

Georg Eisenberger/Iris Murer

# „Gold plating“ im Hinblick auf die Bauprodukteverordnung – Von der überschießenden Vollzugspraxis hinsichtlich des Bauproduktbegriffs



Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Iris Murer



Univ.-Prof. Dr. Prof.  
TU Graz e.h. Georg  
Eisenberger

Die Bauprodukteverordnung (BPV) ist seit einigen Jahren der neue Rechtsrahmen hinsichtlich der Vermarktung von Bauprodukten. Von Seiten der nationalen Behörden wird der Anwendungsbereich der BPV sehr weit ausgelegt. Die nationalen Behörden gehen zurzeit davon aus, dass sogar Produkte dem Anwendungsbereich der BPV zu unterstellen sind, die ein Bauunternehmen selbst nur zu dem Zweck herstellt, sie in eigenen Produkten (zB Häusern) zu verbauen und die somit nie einzeln auf dem Markt abgegeben werden. Der vorliegende Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass es sich dabei um einen Fall von „Gold plating“ handelt. Tatsächlich sprechen sowohl der Wortlaut, als auch die Zielsetzung der BPV und die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission für eine enge Auslegung des Anwendungsbereichs. Die genannten Produkte sind daher der BPV nicht zu unterstellen.

**Schlagnworte:** Bauprodukt; Bausatz; Bauprodukteverordnung; Zertifizierung; Leistungsbeschreibung; Inverkehrbringen von Bauprodukten; Österreichisches Institut für Bautechnik; Gold plating.

**Rechtsnormen:** Art 2 Bauprodukteverordnung.

## I. Einleitung

Die Bauprodukteverordnung (BPV)<sup>1</sup> ist seit einigen Jahren der neue Rechtsrahmen hinsichtlich der Vermarktung von Bauprodukten. Von Seiten der nationalen Behörden erfolgt eine sehr weite Auslegung des Anwendungsbereichs der BPV.\* Im vorliegenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, ob diese Vollzugspraxis eine Deckung in der BPV findet oder ob ein Fall von sogenanntem „Gold plating“ vorliegt. Darunter ist die Praxis von EU-Mitgliedstaaten zu verstehen, bei der nationalen Umsetzung europarechtlicher Vorgaben über das Ziel hinauszuschießen. „Gold plating“ kann zu einem Standortnachteil einzelner Staaten innerhalb der EU führen und wurde in der jüngeren Vergangenheit von der Europäischen Kommission verstärkt kritisiert.<sup>2</sup>

Fraglich im Rahmen der Vollziehung der BPV ist, wann die BPV in Bezug auf das Inverkehrbringen von Produkten zur Anwendung gelangt. Die nationalen Behörden gehen zurzeit davon aus, dass sogar Produkte dem Anwendungsbereich der BPV zu unterstellen sind, die ein Bauunternehmen selbst nur zu dem Zweck herstellt, sie in eigenen Projekten (wie zB Häusern) zu verbauen und die somit nie einzeln auf dem Markt abgegeben werden. Diese rechtliche Qualifikation soll im vorliegenden Beitrag anhand der Vorgaben der BPV überprüft werden. Zunächst werden dabei die Vorgaben der BPV kurz umrissen, um in weiterer Folge auf die Auslegungsfrage näher einzugehen.

\* Der Autor und die Autorin waren im Verfahren für ein Bauunternehmen gutachterlich tätig.

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

<sup>2</sup> S zB Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und So-

zialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung – Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final, 8: „Häufig gehen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von EU-Rechtsvorschriften auf nationaler Ebene auch über das hinaus, was unbedingt erforderlich ist („Gold plating“). Dadurch mag der Nutzen erhöht werden, den Unternehmen und den öffentlichen Verwaltungen können jedoch auch zusätzliche unnötige Kosten entstehen, die fälschlicherweise mit den EU-Vorschriften in Verbindung gebracht werden.“ (Hervorhebungen ergänzt).

## II. Vorgaben der BPV

### A. Allgemeines

Die rechtlichen Voraussetzungen für die Vermarktung von Bauprodukten in der EU wurden zunächst in der Bauprodukterichtlinie (BPRL)<sup>3</sup> vorgesehen. Mit 1.7.2013<sup>4</sup> trat die BPV in Kraft.<sup>5</sup> Da nach der BPRL die Zulassung von Bauprodukten auf jeweils nationaler Ebene geregelt war, sah man darin ein Hindernis für den freien Markt. Das Motiv hinter der Erlassung der BPV war somit die Verbesserung der Bedingungen zur Schaffung eines freien Binnenmarktes. Die BPV enthält Bedingungen für das Inverkehrbringen von Bauprodukten auf dem Markt. Die BPV ist in vollem Umfang für jene Bauprodukte anwendbar, für die entsprechende europäische harmonisierte Normen veröffentlicht wurden. Es handelt sich dabei um harmonisierte Regeln über die Angabe der Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre zentralen Merkmale. Sofern solche Normen vorliegen, sind die betreffenden Bauprodukte mit einer CE-Kennzeichnung zu versehen.<sup>6</sup> Bis dato wurden beispielsweise europäische harmonisierte Normen für Betonfertigteile in der Form von Wandelementen<sup>7</sup> oder auch für die Ausführung von Stahltragwerken und Aluminiumtragwerken<sup>8</sup> erlassen.<sup>9</sup>

Bereits vor dem Inkrafttreten der BPV wurde mit der Akkreditierungs- und Marktüberwachungsverordnung<sup>10</sup> eine systematische, aktive Marktüberwachung für alle unter

<sup>3</sup> RL 89/106/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl L 1989/40, 12.

<sup>4</sup> Ein kleiner Teil der Bestimmungen trat bereits früher in Kraft, s dazu Art 66 und Art 68 BPV.

<sup>5</sup> S in diesem Zusammenhang die Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen sowie die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung, StLGBl 2013/51.

<sup>6</sup> Vgl *Achatz-Kandut/Eichhorn-Gruber*, Objektbezogene Beurteilungen von Bauprodukten am Beispiel von Feuer- schutzabschlüssen – eine Betrachtung im Rahmen der Bauprodukteverordnung der EU, ZTR 2017, 7 (7); zu den Mat zum stmk Gesetz, mit dem die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung sowie die Marktüberwachung von Bauprodukten geregelt wird (Stmk Bauprodukte- und Marktüberwachungsgesetz 2013), StLGBl 2013/83, s AB 2049/3 BlgStLT 16. GP 1.

<sup>7</sup> ÖNORM EN 14992.

<sup>8</sup> Ausführung von Stahltragwerken und Aluminiumtragwerken. Teil 1: Konformitätsnachweisverfahren für tragende Bauteile, ÖNORM EN 1090-1.

<sup>9</sup> S zur aktuellen Liste der europäischen harmonisierten Normen <https://www.oib.or.at/datenbanken/hen> (abgerufen am 18.10.2017).

<sup>10</sup> Verordnung (EG) 765/2008 des europäischen Parlaments und des Rates über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) 339/93 des Rates, ABl L 2008/218, 30. S dazu die Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Marktüberwachung von Bauprodukten, StLGBl 2011/52, als Basis für die Vollziehung der Verordnung (aus Gründen der leichten Lesbarkeit wird als Kundmachungsgesetz nur ein Landesge-

setzblatt anstelle der neun Landesgesetzblätter in Bezug auf Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG angeführt).

setzblatt anstelle der neun Landesgesetzblätter in Bezug auf Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG angeführt).  
In Österreich ist das Österreichische Institut für Bautechnik (ÖIB) ua für die Marktüberwachung zuständig.<sup>12</sup> Nach der Rechtsauffassung des ÖIB unterliegen nicht nur Bauprodukte, die einzeln auf den Markt gebracht werden, dem Anwendungsbereich der BPV. Das ÖIB geht vielmehr davon aus, dass auch von Unternehmen hergestellte Bauteile, die unternehmensintern in eigene Produkte „eingebaut“, sohin unternehmensintern weiterverarbeitet werden, unter die CE-Kennzeichnungspflicht fallen würden.

### B. Anwendungsbereich der BPV

Die BPV definiert den Begriff des Bauprodukts wie folgt: Ein Bauprodukt ist jedes Produkt oder jeder Bausatz, das beziehungsweise hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt.<sup>13</sup> Ein Bausatz ist 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.<sup>14</sup> In weiterer Folge wird in der BPV der Begriff Bauprodukt als übergreifender Begriff verwendet. Im Gegensatz zu Bauprodukten sind Bauwerke sowohl Bauten des Hochbaus als auch des Tiefbaus.<sup>15</sup>

Unter Inverkehrbringen eines Bauprodukts ist die erstmalige Bereitstellung eines Bauprodukts auf dem Markt der Union zu verstehen.<sup>16</sup> Diese Bereitstellung auf dem Markt wird als jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Bauproduktes zum Vertrieb oder zur Verwendung auf dem Markt der Union im Rahmen einer Geschäftstätigkeit definiert.<sup>17</sup> Die BPV ist somit

setzblatt anstelle der neun Landesgesetzblätter in Bezug auf Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG angeführt).

<sup>11</sup> S AB 2049/3 BlgStLT 16. GP zum stmk Bauprodukte- und Marktüberwachungsgesetz 2013.

<sup>12</sup> S zur damaligen Einrichtung des ÖIB im Hinblick auf die BPRL Art 24 der Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen [Umsetzung der EG-Bauprodukterichtlinie], StLGBl 1993/53; s nunmehr Art 3 der Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen sowie die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung, StLGBl 2013/51. S zur Aufgabe der Marktüberwachung Art 4 Z 8 der Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen sowie die Bereitstellung von Bauprodukten auf dem Markt und deren Verwendung, StLGBl 2013/51, sowie Art 4 der Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Marktüberwachung von Bauprodukten, StLGBl 2011/52.

<sup>13</sup> Art 2 Z 1 BPV.

<sup>14</sup> Art 2 Z 2 BPV.

<sup>15</sup> Art 2 Z 3 BPV.

<sup>16</sup> Art 2 Z 17 BPV.

<sup>17</sup> Art 2 Z 16 BPV.

grundsätzlich anwendbar, wenn ein Bauprodukt vorliegt, das erstmalig zum Vertrieb oder zur Verwendung auf den Markt der Union entgeltlich oder unentgeltlich abgegeben wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt.

### C. Erstellung einer Leistungserklärung

Falls ein Bauprodukt von einer harmonisierten Norm erfasst ist oder ein Bauprodukt einer *Europäischen Technischen Bewertung* entspricht, die für dieses ausgestellt wurde, hat der Hersteller eine Leistungserklärung für das Produkt zu erstellen, wenn es in Verkehr gebracht wird.<sup>18</sup> Mit der Erstellung der Leistungserklärung übernimmt der Hersteller die Verantwortung für die Konformität des Bauprodukts mit der erklärten Leistung. Liegen keine objektiven Hinweise auf das Gegenteil vor, gehen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union davon aus, dass die vom Hersteller erstellte Leistungserklärung genau und zuverlässig ist.<sup>19</sup>

Eine Leistungserklärung ist somit in zwei Fällen notwendig, entweder hat eine harmonisierte Norm oder eine Europäische Technische Bewertung vorzuliegen. Bei einer harmonisierten Norm handelt es sich um eine Norm, die von einem der in Anhang I der RL 98/34/EG aufgeführten europäischen Normungsgremien auf der Grundlage eines Ersuchens der Kommission nach Art 6 der RL 98/34/EG angenommen wurde.<sup>20</sup> Eine Europäische Technische Bewertung ist die dokumentierte Bewertung der Leistung eines Bauprodukts in Bezug auf seine *Wesentlichen Merkmale* im Einklang mit dem betreffenden Europäischen Bewertungsdokument.<sup>21</sup> Wenn ein Hersteller eine Leistungserklärung gemäß Art 4 und Art 6 BPV erstellt hat, ist eine CE-Kennzeichnung an den Bauprodukten anzubringen.<sup>22</sup>

## III. Auslegung der BPV

### A. Bezug auf zukünftigen Zweck

Die BPV bezieht sich in Art 2 Z 1 leg cit auf Produkte, die in Verkehr gebracht werden, **um** dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden. Auch hinsichtlich der Bausätze ist es Voraussetzung, dass diese zusammengefügt werden müssen, **um** ins Bauwerk eingefügt zu werden. Hinsichtlich der von einem Unternehmen hergestellten Produkte für die eigene weitere Verarbeitung werden diese jedoch **selbst** von dem Unternehmen in ein eigenes (größeres) Produkt eingefügt beziehungsweise eingebaut. Der Finalsatz, der mit „um“ eingeleitet wird, trifft daher in diesem Fall nicht zu, weil ein Unternehmen, das Produkte als Zwischenschritt in der eigenen

Produktion herstellt, um sie betriebsintern zu verbauen, diesen **Zweck bereits selbst im Vorfeld umsetzt**. Es kommt also zu einer Weiterverarbeitung, bevor die Produkte auf den Markt kommen. Auch hinsichtlich der Definition des Bausatzes in Art 2 Z 2 BPV wird deutlich, dass die Einfügung in ein Bauwerk erst nach dem Inverkehrbringen zu erfolgen hat.

Die englische und französische Sprachfassung der BPV legen ebenfalls eine solche Auslegung nahe. In der englischen Sprachfassung wird ebenso auf den Zweck des **zukünftigen** Einbaus abgestellt. Art 2 Z 1 BPV lautet in dieser Sprachfassung:

‘Construction product’ means any product or kit which is produced and **placed on the market for incorporation in a permanent manner** in construction works or parts thereof and the performance of which has an effect on the performance of the construction works with respect to the basic requirements for construction works [...].

In Bezug auf den Bausatz wird in der englischen Sprachfassung deutlich auf die **Erforderlichkeit** der zukünftigen weiteren Zusammenfügung der einzelnen Teile abgestellt. Art 2 Z 2 BPV in der englischen Sprachfassung lautet:

‘Kit’ means a construction product **placed on the market** by a single manufacturer as a set of at least two **separate** components that **need to be put together to be incorporated** in the construction works [...].

Genauso lässt die französische Sprachfassung die Interpretation hinsichtlich der Zielrichtung der BPV auf einen **später** zu erfolgenden Einbau zu. Art 2 Z 1 BPV lautet in dieser Sprachfassung:

«Produit de construction», tout produit ou kit fabriqué et mis sur le marché **en vue d'être incorporé** de façon durable dans des ouvrages de construction ou des parties d'ouvrages de construction et dont les performances influent sur celles des ouvrages de construction en ce qui concerne les exigences fondamentales applicables auxdits ouvrages [...].

Dies trifft auch auf die Definition des Bausatzes zu. Art 2 Z 2 BPV lautet in der französischen Sprachfassung:

«Kit», un produit de construction mis sur le marché par un seul fabricant sous la forme d'un ensemble constitué d'au moins deux éléments **séparés** qui **nécessitent d'être assemblés pour être installés** dans l'ouvrage de construction [...].

Nachdem somit der Wortlaut der BPV hinsichtlich der Begriffsdefinition des Bauprodukts bzw des Bausatzes eindeutig auf ein Produkt abzielt, dass erst **nach Inverkehrbringung** in einem Bauwerk eingefügt wird, ist nicht nachvollziehbar, weshalb Produkte, die ausschließlich für die eigene weitere Verarbeitung bzw Verbauung hergestellt werden, unter den Anwendungsbereich der BPV fallen sollten.

### B. Kein Hemmnis für den freien Verkehr

Es ist eine Zielrichtung der BPV, den freien Verkehr der Produkte des Bausektors im Binnenmarkt zu verbessern.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Art 4 Abs 1 BPV.

<sup>19</sup> Art 4 Abs 3 BPV.

<sup>20</sup> Art 2 Z 11 BPV.

<sup>21</sup> Art 2 Z 13 BPV.

<sup>22</sup> Art 8 Abs 2 BPV.

<sup>23</sup> ErwGr 6 BPV.

Dabei lässt sich die Beseitigung der technischen Hemmnisse nur durch harmonisierte technische Spezifikationen erreichen, anhand derer die Leistung von Bauprodukten bewertet wird.<sup>24</sup> Wenn nun ein Unternehmen Produkte ausschließlich für sich selbst produziert, ist kein freier Verkehr in Bezug auf diese Produkte zu gewährleisten, weil diese Produkte einzeln gar nie in den Verkehr gelangen. In den Verkehr gelangt nur das Endprodukt, wobei natürlich klar sein muss, dass alle Regeln für dieses Endprodukt eingehalten werden müssen. Aber eben nur diese.

Vor diesem Hintergrund ist es dem Ziel der Verbesserung des freien Verkehrs nicht zuträglich, wenn Produkte, die ausschließlich zur Weiterverarbeitung im eigenen Betrieb hergestellt werden, dem Anwendungsbereich der BPV unterworfen werden. Das herstellende Unternehmen ist in diesem Fall nämlich unnötiger produktionshemmender Bürokratie ausgesetzt, denn es ist nicht auf den Vertrieb und die Vermarktung der einzelnen Elemente ausgerichtet, sondern lediglich auf den Vertrieb und die Vermarktung der fertiggestellten Endprodukte als Gesamtserzeugnis.

### C. Auslegung der Europäische Kommission

Dass die Auslegung des Anwendungsbereichs der BPV bereits Fragen aufgeworfen hat, wird ua auch dadurch deutlich, dass die Europäische Kommission strittige Fragen im Rahmen von FAQs beantwortet hat. Darin hat die Europäische Kommission näher erläutert, wie die Inverkehrbringung zu verstehen ist:

“Any supply of the (**individual**) construction product for the first time within the European Internal Market for distribution or use in the course of a commercial activity, whether in return for payment or free of charge.

<sup>24</sup> ErwGr 10 BPV.

NB: Every product or batch of products (that is, every window or every package / truckload of bricks) is placed on the market **individually**. [...]“<sup>25</sup>

Nachdem von Seiten der Europäischen Kommission auf „[a]ny supply of the (**individual**) construction product“<sup>26</sup> abgestellt wird und hinsichtlich der Bereitstellung „**individually**“ erneut hervorgehoben wird, ist das ein weiterer Anhaltspunkt zugunsten von Unternehmen, die selbst Produkte für ausschließlich eigene Projekte anfertigen. Die Europäische Kommission fügt mit dieser Erörterung der Definition in Art 2 Z 16, 17 BPV mittels einer restriktiven Auslegung ein weiteres Tatbestandselement hinzu. Im Vorfeld gefertigte Produkte, die von demselben Unternehmen in Endprodukte eingefügt bzw. verbaut wurden, um als untrennbarer Teil des Endproduktes verkauft zu werden, werden **nicht** mehr **einzeln** auf dem Markt angeboten.

### IV. Conclusio

Aufgrund der dargelegten Argumente scheint es naheliegend, den Anwendungsbereich der BPV in Bezug auf die Definition des Bauprodukts eng zu interpretieren. Sowohl der Wortlaut, als auch die Zielsetzung der BPV sprechen für einen solchen Zugang. Auch die Europäische Kommission geht in der Beantwortung der FAQs davon aus, dass nur einzeln angebotene Bauprodukte auf dem Markt im Sinne der BPV bereitgestellt werden. Die Rechtsauffassung des ÖIB, wonach Produkte von Unternehmen, die ausschließlich für die interne weitere Verbauung hergestellt werden – und daher nie einzeln vermarktet oder gehandelt werden – auch unter den Anwendungsbereich der BPV fallen würden, findet in der BPV keine Deckung.

<sup>25</sup> [https://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/product-regulation/faq\\_de](https://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/product-regulation/faq_de) (abgerufen am 24.10.2017).

<sup>26</sup> Hervorhebungen ergänzt.

**Univ.-Prof. Dr. Prof. TU Graz e.h. Georg Eisenberger** (1964\*) ist Leiter des öffentlich-rechtlichen Teams der Kanzlei Eisenberger & Herzog und Universitätsprofessor für öffentliches Recht an der Universität Graz.

**Publikationen:** Verfasser zahlreicher Publikationen zum Bau- und Raumordnungsrecht, ua Einführung in das Steiermärkische Bau- und Raumplanungsrecht<sup>3</sup> (2014, gemeinsam mit Hödl); Neuregelungen von Verbindungsbauten bei der Shopping City Seiersberg: Ende einer unendlichen Geschichte?, wbl 2017, 496; Neue Verfahrensabläufe im Baurecht, Dritter Teil – Die Konfusen, bbl 2014, 235 (gemeinsam mit Bayer und Brenneis); Neue Verfahrensabläufe im Baurecht, Zweiter Teil – Die Mutigen, bbl 2014, 183 (gemeinsam mit Bayer und Brenneis); Neue Verfahrensabläufe im Baurecht, Erster Teil – Die Reformverweigerer, bbl 2014, 135 (gemeinsam mit Bayer und Brenneis).

**Korrespondenz:** Hilmgasse 10, 8010 Graz, Österreich; Tel +43 316 36 47 226, E-Mail: g.eisenberger@ehlaw.at, <http://www.ehlaw.at/>.

**Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Iris Murer** (1988\*) ist Rechtsanwaltsanwältin im öffentlich-rechtlichen Team der Kanzlei Eisenberger & Herzog.

**Publikationen:** Prostitution und Verfassung – Kompetenz- und grundrechtliche Vorgaben für die Reglementierung im Verwaltungsrecht (2016); SRM: Vorschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?, ZFR 2017, 160 (gemeinsam mit Eisenberger und Brenneis); Die Interpretation des Art 118 Abs 3 B-VG zwischen Historie und Dynamik, in Autengruber/Bertel/Drexel/Sanader/Schramek (Hrsg), Zeit im Recht – Recht in der Zeit, Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht, Innsbruck 2015, Bd VI (2016), 121.

**Korrespondenz:** Hilmgasse 10, 8010 Graz, Österreich; Tel +43 316 36 47 262, E-Mail: i.murer@ehlaw.at, <http://www.ehlaw.at/>.