

Elisabeth Achatz-Kandut

Ist Art 38 der Bauprodukteverordnung ein Schutzgesetz?

Zur schadenersatzrechtlichen Haftung bei Anwendung von vereinfachten Verfahren als objektbezogene Einzelbeurteilungen nach der BPV



© BELICKT.COM-2017-No150341

RAⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Elisabeth Achatz-Kandut

In den beteiligten Verkehrskreisen wird oft pauschal mit einer Schadenersatzhaftung der am Bau in verschiedensten Aufgabenstellungen Verantwortlichen gedroht, sollte die Bauprodukteverordnung (BPV) und die mit ihr in Zusammenhang stehenden technischen Normen nicht auf Punkt und Beistrich eingehalten werden, da diese ein Schutzgesetz sei. Ob diese Aussage in ihrer Verallgemeinerung richtig ist, soll anhand der Bestimmungen über die Anwendung von vereinfachten Verfahren nach Art 38 BPV nachgegangen werden.

Schlagnote: Bauprodukteverordnung; CE-Kennzeichnung; harmonisierte technische Spezifikationen; vereinfachte Verfahren; Leistungserklärung; Hersteller; Wirtschaftsakteure; objektbezogene Einzelbeurteilungen; Einbau eines Bauprodukts; Schadenersatz; Schutzgesetz; Stand der Technik; Schutzzweck; individuell/im Rahmen einer Nicht-Serienfertigung; Baustoffliste ÖA und ÖE; OIB Richtlinien.

Rechtsnormen: Art 5, Art 8, Art 9, Art 38 VO (EU) 305/2011; § 1311 ABGB.

1. Ausgangslage und Fragestellung

1.1. Anwendung von objektbezogenen Einzelbeurteilungen nach der BPV

Seit Geltung der Bauprodukteverordnung¹ gilt ein neuer Rechtsrahmen für die Zulassung und Verwendung von Bauprodukten am europäischen Binnenmarkt. Es wurde der Grundsatz der widerlegbaren Freiverkehrsvermutung eingeführt, wonach der Hersteller mit seiner Leistungserklärung die Verantwortung für die Konformität des Bauproduktes mit der deklarierten Leistung (bestimmt nach den harmonisierten technischen Spezifikationen) übernimmt. Sind die Harmonisierungsvorschriften vollständig, so ist die CE-Kennzeichnung nach den in der BPV festgelegten Verfahren eine zwingend

verpflichtende und einzige zulässige Kennzeichnung in Bezug auf die jeweilige Leistungseigenschaft.² Damit sollen Handelshemmnisse am Binnenmarkt beseitigt werden.

Es wurde von der Autorin³ bereits untersucht, ob und inwieweit Abweichungen oder Vereinfachungen des starren Systems der BPV, so wie diese unter dem Regime der Bauprodukterichtlinie⁴ praktiziert, zulässig sein könnten. Als Ergebnis wurde vorgeschlagen, in diesem Fall bei Vorliegen der Voraussetzungen das vereinfachte Verfahren gem Art 38 BPV anzuwenden. Nach dieser Bestimmung kann das gemäß Anhang V der BPV für die Leistungsbewertung anzuwendende Sys-

¹ Verordnung (EU) 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.3.2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der RL 89/106/EWG des Rates (Bauprodukteverordnung, kurz „BPV“), ABl L 2011/88, 5. Diese hat die davor geltende BauprodukteRL (RL 89/106/EGW des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl L 1989/40, 12) abgelöst.

² Art 8 Abs 3 BPV.

³ Achatz/Kandut/Eichhorn-Gruber, Objektbezogene Beurteilungen von Bauprodukten am Beispiel von Feuerschutzabschlüssen – eine Betrachtung im Rahmen der Bauprodukteverordnung der EU, ZTR 2017, 7 ff.

⁴ Objektbezogene Einzelbeurteilungen waren nach der BauprodukteRL zulässig. Die Baustoffliste ÖA definiert in Anhang A Pkt 14 eine Vorgangsweise, wie bei Abweichungen vom geprüften System vorzugehen ist; vgl. dazu im Detail anhand des Beispiels bei Feuerschutzabschlüssen Achatz-Kandut/Eichhorn/Gruber, Objektbezogene Beurteilungen (FN 3) 9.

tem durch eine Spezifische Technische Dokumentation (STD) ersetzt werden, mit der die Konformität des Produkts mit den geltenden Anforderungen sowie die Gleichwertigkeit der angewendeten Verfahren mit den in den harmonisierten Normen festgelegten Verfahren vom Hersteller nachgewiesen wird.

Eine zertifizierte Produktzertifizierungsstelle (NB) hat dann, wenn das Leistungsüberprüfungsverfahren nach System 1 oder 1+ des Anhangs V der BPV anwendbar ist, die vom Hersteller selbst zu erstellende Spezifische Technische Dokumentation (nur) zu überprüfen.

1.2. Fragestellung

Bei den Wirtschaftsakteuren besteht Unsicherheit über die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Anwendung der vereinfachten Verfahren in der BPV⁵. Insb bestehen in der BPV keine klaren Regeln, ob und wann diese vereinfachten Verfahren bei einzelfallbezogenen Sondersituationen, wenn zB die Einbausituation von dem geprüften CE-gekennzeichneten System abweicht, anwendbar sind. Es soll nachfolgend überlegt werden, ob einem Hersteller oder anderen für die Errichtung des Bauwerks Verantwortlichen bei Anwendung des vereinfachten Verfahrens gem Art 38 BPV in Sondereinbausituationen deshalb pauschal die Gefahr einer Schadenersatzhaftung drohen kann.

2. Grundsätze der Schadenersatzhaftung

2.1. Voraussetzungen einer Schadenersatzhaftung

Vorweg sollen kurz die schadenersatzrechtlichen Grundsätze zusammengefasst werden: Jeder trägt das allgemeine Lebensrisiko und seinen Schaden grundsätzlich selbst. Davon wird nur abgewichen, wenn es einen Zurechnungsgrund gibt, mithilfe dessen ein Dritter für den Schaden ersatzpflichtig gemacht werden kann. Auf diesen wird dann der Nachteil überwältigt.⁶

Der wichtigste Zurechnungsgrund ist das Verschulden. Voraussetzungen einer Verschuldenshaftung sind das Vorliegen eines kausalen Schadens, die Rechtswid-

rigkeit des Verhaltens (Verletzung vertraglicher oder deliktischer Pflichten) sowie ein Verschulden (subjektive Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Schadensverursachung). Diese Tatbestandselemente müssen im Einzelfall geprüft werden und kumulativ vorhanden sein, um eine Haftung zu bejahen.⁷

Zur Rechtswidrigkeit im Sinne der Verhaltensunrechtslehre kommt es nicht auf ein bestimmtes Ergebnis, sondern auf ein bestimmtes, pflichtwidriges Verhalten, dh eine objektive Sorgfaltswidrigkeit, an. Dabei sind vertragliche und deliktische Pflichten umfasst.⁸

Vertragliche Pflichten sind vertragliche Hauptleistungspflichten (zB Leistung von Kaufpreis und Kaufsache) und vertragliche Nebenpflichten (Schutz-, Sorgfalt- sowie Aufklärungspflichten der Vertragspartner) zwischen Vertragspartnern. Bei einem Werkvertrag zB hat der Unternehmer das vertraglich geschuldete Werk herzustellen. Welche Eigenschaften das Werk aufzuweisen hat, ergibt sich in erster Linie aus der konkreten Vereinbarung, hilfsweise – soweit eine Detailvereinbarung nicht besteht – aus Natur und (erkennbarem) Zweck der Leistung, letztlich aus der Verkehrsauffassung, sodass das Werk so auszuführen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Das vom Unternehmer Geschuldete ist daher mittels Vertragsauslegung zu ermitteln bzw. vertraglich gestaltbar. Bestimmen sich die Eigenschaften des Werks nach der Verkehrsauffassung, sind die anerkannten Regeln der Technik des jeweiligen Fachs nach dem im Zeitpunkt der Leistungserbringung aktuellen Stand zu beachten.⁹ Wie das Werk ausgeführt sein muss, damit es dem **Stand der Technik** entspricht, betrifft keine Rechtsfrage, sondern den Tatsachenbereich.¹⁰

Deliktische Pflichten sind einerseits in sogenannten Schutzgesetzen festgelegt, andererseits betreffen sie absolut geschützte Rechtsgüter. Sie schützen nicht nur den Vertragspartner, sondern auch Dritte.

Schutzgesetze sind generelle Rechtsnormen, die abstrakt gefährliches Verhalten verbieten, zB die meisten Bestimmungen in der StVO oder viele Vorschriften über das Bauwesen, insb in den Bauordnungen¹¹. Sie normieren eine Verhaltenspflicht, die alle Menschen bzw jene, die von der Verhaltenspflicht erfasst sind, trifft.¹² Nicht jedes Gebot oder Verbot ist ein Schutzgesetz. Verwirklicht sich die Gefahr, die durch das Schutzgesetz vermieden werden soll, so ist die Rechtswidrigkeit zu bejahen. Das Verschulden muss sich nur auf die

⁵ So der Befund im Bericht der Kommission COM (2016) 445 final zur Durchführung der Verordnung: Art 37 und 38 werden (leider) nicht genutzt. Laut Kommission gibt es keine Belege, dass Art 37 und 38 überhaupt praktische Anwendung finden. Als Gründe führt die Kommission an: abweichende Praktiken und Auslegungen in den Mitgliedstaaten, geringe Bekanntheit dieser Optionen in der Wirtschaft, Ungewissheit über die Bedeutung der Schlüsselbegriffe der BPV, Schwierigkeiten mit der „Gleichwertigkeit“ alternativer Nachweise, Zweifel über die tatsächlichen finanziellen Einsparungen, Besorgnis des „Missfallens“ bei Behörden oder Verwendern. Die Kommission fordert daher in ihrem Bericht eine Präzisierung der Bestimmungen des Art 37 und Art 38.

Inwieweit der seit 31.3.2022 vorliegende Vorschlag der Europäischen Kommission zur Überarbeitung der BPV COM(2022) 144 final in Artikel 2 Z 52 diesbezüglich Klarheit schaffen kann, ist offen. Vgl dazu Näheres unter FN 37.

⁶ Vgl Reischauer in Rummel³ § 1311 ABGB Rz 1.

⁷ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ (2016) 290.

⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 310.

⁹ Vgl 2 Ob 92/08f Kletečka Rz 46; Krejci in Rummel³ §§ 1165, 1166 ABGB Rz 86; Rebhahn in Schwimann³ § 1165 Rz 32.

¹⁰ S 1 Ob 564/95 = SZ 68/105.

¹¹ Reischauer in Rummel³ § 1311 ABGB Rz 4 mit weiteren Beispielen.

¹² Gem § 1311 Satz 2 2. Fall ABGB haftet für den verursachten Schaden, wer „ein Gesetz, das den zufälligen Schädigungen vorzubeugen sucht, übertreten“ hat. Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 310.

Übertretung des Gebots oder Verbots, nicht den eingetretenen Schaden beziehen.¹³

Es sind daher immer die einzelnen konkreten Bestimmungen eines Gesetzes und die konkreten enthaltenen Verhaltenspflichten zu prüfen. Eine pauschale Aussage, dass ein Gesetz mit zahlreichen Bestimmungen ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB darstellt, ist nicht möglich.

Die Haftungsvoraussetzung ist jedoch nur dann erfüllt, wenn auch der **Rechtswidrigkeitszusammenhang** zu bejahen ist. Die missachtete Verhaltensanordnung muss den eingetretenen Schaden verhindern wollen. Das heißt, es ist der **Schutzzweck der übertretenen Norm** zu prüfen. Ein fremdverschuldeter Unfall mit einem nicht ordnungsgemäß zugelassenen Auto steht mit der Norm, die die Zulassung verlangt, bspw in keinem (Rechtswidrigkeits-)Zusammenhang.¹⁴

Der **Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut** (wie zB insb die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum) indiziert ebenfalls die Rechtswidrigkeit, es muss dann allerdings zur Eingrenzung eine Interessenabwägung vorgenommen werden und sich die typische Gefahr verwirklicht haben.¹⁵ Der bloße Vermögensschaden ist kein absolut geschütztes Rechtsgut. Daher wird dafür nur bei Verletzung von Vertragspflichten oder wenn ein Schutzgesetz verletzt wird, das (auch) den Schutz des bloßen Vermögens bezweckt, gehaftet.¹⁶

Ein rechtswidriges Verhalten kann uU im Einzelfall rechtmäßig sein. Es ist zu fragen, ob der Schaden auch bei rechtmäßigem (Alternativ-)Verhalten eingetreten wäre.¹⁷

Die rechtswidrige Schadensverursachung muss schließlich, damit sie zu einer Haftung führt, verschuldet worden sein, das heißt subjektiv vorwerfbar sein. Das ist dann der Fall, wenn man von dem konkreten Schädiger erwarten konnte, dass er sich rechtmäßig verhält.¹⁸

Die verschiedenen Verschuldensgrade haben Einfluss auf die Ersatzpflicht: Vorsätzlich handelt, wer wesentlich und willentlich Schaden zufügt. Es genügt dabei *dolus eventualis* (Inkaufnehmen des Schadens). Fahrlässig handelt, wer die nötige Sorgfalt außer Acht lässt. Leichte Fahrlässigkeit besteht in einer Sorgfaltswidrigkeit, die auch einem sorgfältigen Menschen unterlaufen kann. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn eine solche „auffallende“ Sorgfaltswidrigkeit einem ordentlichen Menschen in der konkreten Situation niemals unterlaufen würde.¹⁹

Im Normalfall richtet sich der subjektive Sorgfaltsmaßstab nach den „gewöhnlichen Fähigkeiten eines Maßmenschen“, die beim Deliktsfähigen vermutet werden, den Gegenbeweis kann er selbst antreten. Kein

subjektiver, sondern ein objektivierter Sorgfaltsmaßstab gilt jedoch bei Sachverständigen. Diese können sich nicht auf unterdurchschnittliche Fähigkeiten berufen.²⁰

2.2. Beweislast

Grundsätzlich muss jeder, der sich in einem Verfahren auf einen für ihn günstigen Umstand beruft, beweisen, dass dieser Umstand eingetreten ist. Der Geschädigte hat daher den eingetretenen Schaden und sämtliche Voraussetzungen, wie auch das Verschulden des Schädigers zu beweisen. Im Falle der Verletzung von vertraglichen Pflichten gilt jedoch die Beweislastumkehr, wonach der vertragsbrüchige Teil beweisen muss, dass ihn kein Verschulden trifft (§ 1298 ABGB). Gelingt es nicht, wird leichtes Verschulden angenommen.²¹

Bei Schutzgesetzverletzungen lässt die Rechtsprechung für den Geschädigten den Anscheinsbeweis ausreichen.²² Bei typischen Geschehnisabläufen wird demnach auf die tatbestandsrelevanten Tatsachen geschlossen (zum Beispiel, dass bei Einstürzen eines neu errichteten Hauses der Anscheinsbeweis der sorgfaltswidrigen Bautätigkeit besteht). Dem Verursacher steht jedoch der Gegenbeweis offen, dass ihn kein Verschulden trifft bzw bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden ebenfalls eingetreten wäre oder dass ein anderer Verlauf der Schadensursache ernsthaft möglich war.²³

2.3. Erstes Zwischenergebnis

Eine Schadenersatzhaftung droht für den Hersteller und am Bauwerk Beteiligte dann, wenn gegenüber dem Auftraggeber bzw Vertragspartner die anerkannten Regeln des Stands der Technik oder die konkreten vereinbarten Vertragspflichten verletzt bzw gegenüber jedem Dritten nur dann, wenn einschlägige Schutzgesetze verletzt wurden.²⁴

3. Schutzgesetze im System der BPV

3.1. Die BPV als Schutzgesetz?

a) Die BPV als Zulassungsverfahren

Die BPV regelt im Prinzip ein Zulassungsverfahren für den freien Binnenmarkt. Das bisherige Zulassungssystem der BauprodukteRL wurde durch die BPV durch ein System der Leistungsbewertung abgelöst. Die Zulassung der Bauprodukte muss nunmehr von den Marktteilnehmern (Wirtschaftsakteure) ausschließlich nach den in der BPV vorgesehen Vorgaben abgewickelt werden. Im Gegensatz zur davor geltenden Produktzertifi-

¹³ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 311.

¹⁴ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 315.

¹⁵ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 312.

¹⁶ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 313.

¹⁷ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 318.

¹⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 321.

¹⁹ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 323.

²⁰ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 323.

²¹ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 326.

²² Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 326.

²³ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht (FN 7) 326.

²⁴ So auch ausdrücklich jüngst der OGH 24.11.2021, 7 Ob 140/21w.

zierung steht nun die Zertifizierung der Leistungsbeständigkeit im Mittelpunkt.²⁵

Ziel der BPV ist es, durch die einheitliche Festlegung von harmonisierten technischen Normen, Prüf-, Berechnungs- und Bewertungsverfahren eine einheitliche Festlegung der bewertbaren Eigenschaften von Bauprodukten zu erhalten, sodass ein europaweit uneingeschränktes Inverkehrbringen der Produkte ermöglicht wird. So soll der Binnenmarkt weiter verwirklicht werden und eine nachhaltige Industriepolitik im Bauwesen gefördert werden. Darüber hinaus stand zudem die Reduzierung des Verwaltungsaufwands für Unternehmen, insb für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) im Mittelpunkt.²⁶

Die Form und Methode der Leistungsbewertung und -prüfung wird damit für alle Wirtschaftsakteure zwingend vorgeschrieben und ist in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar. Das grundlegende Ziel und der Zweck der BPV ist daher die Schaffung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts. Die BPV dient daher in erster Linie dem Schutz des freien Warenverkehrs am europäischen Binnenmarkt.

b) Die BPV und Sicherheitszwecke

Die BPV hält in den einleitenden Erwägungsgründen ausdrücklich fest, dass Bauwerke nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten so entworfen und ausgeführt werden müssen, dass sie weder die Sicherheit von Menschen, Haustieren und Gütern gefährden noch die Umwelt schädigen.²⁷ Diese Vorschriften wirken sich aber auch unmittelbar auf die Anforderungen an Bauprodukte aus. Die nationalen Verschiedenheiten dieser Anforderungen behinderten den Warenverkehr in der Union.²⁸ Grundsätzlich verbleiben Vorschriften über die Anforderungen an die Verwendung der Bauprodukte für die Errichtung von Bauwerken in der Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten und werden von der BPV nicht geregelt. Mit der Einführung der BPV wurde daher auch keine Änderung oder Verschärfung des schon davor bestehenden Schutzniveaus der Bauprodukte bezweckt.

Die BPV lässt das Recht der Mitgliedstaaten weiterhin unberührt, Anforderungen festzulegen, die nach ihrer Auffassung notwendig sind, um den Schutz der Gesundheit, der Umwelt und von Arbeitnehmern, die Bauprodukte verwenden, sicherzustellen.²⁹

²⁵ Inwieweit eine überarbeitete BPV wieder das Konzept der Konformitätserklärung einführen wird, ist derzeit noch nicht absehbar. Vgl Art 15 gemäß Vorschlag der Europäischen Kommission zur Überarbeitung der BPV COM(2022) 144 final.

²⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses und den Ausschuss der Regionen – Umsetzung des Lissabon-Programms der Gemeinschaft: Eine Strategie zur Vereinfachung des ordnungspolitischen Umfelds, KOM (2005) 311endg.

²⁷ Erwägungsgrund 1.

²⁸ Erwägungsgrund 2.

²⁹ Erwägungsgrund 3.

Es werden durch die BPV jedoch für die einheitliche vergleichbare Bestimmbarkeit der Bewertungsmerkmale, die Grundanforderungen, die an Bauwerke zu stellen sind, festgeschrieben.³⁰ Die Mitgliedstaaten haben die Verfahren, die sie in ihren Anforderungen an Bauwerke verwenden, sowie andere nationale Regeln in Bezug auf die wesentlichen Merkmale gemäß dieser Grundanforderungen von Bauprodukten an die harmonisierten Normen anzupassen.³¹ Das bedeutet, die mitgliedstaatliche Festlegung von Bauwerksanforderungen erfolgt in erste Linie durch die Festlegung von Klassen und Leistungsstufen.³² Diese sollen die Sicherheit des Bauwerks sicherstellen.

Inwieweit auch die BPV selbst Bestimmungen enthält, die die Sicherheit bezwecken und die als Schutzgesetze anzusehen sind, ist einzeln zu prüfen. Jene Regelungen der BPV, die nur der Verwirklichung des Zweckes des freien Binnenmarkts dienen, sind keine Schutzgesetze, da sie nicht die Verhinderung einer konkreten Gefahr zB eines Schadens durch einen Brand bezwecken. Darunter fallen alle rein formalen verfahrenstechnischen Vorschriften in der BPV, zB die Pflicht des Herstellers, eine CE-Kennzeichnung am Bauprodukt anzubringen,³³ da dieser Regelung rein formalen Charakter hat und keinen Bezug zur Bauwerkssicherheit.³⁴ Auch Regelungen über die formale Ausgestaltung der Leistungserklärung nach dem Muster in Anhang III der BPV, dient nur der formalen Vergleichbarkeit der Leistungserklärungen und hat keinen Sicherheitsbezug. Gleiches gilt daher für die Prüfpflichten der übrigen Wirtschaftsakteure, die sich nur auf formale Kriterien beziehen.³⁵

Nur soweit sich Vorschriften der BPV gleichzeitig auf die Bauwerkssicherheit beziehen und die Bestimmungen auch die Vermeidung von die Sicherheit der Bewohner des Bauwerks gefährdenden Ereignissen bezwecken, kommen ihr Schutzgesetzcharakter zu. Beispielsweise ist das vor allem die Pflicht des Herstellers zur Erstellung einer Leistungserklärung für von einer harmonisierten Norm erfasste Bauprodukte³⁶. Diese dient auch der Bauwerkssicherheit, weil nur durch die Zuverlässigkeit der Angaben in der Leistungserklärung eine sichere Verwendung des Bauprodukts gewährleistet ist.

c) Ist auch Art 38 BPV ein Schutzgesetz?

Art 38 Abs 1 BPV regelt die Möglichkeit des Herstellers, ein vereinfachtes Verfahren bei individuellen bzw nichtseriengefertigten Bauprodukten durch Verwendung einer sogenannten Spezifischen Technischen Dokumentation (STD) anzuwenden. Die Bestimmung lautet:

³⁰ Anhang I der BPV.

³¹ Erwägungsgrund 12 und Art 8 Abs 6 BPV.

³² *Held/Jaguttis/Rupp*, Kommentar zur BauPVO (2019) Art 9 Rz 51.

³³ Art 11 Abs 1 BPV.

³⁴ So auch *Fehse*, Die Auswirkungen der BauPVO auf das nationale Recht (2017) 204.

³⁵ *Fehse*, Die Auswirkungen der BauPVO (FN 33) 204.

³⁶ Art 11 BPV.

„Im Falle von Bauprodukten, die von einer harmonisierten Norm erfasst sind und die individuell gefertigt wurden oder die im Rahmen einer Nicht-Serienfertigung auf einen besonderen Auftrag hin als Sonderanfertigung gefertigt wurden, und die in einem einzelnen, bestimmten Bauwerk eingebaut werden, kann der Hersteller den Leistungsbewertungsteil des gemäß Anhang V anzuwendenden Systems durch eine Spezifische Technische Dokumentation ersetzen, mit der die Konformität des Produkts mit den geltenden Anforderungen sowie die Gleichwertigkeit der angewendeten Verfahren mit den in den harmonisierten Normen festgelegten Verfahren nachgewiesen wird.“

Die Begriffe „individuell gefertigt“ und „Nicht-Serienfertigung“ sind wie in Art 5 der BPV, der den Ausnahmekatalog von der Pflicht, eine Leistungserklärung nach der BPV zwingend abzugeben anführt, auszulegen. Der einzige Unterschied dieser Bestimmung zu den Voraussetzungen gem Art 5a ist der, dass nicht der Hersteller selbst das Bauprodukt einbauen muss, sondern das Bauprodukt nur in einem bestimmten einzelnen Bauwerk eingebaut werden muss.³⁷

Der Anwendungsspielraum für die Begriffe individuell oder nicht-seriengefertigt gem Art 5a BPV ist jedoch nach den bisherigen Stellungnahmen der Kommission tendenziell sehr eng. Der Begriff Nicht-Serienfertigung sollte zwar gemäß Erwägungsgrundes 40 von der Kommission einer eigenen Definition unterzogen werden, was bislang noch nicht erfolgt ist.³⁸

Die Europäische Kommission hat in ihrem Leitfaden M (Guidance Paper M) v 4.5.2005 zur BPR in Punkt 4.9.3 erwähnt, dass unter dem Begriff „individual and non series production“ ein viel engerer Anwendungsbereich als wörtlich gelesen gemeint ist. Nämlich schließe bereits die Verwendung einer Maschine, die die gleiche Maschine ist, welche zur Produktion von Serienprodukten verwendet wird, die Eigenschaft „nicht seriell produziert“ aus. Insb fällt auch darunter die Variante von bloßen Größenunterschieden, die eine Nichtserienproduktion bereits ausschließen sollen.³⁹

Die Wahl des „richtigen“ Verfahrens zur Leistungsbewertung und ob die Anwendung eines vereinfachten Verfahrens nach Art 38 BPV zulässig ist, ist daher nicht

³⁷ Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO (FN 31) Art 38 Rz 2.

³⁸ Vgl aber die nunmehrige Definition in Artikel 2 Z 52 im Vorschlag für eine neue BPV COM(2022) 144 final. Demnach sei ein „nicht serienmäßiges Verfahren“ ein Verfahren, das weder überwiegend automatisiert ist oder mit Hilfe von Fließbandtechniken hergestellt wird, noch mehr als 100 Mal pro Jahr von dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer oder den Wirtschaftsteilnehmern wiederholt wird, die derselben Unternehmensgruppe angehören, die durch eine gemeinsame beherrschende natürliche oder juristische Person oder dieselbe Organisationsstruktur definiert ist.

³⁹ EU-Kommission, Leitpapier M-Konformitätsbewertung unter der BPR: Erstprüfung und werkseigene Produktionskontrolle, Schriften des Deutschen Instituts für Bautechnik (DIBt) Heft M (2005) Reihe LP, zur vergleichbaren Ausnahmebestimmung in Art 13 Abs 5 BPR.

einfach zu beantworten. Eine falsche Anwendung stellt aber keine „Verletzung“ eines Schutzgesetzes dar, da damit nur die Zulassung zum Binnenmarkt erfolgt und die Bestimmung keinen speziellen Schutzbezug hat. Man kann daher mit guten Gründen argumentieren, dass es sich bei dieser Vorschrift nur um eine verfahrenstechnische Frage handelt, um für bestimmte Wirtschaftsakteure unter bestimmten Voraussetzungen organisatorische und finanzielle Erleichterungen des Binnenmarktzugangs zu schaffen, ohne dabei das in den Mitgliedstaaten geforderte Schutzniveau an die Bauwerksicherheit einzuschränken.

Überdies enthält die BPV auch keine konkreten Regeln, die den Stand der Technik widerspiegeln, sondern nur Verfahrensordnungen und Pflichten im Zusammenhang mit der CE-Kennzeichnung. Nur insoweit die BPV auf harmonisierte Normen verweist, spiegelt sie indirekt den Stand der Technik.

d) Zweites Zwischenergebnis

- Die Bestimmungen in der BPV sind nur teilweise Schutzgesetze.
- Zur Beantwortung der Frage, ob eine einzelne Vorschrift in der BPV ein Schutzgesetz ist, ist jeweils der Zweck der einzelnen Bestimmung zu prüfen.
- Die materiellrechtlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Erstellung der Leistungserklärung sind Schutzgesetze.
- Rein verfahrensrechtliche Bestimmungen, deren Zweck darin besteht den freien Marktzugang zu sichern, bzw zu erleichtern, sind keine Schutzgesetze. Darunter fällt auch die Anwendung von vereinfachten Verfahren wie in Art 38 BPV vorgesehen.

3.2. Sind harmonisierte Normen Schutzgesetze?

Der OGH setzt in ständiger Rechtsprechung technische Regelwerke (zB ÖNORMEN) dem Stand der Technik gleich, dies jedoch nicht als unwiderlegbarer Grundsatz, vielmehr ist der Gegenbeweis möglich, zB dass sich der Stand der Technik weiterentwickelt hat bzw die Norm auch andere sachfremde Interessen zum Inhalt hat, die im konkreten Sachverhalt nicht maßgebend ist.⁴⁰ Technische Regelwerke werden vom OGH als Regeln der Technik, jedoch nicht als Schutzgesetze qualifiziert.⁴¹ Nur bei Verbindlicherklärung (durch Gesetz, Bescheid, Verordnung etc) sind sie als Schutzgesetze zu verstehen.⁴² ÖNORMEN werden durch § 9 NormG als verbindlich erklärt.⁴³

Die Besonderheit von Europäischen Technischen Spezifikationen besteht nun darin, dass sie vorrangig der einheitlichen Bewertung und Vergleichbarkeit von Bauprodukten am europäischen Binnenmarkt dienen.

⁴⁰ Vgl 1 Ob 214/16a.

⁴¹ OGH 23.02.2017, 2 Ob 18/16k.

⁴² OGH 24.11.2021, 7 Ob 140/21w zu TRVB (Technische Richtlinien Vorbeugender Brandschutz).

⁴³ OGH 24.05.2016, 4 Ob 22/16p.

Damit wurde eine gemeinsame Fachsprache geschaffen, um die jeweiligen spezifischen Anforderungen der Mitgliedsstaaten an die Bauwerkssicherheit über die entsprechenden Eigenschaften der Bauprodukte zu harmonisieren. In harmonisierten technischen Spezifikationen werden sogenannte mandatierte Eigenschaften von Bauprodukten festgelegt, die als ausschließliche Bewertungskriterien herangezogen werden dürfen, um ein gemeinsames Verständnis betreffend Produktqualität über die jeweils national geltenden Anforderungen an Bauwerke hinweg sicherzustellen. Durch die BPV, die unmittelbar zwingend auf die harmonisierten Normen verweist, ist wohl die vom OGH geforderte Verbindlicherklärung gegeben.⁴⁴

Im Einzelfall wird aber jede technische Norm und jede spezifische Bestimmung der Norm anhand des konkreten Sachverhalts zu untersuchen sein, um eine Tatsachenaussage darüber, ob ein Schutzgesetz enthalten ist bzw über den maßgeblichen Stand der Technik machen zu können. Als Beispiel sei auf die EN 15650 gemeinsam mit EN 1366-2 (betrifft Feuerwiderstandsprüfungen bei Brandschutzklappen) verwiesen. Diese schreibt vor, dass nur wie geprüft bzw klassifiziert eingebaut werden darf, und ist seit 2010 unverändert, daher **bereits vor Geltung der BPV** unverändert in Kraft. Dass bisher zusätzlich dazu nach Baustoffliste ÖA in Anhang A Punkt 14⁴⁵ jedenfalls auch einzelfallbezogene Beurteilungen möglich waren, zeigt, dass sich die Norm und damit der Stand der Technik auch einen Ersatz für das geprüfte System zuzulassen durch die Geltung der BPV nicht verändert hat. Durch die BPV wurde das Schutzniveau nicht erhöht, sondern sollte nur der gleiche Marktzugang in Europa sichergestellt werden. Verfahrensrechtliche Bestimmungen der BPV (zB eingeschränkte Anwendbarkeit von vereinfachten Verfahren) führen daher nicht dazu, dass der Stand der Technik und damit das geforderte Schutzniveau verändert wurde.

3.3. Oö Bautechnikgesetz und Baustofflisten als Schutzgesetze

Die meisten Vorschriften in den Baugesetzen sind Schutzgesetze und definieren auch den Stand der Technik, da sie zugunsten der Allgemeinheit die Sicherheit der Bauwerke durch eine fachgerechte Baudurchführung bezwecken.

a) Oö BautechnikG

§ 2 Z 25 oö BautechnikG definiert auch ausdrücklich den Begriff des Stands der Technik und erklärt die OIB-Richtlinien jedenfalls zum Stand der Technik:

Stand der Technik: den einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhender Entwicklungsstand fort-

schriftlicher bautechnischer Verfahren, Einrichtungen und Bauweisen, deren Funktionstüchtigkeit erprobt oder sonst erwiesen ist; soweit die Richtlinien des Österreichischen Instituts für Bautechnik (OIB-Richtlinien) für verbindlich erklärt sind, geben sie jedenfalls den Stand der Technik wieder.

§ 5 oö BautechnikG sieht für den Brandschutz als Allgemeine Anforderungen vor:

Bauwerke müssen so geplant und ausgeführt sein, dass der Gefährdung von Leben und Gesundheit von Personen durch Brand vorgebeugt sowie die Brandausbreitung wirksam eingeschränkt wird.

In den §§ 6 bis 10 oö BautechnikG werden die speziellen Anforderungen des Brandschutzes beschrieben.

b) Marktbezogene Bestimmungen im oö BautechnikG

Folgende Bestimmungen des oö BautechnikG erfolgen in Umsetzung der BPV und der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen sowie die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung. Diese Vorschriften sind wohl ebenfalls wie die BPV dann Schutzgesetze, wenn damit nicht die bloße Marktbereitstellung und formalen Voraussetzungen von Bauprodukten, sondern auch die Sicherheitsaspekte geregelt werden. Das ist meistens bei Bestimmungen über die Leistungserklärung der Fall.

§ 55 oö BautechnikG regelt die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt wie folgt:

(1) Bauprodukte, die in der Baustoffliste ÖE (§ 66) angeführt sind, dürfen nur auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn sie die CE-Kennzeichnung tragen und die erklärten Leistungen den in der Baustoffliste ÖE festgelegten Anforderungen nicht widersprechen.

(2) Bauprodukte, die in der Baustoffliste ÖA (§ 60) angeführt sind, dürfen nur auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn sie den Bedingungen der Baustoffliste ÖA entsprechen oder nur unwesentlich davon abweichen oder für sie eine Bautechnische Zulassung (§ 68) besteht.

§ 65 oö BautechnikG bestimmt:

Bauprodukte, für die harmonisierte technische Spezifikationen vorliegen und die in der Baustoffliste ÖE angeführt sind, dürfen nur verwendet werden, wenn sie den in der Baustoffliste ÖE festgelegten Leistungsanforderungen oder Verwendungsbestimmungen entsprechen und das CE-Kennzeichen tragen.

Diese Verwendungsanordnung in Bezug auf die Leistungsanforderungen stellt die Verhaltenspflicht mit Schutzgesetzcharakter dar, das bloße Tragen der CE-Kennzeichnung jedoch nicht.

c) Baustoffliste ÖE

Die Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen sowie die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung sieht für Bauprodukte die Festlegung der von ihnen zu erfüllenden Anforderungen für die Verwendung mittels

⁴⁴ Vgl dazu und das Problem der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit *Kronschläger*, Die Verbindlicherklärung von ÖNORMEN nach dem NormG 2016, ZTR 2017, 159 ff.

⁴⁵ Vgl dazu Näheres unten in 3.3.d).

der Baustoffliste ÖE vor. Insb können in Abhängigkeit vom Verwendungszweck ua festgelegt werden:

- die anzuwendende harmonisierte technische Spezifikation (harmonisierte Norm oder Europäisches Bewertungsdokument (EAD));
- die wesentlichen Merkmale, für die eine Leistung anzugeben ist;
- die zu erfüllende Leistung des Bauproduktes nach Stufen oder Klassen oder in einer Beschreibung.

Die Baustoffliste ÖE enthält daher sämtliche Bauprodukte mit Angabe der anzuwendenden entsprechenden harmonisierten Norm.

In den generellen Bestimmungen *betreffend mögliche Anforderungen an in der Baustoffliste ÖE angeführte Kennwerte (zB Brandverhalten) wird auf die relevanten landesrechtlichen Bestimmungen verwiesen.*

In der Baustoffliste ÖE sind jene Kennwerte angeführt, für die zu erfüllende Anforderungen für die Verwendung bestehen. Das bedeutet Anführung der wesentlichen Merkmale, für die im Rahmen der CE-Kennzeichnung eine Leistung anzugeben ist

a) in der Baustoffliste ÖE selbst oder

b) mittels Verweis auf ein anderes Dokument (zB ÖNORM, OIB-Richtlinie oder andere landesrechtliche Bestimmungen).

Gleiches gilt, wenn für die Anführung der wesentlichen Merkmale, für die für die Verwendung des Bauproduktes Stufen oder Klassen anzugeben sind.

In den einleitenden Bemerkungen zur Verordnung des Österreichischen Instituts für Bautechnik (OIB) zur Neufassung der Baustoffliste ÖE (Neufassung 2019) wird zur Verwendbarkeit unter 2.1 Allgemeines geregelt:

Bauprodukte, für die europäische technische Spezifikationen vorliegen, dürfen verwendet werden, wenn sie diesen entsprechen bzw. nur unwesentlich davon abweichen, die CE-Kennzeichnung tragen und – sofern festgelegt – den in der Baustoffliste ÖE festgelegten Klassen, Stufen sowie Leistungsanforderungen für den vorgesehenen Verwendungszweck entsprechen. Bei Verweis auf landesrechtliche Bestimmungen gelten für den jeweiligen Verwendungszweck die relevanten Bestimmungen auf Länderebene.

Das bedeutet, nach der schutzgesetzlichen österreichischen Norm dürfen Bauprodukte unwesentlich von der harmonisierten Norm abweichen.

d) Baustoffliste ÖA

Die Baustoffliste ÖA definiert hingegen in Anhang A Pkt 14 für nicht vollständig harmonisierte Bauprodukte die Vorgangsweise, wie bei Abweichungen vom geprüften System vorzugehen ist und definiert als Ersatz für das „geprüfte System“ Gutachten der akkreditierten Prüfstellen als objektbezogene Beurteilungen, die unter bestimmten Voraussetzungen als Grundlage zum Nachweis der definierten Anforderungen an die Verwendung erbracht werden darf. Es gibt keinen entsprechenden Hinweis in der Baustoffliste OE.

e) Drittes Zwischenergebnis:

Der Unterschied in den beiden Baustofflisten ÖA und ÖE betreffend Abweichungen bedeutet nicht, dass ein höheres Schutzniveau bei Bauprodukten, die harmonisierten Normen unterliegen, geschaffen werden sollte.

Vor Geltung der BPV und vor Auslaufen der Koexistenzperioden, waren die objektbezogenen Einzelfallbeurteilungen zB auch im sensiblen schutzbedürftigen Brandsektor als Ersatz für das geprüfte System zulässig. Erst durch die BPV und die damit zwingend verpflichtende Anwendbarkeit der harmonisierten Normen ohne Möglichkeiten eines Gutachtens statt Prüfung, würde dieser Unterschied materiell zu einem unterschiedlichen Schutzniveau führen. Die Erhöhung des bestehenden Schutzniveaus war jedoch nicht Zweck der Überarbeitung der Bauprodukterichtlinie und Einführung der BPV.

3.4. OIB Richtlinien als Schutzgesetze

Die öo Bautechnikverordnung 2013 fungiert als Durchführungsvorordnung zum öo BautechnikG und erklärt die jeweiligen OIB Richtlinien als anwendbar. Die OIB Richtlinien legen die Anforderungen an die in der Baustoffliste angeführten Kennwerte fest. Sie sind daher die zur Beantwortung der gegenständlichen Fragestellung maßgeblichen Schutzgesetze und Ausdruck des Stands der Technik.

a) Anmerkung zu Abweichungen:

Die OIB-Richtlinie 2.1 sieht in den Vorbemerkungen ausdrücklich vor, dass von den Anforderungen der OIB-Richtlinie abgewichen werden kann:

Von den Anforderungen dieser OIB-Richtlinie kann entsprechend den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen abgewichen werden, wenn vom Bauwerber nachgewiesen wird, dass das gleiche Schutzniveau wie bei Anwendung der Richtlinie erreicht wird. Hierbei ist der OIB-Leitfaden „Abweichungen im Brandschutz und Brandschutzkonzepte“ anzuwenden.

Der OIB-Leitfaden zu Abweichungen im Brandschutz und Brandschutzkonzept sieht detailliert die Vorgehensweise bei Abweichungen vor. In den Vorbemerkungen heißt es:

Gebäude und Bauwerke – insb Sondergebäude – haben immer komplexere und größere Dimensionen und können teilweise entsprechend den gültigen Regelwerken nicht oder nur mit erheblicher Beeinträchtigung ihres Widmungszweckes verwirklicht werden. Außerdem kommen immer häufiger Abweichungen von den materiellen Anforderungen der bautechnischen Vorschriften vor, die entsprechend begründet werden müssen. In der Folge sind einzelne brandschutztechnische Maßnahmen der Vorschriften nicht ohne Weiteres anwendbar. Es bedarf daher nicht selten der Einzelfallbetrachtung konkreter Bauvorhaben im Hinblick auf die definierten Schutzziele.

Damit wird in der österreichischen Rechtsordnung der zulässige Stand der Technik im Fall von Abweichungen

auch bei Anwendbarkeit von harmonisierten Normen festgelegt und besteht keine ansonsten drohende Schutzgesetzverletzung, wenn die anzuwendende Norm dann nicht eingehalten wird, wenn das zu erreichende Schutzziel dennoch gleichwertig sichergestellt werden kann.

Es wird zB darauf hingewiesen, dass *dabei zu beachten gilt, dass die Zulässigkeit von Abweichungen hinsichtlich der Feuerwiderstandsklasse der Bauteile, des Brandverhaltens der Baustoffe, der Größe der Hauptbrandabschnitte bzw Brandabschnitte und der Lagerabschnittsflächen im Rahmen des Brandschutzkonzeptes erforderlichenfalls aufgrund anerkannter Methoden des Brandschutzingenieurwesens nachzuweisen sind.*

b) Viertes Zwischenergebnis:

Auch die OIB-Richtlinien als Ausdruck des Stands der Technik sehen die Möglichkeit von Abweichungen vor und gestatten diese, wenn die Gleichwertigkeit des Schutzniveaus aufgrund anerkannter Methoden des Brandschutzingenieurwesens nachgewiesen wird.

Auch in dem Fall, dass die Europäische Kommission oder ein Gericht in einem Einzelfall die Zulässigkeit der Anwendung eines Vereinfachten Verfahrens der BPV mit Nachweis einer Spezifischen Technischen Spezifikation, die durch ein NB nach den anerkannten Methoden des Brandschutzingenieurwesens begutachtet wurde, verneint, liegt daher keine haftungsbegründende Verletzung der BPV als Schutzgesetz vor.

4. Fazit

4.1. Die Bestimmungen in der BPV sind nur teilweise Schutzgesetze. Zur Beantwortung der Frage, ob eine einzelne Vorschrift in der BPV ein Schutzgesetz ist, ist der Zweck jeder einzelnen Vorschrift zu prüfen.

Die inhaltlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Erstellung der Leistungserklärung sind Schutzgesetze. Reine verfahrenstechnische Bestimmungen jedoch, deren ausschließlicher Zweck darin besteht, den freien Marktzugang zu sichern, sind keine Schutzgesetze. Im Falle der Übertretung von bloß binnenmarktbezogenen Regelungen besteht mangels Zurechnungsnorm keine Schadenersatzhaftung des Herstellers oder anderen am Bau beteiligten Akteuren gegenüber Dritten.

- 4.2. Die Bestimmungen in der BPV selbst enthalten keine Regeln zum Stand der Technik.
- 4.3. Die harmonisierten Normen (Europäische Technische Spezifikationen) legen die gemeinsame Fachsprache zur Bewertung und Vergleichbarkeit der Bauprodukte am europäischen Binnenmarkt fest. In Zusammenschau mit den einschlägigen OIB Richtlinien spiegeln sie den Stand der Technik wider und können auch Schutzgesetze sein.
- 4.4. Die Leistungserklärung hat richtig zu sein. Sie spiegelt jedoch nicht den Stand der Technik. Der Stand der Technik wird in den OIB Richtlinien niedergelegt.
- 4.5. Ein Wissen oder ein Wissenmüssen von Abweichungen von der BPV führt nur bei Verletzung von schutzgesetzlichen Bestimmungen zur Haftung. Eine Haftung besteht dann nicht, wenn die Abweichungen den Schutzzweck nicht gefährden und sachlich mit dem Stand der Technik begründet werden können.
- 4.6. Nicht jede Abweichung von in der BPV oder in den harmonisierten Normen vorgesehenen Prüfungs- und Bewertungsverfahren führt zu einer Haftung. Eine Haftung besteht nur dann, wenn ein Schutzgesetz verletzt wird.

Dr. Elisabeth Achatz-Kandut ist Rechtsanwältin und ua spezialisiert auf Themen der Bauprodukteverordnung sowie vorrangig im Arbeitsrecht und Insolvenzrecht tätig. Sie steht in ständiger Kooperation mit der Wirtschaftskanzlei Huber und Partner Rechtsanwälte GmbH.

Publikationen: Objektbezogene Beurteilungen von Bauprodukten am Beispiel von Feuerschutzabschlüssen – eine Betrachtung im Rahmen der Bauprodukteverordnung der EU, ZTR 2017, 7 (gemeinsam mit Eichhorn-Gruber); Bauprodukteverordnung und Wettbewerbsrecht bei Vertrieb von Verkehrsschildern (Leitpflocken samt Reflektoren) Zur CE-Kennzeichnungspflicht und Auslegung einer harmonisierten Europäischen Norm (EN 12899-3:2007) Anmerkungen zu 4 Ob 36/18z, bbl 2020,90; Die Flexibilität des Corona-Kurzarbeitsmodells am Prüfstand – Darf der Arbeitgeber das in der Sozialpartnervereinbarung vorgesehene (reduzierte) Ausmaß der Arbeitszeit einseitig ändern? taxlex, 2020/5 (152-157).

Korrespondenz: Schillerstraße 12, 4020 Linz, Österreich; Tel. +43 732 / 65 69 69; E-Mail: e.achatz@hep.co.at; www.hep.co.at