kennzeichnung zugrundeliegenden harmonisierten technischen Spezifikation nicht erfasst sind, grundsätzlich auch Anforderungen des Mitgliedstaates zu Produktinformationen zulässig, da dieser Bereich nach der hier vertretenen Auffassung nicht har-

monisiert ist.¹⁴⁶ In diesem Fall wären allerdings die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung zu beachten.

110. **Satz 3 Abschnitt D 3 VV TB** („ist [...] darzulegen“) ist insofern nicht unproblematisch, als er so verstanden werden könnte, dass dies die einzige Option ist, um Leistungen eines Bauprodukts nachzuweisen. Soweit dies von harmonisierten Normen erfasste Wesentliche Merkmale betrifft, würden dadurch unzulässige Nachweisanforderungen aufgestellt. Der Kontext spricht allerdings dafür, dass die Vorschrift anders auszulegen ist. Zum einen soll es sich ausdrücklich (nach Satz 2) um *freiwillige* Angaben handeln. Dies spricht dafür, dass die Bestimmungen zu der Art der Angaben ebenfalls nicht zwingend sind. Dafür sprechen auch die **Sätze 4 und 5 von Abschnitt D 3 VV TB**, die ebenfalls als Optionen formuliert sind („kann“). Nach unserem Dafürhalten ist es zulässig, dass der Staat (unverbindliche) Hinweise dazu gibt, wie die materiellen Anforderungen erfüllt werden können.¹⁴⁷
111. Im Übrigen bleibt unklar, inwieweit die Einführung freiwilliger Strukturen gegen das Unionsrecht verstoßen könnte, da die Kommission ihre Einwände nicht konkretisiert. Wie oben (Rn. 102) erwähnt, dienen die Technischen Baubestimmungen dazu, die Anforderungen an Anlagen nach § 3 MBO zu konkretisieren. Die Mitgliedstaaten haben grundsätzlich das Recht, die Art, den Inhalt und die Form der **technischen Dokumentation hinsichtlich der Errichtung, Änderung und Instandhaltung von baulichen Anlagen** zu definieren, sofern dies im Einklang mit der Warenverkehrsfreiheit steht. § 16b Abs. 2 MBO verankert zudem den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, sodass sichergestellt ist, dass Bauprodukte aus anderen Mitgliedstaaten verwendet werden dürfen, wenn das geforderte Schutzniveau erreicht ist.

e) § 87 Abs. 4 MBO (Ziff. 1.5 Mitteilung 303)

112. Die Kommission ist der Auffassung, aus § 87 Abs. 4 MBO (Ende der Gültigkeit des Ü-Zeichens mit dem Inkrafttreten der MBO) würde folgen, dass das Ü-Zeichen aus deutscher Sicht vor Inkrafttreten der MBO gültig gewesen wäre. Dies stehe im Widerspruch zu dem Urteil des EuGH in der Sache C-100/13, aus dem das Gegenteil hervorgehe.

¹⁴⁶ Siehe dazu oben (unter I.2.b)bb)).

¹⁴⁷ Siehe dazu oben (unter I.2.b)cc)ii)).

113. Dieser Einwand der Kommission dürfte sich erledigt haben, da gemäß Art. 16c MBO die Vorschriften zum Ü-Zeichen nicht für Produkte mit CE-Kennzeichnung gelten.

f) §§ 2 Abs. 10 und 3 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)

114. § 2 Abs. 10 MBO und § 3 MBO könnten nach Auffassung der Kommission Anlass zu Verwirrung geben, da der Begriff „Anlagen“ für zwei verschiedene Bedeutungen verwendet zu werden scheine.
115. Der Einwand der Kommission greift u.E. nicht durch. Der Begriff der „Anlage“ ist in § 2 Abs. 1 Satz 3 MBO legal definiert. Die Definition ist weit, erfasst daher verschiedene Sachen bzw. Sachverhalte. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass ein Verständnis von § 2 Abs. 1 Satz 3 MBO denkbar ist, das im Widerspruch zum EU-Recht steht.

g) § 16b Abs. 2 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)

116. Nach Auffassung der Kommission könnte der Wortlaut der Klausel über die gegenseitige Anerkennung in § 16b Abs. 2 MBO verbessert werden. Sie zielt auf eine Klarstellung ab, dass die gegenseitige Anerkennung nicht CE-gekennzeichnete Produkte betrifft. Dieser Einwand hat sich allerdings inzwischen erledigt (siehe dazu oben, unter a)).

h) § 16c MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)

117. § 16c MBO beinhaltet nach **Auffassung der Kommission** zwei verschiedene Konzepte der CE-Kennzeichnung: In Satz 1 sei von CE-Kennzeichnungen ohne Unterscheidung ihrer Rechtsgrundlage die Rede (Bauprodukte könnten tatsächlich ausschließlich aufgrund anderer Harmonisierungsrechtsvorschriften als der BauPVO mit der CE-Kennzeichnung versehen sein), während Satz 2 die Geltung der §§ 17 bis 25 Abs. 1 MBO nur für Bauprodukte ausschließt, welche die CE-Kennzeichnung aufgrund der BauPVO tragen. Dadurch stelle sich die Frage, ob nationale Behörden zusätzliche Anforderungen für Produkte festlegen dürften, die gemäß anderer Harmonisierungsrechtsvorschriften mit der CE-Kennzeichnung versehen sind und so aufgrund solcher Rechtsvorschriften im Binnenmarkt rechtmäßig in Verkehr gebracht werden.
118. Die wortlautbezogene Auslegung der Kommission von § 16c MBO ist grundsätzlich überzeugend. Der Wortlaut der Norm spricht tatsächlich dafür, dass § 16c Satz 2 MBO

sich nicht auf CE-gekennzeichnete Bauprodukte bezieht, welche die Kennzeichnung auf Grundlage anderer Harmonisierungsvorschriften (als der BauPVO) tragen. Nach unserem Verständnis war dies auch von den Verfassern intendiert.

119. Der allgemeine Einwand der Kommission ist u.E. nicht überzeugend. Nachweisanforderungen der Mitgliedstaaten, die sich auf die Verwendung des Produkts (mit einer CE-Kennzeichnung aufgrund einer anderen Harmonisierungsvorschrift) in einem Bauwerk beziehen, sind grundsätzlich zulässig. Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Vorschrift nur auf die Verwendung (nicht die Bereitstellung) bezieht, die nationalen Nachweisanforderungen gemäß Art. 34, 36 AEUV gerechtfertigt sind und weder eine Veränderung eines nach den geltenden Rechtsvorschriften hergestellten Produkts verlangen noch die Bedingungen für dessen Bereitstellung auf dem Markt beeinflussen. Dies hat die Kommission im sogenannten Blue Guide auch festgestellt.¹⁴⁸ Daher ist es nicht ausgeschlossen, bei Produkten, die von einer Harmonisierungsvorschrift erfasst sind, eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung (abZ) oder ein Ü-Zeichen zu verlangen, da sich diese Nachweise auf die Verwendbarkeit des Bauprodukts beziehen.¹⁴⁹

i) §§ 17 bis 25 Abs. 1 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)

120. Die **Kommission** hat aufgrund der Erläuterungen Deutschlands ihre **Einwände hinsichtlich §§ 17 bis 25 Abs. 1 MBO** inzwischen zurückgezogen. Die Kommission hat in der Stellungnahme 315 (zur VV TB) anerkannt, dass die von § 16b Abs. 2 MBO erfassten Bauprodukte verwendet werden können, wenn das von den nationalen Rechtsvorschriften geforderte Schutzniveau gleichermaßen dauerhaft erreicht wird, und dass diese Bestimmung inhaltlich im Wesentlichen derjenigen in § 3 Abs. 5 MBO entspricht und Vorrang vor den §§ 17 bis 25 MBO hat.
121. Weitere Bemerkungen hat die Kommission jedoch hinsichtlich der diesbezüglichen **Bestimmungen in der VV TB** gemacht. Die Kommission hat im Hinblick auf die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung hinsichtlich folgender Formulierung in Teil C1 VV TB Bedenken erhoben:

¹⁴⁸ Kommission, Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 8.2.

¹⁴⁹ Dazu unten (unter III.2.b)).

„Nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gilt ein Bauprodukt, das nicht Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung ist und in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraums, in der Türkei oder in der Schweiz nach deren nationalen technischen Vorschriften rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, als den in und aufgrund der Bauordnung [nach Landesrecht] gestellten Anforderungen entsprechend, sofern die nach den anderen nationalen technischen Vorschriften gestellten und erfüllten Anforderungen den in Deutschland in und aufgrund der Bauordnung [nach Landesrecht] gestellten Anforderungen für die vorgesehene Verwendung entsprechen. Dies schließt Anforderungen an das Verfahren und die Stellen der Konformitätsbewertung ein.“

122. Wären die genannten Bestimmungen dahingehend zu verstehen, dass sie beispielsweise Wirtschaftsteilnehmer dazu veranlassen oder verpflichten würden, Bauprodukte – darunter Produkte, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt oder in Verkehr gebracht wurden – mit dem nationalen Konformitätszeichen (Ü-Zeichen) zu kennzeichnen, käme eine solche Veranlassung oder Verpflichtung nach Auffassung der Kommission einer Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 34 AEUV gleich. Solch eine allgemeine Maßnahme sei nicht nach Art. 36 AEUV oder auf Grundlage anderer vom EuGH anerkannter übergeordneter Anforderungen gerechtfertigt.
123. Die §§ 17 bis 25 Abs. 1 MBO und die von der Kommission genannten Verweise auf das Ü-Zeichen gelten – wie die Kommission inzwischen anerkannt hat – nicht für die in § 16b Abs. 2 MBO genannten Bauprodukte. Während Bauprodukte nach § 16b Abs. 1 MBO grundsätzlich die Anforderungen der MBO oder aufgrund der MBO erfüllen und gebrauchstauglich sein müssen, verweist § 16b Abs. 2 MBO für in anderen EWR-Staaten zulässige Bauprodukte nur auf § 3 Satz 1 MBO. Es ist insofern hinreichend klar, dass für Produkte, bei denen die Grundsätze über die gegenseitige Anerkennung anwendbar sein könnten, die Vorschriften über das Ü-Zeichen nicht gelten.
124. Teil C1 VV TB lässt sich dagegen in der Tat so verstehen, dass die deutschen Anforderungen an das Verfahren und die Stellen der Konformitätsbewertung auch für in anderen EWR-Staaten zulässige Bauprodukte gelten sollten. Dies könnte eine Beschränkung

der Warenverkehrsfreiheit bedeuten. Nach den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung¹⁵⁰ verstößt ein Mitgliedstaat gegen Art. 34, 36 AEUV, wenn er ohne Rechtfertigung die Wirtschaftsteilnehmer, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und/oder vertriebene Bauprodukte in seinem Hoheitsgebiet vertreiben möchten, dazu veranlasst, nationale Konformitätszeichen zu erwerben.¹⁵¹ Nationale Vorschriften, die automatisch die Vermarktung von aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Bauprodukten von der Anbringung einer Kennzeichnung oder sonstigen Nachweisen abhängig machen, sind aber unverhältnismäßig, wenn sie eine Prüfung ausschließen, ob das Produkt die Sicherheitsanforderungen erfüllt.¹⁵² Teil C1 VV TB müsste daher so ausgelegt werden, dass die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennungen für in anderen EWR-Staaten zulässige Produkte angewendet werden.

j) § 53 Abs. 1 Satz 4 und § 55 Satz 3 MBO (Ziff. 2 Mitteilung 303)

125. § 53 Abs. 1 Satz 4 und § 55 Abs. 1 Satz 3 MBO stellen nach **Auffassung der Kommission** zusätzliche Anforderungen an die Behandlung und Bereithaltung der Leistungserklärung. Das Verhältnis dieser Anforderungen zu den in der BauPVO enthaltenen und in ihrem Rahmen erlassenen Vorschriften¹⁵³ bleibe unklar.
126. Gegen die Begründetheit des Einwands der Kommission spricht, dass die § 53 Abs. 1 Satz 4 und § 55 Abs. 1 Satz 3 MBO einen **anderen Anwendungsbereich** haben als die Bestimmungen der BauPVO. Der vierte Teil der MBO (§§ 52 ff. MBO) regelt allgemein die Pflichten der am Bau Beteiligten. Hierbei handelt es sich um den Bauherrn (§ 53 MBO), den Entwurfsverfasser (§ 54 MBO), den Unternehmer (§ 55 MBO) sowie den Bauleiter (§ 56 MBO). Soweit der Bauherr gemäß § 53 Abs. 1 Satz 4 MBO und der Unternehmer gemäß § 55 Abs. 1 Satz 3 MBO die Leistungserklärung bereitzuhalten haben, gibt es keine Überschneidung mit der BauPVO, da sich die Art. 11 ff. BauPVO an die sog. Wirtschaftsakteure (Hersteller und seinen Bevollmächtigten, Importeur sowie Händler) richten. Hierbei handelt es sich gerade nicht um die am Bau Beteiligten gemäß §§ 53 ff. MBO. Die Pflichten gemäß § 53 Abs. 1 Satz 4 und § 55 Abs. 1 Satz 3 MBO

¹⁵⁰ Dazu oben (unter I.1.b).).

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 23 – Fra.bo; Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 24 f. – Elenca.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 18.10.2012, C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, Rn. 28 ff. – Elenca.

¹⁵³ Art. 11 Abs. 2 der BauPVO in Verbindung mit der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 157/2014.

behindern auch nicht das Bereitstellen oder Verwenden von CE-gekennzeichneten Produkten, da die Leistungserklärungen nach Maßgabe von Art. 7 BauPVO ohnehin zur Verfügung gestellt werden müssen. Diese Pflichten der am Bau Beteiligten dienen zudem der Kontrolle (*ex post*) durch die Bauaufsichtsbehörden, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

3. Auseinandersetzung mit Stellungnahmen der Kommission zur VV TB

a) Rechtsgrundlage und Zusammenhang zwischen dem harmonisierten und dem nicht harmonisierten Bereich (Ziff. 1.1 Mitteilung 315)

127. Aus den Verweisen auf die Rechtsgrundlage der VV TB auf § 85a MBO geht nach **Auffassung der Kommission** nicht klar genug hervor, dass diese Vorschriften nur Produkte außerhalb des in oder mittels der BauPVO entstandenen harmonisierten Bereichs betreffen sollen. In die VV TB seien mehrere Vorschriften aufgenommen worden, die auch für Produkte im harmonisierten Bereich gelten sollten. Solche Bestimmungen stünden daher im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 3 bis 6 und Art. 17 Abs. 5 letzter Satz BauPVO sowie zum Urteil des EuGH in der Sache C-100/13.

128. Der Einwand der Kommission überzeugt bereits insofern nicht, als die BauPVO – wie oben (unter I.2.) erläutert – nicht im Allgemeinen mitgliedstaatlichen Anforderungen im harmonisierten Bereich entgegensteht. Zudem werden durch § 85a MBO keine zusätzlichen Anforderungen an die Leistung der Bauprodukte gestellt, sondern vielmehr die Möglichkeit eingeräumt, die Anforderungen der Verwendung im Bauwerk gemäß § 3 MBO zu konkretisieren. Schließlich greift der Einwand auch insoweit nicht, wie die VV TB informatorische Hinweise enthält. Diese Hinweise (auf andere Normen etc.) können nicht selbst die Bereitstellung oder Verwendung von Bauprodukten behindern.

b) Einführung potenzieller „freiwilliger“ Strukturen im harmonisierten Bereich (Ziff. 1.2 Mitteilung 315)

129. Auf diese Einwände sind wir oben (unter 2.d)) eingegangen.

c) Behandlung der Leistung in Bezug auf „Glimmen [Schwelen]“ (Ziff. 1.3 Mitteilung 315)

130. Die Umsetzung des Urteils des EuGH in der Sache C-100/13 hätte es **nach Auffassung der Kommission** erfordert, dass Deutschland es künftig unterlasse, zusätzliche Anforderungen für die Leistung von Produkten zu stellen, die insbesondere von EN 13162 (Wärmedämmstoffe aus Mineralwolle) erfasst werden.
131. Wie oben (unter 1.) ausgeführt, trägt der pauschale Verweis auf das Urteil des EuGH nicht. Nach der BauPVO haben die Mitgliedstaaten insbesondere weitere Kompetenzen, um die Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten zu definieren, als nach der BauPRL, die Gegenstand des EuGH-Urteils war. Die Feststellungen des EuGH zum „alten“ Recht können daher vorliegend nicht relevant sein. Aus dem Urteil selbst ergeben sich auch keine Umsetzungspflichten, gegen die Deutschland verstoßen haben könnte.¹⁵⁴ Eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage ist entbehrlich, da – nach unserem Verständnis – eine Anpassung der Bestimmungen an die mit der Kommission abgesprochene Formulierung erfolgen soll.

d) Anpassungen und/oder Ergänzungen des aufgrund der Bauprodukteverordnung harmonisierten Systems (Ziff. 1.4 Mitteilung 315)

132. Die **Kommission** behauptet, die Mitgliedstaaten seien nicht dazu berechtigt, einseitig zusätzliche Anforderungen für die Leistung von Bauprodukten, die von harmonisierten Normen nach der BauPVO erfasst werden, einzuführen. Dies ergebe sich aus einer Analyse des Urteils des EuGH in der Sache C-100/13: Somit stünden jegliche solche Aspekte der VV TB im Widerspruch zum EU-Besitzstand. Sie führt Beispiele an, die zeigten, dass die VV TB dagegen verstoße.
133. Die Behauptung der Kommission, die Mitgliedstaaten seien nicht berechtigt, Anforderungen für die Leistungen von Bauprodukten im harmonisierten Bereich zu bestimmen, ist nach der BauPVO nicht richtig. Die Mitgliedstaaten haben auch im Hinblick auf Produkte, welche die CE-Kennzeichnung tragen, das Recht, Anforderungen für die Verwendung zu bestimmen.¹⁵⁵ Vereinheitlicht werden auf Grundlage der BauPVO viel-

¹⁵⁴ Siehe dazu oben (unter I.2.e)aa)).

¹⁵⁵ Siehe dazu oben (unter I.2.c)).

mehr nur die Regeln über die Angabe der Leistungen von Bauprodukten und die dafür erforderlichen Verfahren und Kriterien für die Bewertung der Leistung.¹⁵⁶ Die Mitgliedstaaten müssen daher gemäß Art. 8 Abs. 6 BauPVO ihre Anforderungen an die auf Grundlage der BauPVO harmonisierten Verfahren und Kriterien anpassen. Zudem dürfen bei CE-gekennzeichneten Bauprodukten gemäß Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO keine anderen Nachweise für die erklärten Leistungen verlangt werden. Unzulässig ist es daher beispielsweise, neben einer CE-Kennzeichnung eine Europäische Technische Bewertung zu verlangen.

e) Behandlung von Emissionen gefährlicher Stoffe (Ziff. 1.5 Mitteilung 315)

134. Die Kommission wendet sich dagegen, dass im Teil **Anforderungen an bauliche Anlagen bezüglich des Gesundheitsschutzes (ABG)** vorgeschrieben werde, dass der Hersteller die Zusammensetzung seines Produkts einer externen Stelle zur Bewertung mitteilt, die mögliche Gesundheitsgefährdungen bewerten würde (vgl. Abschnitt 2.1 der ABG). Es sei nicht klar, wie diese Bewertungen durchgeführt werden sollen. In dem Textentwurf werde auch Bezug genommen auf neue Emissionen einer Reihe von Stoffen (vgl. die Abschnitte 2.2.2 und 2.3 der ABG), für die produktspezifische Prüfbedingungen vorgesehen werden. Da diese in den einschlägigen europäischen Produktnormen definiert sein müssen, verleiteten diese Bezugnahmen den Leser zu der Annahme, dass solche zusätzlichen Anforderungen auf nationaler Ebene festgelegt werden könnten. Ferner sei in Abschnitt 2.3 sogar von weiteren Stoffen die Rede, die nicht definiert worden seien, aber in einer Bewertung hinzugefügt werden könnten. Dies widerspreche dem Ansatz, dass alle einschlägigen Anforderungen in den Normungsprozess einfließen würden, und setze jedes Produkt einer weiteren nationalen Bewertung aus. Da der Entwurf der VV TB überdies auch die Verwendung bestimmter Werkstoffe (insbesondere rezyklierte Werkstoffe) beschränke, bitte die Kommission um die Folgenabschätzung, in der solche Beschränkungen untermauert werden.
135. Der Fall der ABG verdeutlicht, dass ein **potenzieller Konflikt** besteht, wenn die harmonisierten Normen aus Sicht eines Mitgliedstaates unzureichend sind und er ergänzende Anforderungen für erforderlich hält. Ein Verfahren gemäß Art. 18 BauPVO ist praktisch nicht geeignet, um diesen potenziellen Konflikt aufzulösen, da die Normen lediglich anhand des Mandats geprüft werden, also nicht zwingend zu einer inhaltli-

¹⁵⁶ Siehe dazu oben (unter I.2.c).

chen Lösung hinsichtlich der Defizite einer Norm führen. Zudem nimmt die Prüfung und Entscheidung über Einwände eine lange Zeitdauer in Anspruch. Allerdings besteht u.E. dieser Konflikt nach dem Regime der BauPVO nicht mehr gleichermaßen wie unter der BauPRL, da die Mitgliedstaaten die Anforderungen für die Verwendung festlegen können. Es widerspricht daher grundsätzlich nicht der BauPVO, wenn Deutschland die Anforderungen bezüglich des Gesundheitsschutzes festlegt.

136. Die **Verfahren zur Prüfung** und die **Dokumentation** der Inhaltsstoffe und Emissionen müssen allerdings in Einklang mit den harmonisierten Normen stehen. Weitergehende Nachweisanforderungen dürfen grundsätzlich nicht gestellt werden, auch wenn die technischen Anforderungen nicht durch Leistungserklärungen gemäß der BauPVO nachgewiesen werden können.¹⁵⁷ Sofern die harmonisierten Normen nicht geeignet sind, um den Nachweis für die Einhaltung der nationalen Anforderungen zu erbringen, kann der Hersteller nach der BauPVO eine Europäische Technische Bewertung beantragen.¹⁵⁸ Etwas anderes gilt für Angaben nach Art. 31 und 33 REACH-Verordnung¹⁵⁹, die gemäß Art. 6 Abs. 5 BauPVO zusammen mit der Leistungserklärung zur Verfügung gestellt werden müssen.
137. Im Übrigen kann der Hersteller **freiwillig Angaben zu den Produktleistungen machen**, um nachzuweisen, dass er die materiellen Produkthanforderungen erfüllt.¹⁶⁰ Dies hat der Rat im Gesetzgebungsverfahren auch ausdrücklich klargestellt:

„Der Rat nahm keine Verpflichtung zur Angabe gefährlicher Stoffe in Bauprodukten in der Leistungserklärung auf. Der Hersteller kann jedoch nach dem neuen Erwägungsgrund 21a (jetzt Erwä-

¹⁵⁷ Zu diesem Dilemma oben (unter I.2.b)cc)ii)).

¹⁵⁸ Art. 19 Abs. 1 BauPVO.

¹⁵⁹ Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Chemikalienagentur, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. 2006 L 396/1.

¹⁶⁰ Dazu oben (unter I.2.b)cc)ii)).

gungsgrund [25]) den Nutzern von Bauprodukten freiwillig Informationen über gefährliche Stoffe bereitstellen.“¹⁶¹

138. Auch die Verordnung (EG) Nr. 66/2010 über das **EU-Umweltzeichen**¹⁶² ermöglicht den Herstellern, die **Konformität** des Produkts mit den entsprechenden produktspezifischen Kriterien sowie den damit verbundenen Beurteilungs- und Prüfanforderungen zu **bestätigen**.¹⁶³ So können durch das EU-Umweltzeichen Angaben zu den von der Kommission beschlossenen produktspezifischen Kriterien für Bodenbeläge auf Holz-, Kork- und Bambusbasis¹⁶⁴ gemacht werden.¹⁶⁵ Auch dabei handelt sich um ein **freiwilliges System zur Dokumentation von Leistungen**.¹⁶⁶
139. Auch gemäß Art. 6 Abs. 1 **Produktsicherheitsrichtlinie** sind die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass die Hersteller und Händler nur sichere Produkte in Verkehr bringen. Die Richtlinie ist – wie oben (unter I.3.b)) ausgeführt –grundsätzlich auch neben der BauPVO anwendbar. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist zudem eröffnet, da anzunehmen ist, dass Verbraucher regelmäßig mit den von den ABG erfassten Produkten in Berührung kommen. Hinsichtlich der Dokumentation der Anforderungen entfalten aber u.E. – nach der Kollisionsregel in Art. 1 Abs. 2 Produktsicherheitsrichtlinie – Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO eine Sperrwirkung. Daher ist die CE-Kennzeichnung auch insofern die einzige Kennzeichnung, welche die Konformität mit der erklärten Leistung bescheinigt.

¹⁶¹ Standpunkt (EU) Nr. 15/2010 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf die Annahme einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates, ABL. 2010 C 282E/1.

¹⁶² Verordnung (EG) Nr. 66/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über das EU-Umweltzeichen, ABL. 2010 L 27/1.

¹⁶³ Kommission, Blue Guide, ABL. 2016 C 272/1, Fn. 187.

¹⁶⁴ Beschluss (EU) 2017/176 der Kommission vom 25.01.2017 zur Festlegung der Umweltkriterien für die Vergabe des EU-Umweltzeichens für Bodenbeläge auf Holz-, Kork- und Bambusbasis, ABL. 2017 L 28/44.

¹⁶⁵ Art. 8 Verordnung (EG) Nr. 66/2010.

¹⁶⁶ Art. 1 und Erwägungsgrund 1 Verordnung (EG) Nr. 66/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über das EU-Umweltzeichen, ABL. 2010 L 27/1.

f) Bemerkungen zur VV TB (Mitteilung 315)

140. Auf die Einwände der Kommission im Hinblick auf die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung sind wir oben (unter 2.i)) zusammen mit den Einwänden hinsichtlich §§ 17 bis 25 Abs. 1 MBO eingegangen.

4. Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Belgiens

141. Die allgemein gehaltene Anmerkung Belgiens enthält keine konkrete Kritik an der MBO oder der VV TB. Sie lässt sich vielmehr **zugunsten Deutschlands heranziehen**: Belgien weist darauf hin, dass hinsichtlich der Leistungserklärungen die in den harmonisierten Normen beschriebenen Methoden anzuwenden sind. Dies lässt sich so verstehen, dass sich aus den harmonisierten Normen nur die Methoden ergeben, die Anforderungen an die Verwendung des Bauprodukts sich dagegen – wie oben (unter I.2.) dargelegt – (allein) nach den Bestimmungen des Mitgliedstaats richten.

5. Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Finnlands

a) § 17 MBO (Mitteilung 104)

142. § 17 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 MBO scheinen nach **Auffassung Finnlands** im Widerspruch zueinander zu stehen. Ein Verwendbarkeitsnachweis sei für ein Bauprodukt erforderlich, wenn es keine allgemein anerkannte Regel der Technik gebe (Abs. 1 Nr. 1), jedoch nicht erforderlich, wenn das Bauprodukt von einer allgemein anerkannten Regel der Technik abweiche (Abs. 2 Nr. 2). Dies ergebe keinen Sinn.
143. Dieser Einwand dürfte nicht berechtigt sein. In § 17 Abs. 1 MBO wird geregelt, in welchen Fällen die in §§ 18 bis 20 MBO aufgeführten Verwendbarkeitsnachweise erforderlich sind. Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 MBO ist ein Verwendbarkeitsnachweis erforderlich, wenn es keine Technische Baubestimmung und keine allgemein anerkannte Regel der Technik gibt. § 17 Abs. 2 MBO enthält zwei Ausnahmen zu den in Abs. 1 geregelten Fällen. Abs. 2 Nr. 1 stellt klar, dass ein Verwendbarkeitsnachweis **nicht erforderlich** ist, wenn eine allgemein **anerkannte Regel der Technik existiert**, auch wenn das

Bauprodukt von dieser abweicht. Dann kann das Bauprodukt aufgrund von § 16b Abs. 1 MBO verwendet werden.¹⁶⁷

b) §§ 53, 55, 81 MBO (Mitteilung 104)

144. Finnland weist darauf hin, dass in der englischen Übersetzung der MBO jeweils in §§ 53 Abs. 1, 55 Abs. 1, 81 Abs. 4 MBO im Zusammenhang mit der CE-Kennzeichnung aufgrund der BauPVO von „performance statement“ die Rede sei. Der richtige Ausdruck in der englischen Fassung der Verordnung laute „declaration of performance“. Im deutschen Originaltext werde der richtige Ausdruck „Leistungserklärung“ verwendet.
145. Der Einwand dürfte berechtigt sein, sodass sprachliche Anpassungen in der englischen Übersetzung erforderlich sind.

c) § 81 MBO (Mitteilung 104)

146. § 81 Abs. 4 MBO schreibt vor, dass für ein mit der CE-Kennzeichnung versehenes Bauprodukt im Rahmen der Bauüberwachung jederzeit in die Leistungserklärung Einblick zu gewähren ist. Dies steht nach **Auffassung Finnlands** im Widerspruch zu Art. 7 BauPVO, sofern nicht festgelegt wird, dass es nicht Sache des Herstellers sei, in die Leistungserklärung jederzeit Einblick zu gewähren. Normalerweise veröffentliche der Hersteller die Leistungserklärung auf seiner offen zugänglichen Webseite, jedoch nicht unbedingt bei sogenannten maßgefertigten Bauprodukten (d.h. Produkte, die speziell für ein bestimmtes Bauwerk hergestellt würden). Nach Art. 7 BauPVO könne die Leistungserklärung dem Abnehmer auch in gedruckter oder elektronischer Weise zur Verfügung gestellt werden und stehe so auf Anforderung, jedoch nicht jederzeit, zur Verfügung.
147. Der Einwand dürfte nicht berechtigt sein, da § 81 Abs. 4 MBO im Zusammenhang mit § 53 Abs. 1 Satz 3 und 4 MBO sowie § 55 Abs. 1 Satz 2 und 3 MBO zu sehen sein dürfte. Adressat dieser Regelungen sind der Bauherr (§ 53 MBO) sowie der Unternehmer (§ 55 MBO).¹⁶⁸ Aufgrund der Verpflichtung zur Bereithaltung der Leistungserklärung in

¹⁶⁷ So ausdrücklich E-MBO, Begründung (Stand: 04.03.2016), Seite 9 f.

¹⁶⁸ Siehe zu diesen Vorschriften oben (II.2.j)).

§§ 53 und 55 MBO dürfte somit sichergestellt sein, dass die Leistungserklärung auch jederzeit zur Verfügung steht.

d) § 85a MBO (Mitteilung 104)

148. § 85a Abs. 2 Nr. 6 MBO stehe nach **Auffassung Finnlands** im Widerspruch zu Art. 11 Abs. 1 BauPVO. In Art. 11 BauPVO werde festgelegt, wie die technische Dokumentation für Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung zu erstellen sei. Weitere Einzelheiten würden häufig in verbindlichen harmonisierten Produktnormen angegeben. Es werde ein rechtliches Problem geben, wenn deutsche Technische Baubestimmungen (die offenbar auch Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung abdeckten) vorschreiben würden, in der technischen Dokumentation des Bauprodukts mit CE-Kennzeichnung etwas anderes anzugeben als das, was in Art. 11 BauPVO und in der einschlägigen harmonisierten Produktnorm festgelegt sei.

149. Auf die vergleichbaren Einwände der Kommission sind wir oben (unter 2.d)) eingegangen.

e) § 87 MBO (Mitteilung 104)

150. Die Kommission hat vergleichbare Einwände erhoben (dazu oben, unter 2.e)).

f) Ausführliche Stellungnahme (Mitteilung 116)

151. Finnland hat zahlreiche Einwände hinsichtlich einzelner Bestimmungen der VV TB erhoben. Wie bereits oben (unter 3.d)) bezogen auf die Einwände der Kommission zur VV TB ausgeführt, stehen die BauPVO und die harmonisierten Normen den Bestimmungen der VV TB nur insofern entgegen, als diese auf Grundlage der BauPVO harmonisiert werden. Ausgeschlossen sind daher im harmonisierten Bereich Regeln über die Angabe der Leistungen von Bauprodukten und die dafür erforderlichen Verfahren und Kriterien für die Bewertung der Leistung. Die Mitgliedstaaten müssen gemäß Art. 8 Abs. 6 BauPVO ihre Anforderungen an die auf Grundlage der BauPVO harmonisierten Verfahren und Kriterien anpassen. Zudem dürfen bei CE-gekennzeichneten Bauprodukten gemäß Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO keine anderen Nachweise für die erklärten Leistungen verlangt werden.

152. Daraus folgt, dass die Einwände Finnlands unberechtigt sind, sofern sie sich lediglich dagegen wenden, dass Deutschland im harmonisierten Bereich Anforderungen an die Verwendung gestellt hat.¹⁶⁹ Da Bestimmungen zu Methoden und Kriterien für die Bewertung und Kennzeichnung von Bauprodukten nach der BauPVO harmonisiert werden, sind dahingehende Bestimmungen in der VV TB im harmonisierten Bereich unzulässig.¹⁷⁰

6. Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Österreichs

a) VV TB – ABG (Mitteilung 103)

153. Inwieweit eine – von Österreich kritisierte – Offenlegung der Zusammensetzung eines Bauprodukts erforderlich ist, kann unsererseits nicht vollständig beurteilt werden. Es muss insofern jedenfalls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Es wäre daher etwa zu prüfen, ob es ausreichend ist, wenn nur bestimmte Bestandteile mitgeteilt werden und ob die Angabe von Spannen ausreichend ist.
154. Wie oben (unter 3.d) und 5.f)) hinsichtlich der Stellungnahmen der Kommission und Finnlands ausgeführt, ist es nach der BauPVO unzulässig, dass die Mitgliedstaaten im Bereich harmonisierter Normen (abweichende) Anforderungen an die Verfahren festlegen. Insofern könnte Ziffer 2.2.1 der Anforderungen an bauliche Anlagen bezüglich des Gesundheitsschutzes (ABG) rechtstechnisch anders gefasst werden. Dies trifft auch auf zusätzliche – von Österreich in Abschnitt A 3.2 identifizierte – Nachweisanforderungen zu. Dass eine harmonisierte Norm – wie von Österreich bezogen auf prEN 16516:2015-05 angeführt wird – sich möglicherweise künftig ändert, ist dagegen unschädlich, da grundsätzlich jede Norm geändert werden kann.

¹⁶⁹ Dies gilt etwa für die Einwände hinsichtlich Anlage A 1.2.4/2 und 8.2.1/5 des Anhangs „Technische Regel – Bauaufsichtliche Anforderungen, Zuordnung der Klassen, Verwendung von Bauprodukten, Anwendung von Bauarten“.

¹⁷⁰ Die von den Einwänden erfassten Anlagen A 1.2.4/1, A.6.2./3 bis A 6.2/6, B 2.2.1/5, C.2.1.1, C.2.4.4, C.2.9 und 8.2.1/5 müssten daher EU-rechtskonform ausgelegt werden oder rechtstechnisch modifiziert werden.

b) § 16a MBO (Mitteilung 103)

155. **Österreich** ist der Auffassung, dass in der MBO in Verbindung mit der VV TB für die Festlegung der konkreten Einbaubestimmungen von Bauprodukten „**Bauartgenehmigungen**“ **gefordert** würden, wobei CE-gekennzeichnete Bauprodukte ebenfalls betroffen seien. Somit müsse der Hersteller oder der Verwender eines CE-gekennzeichneten Bauproduktes gegebenenfalls zusätzlich noch eine nationale Bauartgenehmigung in Deutschland beantragen und erhalten, damit das Bauprodukt in Deutschland verwendet werden darf. Dies führe in jedem Fall zu zusätzlichen Prüfungen für den deutschen Markt und damit zu zusätzlichen Kostenbelastungen für die überwiegend von KMU geprägte Industrie, welche weder trag- noch nachvollziehbar seien.
156. Dieser Einwand geht u.E. fehl, da – wie oben (unter I.2.d)) ausgeführt – Bauartgenehmigungen u.E. grundsätzlich nicht von der BauPVO erfasst sind.

7. Auseinandersetzung mit Stellungnahmen Spaniens

157. Die Stellungnahme Spaniens bezieht sich auf verschiedene **Formulierungen**, die angeblich **nicht eindeutig** sind. Schwächen der Formulierung sind offenbar teilweise der Übersetzung geschuldet. Aus der deutschen Fassung der VV TB (Seite 245) ergibt sich eindeutig, dass „Altreifen“ gemeint sind. Hinsichtlich der Formulierung „Anteile aus Altreifen“ dürfte wohl der recycelte Kautschuk gemeint sein. Soweit kritisiert wird, dass die Formulierung „Anteile aus Altreifen“ nicht eindeutig sei, bietet sich eine textliche Klarstellung an.
158. Zudem kritisiert Spanien, dass die Beschränkungen **unverhältnismäßig** und **nicht wissenschaftlich belegt** seien. Wie oben (unter I.2.c)) ausgeführt, haben die Mitgliedstaaten nach der BauPVO grundsätzlich die Kompetenz, die Anforderung für die Verwendung von Bauprodukten festzulegen, müssen dabei aber das EU-Recht und namentlich die **Warenverkehrsfreiheit** (Art. 34 AEUV) beachten. Im Falle einer Beschränkung einer Grundfreiheit ist es Sache des Mitgliedstaats, darzutun und mit geeigneten Belegen zu Beweisen zu hinterlegen, dass seine Regelung zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels (d.h. eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses)

geeignet und erforderlich ist.¹⁷¹ Diese **Beweislast** geht zwar nicht so weit, dass der Mitgliedstaat positiv belegen müsste, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen ließe.¹⁷² Bei spürbaren Beschränkungen kann allerdings vom Mitgliedstaat verlangt werden, Untersuchungen zur Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen beschränkenden Maßnahme vorzulegen sowie genaue Tatsachen zur Stützung seines Vorbringens anzuführen.¹⁷³ Die Einwände Spaniens wären daher rechtlich relevant, wenn sie – was wir nicht beurteilen können – tatsächlich zutreffen.

159. Die weiteren von Spanien genannten Vorschriften können möglicherweise bei der Anwendung der Warenverkehrsfreiheit herangezogen werden, enthalten aber *prima facie* keine Bestimmungen, die den deutschen Regelungen zwingend entgegenstehen. Das Paket der Kommission zur Kreislaufwirtschaft mag grundsätzlich für die Verwendung von Sekundärbaustoffen sprechen, hat insofern aber eher politischen Charakter. Auch Erwägungsgrund 55 und Anhang I Abschnitt 7 BauPVO enthält keine rechtliche Verpflichtung, Sekundärbaustoffe zuzulassen. Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufgrund der Richtlinie 2008/98/EG¹⁷⁴ (u.a. Verwertung und Wiederverwendung sicherzustellen) implizieren ebenfalls nicht, dass alle Sekundärbaustoffe zugelassen werden müssen. Art. 13 der Richtlinie 2008/98/EG besagt zudem, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Abfallbewirtschaftung ohne Gefährdung der menschlichen Gesundheit oder Schädigung der Umwelt erfolgt.

¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 13.03.2008, C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160, Rn. 61 – Kommission / Belgien.

¹⁷² EuGH, Urteil vom 24.03.2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172, Rn. 75 – Kommission / Spanien.

¹⁷³ EuGH, Urteil vom 24.03.2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172, Rn. 83 – Kommission / Spanien.

¹⁷⁴ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2008 L 312/3

III. EU-rechtliche Bestimmungen neben der BauPVO zu Produktinformationen

1. Vorgaben der BauPVO für Produktinformationen

a) Produktinformationen aufgrund gesetzlicher Grundlage

160. Die BauPVO enthält – oben (unter I.2.b)) erläuterte – Bestimmungen zur Erstellung von Leistungserklärungen und zur Verwendung der CE-Kennzeichnung. Zudem müssen dem Produkt gemäß Art. 11 Abs. 6 BauPVO eine Gebrauchsanleitung und Sicherheitsinformationen beigelegt sein. Sie ist jedoch nicht die einzige EU-sekundärrechtliche Regelung, die Bestimmungen für CE-gekennzeichnete Bauprodukte enthält. Zu beachten sind daher grundsätzlich auch die anderen Bestimmungen, soweit sie für CE-gekennzeichnete Produkte anwendbar sind. Aus diesen Vorschriften können sich auch Informationspflichten ergeben, die über die Leistungserklärungen nach der BauPVO hinausgehen (dazu näher unter 2. bis 6.).
161. Allerdings ist die **CE-Kennzeichnung** gemäß Art. 8 Abs. 3 BauPVO im Falle von Bauprodukten, die durch eine harmonisierte Norm erfasst sind oder für die eine Europäische Technische Bewertung ausgestellt worden ist, die **einzige Kennzeichnung, welche die Konformität des Bauprodukts mit der erklärten Leistung bescheinigt**. In Bezug auf die Wesentlichen Merkmale, die von einer harmonisierten Norm oder Europäischen Technischen Bewertung erfasst sind, sind daher andere Kennzeichnungen allgemein ausgeschlossen. Eine andere Kennzeichnung ist dagegen – unter Beachtung der Warenverkehrsfreiheit¹⁷⁵ – zulässig, wenn das betroffene Produkt oder eine bestimmte Verwendung des Produkts nicht in den harmonisierten Bereich fällt.¹⁷⁶

b) Produktinformationen aufgrund privatrechtlicher Grundlage

162. Die BauPVO schließt allerdings nicht aus, dass **im privatrechtlichen Kontext** andere oder zusätzliche Informationen oder Belege verlangt werden. Wie der EuGH in der Sache *James Elliott Construction* festgestellt hat, beschränkt die EU-rechtliche Harmonisierung grundsätzlich nicht **privatrechtliche Vereinbarungen zu Baupro-**

¹⁷⁵ Siehe dazu oben (unter II.2.i)).

¹⁷⁶ Jarass, NZBau 2008, S. 145, 149 (bezogen auf die BauPRL).

dukten.¹⁷⁷ Anders als der Staat sind Private grundsätzlich nicht durch die BauPVO darin beschränkt, vertraglich Anforderungen an den Nachweis von Eigenschaften oder Leistungen von Bauprodukten zu stellen.

163. Dass die Bestimmungen der BauPVO zur Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung auch im privatrechtlichen Kontext Produktinformationen oder Belege ausschließen sollen, ist u.E. nicht ersichtlich. Dagegen spricht zunächst, dass Adressat der sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Verpflichtungen primär der Staat ist. Auf Private sind sie nur ausnahmsweise anwendbar, beispielsweise bei Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten einer privaten Einrichtung, wenn die Erzeugnisse, die von dieser Einrichtung zertifiziert wurden, nach den nationalen Rechtsvorschriften als mit dem nationalen Recht konform angesehen werden und dadurch ein Vertrieb von Erzeugnissen, die nicht von dieser Einrichtung zertifiziert wurden, erschwert wird.¹⁷⁸ Die EU-rechtliche Harmonisierung im Rahmen der BauPVO richtet sich entsprechend nicht auf eine Behinderung des Warenverkehrs durch Private, sondern durch **Bestimmungen der Mitgliedstaaten.**¹⁷⁹
164. Die Schlussanträge des Generalanwalts in der Sache *James Elliott Construction* deuten zwar darauf hin, dass die Ausschließlichkeit der CE-Kennzeichnung auch im privatrechtlichen Kontext relevant ist. In Bezug auf die Frage, ob im Rahmen einer vertraglichen Streitigkeit der Nachweis erforderlich ist, dass das Produkt mit dem CE-Zeichen gekennzeichnet ist, um die Brauchbarkeitsvermutung nach der BauPRL in Anspruch zu nehmen, hat der Generalanwalt den Charakter der CE-Kennzeichnung wie folgt beschrieben:

„In der (hier nicht anwendbaren) späteren allgemeinen Regelung ist das „CE“-Zeichen aufgewertet und zum einzigen Mittel geworden, mit dem die Konformität des Produkts mit den anwendbaren Anforderungen der gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsvorschriften bescheinigt wird. Dies geht aus Art. 30 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 hervor, der die Definition, das Format

¹⁷⁷ Vgl. dazu oben (unter I.2.e)bb)).

¹⁷⁸ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 32 – Fra.bo; vgl. dazu nur: Kloepfer/Greve, DVBl. 2013, S. 1148ff.

¹⁷⁹ Erwägungsgrund 2, 4 BauPVO.

*und die allgemeinen Grundsätze für die CE-Kennzeichnung enthält, sowie aus dem Beschluss Nr. 768/2008, der auf die Prüfverfahren zur Feststellung der Konformität Anwendung findet, die zu seiner Anbringung führen. Die ausschließliche Verwendung der CE-Kennzeichnung für Bauprodukte ist auch in Art. 8 Abs. 3 [BauPVO] vorgeschrieben.*¹⁸⁰

165. Im privatrechtlichen Kontext dürften allerdings dennoch weitere Belege und Informationen zulässig sein. Zum einen ist der EuGH auf die konkrete Frage nicht eingegangen, sodass die Erwägungen des Generalanwalts nicht bestätigt wurden. Zum anderen sprechen die Ausführungen des EuGH (dazu oben, unter I.2.e)bb)) für das Verständnis, dass privatrechtliche Beziehungen nicht EU-rechtlich harmonisiert werden sollten. Anders könnte das lediglich zu beurteilen sein, wenn der Staat (vermittelt durch Dritte) privatrechtlich tätig wird und im Sinne von Art. 8 Abs. 5 BauPVO durch zusätzliche Vorschriften oder Auflagen die Verwendung von CE-gekennzeichneten Produkten behindert.¹⁸¹

2. Bestimmungen zur CE-Kennzeichnung in Produktrichtlinien und der Verordnung (EG) Nr. 765/2008

166. Andere EU-Richtlinien enthalten Bestimmungen über die Verwendung des CE-Kennzeichens bei Produkten, die ebenfalls Bauprodukte im Sinne der BauPVO sind und die unter die MBO und die VV TB fallen. Hinsichtlich dieser Vorschriften stellen sich die Fragen, in welchem Verhältnis sie zu den Bestimmungen der BauPVO zur CE-Kennzeichnung stehen (dazu unter a)) und ob neben diesen Kennzeichnungen auch nationale Kennzeichen und Zulassungserfordernisse EU-rechtskonform sind (dazu unter b)).

a) Anwendbarkeit im Bauproduktbereich

167. Nach der BauPVO und der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 soll an einem Produkt immer nur eine CE-Kennzeichnung angebracht werden. Es soll aber möglich sein, die ge-

¹⁸⁰ Schlussanträge von Generalanwalt Sanchez-Bordona, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821, Rn. 84 – James Elliott Construction.

¹⁸¹ Zur Geltung der BauPVO bei öffentlichen Aufträgen unten (unter III.5.).

gebenenfalls anwendbaren in den verschiedenen Harmonisierungsvorschriften enthaltenen Konformitätserklärungen abzugeben. Damit nicht mehrere CE-Kennzeichnungen erforderlich sind, erklärt der Hersteller mit der CE-Kennzeichnung, dass dieses Produkt **mit allen geltenden Harmonisierungsvorschriften übereinstimmt**.¹⁸² Dies ist allgemein in Art. 30 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 geregelt:

„Indem er die CE-Kennzeichnung anbringt oder anbringen lässt, gibt der Hersteller an, dass er die Verantwortung für die Konformität des Produkts mit allen in den einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft enthaltenen für deren Anbringung geltenden Anforderungen übernimmt.“

168. In Art. 8 Abs. 2 BauPVO findet sich eine fast inhaltsgleiche Bestimmung:

„Indem er die CE-Kennzeichnung anbringt oder anbringen lässt, gibt der Hersteller an, dass er die Verantwortung übernimmt für die Konformität des Bauprodukts mit dessen erklärter Leistung sowie für die Einhaltung aller geltenden Anforderungen, die in dieser Verordnung und in anderen einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union, die die Anbringung vorsehen, festgelegt sind.“ (Hervorhebung nur hier)

169. Abgesehen von einer Besonderheit (siehe Hervorhebung), die den Unterschieden der CE-Kennzeichnung im Rahmen der BauPVO¹⁸³ Rechnung trägt, stimmen die Bestimmungen überein. Der besondere Bezug zur Leistungserklärung spiegelt sich auch in der Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 BauPVO wider, dass der Hersteller keine CE-Kennzeichnung anbringen darf, wenn er keine Leistungserklärung gemäß den Art. 4 und 6 BauPVO erstellt hat. Das **Fehlen einer Leistungserklärung** für das Bauprodukt **schließt** allerdings nach unserem Verständnis nicht aus, dass das Bauprodukt aufgrund einer anderen Harmonisierungsbestimmung mit einer CE-Kennzeichnung versehen wird. Dies lässt sich dem letzten Satz von Art. 8 Abs. 2 BauPVO entnehmen, wonach die Regelungen für das Anbringen der CE-Kennzeichnung, die in

¹⁸² Art. 30 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 765/2008; Langner/Klindt, in: Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 50.

¹⁸³ Dazu oben (unter I.2.c)).

anderen einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union vorgesehen sind, unbeschadet Art. 8 Abs. 2 BauPVO gelten.

170. Die Kommission versteht die Vorschriften über die Verwendung der CE-Kennzeichnung ebenso. Auf ihrer Website hat sie die Situation, in der Voraussetzungen mehrerer Harmonisierungsvorschriften erfüllt sind, wie folgt erläutert:

„The same product may be covered not only by the CPR but also by other EU harmonisation legislations. For example, the CPR, Machinery Directive, Low Voltage Directive and Electromagnetic Compatibility Directive are all applicable at the same time to remote controlled power operated garage doors because these different legal acts cover different requirements.

For products covered by a harmonised standard the DoP under the CPR needs to be based on the applicable hEN cited in the OJEU. The conformity of the product with hENs cited under other EU legislation (e.g. New Approach Directives) would need to be declared using the declaration of conformity or other document as required by this other legislation.

In principle, the applicability of several harmonised standards to one product in support of different harmonised legislations should always be cross-referenced in the relevant hENs. However, only one CE marking is affixed on the product for the purposes of the CPR and the other applicable EU legislation providing for its affixing as explained in Article 8(2) of the CPR.“¹⁸⁴

171. Gegen die gleichzeitige Anwendung mehrerer Harmonisierungsvorschriften (einschließlich der BauPVO) auf Bauprodukte bestehen daher wohl keine durchgreifenden Bedenken.

¹⁸⁴ Kommission, FAQ covering the Construction Products Regulation (CPR), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/product-regulation/faq/>, Ziffer 34.

b) Zulässigkeit von nationalen Kennzeichnungen und Zulassungen

172. Das Nebeneinander von CE-Kennzeichnung und nationalen Kennzeichnungs- bzw. Zulassungserfordernissen ist dagegen auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Bau-PVO problematisch.
173. Die Verordnung (EG) Nr. 765/2008 lässt andere Kennzeichnungen nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. In Art. 30 Abs. 4 und 5 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 heißt es:

„(4) Die CE-Kennzeichnung ist die einzige Kennzeichnung, die die Konformität des Produkts mit den geltenden Anforderungen der einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft, die ihre Anbringung vorschreiben, bescheinigt.

(5) Das Anbringen von Kennzeichnungen, Zeichen oder Aufschriften, deren Bedeutung oder Gestalt von Dritten mit der Bedeutung oder Gestalt der CE-Kennzeichnung verwechselt werden kann, ist untersagt. Jede andere Kennzeichnung darf auf Produkten angebracht werden, sofern sie Sichtbarkeit, Lesbarkeit und Bedeutung der CE-Kennzeichnung nicht beeinträchtigt.“

174. Bezogen auf die Harmonisierungsvorschriften und ihre Umsetzungsakte sind daher gemäß Art. 30 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 **andere Kennzeichnungen ausgeschlossen**.
175. Bezogen auf Anforderungen, die von den Harmonisierungsvorschriften nicht erfasst sind, ist nach Art. 30 Abs. 4 und 5 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 grundsätzlich zulässig, Kennzeichnungen, Zeichen oder Aufschriften anzubringen, sofern sie die CE-Kennzeichnung nicht beeinträchtigen und nicht mit ihr verwechselt werden können. Die Mitgliedstaaten können zwar nicht zusätzliche **produktbezogene Anforderungen**, Prüfungen und sonstige Formalitäten für von Harmonisierungsvorschriften erfasste Bauprodukte verlangen, sofern die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen und die

Inbetriebnahme erfüllt sind.¹⁸⁵ Die Produktrichtlinien verbieten den Mitgliedstaaten, das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Produkten zu beschränken oder zu behindern, welche die Anforderungen der Richtlinie erfüllen.¹⁸⁶ Die Mitgliedstaaten können jedoch Nachweisanforderungen stellen, wenn sich diese nicht auf das Inverkehrbringen des Produkts, sondern auf die Verwendung des Produkts in einem Bauwerk beziehen. Denkbar sind **Regeln über die Verwendung eines Produkts**, wenn diese gemäß Art. 34, 36 AEUV gerechtfertigt sind und weder eine Veränderung eines nach den geltenden Rechtsvorschriften hergestellten Produkts verlangen noch die Bedingungen für dessen Bereitstellung auf dem Markt beeinflussen.¹⁸⁷ Unter diesen Bedingungen könnte es beispielsweise auch möglich sein, bei Produkten, die von einer Harmonisierungsvorschrift erfasst sind, eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung (abZ) oder ein Ü-Zeichen zu verlangen, da diese sich auf die Verwendbarkeit des Bauprodukts beziehen. Dabei ist allerdings der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, sodass Kennzeichnungsvorschriften unzulässig sind, sofern die Vorschriften eine Prüfung ausschließen, ob das Produkt die Sicherheitsanforderungen erfüllt.¹⁸⁸

3. Produktsicherheitsrichtlinie

176. Aus der Produktsicherheitsrichtlinie ergeben sich – wie oben (unter I.3.a)) erläutert – Informationspflichten für die Hersteller. Allerdings sind u.E. bezogen auf die auf Grundlage der BauPVO harmonisierten Bauprodukte nur die Informationspflichten gemäß Art. 5 Abs. 1 Produktsicherheitsrichtlinie anwendbar.¹⁸⁹ Die Hersteller von Bauprodukten sind danach verpflichtet, Informationen an den Produkten anzubringen, damit die Verbraucher die Gefahren, die von dem Produkt während der üblichen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer ausgehen und die ohne entsprechende **Warnhinweise** nicht unmittelbar erkennbar sind, beurteilen und sich dagegen schützen können.

¹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, C-220/15, ECLI:EU:C:2016:815, Rn. 36, 50 f. – Kommission / Deutschland.

¹⁸⁶ Vgl. nur: Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, ABl. 2006 L 157/24; allgemein dazu: Kommission, Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 8.1.

¹⁸⁷ Kommission, Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Ziffer 8.2; Langner/Klindt, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 48.

¹⁸⁸ Siehe dazu oben (unter I.1.b)).

¹⁸⁹ Siehe dazu oben (unter I.3.b)).

177. Da gemäß Art. 2 lit. a) Produktsicherheitsrichtlinie vom Anwendungsbereich alle Produkte erfasst sind, die unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen von Verbrauchern benutzt werden könnten, selbst wenn sie nicht für sie bestimmt sind, ist die Richtlinie auf eine **Vielzahl von Bauprodukten** anwendbar. Praktisch dürften alle Bauprodukte erfasst sein, die nicht ausschließlich im gewerblichen Bereich (von Bauunternehmen) genutzt werden. Die Mitgliedstaaten können daher im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie verlangen, dass entsprechende Warnhinweise angebracht werden.

4. Bedienungs- und Montageanleitungen beim Verbrauchsgüterkauf

a) Anwendbarkeit im Bauproduktbereich

178. Die Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (VerbrKfRL)¹⁹⁰ trat bereits am 07. Juli 1999 in Kraft. Gemäß Art. 1 Abs. 1 VerbrKfRL ist Zweck dieser Richtlinie, die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter zur Gewährleistung eines einheitlichen Verbraucherschutz-Mindestniveaus im Rahmen des Binnenmarkts.
179. Der Anwendungsbereich der VerbrKfRL ist auf den sog. **Verbrauchsgüterkauf** beschränkt, d.h. auf ein Rechtsverhältnis, in dem ein **Verkäufer** im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. c) VerbrKfRL) einem **Verbraucher** im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. VerbrKfRL ein **Verbrauchsgut** (Art. 1 Abs. 2 lit. b) VerbrKfRL) – nach Art. 1 Abs. 4 VerbrKfRL auch ein erst noch herzustellendes oder zu erzeugendes Verbrauchsgut – verkauft.¹⁹¹
180. Besondere Kollisionsregelungen im Hinblick auf die BauPVO – bzw. im Hinblick auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der VerbrKfRL maßgebliche BauPRL – sieht die VerbrKfRL nicht vor. Dies bedeutet, dass die VerbrKfRL im Bauproduktenbereich bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs im Sinne der VerbrKfRL Anwendung findet.

¹⁹⁰ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

¹⁹¹ Beckmann, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 433 ff. (Neubearb. 2004), Rn. 28.

b) Reichweite und Konzept

181. Im Falle des Vorliegens eines Verbrauchsgüterkaufs bestimmt Art. 2 Abs. 1 VerbrKfRL als **zentrale Leistungspflicht des Verkäufers**, dem Verbraucher **vertragsgemäße Güter zu liefern**. Wann Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, regelt Art. 2 Abs. 2 bis 5 VerbrKfRL.
182. Beim **Verkauf mit Montage**, wie er etwa beim Möbelkauf vorkommt, stellt **Art. 2 Abs. 5 Satz 1 VerbrKfRL** die mangelhafte Montage der mangelhaften Lieferung gleich. Der Käufer kann also die in der VerbrKfRL vorgesehenen Rechte für die gelieferte Sache als solche und nicht lediglich für die Montageleistung in Anspruch nehmen. Die Regelung in Art. 2 Abs. 5 Satz 2 VerbrKfRL (sog. „IKEA-Klausel“) erstreckt die vorstehenden Maßgaben auf Fälle der fehlerhaften **Montageanleitung**. Von der fehlerhaften Montageanleitung ist der Fall der fehlerhaften (z.B. unverständlichen) **Bedienungsanleitung** zu unterscheiden, der unmittelbar zur Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 VerbrKfRL führt.¹⁹²
183. Umgesetzt ins nationale Recht wurde Art. 2 Abs. 5 VerbrKfRL durch **§ 434 Abs. 2 BGB**, wobei § 434 Abs. 2 BGB nicht nur für Kaufverträge über Verbrauchsgüter gilt, sondern für alle Kaufverträge.¹⁹³

c) Bedeutung für Zulässigkeit von Produktinformationen

184. Insoweit ist festzuhalten, dass Produktinformationen im Hinblick auf Bauprodukte in Form von Bedienungs- und Montageanleitungen insoweit von Bedeutung sind, als sie gemäß Art. 2 VerbrKfRL für die Frage der Vertragsmäßigkeit der Leistung des Verkäufers von Bedeutung sind. Nicht vertragsmäßig verhält sich ein Verkäufer daher, wenn er ein Produkt mit mangelhafter Bedienungs- und Montageanleitung liefert. Dem Verkäufer von Bauprodukten obliegt daher, im Falle des Verbrauchsgüterkaufs eine mangelfreie Bedienungs- und Montageanleitung zu liefern. Trotz der Beschränkung auf den Schutz der Verbraucher dürfte eine Vielzahl von Gütern erfasst sein, die – wie in Bau-

¹⁹² Pfeiffer, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht – Band 2/1, 3. Aufl. 2016, Anhang VII zu §§ 433-480 Rn. 27.

¹⁹³ Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 434 Rn. 9 f.

märkten und anderen Geschäften für den Heimwerkerbedarf – (auch) von Verbrauchern gekauft werden.

5. Festlegung von technischen Spezifikationen und Nachweisen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

185. Bei der Vergabe von Aufträgen ist der öffentliche Auftraggeber nach den Vergaberichtlinien¹⁹⁴ grundsätzlich berechtigt, die technischen Spezifikationen der von ihm erwünschten Leistungen zu bestimmen und die dafür erforderlichen Nachweise festzulegen (dazu unter a)). Dies ist u.E. auch im aufgrund der BauPVO harmonisierten Bereich möglich (dazu unter b)).

a) Technische Spezifikationen und Nachweise nach den Vergaberichtlinien

186. Ein öffentlicher Auftraggeber muss nach den Vergaberichtlinien bei einer Ausschreibung in den Vergabeunterlagen – soweit erforderlich – die **technischen Spezifikationen darlegen**.¹⁹⁵ Zu den technischen Spezifikationen zählen alle *„technischen Anforderungen, die der Auftraggeber für fertige Bauwerke oder dazu notwendige Materialien oder Teile durch allgemeine und spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist“*.¹⁹⁶ Anzugeben sind daher grundsätzlich auch **Anforderungen an Bauprodukte**.
187. Öffentliche Auftraggeber können (unter näher geregelten Voraussetzungen) für die Beschaffung von Bauleistungen in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen ein bestimmtes **Gütezeichen als Nachweis** dafür verlangen, dass die Bauleistungen den geforderten Merkmalen entsprechen.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94/65; Richtlinie 2014/25/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. 2014 L 94/243; Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94/1.

¹⁹⁵ Art. 42 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁹⁶ Anhang VII, Ziffer 1.a) Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁹⁷ Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU.

„Öffentliche Auftraggeber, die beabsichtigen, Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen zu erwerben, sollten auf bestimmte Gütezeichen Bezug nehmen können, wie etwa das europäische Umweltzeichen, (multi)nationale Umweltzeichen oder andere Gütezeichen, sofern die Anforderungen für den Erwerb des Gütezeichens einen Bezug zum Auftragsgegenstand – wie der Beschreibung der Ware und ihrer Präsentation, einschließlich Anforderungen an die Verpackung – aufweisen.“¹⁹⁸

188. Die Verordnung (EG) Nr. 66/2010 zum **EU-Umweltzeichen** zielt beispielsweise gerade darauf ab, dass das EU-Umweltzeichen auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verwendet wird.¹⁹⁹ Hersteller und Importeure können beantragen, dass die mitgliedstaatlichen Behörden auf Grundlage der von der Kommission beschlossenen produktspezifischen Kriterien (z.B. für Bodenbeläge auf Holz-, Kork- und Bambusbasis²⁰⁰), das Umweltzeichen vergeben.²⁰¹ Durch das Umweltzeichen wird die **Konformität** des Produkts mit den entsprechenden produktspezifischen Kriterien sowie die damit verbundenen Beurteilungs- und Prüfanforderungen **bestätigt**.²⁰² Nimmt ein Auftraggeber auf die Spezifikationen eines Umweltzeichens Bezug, kann bei Waren, die das Umweltgütezeichen tragen, vermutet werden, dass sie die Spezifikationen erfüllen.²⁰³
189. Ferner können Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern vorschreiben, einen **Testbericht** einer Konformitätsbewertungsstelle **oder** eine von dieser ausgegebene **Zertifizierung als Nachweis für die Konformität** mit den Anforderungen oder Kriterien gemäß den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführ-

¹⁹⁸ Erwägungsgrund 75 Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁹⁹ Art. 7 Abs. 1 lit. f) und Art. 12 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 66/2010.

²⁰⁰ Beschluss (EU) 2017/176 der Kommission vom 25.01.2017 zur Festlegung der Umweltkriterien für die Vergabe des EU-Umweltzeichens für Bodenbeläge auf Holz-, Kork- und Bambusbasis, ABl. 2017 L 28/44.

²⁰¹ Art. 8 Verordnung (EG) Nr. 66/2010.

²⁰² Kommission, Blue Guide, ABl. 2016 C 272/1, Fn. 187.

²⁰³ Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU; EuGH, Urteil vom 10.05.2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, Rn. 64 – Kommission / Niederlande (zur Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134/114).

rungsbedingungen beizubringen.²⁰⁴ Die Auftraggeber müssen neben den angegebenen Gütezeichen, Testberichten oder Zertifizierungen auch andere gleichwertige Nachweise akzeptieren.²⁰⁵

b) Anwendbarkeit im Bauproduktbereich

190. Den EU-Vergaberichtlinien ist allerdings nicht zu entnehmen, ob diese Anforderungen auch im aufgrund der BauPVO harmonisierten Bereich gelten. Unproblematisch dürfte sein, dass der öffentliche Auftraggeber gemäß Art. 42 Richtlinie 2014/24/EU die materiellen Anforderungen an das zu verwendende Bauprodukt definiert, da dies ohnehin in den Bereich mitgliedstaatlicher Kompetenz fällt. Bedenken könnten allerdings hinsichtlich Nachweisanforderungen gemäß Art. 43 f. Richtlinie 2014/24/EU für CE-gekennzeichnete Bauprodukte bestehen, da der Mitgliedstaat grundsätzlich gemäß Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO keine weiteren Nachweise für die erklärten Leistungen verlangen darf.
191. Es ist allerdings u.E. auch nicht ausgeschlossen, dass ein **öffentlicher Auftraggeber** im auf Grundlage der BauPVO harmonisierten Bereich zusätzlich Nachweisanforderungen an Bauprodukte definiert. Gemäß Art. 8 Abs. 5 BauPVO erstrecken sich zwar die Pflichten des Mitgliedstaates auch auf den **öffentlichen Bereich im weiteren Sinne** und auch auf **nicht-legislative Behinderungen der Verwendung**:

„Ein Mitgliedstaat stellt sicher, dass öffentliche oder private Stellen, die als öffentliches Unternehmen oder aufgrund einer Monopolstellung oder im öffentlichen Auftrag als öffentliche Einrichtung handeln, die Verwendung von Bauprodukten, die die CE-Kennzeichnung tragen, weder durch zusätzliche Vorschriften noch durch Auflagen behindern, wenn die erklärten Leistungen den Anforderungen für diese Verwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat entsprechen.“

192. Diese Bestimmung der BauPVO zielt jedoch nach unserem Verständnis darauf ab, Maßnahmen zu erfassen, die praktisch wie gesetzgeberische Bestimmungen wirken,

²⁰⁴ Art. 44 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU.

²⁰⁵ Art. 43 Abs. 1, Art. 44 Abs. 1, 2 Richtlinie 2014/24/EU.

beispielsweise Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten von privaten Einrichtungen oder Versicherungssysteme, die regulierend wirken.²⁰⁶ Damit sollen möglichst vielfältige Urheber und Formen staatlicher oder quasistaatlicher Regelung der BauPVO unterworfen werden. Erwägungsgründe 1, 2 und 4 der BauPVO nennen Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie Rechtsprechung, die sich auf die Anforderungen an Bauprodukte ähnlich auswirkt. Handlungsformen der öffentlichen Hand, die allerdings nicht den Charakter oder die Wirkung von Regelungen oder Vorschriften haben, dürften dagegen nicht erfasst sein. Anforderungen im Rahmen einer Vergabe wirken aber – anders als bauordnungsrechtlichen Vorgaben, die den Einsatz bestimmter Bauprodukte regeln – nicht mit Wirkung für jedermann.²⁰⁷

193. Auch nach Verordnung (EG) Nr. 764/2008 gelten technische Spezifikationen in Vergabeverfahren nicht als technische Vorschriften, auch wenn sie ebenfalls zu Handelsbeschränkungen führen können, die in den Anwendungsbereich von der Warenverkehrsfreiheit fallen.²⁰⁸ Als „Vorschriften“ gelten aber nur Gesetze, Verordnungen oder sonstige Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaats.²⁰⁹ Es werden also abstrakte Vorschriften erfasst, die Bestimmungen an Produkte enthalten.²¹⁰ Dies ist u.E. insofern auf die BauPVO übertragbar, als **Anforderungen für einen Einzelfall** wie bei einer konkreten Auftragsvergabe ebenfalls **nicht in den Anwendungsbereich fallen**.
194. Für eine Anwendbarkeit der Art. 43 f. Richtlinie 2014/24/EU spricht auch, dass der Gesetzgeber den (harmonisierten) Bereich der Bauprodukte nicht ausgenommen hat. Da sich die Art. 42 ff. Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich auch mit technischen Anforderungen an Baumaterialien und ihrer Kennzeichnung befassen, hätte dies aber nahelegen, wenn ein Ausschluss beabsichtigt gewesen wäre. Die bauproduktbezogenen

²⁰⁶ Darauf deuten auch die Protokollerklärungen zum (fast inhaltsgleichen) Art. 6 Abs. 1 BauPRL hin: „Die Delegation des Vereinigten Königreichs geht davon aus, dass sich die Vorschriften und Bedingungen gemäß Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 2 auf die Vorschriften bezüglich der wesentlichen Sicherheitsanforderungen beziehen.“ (zitiert nach: von Bernstorff/Runkel/Seyfert, Bauproduktengesetz, 1992, S. 107; Hervorhebung nur hier).

²⁰⁷ Vgl. zu dem deutschen System der Einsatzfreigabeverfahren für Fahrzeugrückhaltesysteme im Straßenbau: VG Berlin, Urteil vom 16.11.2016, 4 K 283.15, Rn. 24 ff.

²⁰⁸ Erwägungsgrund 10 Verordnung (EG) Nr. 764/2008.

²⁰⁹ Art. 2 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 764/2008.

²¹⁰ Langner/Klindt, in: Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Loseblatt (Stand: 40. EL, 2016), C.VI, Rn. 69.

Vorschriften in den Art. 43 f. Richtlinie 2014/24/EU würden (im harmonisierten Bereich) leerlaufen, wenn die BauPVO gelten sollte. Im Umkehrschluss kann angenommen werden, dass die BauPVO insofern nicht anzuwenden ist.

195. Die Art. 42 ff. Richtlinie 2014/24/EU schaffen vielmehr ein **eigenes Regime, um die Behinderung von Produkten aus anderen Mitgliedstaaten zu verhindern**. Insbesondere darf die Angabe der technischen Spezifikationen nicht faktisch zu einem Ausschluss bestimmter Teilnehmer führen:

„Die technischen Spezifikationen müssen allen Wirtschaftsteilnehmern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.“²¹¹

196. Zudem müssen die Auftraggeber alle Gütezeichen akzeptieren, die bestätigen, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen.²¹² Sie müssen auch neben den Testberichten einer Konformitätsbewertungsstelle andere geeignete Nachweise zulassen.²¹³
197. Im Ergebnis sprechen u.E. die besseren Argumente dafür, dass öffentliche Auftraggeber auch im harmonisierten Bereich von den Art. 42 ff. Richtlinie 2014/24/EU Gebrauch machen können. Sie können daher nach Maßgabe dieser Bestimmungen Produktinformationen verlangen.

6. Erhebung von Informationen im Rahmen der Marktüberwachung

a) Systematische Kontrollen und Auskünfte

198. Wie oben (unter I.2.f)aa)) dargelegt, können die Marktüberwachungsbehörden gemäß Art. 19 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 von den Marktakteuren Unterlagen und Informationen für die Zwecke der Marktüberwachung verlangen. Mitgliedstaaten können

²¹¹ Art. 42 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.

²¹² Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU.

²¹³ Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.

jedoch nur „*anhand angemessener Stichproben*“ die Merkmale von Produkten kontrollieren. Dies legt nahe, dass eine **systematische Kontrolle nicht möglich** ist.

199. Gegen eine systematische Kontrolle hat sich auch der EuGH in der Sache C-220/15 – bezogen auf die Richtlinie zu pyrotechnischen Gegenständen²¹⁴ – ausgesprochen:

„Wie jedoch der Generalanwalt in Nr. 63 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, beruht die Marktüberwachung, die die Mitgliedstaaten gemäß Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2007/23 organisieren und durchführen müssen, auf der Konformitätsvermutung für mit der CE-Kennzeichnung versehene Gegenstände und kann daher keine systematische Kontrolle aller in Deutschland vermarkteten pyrotechnischen Gegenstände, wie das bei dem beanstandeten Anzeigeverfahren der Fall ist, rechtfertigen.“²¹⁵

200. Der Generalanwalt hatte in seinen Schlussanträgen in dieser Sache ausgeführt, dass sich „*Maßnahmen zur Marktüberwachung pyrotechnischer Gegenstände, die bereits mit einer CE-Kennzeichnung versehen sind, auf Stichproben von pyrotechnischen Gegenständen und der entsprechenden Unterlagen*“ beschränken.²¹⁶

„Zusammenfassend ist zu sagen, dass nicht bestritten wird, dass die Mitgliedstaaten in dem sensiblen Bereich der pyrotechnischen Gegenstände zur Überwachung und Untersuchung berechtigt sind, was die Richtlinie 2007/23 ausdrücklich anerkennt. In Frage steht also nicht, ob kontrolliert wird, sondern wie kontrolliert wird. In-soweit dürften allgemeine Verfahren der vorherigen Anzeige, die für alle Erzeugnisse, auch solche, gelten, die von den Behörden anderer Mitgliedstaaten bereits geprüft und genehmigt wurden, mit

²¹⁴ Richtlinie 2007/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Mai 2007 über das Inverkehrbringen pyrotechnischer Gegenstände, ABl. 2007 L 154/1 (inzwischen aufgehoben durch: Richtlinie 2013/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juni 2013 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung pyrotechnischer Gegenstände auf dem Markt, ABl. 2013 L 178/27).

²¹⁵ EuGH, Urteil vom 27.10.2016, C-220/15, ECLI:EU:C:2016:815, Rn. 58 – Kommission / Deutschland.

²¹⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Bobek, C-220/15, ECLI:EU:C:2016:534, Rn. 63 – Kommission / Deutschland.

einem auf dem freien Warenverkehr und gegenseitiger Anerkennung gegründeten System kaum vereinbar sein.“²¹⁷

201. Die **Erwägungen des EuGH** und des Generalanwalts in der Sache C-220/15 sind u.E. auf die Marktüberwachung von CE-gekennzeichneten Bauprodukten **übertragbar**. Zwar hat die Konformitätsvermutung nach der BauPVO einen anderen Gegenstand.²¹⁸ Entscheidend dürfte jedoch sein, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich auf die mit der CE-Kennzeichnung formalisierte Erklärung vertrauen müssen und gemäß Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO keine weiteren Nachweise verlangen dürfen. Dem würde es widersprechen, wenn die Mitgliedstaaten in allgemeiner, systematischer Weise Informationen oder Belege verlangen könnten, die nicht von der BauPVO vorgesehen sind. U.E. könnte daher nicht auf die Kompetenzen zur Marktüberwachung ein allgemeines System gestützt werden, das regelmäßige Anmeldungen oder Nachweise voraussetzt. Dies gilt allerdings **nur insoweit, als ein Produkt in den harmonisierten Bereich fällt**.²¹⁹
202. Im Rahmen der Marktüberwachung kann Deutschland also die Einhaltung der Anforderungen der MBO und VV TB überprüfen und dazu Informationen verlangen. Die Erhebung der Informationen darf aber nicht systematisch sein, sondern muss grundsätzlich auf Stichproben begrenzt sein.

b) Risikobezogene Kontrollen und Auskünfte

203. Zulässig dürften dagegen auch umfassendere Kontrollen sein, sofern sie nicht systematischer Natur sind. Die Mitgliedstaaten führen die Marktüberwachung nach risikobezogenen Kriterien durch.²²⁰ Sofern ein Mitgliedstaat beispielweise Anhaltspunkte dafür hat, dass von einer Produktgruppe besondere Gefahren ausgehen, kann er diese **Produktgruppe einer gezielten Kontrolle unterziehen**. Um seiner Verantwortung für die Sicherheit nachzukommen, muss er u.E. die **Kontrollen aufgrund einer Analyse der Gefahren und Risiken** durchführen können. Mit anderen Worten: der

²¹⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Bobek, C-220/15, ECLI:EU:C:2016:534, Rn. 81 – Kommission / Deutschland.

²¹⁸ Dazu oben (unter I.2.c)).

²¹⁹ Zur Reichweite der Harmonisierung oben (unter I.2.b)bb)).

²²⁰ Dazu oben (unter I.2.f)bb)).

Ausschluss systematischer Kontrollen bedeutet nicht, dass nur zufällige Kontrollen zulässig sind.

204. Für ein gezieltes Vorgehen bei den Kontrollen spricht auch, dass die Mitgliedstaaten Programme für die Überwachung aufstellen müssen.²²¹ Sie müssen entweder ein allgemeines **Marktüberwachungsprogramm** oder ein sektorspezifisches Programm aufstellen, worin die Bereiche erfasst sind, in denen sie eine Marktüberwachung durchführen.²²²

²²¹ Art. 16 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

²²² Art. 18 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 765/2008.

IV. Maßnahmen zur Sicherung des Schutzniveaus in Deutschland

1. Bestimmung der materiellen Sicherheitsanforderungen

205. Wie oben dargelegt, haben Mitgliedstaaten nach der BauPVO die Kompetenz, die Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten zu definieren. Im Rahmen des nach der Warenverkehrsfreiheit Zulässigen kann Deutschland grundsätzlich das **Sicherheitsniveau bestimmen**, das durch die verwendeten Bauprodukte eingehalten werden muss.
206. Die **Einhaltung der materiellen Anforderungen** von Bauprodukten, welche die CE-Kennzeichnung tragen, kann Deutschland dagegen gemäß Art. 8 Abs. 3 und 4 BauPVO nicht systematisch prüfen, wenn die vom Hersteller erklärten Leistungen den Anforderungen entsprechen.²²³ Im Rahmen der BauPVO sind die Mitgliedstaaten für die Überprüfung auf die **Instrumente der Marktüberwachung** beschränkt. Danach können sie – wie oben (unter I.2.f) und III.6)) dargelegt – nur anhand von Stichproben tätig werden. Die Intensität der Stichproben soll gemäß Art. 19 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 „angemessen“ sein. Dies gewährt einen gewissen Ermessensspielraum. Wegen des Ausschlusses systematischer Kontrollen können jedenfalls nicht alle Produkte geprüft werden. Zudem setzen beschränkende Marktüberwachungsmaßnahmen eine Unterrichtung der Kommission voraus.²²⁴ Der Mitgliedstaat kann aber – bis die Kommission darüber entschieden hat – auch bei CE-gekennzeichneten Produkten vorläufige Maßnahmen beschließen, um Gefahren für die Sicherheit, Gesundheit oder die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke abzuwehren. Dies gilt gemäß Art. 58 Abs. 1 BauPVO auch dann, wenn das Produkt mit der BauPVO übereinstimmt.

2. Formale Einwände

207. Sofern die in den harmonisierten technischen Spezifikationen vorgesehenen Verfahren und Kriterien – aus Sicht Deutschlands – nicht geeignet sind, um einen (belastbaren) Nachweis zu erbringen, kann Deutschland gemäß Art. 18 und 25 BauPVO **formale Einwände** erheben. Die formalen Einwände lösen eine Überprüfung der Norm durch die zuständigen Ausschüsse und Normungsgremien sowie schließlich der Kommission

²²³ Siehe dazu oben (unter III.6.).

²²⁴ Dazu oben (unter I.2.f)).

aus.²²⁵ Die Einwände haben allerdings wohl keine „Suspensivwirkung“. Der Mitgliedstaat darf also auch dann, wenn er „Lücken“ der Norm feststellt und Einwände erhoben hat, nicht einseitige Maßnahmen ergreifen. Dafür spricht, dass durch die Art. 18 BauPVO-Verfahren gerade eine Überarbeitung der Verfahren auf EU-Ebene ermöglichen sollen. Zudem ergibt sich aus Art. 56 Abs. 5 lit. b) und Art. 57 Abs. 3 BauPVO, dass ein Mitgliedstaat auch dann mit den – für den harmonisierten Bereich geschaffenen – Mitteln der Marktüberwachung und Schutzklauselverfahren vorgehen muss, wenn er der Auffassung ist, dass die Nichtkonformität des Bauprodukts darauf zurückzuführen ist, dass die harmonisierte Norm mangelhaft ist.

208. Einwände können sich zudem nur darauf beziehen, dass die Norm dem dazugehörigen Mandat nicht entspricht.²²⁶ Zudem ist – wie die anhängigen Verfahren zeigen – eine zeitnahe Entscheidung über Einwände nicht zu erwarten. Die Verfahren sind dennoch erforderlich, um die Defizite aufzuzeigen und eine Überarbeitung auf den Weg zu bringen. Daneben ist die **Mitarbeit in den** (gemäß Art. 17 Abs. 1 BauPVO mit der Erstellung der harmonisierten Normen mandatierten) **europäischen Normungsgremien** entscheidend, um den Inhalt der harmonisierten Normen mitzubestimmen.

3. Information und Warnung

209. Bei CE-gekennzeichneten Produkten für Verbraucher müssen nach der Produktsicherheitsrichtlinie neben der Leistungserklärung auch **Warnhinweise** enthalten sein.²²⁷ Nach der VerbrKfRL²²⁸ sind die Verkäufer veranlasst, **Montage- und Bedienungsanleitungen** zur Verfügung zu stellen, da andernfalls Gewährleistungsansprüche in Betracht kommen. Gemäß Art. 11 Abs. 6 BauPVO muss der Hersteller zudem dem Produkt die Gebrauchsanleitung und die Sicherheitsinformationen in einer vom betroffenen Mitgliedstaat festgelegten Sprache beigelegt werden. Dadurch werden die Informationspflichten erweitert. Eine Überprüfung, ob die materiellen Anforderungen an CE-gekennzeichnete Bauprodukte eingehalten werden, wird dadurch nicht ermöglicht.

* * *

²²⁵ Art. 18 Abs. 1 und 2 BauPVO.

²²⁶ Art. 18 Abs. 1 BauPVO.

²²⁷ Dazu oben (unter I.3. und III.3.).

²²⁸ Dazu oben (unter III.4.).

Inhaltsverzeichnis

Abend, EuZW 2013, S. 611, Neues Unionsrecht für die Vermarktung von Bauprodukten