

Bauproduktenrecht – gewichtige Herausforderungen für alle Baubeteiligten

von Prof. Dr. Claudius Eisenberg, Pforzheim* und Rechtsanwalt Dr. Michael Scheffelt, München

Mit der seit Juli 2013 geltenden Bauproduktenverordnung,¹ dem Urteil des EuGH zur Bauproduktenrichtlinie² und dem von Bund, Ländern und dem DIBt eingeleiteten neuen Regelungskonzept regt sich im Bauproduktenrecht einiges. Leider ist nicht davon auszugehen, dass sich diese bislang schon komplexe Regelungsmaterie vereinfachen wird. Ganz im Gegenteil ist eher eine zunehmende Unübersichtlichkeit und vor allem eine hohe Rechtsunsicherheit für die am Bau Beteiligten zu

befürchten. Die Haftungsrisiken von Bauproduktenherstellern, Planern und Bauausführenden,

-
- * Der Autor Eisenberg ist Professor an der Hochschule Pforzheim.
- 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. L 88 vom 04.04.2011, S. 5 (Bauproduktenverordnung – BauPVO).
 - 2 EuGH, Urt. v. 16.10.2014 – C 100/13, NZBau 2014, 692.

und nicht zuletzt auch von Bauherren, werden deutlich zunehmen. Mit diesem Beitrag erläutern die Verfasser die Hintergründe der aktuellen Diskussion und bringen Licht in das künftige Regelungsregime, zeigen Haftungsrisiken auf und geben Hinweise zu deren Eindämmung.

I. Systematische Verortung des Bauproduktenrechts

Im Produktrecht wird üblicherweise zwischen dem öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrecht und der zivilrechtlichen Produkthaftung unterschieden. Streng genommen sind beide Bereiche strikt voneinander zu trennen. Etwas pauschaliert kann allerdings die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen produktsicherheitsrechtlichen Vorgaben als absolute Mindestanforderung an die Vermeidung von zivilrechtlicher Produkthaftung betrachtet werden, so dass doch zumindest ein mittelbarer Zusammenhang beider Rechtsbereiche zu verzeichnen ist. Inwieweit die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Mindestvorgaben Marktakteure, insb. Produkthersteller, im Hinblick auf Haftungsvermeidung entlasten kann, wird im weiteren Verlauf aufgezeigt.

Im öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrecht wiederum ist grundsätzlich zwischen dem sog. harmonisierten Bereich – also Produkten, für die Harmonisierungsregelungen der EU existieren – und dem nicht harmonisierten Bereich zu unterscheiden, vergleiche insbesondere § 3 ProdSG. Im Bereich der harmonisierten Produkte nehmen Bauprodukte – neben wenigen weiteren Produktarten – wiederum eine Sonderrolle ein: Üblicherweise werden bestimmte Produkte, zum Beispiel Maschinen, von einer Harmonisierungsregelung (herkömmlich EU-Harmonisierungsrichtlinien, zunehmend jedoch EU-Harmonisierungsverordnungen) erfasst und müssen dann den grundlegenden Anforderungen dieser Regelungen, die sich regelmäßig in Anhang 1 zur jeweiligen Richtlinie/Verordnung finden, genügen. Vielfach existieren harmonisierte Normen, die einen, nicht obligatorischen, Weg aufzeigen, wie diese Anforderungen umgesetzt werden können.

Ganz anders funktioniert die Harmonisierung im Bereich der Bauprodukte. Durch die BauPVO sind Bauprodukte noch nicht harmonisiert. Ein Bauprodukt ist grundsätzlich erst dann ein harmonisiertes Produkt, wenn dafür auf Grundlage eines

Mandats der EU-Kommission durch die europäischen Normungsinstitutionen (insb. CEN) Normen entwickelt, diese von der EU-Kommission angenommen und im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurden, also für das Bauprodukt harmonisierte Normen vorliegen. Dann sind diese Normen, anders als bei anderen Produkten, jedoch zwingend umzusetzen.³ Hintergrund dieses Systembruchs ist insb. der Umstand, dass es an sich nicht um die Sicherheit des Bauprodukts geht, sondern um die Sicherheit des Bauwerks, für dessen Herstellung die Bauprodukte verwendet werden. Letzterer Bereich fällt jedoch nicht in die Regelungskompetenz der EU. Diese ist insoweit nur für den freien Binnenmarkt zuständig.

Diese Kompetenzverteilung – Zuständigkeit der EU für den freien Binnenmarkt, Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Sicherheit von Bauwerken – ist letztlich auch Ursache der seit mehreren Jahren laufenden Diskussion, die zuletzt im eingangs erwähnten Urteil des EuGH gipfelte, damit aber noch bei weitem nicht ausgestanden ist. Auch die seit Juli 2013 geltende BauPVO hat hier, auch nicht in einer Zusammenschau mit dem genannten EuGH-Urteil, abschließende Klarheit gebracht. Die Diskussion läuft unter geänderten Vorzeichen weiter. Zum Verständnis der Gründe hierfür ist zunächst ein Blick auf das nationale und das harmonisierte Bauproduktenrecht erforderlich.

II. Das öffentlich-rechtliche Bauproduktenrecht

1. Rechtsquellen des Bauproduktenrechts

Regelungen zu Bauprodukten finden sich grundsätzlich zunächst in der BauPVO und dem BauPG für harmonisierte Produkte sowie im Übrigen in den Landesbauordnungen der Bundesländer. Die Länder orientieren sich hierbei an der MBO, die die Bauministerkonferenz zur Angleichung der Regelungen der Bundesländer erarbeitet.⁴ Im Folgenden wird daher jeweils auf die MBO Bezug genommen.

³ Vgl. Art. 4 BauPVO; vgl. auch Schneider/Thielecke, NVwZ 2015, 34 (36).

⁴ www.is-argebau.de; MBO in der Fassung November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom 21.09.2012 (im Folgenden MBO a.F.) und MBO in der Fassung November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom 13.05.2016 (im Folgenden MBO n.F.).

2. Rückblick auf das bislang geltende Regelungsregime

Die MBO a.F. sieht in §§ 17 ff. ein umfassendes Regelungsregime für die Verwendbarkeit von Bauprodukten in baulichen Anlagen vor mit der Zielrichtung, insbesondere die Sicherheit der baulichen Anlagen zu gewährleisten. Dazu wird zwischen geregelten, nicht geregelten und sonstigen Bauprodukten sowie harmonisierten Bauprodukten unterschieden. Zur jeweiligen Konkretisierung der Anforderungen führt das DIBt, eine gemeinsam von Bund und Ländern eingerichtete Anstalt des öffentlichen Rechts, im Einvernehmen mit den obersten Bauaufsichtsbehörden der Länder Bauregellisten. Je nach Produkteinstufung sieht dieses Regelungsregime bestimmte Verwendbarkeitsnachweise vor oder befreit von solchen. Überblicksartig dargestellt sind

- geregelte Bauprodukte nach § 17 I Satz 1 Nr. 1 MBO a.F. solche, die konform mit technischen Regeln sind, die in der Bauregelliste A eingeführt sind oder von diesen nicht wesentlich abweichen. Diese bedürfen einer Übereinstimmungsbestätigung und müssen mit dem Ü-Zeichen versehen sein;
- nicht geregelte Bauprodukte nach § 17 III MBO a.F. solche, die von einschlägigen technischen Regeln, die in der Bauregelliste A eingeführt sind, abweichen oder für die es keine allgemein anerkannten Regeln der Technik gibt. Diese Bauprodukte bedürfen einer Zulassung in Form einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung, eines allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnisses oder einer Zustimmung im Einzelfall. Als Zulassungsbehörde fungiert das DIBt;
- sonstige Bauprodukte nach § 17 I Satz 2 und 3 MBO a.F. solche, die konform mit technischen Regeln sind, die nicht in der Bauregelliste A bekannt gemacht sind. Solche Produkte bedürfen keiner gesonderten Zulassung;
- sonstige Bauprodukte nach § 17 III Satz 2 MBO a.F. solche, die von untergeordneter Bedeutung für die baurechtlichen Anforderungen und in der Bauregelliste C bekannt gemacht sind. Diese bedürfen keiner gesonderten Zulassung;
- harmonisierte Bauprodukte nach § 17 I Satz 1 Nr. 2, VII MBO a.F. solche, die mit nach der BauPVO harmonisierten Normen konform sind und gegebenenfalls den zusätzlichen Anforderungen der Bauregelliste B entsprechen. Diese Bauprodukte müssen das CE-Zeichen tragen

und, je nach Anforderungen in der Bauregelliste B, zusätzlich das Ü-Zeichen. Letztere, zusätzliche Anforderungen wurden vom EuGH für unzulässig erklärt,⁵ was Anlass zur jetzt anstehenden Neuregelung des Bauproduktenregimes war.

Dies soll zur Darstellung der bisherigen Rechtslage genügen, die Grundzüge dürften aber doch für das Verständnis des künftigen Regelungsregimes von Bedeutung sein.⁶

3. Ausblick auf das künftige Regelungsregime

a) Überblick

Anlässlich des bereits mehrfach genannten EuGH-Urteils haben Bund und Länder das Regelungsregime für Bauprodukte durch eine Überarbeitung der MBO neu ausgestaltet.⁷ Dabei ist vor allem eine systematische und strukturelle Neuaufrichtung zu verzeichnen. Inhaltliche Änderungen sind vor allem für harmonisierte Bauprodukte zu finden. Insbesondere wurde das System der Bauregellisten aufgegeben. Dieses soll künftig durch die Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (im folgenden MVV TB) ersetzt werden.⁸

Bauprodukte sind auch künftig im dritten Abschnitt der MBO n.F., der jetzt mit § 16b beginnt, geregelt. Bauarten, die bislang mit den Bauprodukten zusammen im dritten Abschnitt geregelt waren, finden sich künftig im zweiten Abschnitt in § 16a

5 Vgl. zur darauf folgenden Diskussion im Hinblick auf Auswirkungen des Urteils und Übertragbarkeit auf die BauPVO insb. Schucht, NZBau 2015, 592 m.w.N.; mittlerweile dürfte weitgehend akzeptiert sein, dass das Urteil auch i.R.d. jetzt anwendbaren BauPVO zu beachten ist, vgl. Halstenberg, BauR 2016, 1428 (1429).

6 Instrukтив zur bisherigen Rechtslage Winkelmüller, IBR 2011, 1004 und umfassend Winkelmüller/van Schewick/Müller, Bauproduktenrecht und technische Normung, 2015.

7 Umgesetzt ist die Novellierung bislang erst in Sachsen-Anhalt und Nordrhein-Westfalen, die anderen Bundesländer müssen noch nachziehen.

8 Vgl. hierzu den Entwurf Muster Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen, Stand 31.05.2017, abrufbar auf der Website der Bauministerkonferenz www.is-argebau.de; das Notifizierungsverfahren hierzu ist abgeschlossen, Betroffene konnten bis 01.07.2017 Stellung nehmen; vgl. die heftig kritisierende gemeinsame Stellungnahme der Spitzenverbände aus Baugewerbe, Bauindustrie, planenden und beratenden Ingenieuren sowie Prüfingenieuren vom 29.06.2017 („Die Zielrichtung der MVV TB ist grundfalsch. Sie ist ein juristisches „Schlichtungsangebot“ an die EU-Kommission und kein Hilfsmittel für die Baupraxis.“), abrufbar z.B. auf der Website des VDI – www.vdi.de.

MBO, da es bei den Bauarten nicht um Bauprodukte, sondern um die Bauausführung geht.⁹ Bauarten bleiben im weiteren Verlauf außer Betracht.¹⁰

Eine Definition des Begriffs „Bauprodukt“ findet sich weiterhin in § 2 X MBO n.F., wobei die Definition zur Klarstellung und Vereinheitlichung mit der BauPVO durch den Begriff „Bausatz“ ergänzt wurde.¹¹ Nach Art. 2 Nr. 1 BauPVO ist auch ein Bausatz, der wiederum in Art. 2 Nr. 2 BauPVO definiert ist, ein Bauprodukt.

b) Verwendbarkeit von CE-gekennzeichneten Bauprodukten

Nach der BauPVO¹² CE-gekennzeichnete Bauprodukte dürfen nach Maßgabe von § 16c MBO n.F. verwendet werden. Die §§ 17 bis 25 I MBO n.F. gelten für diese Bauprodukte nicht.

Hier ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass die Mitgliedstaaten für die Sicherheit der Bauwerke und damit für die bauwerkseitigen Anforderungen zuständig sind. Diese bauwerkseitigen Anforderungen sind in Deutschland durch die oder aufgrund (z.B. in den Sonderbauvorschriften oder der MVV TB) der MBO geregelt. Ein CE-gekennzeichnetes Bauprodukt darf daher verwendet werden, wenn die durch die CE-Kennzeichnung belegte erklärte Leistung des Bauprodukts den bauwerkseitigen (und zwar sämtlichen) Anforderungen entspricht. Dies kann sowohl bei einer in diesem Sinne vollständigen harmonisierten europäischen Norm sowie aufgrund einer Europäischen Technischen Bewertung (ETA) nach Art. 19 BauPVO gegeben sein.

Ist dies nicht der Fall, sind folgende Konstellationen denkbar:

Sofern die erklärten Leistungen nicht alle bauwerkseitigen Anforderungen erreichen oder die Randbedingungen, unter denen die Bauprodukte verwendet werden, von den in der harmonisierten technischen Spezifikation vorgesehenen Randbedingungen abweichen oder zu bestimmten Merkmalen, die sich im konkreten Verwendungszusammenhang auf die Erfüllung der Anforderungen auswirken, keine Leistungen ausgewiesen sind, müssen die am Bau Beteiligten eigenverantwortlich entscheiden, ob die Defizite so gering sind, dass von der Erfüllung der bauwerkseitigen Anforderungen trotzdem ausgegangen werden kann (und damit das Bauprodukt solchen nicht CE-gekennzeichneten mit nicht wesentlicher Abweichung entspricht, siehe dazu sogleich¹³).¹⁴

Für Bauprodukte, deren zugrundeliegenden harmonisierten europäischen Normen eine die bauwerkseitigen Anforderungen treffende Leistungserklärung nicht vollständig ermöglichen, kann der Hersteller ergänzend eine Europäische Technische Bewertung (ETA) nach Art. 19 BauPVO beantragen. Eine Pflicht hierzu besteht jedoch nicht.

Sofern im Hinblick auf die bauwerkseitigen Anforderungen eine ausreichende Leistungserklärung nicht vorliegt, darf das Bauprodukt nicht (allein) aufgrund von § 16c MBO n.F. verwendet werden.¹⁵ Zulässig ist in diesem Fall aber, dass erforderliche Produktleistungen durch freiwillige Herstellerangaben nachgewiesen werden.¹⁶ Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass die EU-Kommission aber offenbar jegliche verpflichtende Prüfungen im Vorfeld für unzulässig hält.¹⁷ Damit bleibt derzeit letztlich unklar, wie ein solcher Nachweis tatsächlich auszusehen hat – ein nicht unerhebliches Risiko für sämtliche am Bau Beteiligten. Dies gilt auch für Bauaufsichtsbehörden. Diese müssen nämlich dann im Einzelfall entscheiden, ob in diesen Fällen die materiellen Anforderungen des § 16b MBO n.F. erfüllt sind oder ein behördliches Einschreiten gefordert ist.¹⁸

c) Verwendbarkeit von nicht CE-gekennzeichneten Bauprodukten

Die grundlegende Aussage zur Verwendbarkeit von Bauprodukten findet sich nunmehr in § 16b I MBO n.F.¹⁹ Demnach dürfen Bauprodukte verwendet werden, wenn bei ihrer Verwendung die

9 Begründung zur Änderung der MBO vom 04.03.2016, S. 5.

10 Vgl. hierzu Winkelmüller/van Schewick/Müller, Bauproduktenrecht und Technische Normung, 2015, Rdnr. 658 ff.; und insb. die „Informationen zu neuen Bescheidtypen“ des DIBt vom 07.07.2017.

11 Begründung zur Änderung der MBO vom 04.03.2016, S. 4.

12 Vgl. zu den Anforderungen der BauPVO Eisenberg, NZBau 2013, 675.

13 Ziff. 3. c) 1. Tiret.

14 Begründung zur Änderung der MBO vom 04.03.2016, S. 8.

15 Begründung zur Änderung der MBO vom 04.03.2016, S. 9.

16 Vgl. hierzu die Vollzugshinweise der Länder zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 16.10.2014 in der Rechtssache C-100/13, abrufbar auf der Website des DIBt – www.dibt.de; sehr kritisch hierzu die Mitteilung der Bundesingenieurkammer v. 16.02.2016, DS 2016, 72.

17 Vgl. Winkelmüller/van Schewick, BauR 2015, 1602 (1606).

18 Begründung zur Änderung der MBO vom 04.03.2016, S. 9.

19 Bislang in § 3 II MBO a.F.

baulichen Anlagen²⁰ bei ordnungsgemäßer Instandhaltung während einer dem Zweck entsprechenden angemessenen Zeitdauer die Anforderungen dieses Gesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erfüllen und gebrauchstauglich sind, d.h. soweit nicht die §§ 16c ff., 85a MBO n.F. weitere Anforderungen stellen.

Darüber hinaus dürfen Bauprodukte nach § 16b II MBO n.F. auch dann verwendet werden, wenn sie in Vorschriften anderer Vertragsstaaten des EWR genannten technischen Anforderungen entsprechen, sofern das geforderte Schutzniveau gem. § 3 Satz 1 MBO n.F. gleichermaßen dauerhaft erreicht wird. Diese bislang in § 3 V MBO a.F. enthaltene Gleichwertigkeitsklausel dürfte keinen eigenständigen Verwendbarkeitsnachweis darstellen. Gemeint dürfte lediglich sein, dass die entsprechenden Vorgaben des betreffenden EWR-Staates im Rahmen der Erteilung eines deutschen Verwendbarkeitsnachweises zu berücksichtigen sind.²¹ Zur abschließenden Klärung dieser in Rechtsliteratur und Rechtsprechung offenen Frage äußert sich die Begründung zur Änderung der MBO nicht.

§ 17 MBO n.F. regelt schließlich, ob ein Bauprodukt eines Verwendbarkeitsnachweises nach §§ 18 bis 20 MBO n.F. bedarf oder nicht.

Keines Verwendbarkeitsnachweises bedürfen Bauprodukte

- für die es Technische Baubestimmungen (dort: MVV TB Kapitel C 2 [bisher Bauregelliste A Teil1]) nach § 85a MBO n.F. gibt und die deren Vorgaben entsprechen oder von diesen Vorgaben im Falle von Technischen Baubestimmungen nach § 85a II Nr. 3 MBO n.F. nicht wesentlich abweichen (Umkehrschluss aus § 17 I Nr. 1 und 2 MBO n.F.). Diese Bauprodukte bedürfen einer Übereinstimmungsbestätigung nach § 21 MBO n.F., die durch Übereinstimmungserklärung des Herstellers nach §§ 21 II, 22 MBO n.F. und Kennzeichnung der Bauprodukte mittels Übereinstimmungszeichen (Ü-Zeichen) erfolgt. Die Anforderungen an die Übereinstimmungserklärung des Herstellers
 - Übereinstimmungserklärung des Herstellers (ÜH)
 - Übereinstimmungserklärung des Herstellers nach vorheriger Prüfung des Bauprodukts durch eine anerkannte Prüfstelle (ÜHP) oder

- Übereinstimmungszertifikat durch eine anerkannte Zertifizierungsstelle (ÜZ)
- ergeben sich aus MVV TB Kapitel C 2 Spalte 4;
- für die es allgemein anerkannte Regeln der Technik gibt, die nicht in den Technischen Baubestimmungen nach § 85a MBO n.F. bekannt gemacht wurden (Umkehrschluss aus § 17 I Nr. 1 MBO n.F.), auch wenn sie von diesen abweichen, § 17 II Nr. 1 MBO n.F. Diese Bauprodukte tragen kein Ü-Zeichen;
 - von untergeordneter Bedeutung für die Erfüllung der Anforderungen dieses Gesetzes oder auf Grund dieses Gesetzes, § 17 II Nr. 2 MBO n.F.;
 - die auf einer (nicht abschließenden) Liste gem. § 17 III MBO n.F. aufgeführt sind, die in den Technischen Baubestimmungen (MVV TB Kapitel D 2) nach § 85a MBO n.F. enthalten ist. Hier sollen zur Klarstellung für die am Bau Beteiligten Bauprodukte aufgeführt werden, die bislang in der Liste C geführt wurden oder bislang als sog. „sonstige Bauprodukte“ bezeichnet wurden,²² also Bauprodukte i.S.v. § 17 II Nr. 1 und 2 MBO n.F.

Eines Verwendbarkeitsnachweises bedürfen daher Bauprodukte

- für die es weder Technische Baubestimmungen noch allgemein anerkannte Regeln der Technik gibt, § 17 I Nr. 1 MBO n.F.;
- die von einer Technischen Baubestimmung nach § 85a II Nr. 3 MBO n.F. wesentlich abweichen, § 17 I Nr. 2 MBO n.F.;
- eine Verordnung nach § 85 IV MBO n.F.²³ dies vorsieht, § 17 I Nr. 3 MBO n.F.²⁴

Solche Bauprodukte bedürfen eines Verwendbarkeitsnachweises in Form einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung (abZ) nach § 18 MBO n.F. oder einer Zustimmung im Einzelfall (ZiE) nach § 20 MBO n.F., sofern nicht Kapitel C 3 der MVV TB (bisher: Bauregelliste A Teil 2) für solche Bau-

20 § 2 I MBO n.F.

21 Ausführlich hierzu Winkelmüller/van Schewick/Müller, Bauproduktenrecht und technische Normung, 2015, Rdnr. 409 ff.

22 Begründung zur Änderung der MBO vom 04.03.2016, S. 10.

23 Bislang § 17 IV MBO a.F.

24 Vgl. z.B. die MWasBauPV – Muster einer Verordnung zur Feststellung der wasserrechtlichen Eignung von Bauprodukten und Bauarten.

produkte ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis (abP) nach § 19 MBO n.F. genügen lässt. Diese Bauprodukte sind ebenfalls mit dem Ü-Zeichen zu kennzeichnen. Die Anforderungen an die Übereinstimmungserklärung des Herstellers (ÜH, ÜHP oder ÜZ) ergeben sich aus der abZ, der ZiE oder der abP (bzw. Kapitel C 3 Spalte 4 der MVV TB).²⁵

d) Bewertung der Neuregelung/Hinweise für die Praxis

Vor allem im Hinblick auf den harmonisierten Bereich ist das neue Konzept im Grundsatz zu begrüßen, das mit einer zunehmenden Überführung der bisherigen produktbezogenen Anforderungen in bauwerksbezogene Anforderungen durch die MVV TB idealerweise zu einer klareren praktischen Abgrenzung der Kompetenzen von EU (Binnenmarkt) und Mitgliedstaaten (Sicherheit von Bauwerken) führen wird. Allerdings muss hier die weitere Entwicklung abgewartet werden. Die nationalen Vorgaben im Hinblick auf die bauwerkseitigen Anforderungen sind ihrerseits gleichwohl am Maßstab der binnenmarktrechtlichen Vorgaben, Art. 34 AEUV, zu messen und dürfen nicht durch die Hintertür zu unzulässigen Behinderungen der Warenverkehrsfreiheit führen.²⁶

Während für den nicht harmonisierten Bereich die Umstellung für die am Bau Beteiligten weniger eine inhaltliche als vielmehr eine begriffliche sein wird, wird der harmonisierte Bereich auf zunächst unabsehbare Zeit wohl zu mehr Rechtsunsicherheit für die am Bau Beteiligten führen.²⁷

aa) Mit der Überführung der Bauregellisten A und C in die MVV TB (dort Kap. C und D) sind im Hinblick auf nicht harmonisierte Bauprodukte inhaltlich kaum Änderungen verbunden. Hier ist eher eine begriffliche und strukturelle Umgewöhnung gefordert. Da gesetzliche Definitionen entfallen sind, bleibt abzuwarten ob die bisherigen Begrifflichkeiten (geregeltes, nicht geregeltes, sonstiges Bauprodukt) in der Praxis beibehalten werden. Gegebenenfalls bietet es sich an, künftig nur noch zwischen

- Bauprodukten ohne Verwendbarkeitsnachweispflicht
 - nach MVV TB Kap. C2
 - nach MVV TB Kap. D2
 - nach § 17 II Nr. 1 MBO n.F., für die es allg. anerkannte Regeln der Technik gibt,

die nicht als TB bekannt gemacht wurden, auch wenn sie von diesen abweichen

- nach § 17 II Nr. 2 MBO n.F., die von untergeordneter Bedeutung für die Erfüllung der Anforderungen der MBO oder auf Grund der MBO sind

und

- Bauprodukten mit Verwendbarkeitsnachweispflicht
 - nach MVV TB Kap. C3 (§ 17 I Nr. 1 und 2 MBO n.F.)
 - nach einer Verordnung nach § 85 IV MBO n.F. (§ 17 I Nr. 3 MBO n.F.)

zu unterscheiden.

Vor allem im Hinblick auf Bauprodukte ohne Verwendbarkeitsnachweispflicht nach § 17 II Nr. 1 und 2 MBO n.F. müssen die am Bau Beteiligten beachten und darauf achten, dass solche Bauprodukte selbstverständlich die materiellen Anforderungen an die Verwendung von Bauprodukten nach § 16b I MBO n.F. erfüllen müssen. Anderenfalls drohen ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörden nach § 79 I Satz 1 MBO n.F. und gegebenenfalls Haftungsrisiken.

bb) Im Bereich der harmonisierten Bauprodukte wird durch das neue Regelungsregime zwar eine klarere Abgrenzung der Kompetenzbereiche von EU und Mitgliedstaat geschaffen. Für eine derzeit nicht absehbare Zeit ist dies jedoch für die am Bau Beteiligten und die Bauaufsichtsbehörden mit größerer Unsicherheit verbunden: Zahlreiche harmonisierte Normen beinhalten nicht alle oder nicht in ausreichendem Maße Verfahren zur Bestimmung der Leistung des betreffenden Bauprodukts im Hinblick auf die Anforderungen der Bauwerkssicherheit. Diese bereits während der Geltungsdauer der Bauproduktenrichtlinie vorgefundene Situation hat sich durch deren Ablösung durch die BauPVO noch verschärft, da mit „Nachhaltige Nutzung der natürlichen Ressourcen“ noch eine weitere grundlegende Anforderung hinzukommen ist, die naturgemäß von bis zu diesem Zeitpunkt bereits erlasse-

25 Eine anschauliche tabellarische Gegenüberstellung von Bauregellisten und VV TB findet sich bei Eggert, DIBt-Newsletter 2/2017, S. 5, 10.

26 Vgl. hierzu Schucht, NZBau 2015, 592 (593).

27 So auch Leineweber, BauR 2017, 1099.

nen Normen nicht abgedeckt ist.²⁸ Wurden solche Lücken bislang durch zusätzliche nationale Anforderungen (Bauregelliste B) geschlossen, ist dieser Weg nunmehr versperrt. Die Lückenschließung ist vielmehr den am Bau Beteiligten überlassen.

(1) Wie solche Lücken²⁹ durch die am Bau Beteiligten rechtssicher geschlossen werden sollen, ist derzeit noch unklar. Eine Möglichkeit sind freiwillige Herstellerangaben.³⁰ Hinweise für Bauprodukterhersteller hierzu sind in den bereits genannten Vollzugshinweisen der Länder zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 16.10.2014 in der Rechtssache C-100/13³¹ zu finden. Darüber hinaus gibt es Überlegungen zu Lösungsmodellen der Bauproduktenhersteller selbst.³²

Sofern ein Hersteller keine ETA beantragen möchte, stellen somit derzeit zusätzliche Angaben des Herstellers im Hinblick auf nicht durch die zugrunde liegende harmonisierte Norm abgedeckte, aber bauwerksseitig geforderte Anforderungen die einzige Möglichkeit für den Bauherrn dar, gegenüber den Bauaufsichtsbehörden die Erfüllung der bauwerksseitig geforderten Vorgaben nachzuweisen.

(2) Unklar ist auch, wie die einzelnen Mitgliedstaaten gegen lückenhafte harmonisierte Normen vorgehen können. Nachdem der Weg über zusätzliche nationale Anforderungen verwehrt ist, bleiben den Mitgliedstaaten die in der BauPVO selbst vorgesehenen Möglichkeiten, insbesondere die Verfahren nach Art. 18 und Art. 58 BauPVO.

Im Verfahren nach Art. 18 BauPVO können harmonisierte Normen, die nicht dem Mandat zu ihrer Erstellung entsprechen, mit dem Ziel insbesondere der Streichung ihrer Fundstelle im Amtsblatt oder ihrer Überarbeitung aufgegriffen werden.

Nach dem Verfahren der Marktüberwachung nach Art. 58 BauPVO kann ein Mitgliedstaat, wenn er im Rahmen einer Evaluierung nach Art. 56 BauPVO feststellt, dass 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, den betreffenden Wirtschaftsakteur dazu auffordern, die zur Gefahrenbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen oder das Produkt vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen.

Diese Maßnahmen sind also grundsätzlich immer konkret auf das einzelne Produkt bezogen.

Beide Verfahren decken letztlich aber gerade nicht die Situation ab, dass eine harmonisierte Norm lückenhaft ist, zum Beispiel weil bereits das zugrunde liegende Mandat lückenhaft war. Teilweise wird vorgeschlagen, das Verfahren nach Art. 18 BauPVO hier entsprechend heranzuziehen. Dies ist aber durchaus umstritten.³³ Zudem handelt es sich um eher langwierige Verfahren.³⁴ Die mit lückenhaften oder unvollständigen harmonisierten Normen verbundene Rechtsunsicherheit für die am Bau Beteiligten kann mit diesen Verfahren allenfalls mittel- bis langfristig entschärft werden.

Die Lücken müssen derzeit also zivilrechtlich durch die am Bau Beteiligten geschlossen werden.³⁵

III. Die zivilrechtliche Produkthaftung

Im Rahmen der zivilrechtlichen Produkthaftung wird zwischen der vertraglichen Produkthaftung (Gewährleistung und Garantie) und der vertragsunabhängigen Produkthaftung (deliktische Produzentenhaftung und Gefährdungshaftung nach dem ProdHaftG) unterschieden. Im Folgenden wird auf die zivilrechtliche Produkthaftung im Wesentlichen nur insoweit eingegangen, als sich neue Herausforderungen aufgrund der Umstellung des öffentlich-rechtlichen Bauproduktenrechts ergeben.

28 Zudem wurde die Grundanforderung „Nutzungssicherheit“ aus der BPR zu „Sicherheit und Barrierefreiheit“ in der BauPVO modifiziert; vgl. auch Winkelmüller/van Schewick, BauR 2015, 35 (39 f.).

29 Eine nicht abschließende Übersicht von solchen lückenhaften harmonisierten Normen findet sich in der „Hinweisliste – Prioritätenliste“, abrufbar auf der Website des DIBt – www.dibt.de.

30 Halstenberg, BauR 2016, 1428 (1430).

31 Abrufbar auf der Website des DIBt – www.dibt.de.

32 Vgl. z.B. das Lösungsmodell „Anforderungsdokument“ des Bundesverbands Baustoffe – Steine und Erden e.V., einsehbar unter www.abid-bau.de.

33 Winkelmüller/van Schewick, BauR 2015, 1602 (1607).

34 Vgl. z.B. die nunmehr gegen Beschlüsse der EU-Kommission im Verfahren nach Art. 18 BauPVO eingeleiteten Klageverfahren der Bundesrepublik Deutschland, Pressemitteilung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit vom 19.04.2017.

35 Vgl. hierzu Halstenberg, BauR 2016, 1428 (1430): „Damit ist ein Wechsel zu einem stärker zivilrechtlich geprägten System verbunden“.

1. Gewährleistung

Gewährleistungsansprüche des Käufers oder Bestellers können nur entstehen, wenn die Kaufsache oder das Werk mangelhaft sind. Regelungen hierzu finden sich für den Kaufvertrag in § 434 BGB, für den Werkvertrag in § 633 BGB (beziehungsweise § 1 I und § 4 II VOB/B).³⁶ Finden sich in Verträgen ausdrückliche Regelungen zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben, stellt die Pflicht zu deren Einhaltung eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I Satz 1 BGB bzw. § 633 II Satz 1 BGB dar und führt deren Nichteinhalten zum Vorliegen eines Sachmangels. Mangels Beschaffenheitsvereinbarung und sofern nicht ausnahmsweise anders vereinbart, umfasst der dann eingreifende Maßstab der „üblichen Beschaffenheit“ bzw. „Eignung zur gewöhnlichen Verwendung“ i.S.v. § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB bzw. § 633 II Satz 2 Nr. 2 BGB jedenfalls, dass die gesetzlichen Mindestvorgaben des öffentlich-rechtlichen Produktsicherheitsrechts (bzw. hier auch Bauordnungsrechts) erfüllt sind.³⁷

Während für nicht harmonisierte Bauprodukte hier auch nach der Novellierung der MBO in der Regel recht klare Vorgaben gegeben sind, an denen sich Bauproduktehersteller wie auch die übrigen am Bau Beteiligten orientieren können, ist für den Bereich der harmonisierten Bauprodukte nach Ablauf der nach dem EuGH-Urteil gewährten Übergangsfrist zum 16.10.2016 nichts mehr klar. Bis dahin konnten sich die am Bau Beteiligten in einer Zusammenschau mit den Vorgaben aus der Bauregelliste B und mangels anderweitiger Hinweise darauf verlassen, dass CE-gekennzeichnete und gegebenenfalls zusätzlich mit dem Ü-Zeichen versehene Bauprodukte im entsprechenden Zusammenhang nach den bauordnungsrechtlichen Vorgaben im Bauwerk verwendet werden dürfen. Nachdem nunmehr aber jegliche zusätzlichen nationalen Anforderungen an harmonisierte Bauprodukte untersagt sind, bekanntermaßen aber harmonisierte Bauprodukte aufgrund Lücken/Unzulänglichkeiten in den zugrunde liegenden harmonisierten Normen die bauwerkseitigen Anforderungen nicht immer ohne weiteres treffen, müssen alle am Bau Beteiligten, in der Lieferkette bis zum Bauherrn, selbständig prüfen, ob ein konkretes Bauprodukt im konkreten Verwendungszusammenhang die bauwerkseitigen und damit bauordnungsrechtlichen Anforderungen erfüllt. Ist dies nicht der Fall, drohen dem Bauherrn bauaufsichtliche Maßnahmen und alle davor bis

hin zum Hersteller des betreffenden Bauprodukts müssen mit Gewährleistungsansprüchen rechnen.

Da den Mitgliedstaaten aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben jegliche ex ante-Maßnahmen untersagt sind, müssen sich die am Bau Beteiligten selbständig so gut es geht absichern. Dies ist derzeit vor allem durch entsprechende vertragliche Gestaltung möglich.

a) Bauherr – Architekt/Planer

Der Architekt schuldet im Rahmen der Entwurfsplanung und der Genehmigungsplanung einen dauerhaft genehmigungsfähigen Entwurf.³⁸ Genehmigungsfähig ist er nur, wenn er im Einklang mit dem Bauordnungsrecht und damit auch den darin enthaltenen Vorgaben an die zu verwendenden Bauprodukte steht. Schon im Rahmen der Entwurfsplanung, insbesondere aber der Ausführungsplanung hat der Architekt die Pflicht, die zu verwendenden Baustoffe sorgfältig auszuwählen und dabei den sichersten Weg zu gehen.³⁹ Der bauüberwachende Architekt hat zumindest die Pflicht, die verwendeten Baustoffe auf deren bauordnungsrechtliche Verwendungsfähigkeit zu prüfen.⁴⁰

Damit sind Architekten/Planer zur Vermeidung von Gewährleistungsansprüchen zunächst angehalten, für Planung und Ausschreibung die konkreten Anforderungen an die zu verwendenden Bauprodukte zu ermitteln. Hilfestellung für die Frage, ob ein CE-gekennzeichnetes Bauprodukt im konkreten Verwendungszusammenhang ohne weiteres verwendet werden kann oder ob zusätzliche Anforderungen zu beachten sind, können der aufgehobenen Bauregelliste B und der Hinweisliste-Prioritätenliste des DIBt⁴¹ entnommen werden. Dabei ist aber zu beachten, dass diese keineswegs abschließend sind.

36 Inhaltlich ist der Mangelbegriff beim BGB- und VOB-Vertrag im Wesentlichen identisch, so dass im Folgenden nurmehr die BGB-Bestimmung genannt wird.

37 Ziegler, DS 2016, 84 (89); Reichert/Wedemeyer, BauR 2013, 1 (4 f.); OLG Stuttgart, NJW-RR 2015, 1226; vgl. auch BGHZ 139, 16 = NJW 1998, 2814.

38 Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, als Werkerfolg grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung schuldet; zuletzt BGH, BauR 2011, 869 = NJW 2011, 1442.

39 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, HOAI, 13. Aufl. (2017), § 34 Rdnr. 115.

40 Ziegler, DS 2016, 84 (85).

41 Beides abrufbar auf der Website des DIBt – www.dibt.de.

Auch wenn vorgenannte Pflichten bereits zum üblichen Leistungsumfang des Architekten gehören, kann sich eine zusätzliche vertragliche Absicherung anbieten. Daher kann es, will der Bauherr bauaufsichtliche Maßnahmen, schlimmstenfalls Baueinstellung und/oder Abriss/Rückbau, soweit als möglich vermeiden, neben sorgfältiger Auswahl von Architekten und Planern, angebracht sein, im Vertrag eine Zusicherung vorzusehen, dass sich Architekt/Planer mit den aktuellen Entwicklungen im Bauproduktenrecht auseinandergesetzt haben⁴² und im Rahmen der jeweils übertragenen Leistungen durch entsprechende Maßnahmen sicherstellen werden, dass nur Bauprodukte verwendet werden, die die konkreten bauwerkseitigen Anforderungen erfüllen. Letzteres kann durch einen konkreten Hinweis auf die besondere Situation von harmonisierten Bauprodukten verstärkt werden, um zu verdeutlichen, dass hier besondere Aufmerksamkeit und ggf. erhöhte Prüfpflichten geschuldet sind.

b) Bauherr – Bauunternehmer

In den Bauwerksverträgen selbst sollte sich der Bauherr diejenigen erforderlichen Produktleistungen, die nicht durch die CE-Kennzeichnung abgedeckt sind, aber bauwerkseitig gefordert sind, als Beschaffenheitsgarantie i.S.v. § 639 BGB zusichern lassen.

c) Bauunternehmer – Bauprodukthersteller/ Baustoffhändler

In den Kaufverträgen mit den Bauproduktherstellern wiederum sollte sich der Bauunternehmer diejenigen erforderlichen Produktleistungen, die nicht durch die CE-Kennzeichnung abgedeckt sind, aber bauwerkseitig gefordert werden, als Beschaffenheitsgarantie i.S.v. § 444 BGB zusichern lassen. Das setzt natürlich voraus, dass der Bauunternehmer jeweils prüft, welchen diesbezüglichen bauordnungsrechtlichen Vorgaben die von ihm verwendeten Bauprodukte genügen müssen. Hinzuweisen ist hier auf die Prüfungs- und Hinweispflicht aus § 4 III VOB/B, die nach allgemeiner Ansicht auch für BGB-Bauwerkverträge gilt⁴³ und im Gegenschluss nicht nur für vom Auftraggeber gelieferte Baustoffe, sondern erst recht für vom Bauunternehmer selbst bezogene Baustoffe.⁴⁴

Da die am Bau Beteiligten im Hinblick auf harmonisierte Bauprodukte deren bauordnungsrechtliche Verwendungsfähigkeit nicht mehr ohne weiteres den öffentlich-rechtlichen Pflichtangaben

– wie bisher bspw. aufgrund der Vorgaben der Bauregelliste B – entnehmen können, entstehen für alle am Bau Beteiligten erhöhte Prüfpflichten und daraus resultierend erhöhte Haftungsrisiken. Diese lassen sich derzeit vorrangig durch vertragliche Gestaltung eingrenzen. Ausgangspunkt sämtlicher Gestaltungsmöglichkeiten in vorgenannten Beteiligtenbeziehungen⁴⁵ ist eine Erklärung des Bauproduktheerstellers über diejenigen Leistungen eines harmonisierten Bauprodukts, die durch die zugrunde liegende harmonisierte Norm nicht abgedeckt sind, bauwerkseitig aber gefordert werden.

2. Produkthaftung

Im Bereich der außervertraglichen Produkthaftung hängt die Haftungsfrage zunächst davon ab, ob ein haftungsrelevanter Produktfehler vorliegt. Ein solcher liegt sowohl nach der deliktischen Produzentenhaftung nach § 823 I BGB als auch der Gefährdungshaftung nach dem ProdHaftG vor, wenn das Produkt nicht die berechtigten Sicherheitserwartungen erfüllt, d.h. wenn Hersteller herstellerspezifische Verkehrssicherungspflichten verletzen und somit ein Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- oder Produktbeobachtungsfehler vorliegt, wobei letzterer nur im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung eine Rolle spielt. Eine Verkehrspflichtverletzung liegt vor, wenn der Hersteller im Rahmen von Konstruktion, Fabrikation, Instruktion und Produktbeobachtung nicht diejenigen Maßnahmen ergreift, die erforderlich und zumutbar sind, um Gefährdungen oder Schädigungen des Verwenders oder Dritter zu vermeiden. Erforderlich im Konstruktionsbereich sind grundsätzlich diejenigen Maßnahmen, die nach dem im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts vorhandenen neuesten Stand der Wissenschaft und Technik konstruktiv möglich sind und als geeignet und genügend erscheinen, um Schäden zu verhindern. Maßgeblich für die Zumutbarkeit ist insbesondere die Größe der vom Produkt ausgehenden Gefahr. Je größer die Gefahren sind, desto

42 Was vielfach, nach eigener Erfahrung der Verfasser, noch bei weitem nicht geschehen ist.

43 Fuchs, in: BeckOK, VOB/B, 27. Edition, Stand: 15.01.2017, § 4 Abs. 3 vor Rdnr. 1.

44 Fuchs, in: BeckOK, VOB/B, 27. Edition, Stand: 15.01.2017, § 4 Abs. 3 Rdnr. 5.

45 Bzw. übertragen auf andere Beteiligtenbeziehungen je nach rechtlicher Gestaltung des Bauprojekts.

höher sind die Anforderungen, die in dieser Hinsicht gestellt werden müssen.⁴⁶

Zu den berechtigten Sicherheitenwartungen der mit einem Produkt angesprochenen Verkehrskreise gehört jedenfalls, dass das Produkt die zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben erfüllt. Damit dürfen Verwender von Bauprodukten zumindest erwarten, dass das Bauprodukt die für den für das Produkt vorgesehenen Verwendungszweck einschlägigen Vorgaben der BauPVO und des Bauordnungsrechts erfüllt.

Aufgrund des Wegfalls der Vorgaben der Bauregelliste B sind die Hersteller von Bauprodukten nun deutlich stärker in der Verantwortung, selbständig zu prüfen, ob bei harmonisierten Bauprodukten die Angaben in der Leistungserklärung in Verbindung mit dem CE-Zeichen für den angestrebten Verwendungszweck des Produkts ausreichen oder ob aufgrund der materiellen bauwerksseitigen Vorgaben des Bauordnungsrechts weitergehende Anforderungen und entsprechende Angaben gefordert sind. Sind solche gefordert, durch das betreffende Bauprodukt aber nicht umgesetzt, liegt je nach Fallgestaltung ein Konstruktions- oder Instruktionsfehler mit entsprechenden Haftungsfolgen nahe.

Die Umsetzung der zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Produktsicherheitsrechts, und hier wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch bei Bauprodukten durchaus weitere als die der BauPVO und der Landesbauordnungen einschlägig sein können (z.B. nach der Maschinenrichtlinie), ist keinesfalls mit der Erfüllung der herstellereigenen Verkehrssicherungspflichten gleichzusetzen. Hersteller müssen eigenständig prüfen, ob die berechtigten Sicherheitenwartungen der mit dem Produkt angesprochenen Verkehrskreise nicht darüber hinausgehen und ein Mehr an Sicherheit erwarten. Diese bei sonstigen Produkten durchweg, auch in der Herstellerpraxis, bekannte Einsicht scheint sich im Bereich der Bauprodukte noch kaum herumgesprochen zu haben. Hier scheint in der Herstellerpraxis und der Baupraxis eher die Auffassung vorzuherrschen, dass mehr als das durch das Bauordnungsrecht geforderte nicht ge-

schuldet ist. In der Praxis dürften daher zahlreiche Haftungsfälle noch im Verborgenen schlummern.

Festzuhalten ist, dass für Bauproduktehersteller aufgrund Wegfalls der Vorgaben aus der Bauregelliste B jedenfalls ein deutlich höherer Aufwand zukommen wird, um die Übereinstimmung ihrer Produkte mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben sicherzustellen. Im Hinblick auf Haftungsvermeidung muss dieser Aufwand aber betrieben werden.

IV. Zusammenfassung

Die Novellierung des bauordnungsrechtlichen Bauproduktenregimes bringt für nicht harmonisierte Bauprodukte eher strukturelle, weniger inhaltliche Auswirkungen mit sich. Die Novellierung wirkt sich vorrangig auf harmonisierte Bauprodukte aus. Dort führt sie aber zu grundlegenden Umwälzungen, die der Baupraxis voraussichtlich noch schwer zu schaffen machen werden. Liegen für harmonisierte Bauprodukte nur unvollständige harmonisierte Normen vor, bleibt die Prüfung und Bewertung den am Bau Beteiligten und den Bauaufsichtsbehörden überlassen, ob ein konkretes Bauprodukt im konkreten Verwendungszusammenhang die bauwerksseitigen, sprich bauordnungsrechtlichen Anforderungen erfüllt. Stellt sich die Einschätzung, deren korrekte Vornahme ihrerseits hohen Aufwand erfordert, später als unrichtig heraus, sind hiermit für alle Beteiligten hohe Haftungsrisiken verbunden. Dennoch dürfte der eingeschlagene Weg aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben vom Grundsatz her durch die bauordnungsrechtliche Überführung von produkt- in bauwerksbezogene Vorgaben in die richtige Richtung führen, da nur auf diesem Weg kompetenzrechtliche Klarheit geschaffen werden kann. Um die damit verbundenen Härten für die Bauwirtschaft so gering als möglich zu halten, sind aber alle Beteiligten, einschließlich der EU-Kommission gehalten, zügigst die Normungspraxis (insb. die sorgfältige und schleunige Ausarbeitung der Mandate) zu verbessern.

46 BGH, NJW 2009, 2952 – „Airbag“.