

Prof. Jürgen Ulrich, Schwerte
Vorsitzender Richter am Landgericht a.D.

Hat die EU-BauPVO Auswirkungen
auf das Zivilrecht?

Übersicht:

A. Die neue EU-Bauprodukteverordnung

I. juristische Grundzüge

II. Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung

B. Bezug der EU-BauPVO zum deutschen Zivilrecht

I. Rechtscharakter der EU-BauPVO

II. deutsches Wettbewerbsrecht

III. materielles Kaufrecht

1. Grundzüge

2. Details

a) explizite Verabredung bestimmter Umstände des Kaufgegenstandes

b) ansonsten

aa) einige Rechtsprechung

(1) AG Frankfurt

(2) OLG Koblenz

(3) OLG Hamburg

(4) OLG Düsseldorf

3. eigene Auffassung

IV. materielles Baurecht

1. Grundzüge

2. explizite Verabredung bestimmter Umstände des Werkes

3. ansonsten

4. (allgemein) anerkannte Regel der Technik

V. Aufklärungspflichten

I. Wirtschaftsakteure

II. baubetreuende Berater

C. Fazit

A. Die neue EU-Bauprodukteverordnung:

I. juristische Grundzüge:

Mit Wirkung zum 1. Juli 2013 gilt für Bauprodukte, die ab dann in Verkehr gebracht werden, die „**Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten**“, welche in Deutschland - nichtamtlich - als „EU-BauPVO“ bezeichnet wird. Als Verordnung i.S.d. Art. 288 Abs. 2 AEUV (= Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) bedarf diese EU-BauPVO - anders als die von ihm ersetzte europäische Bauproduktrichtlinie (BPR) - keiner Umsetzung in innerstaatliches Recht, sondern gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Übergeordnete Ziele dieser EU-BauPVO sind die **Ermöglichung des In-Verkehr-Bringens von Bauprodukten** und ihres **freien Warenverkehrs** sowie der **Abbau technischer Handelshemmnisse im EU-Wirtschaftsraum**; harmonisierte technische Spezifikationen sollen zu EU-weit einheitlichen Produkt- und Prüfstandards und damit zu harmonisierten Leistungsangaben bei Bauprodukten führen. In Hinblick auf diese unmittelbare Geltung der EU-BauPVO sind die zur Umsetzung der BPR geschaffenen Bestimmungen des **Bauproduktgesetzes** (BauPG) aufgehoben worden. Beachtlich ist dabei aber weiterhin Art. 74 GG, wonach der Bund die Gesetzeskompetenz nur zur Regelung des In-Verkehr-Bringens

und des Warenverkehrs hat; die gesetzgeberische Zuständigkeit zur Regelung der Verwendung und des Einbaus liegt indes bei den Ländern, weshalb diese nun gehalten sind, ihre Bauordnungen in der Weise anzupassen, dass darin nicht mehr auf das BauPG, sondern auf die EU-BauPVO verwiesen wird.

II. Leistungserklärung und CE-Kennzeichnung:

Diese EU-BauPVO legt zum Einen die „Bedingungen für das In-Verkehr-Bringen von Bauprodukten und ihre Bereitstellung für den Markt“ fest, sie erfasst zum Anderen die „Verwendung“ von Bauprodukten, d.h.: Harmonisierte Bauprodukte, die nun auf den Markt gebracht werden, haben der EU-BauPVO zu entsprechen. **„In-Verkehr-Bringen“** meint die erstmalige Verfügbarkeit eines Bauproduktes auf dem europäischen Markt durch den Hersteller, seinen Bevollmächtigten oder den Importeur. Unter dem davon abzugrenzenden **„Bereitstellen“** ist die Weitergabe des Bauproduktes in der Lieferkette zu verstehen, somit die vom Baustoffhändler an seinen Abnehmer, der der verarbeitende Bauunternehmer, aber auch der direkt einkaufende Bauherr sein kann. Von der vorhergegangenen BPR unterscheidet sich die EU-BauPVO insbesondere durch die Leistungserklärung, die CE-Kennzeichnung und die Bewertung sowie Überprüfung der Leistungsbeständigkeit.

Gemäß Art. 8 Abs. 2 EU-BauPVO ist die **CE-Kennzeichnung** vom Hersteller auf der Basis seiner erfolgten **Leistungserklärung**, in der die Leistungen des Bauproduktes in Bezug auf die wesentlichen Merkmale niederzulegen sind, auf dem Produkt anzubringen. Welche konkreten Merkmale zu nennen sind, ist den harmonisierten technischen Spezifikationen zu entnehmen und geht so auf die produktbezogenen Anforderungen zurück, die von den Mitgliedsstaaten zuvor im Anhang ZA einer harmonisierten Norm bzw. einem europäischen Bewertungsdokument übereinstimmend festgelegt worden sind. Wird ein harmonisiertes und mit dem CE-Kennzeichen versehenes Bauprodukt unter Beachtung der Vorschriften der EU-BauPV auf dem Markt bereitgestellt, so ist es verwendbar. Ein Mitgliedsstaat darf die Bereitstellung eines mit dem CE-Kennzeichen versehenen Bauproduktes auf seinem Hoheitsgebiet weder untersagen noch behindern.

CE ist die Abkürzung für „**Communautés Européennes**“, also Europäische Gemeinschaft. Waren, die das CE-Kennzeichen tragen, dürfen zur Erleichterung des freien Warenverkehrs innerhalb der EU ohne Einschränkung und ohne Kontrolle durch Behörden weiter vertrieben werden; das CE-Kennzeichen beinhaltet gleichsam den technischen Reisepass für das Produkt innerhalb des Geltungsbereiches der EU. Die Kennzeichnung ist nicht in das Belieben des Herstellers gestellt; vielmehr besteht eine Kennzeichnungspflicht für alle Bau-Produkte, für die es harmonisierte EU-Normen gibt.

Für Bau-Produkte, hinsichtlich derer keine harmonisierten EU-Normen existieren, gilt ein Kennzeichnungsverbot.

B. Bezug der EU-BauPVO zum deutschen Zivilrecht:

I. Rechtscharakter der EU-BauPVO:

Der **EuGH (7.6.2007 - Rs. C-80/06)** hatte zum Vorgängergesetz der neuen EU-BauPVO, also zur Bauproduktenrichtlinie, diesen Entscheidungsleitsatz veröffentlicht:

„Ein Einzelner kann sich in einem gegen einen anderen Einzelnen geführten Rechtsstreit über vertragliche Haftung nicht darauf berufen, dass Letzterer gegen die Vorschriften in den Art. 2 und 3 sowie den Anhängen II und III der Entscheidungen 1999/93/EG der Kommission vom 25.01.1999 über das Verfahren zur Bescheinigung der Konformität von Bauprodukten gemäß Art. 20 Abs. 2 Bauprodukterichtlinie 89/106/EWG des Rates betreffend Türen, Fenster, Fensterläden, Rollläden, Tore und Beschläge verstoßen habe.“

Zugrunde lag ein in Italien geführter (Bau-) Rechtsstreit, nach dessen Sachverhalt betreffend eingebaute Bauprodukte die erforderliche CE-Kennzeichnung fehlte. Indes ergibt sich bei der näheren durchsicht der veröffentlichten Gründe dieser Entscheidung, dass der EuGH hier allein die - überzeugende - Auffassung offenlegte, dass die Bauprodukterichtlinie des-

halb keinen unmittelbar auf die Parteien eines Bauvertrages bezogenen subjektiven Rechtsschutz liefert, weil diese Richtlinie sich allein an die Mitgliedsstaaten richtet und nicht unmittelbar für Privatpersonen Geltung hat. M.E. lässt sich betreffend diese neue EU-BauPVO diese Argumentationskette so nicht „eins zu eins“ übertragen; denn die EUBauPVO beinhaltet unmittelbares nationales Recht, sie bedarf keiner nationalen gesetzlichen Umsetzung mehr.

Die neue EU-BauPVO stellt sich in ihrer rechtlichen Einstufung dar als Teil des öffentlichen Rechts, hat damit also keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Beziehung von Privatpersonen zueinander. Die Nichtbeachtung ihrer Regelungen kann von den Behörden gegenüber den gemäß ihrer Regelungen allein verpflichteten „**Wirtschaftakteuren**“ - das sind die **Hersteller** (Art. 11 EU-BauPVO), deren **Bevollmächtigte** (Art. 12 EU-BauPVO), die **Importeure** (Art. 13 EU-BauPVO) und die **Händler** (Art. 14 EU-BauPVO) - beanstandet und sanktioniert werden.

II. deutsches Wettbewerbsrecht:

Es ist davon auszugehen, dass das Bereit-Stellen bzw. In-Verkehr-Bringen eines der EU-BauPVO nicht gerecht werdenden Bauproduktes zugunsten Mitbewerber einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch nach dem UWG begrün-

den kann (so entschieden für das BauPG: OLG Frankfurt 20.1.2011 - 6 U 203/09; OLG Koblenz 26.2.2013 - 5 U 1474/12. Ebenso Wirth BauR 2013, 703, 718). Denn für das materielle Wettbewerbsrecht genügt die eigene Hervorhebung bei Nichtbeachtung Branchen-verbindlicher Regelungen unabhängig davon, ob diese Regelungen öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen Charakter haben.

Beachtlich ist in diesem gleichsam wettbewerblichen Kontext auch **Art. 8 Abs. 3 EU-BauPVO** mit diesem Wortlaut:

„Im Falle der von einer harmonisierten Norm erfassten Bauprodukte oder von Bauprodukten, für die eine Europäische technische Bewertung ausgestellt worden ist, ist eine CE-Kennzeichnung die einzige Kennzeichnung, die die Konformität des Produktes mit der erklärten Leistung in Bezug auf die wesentlichen Merkmale, die von dieser harmonisierten Norm oder der Europäischen Technischen Bewertung erfasst sind, bescheinigt.“

Es ist streitig, ob aufgrund dieser Bestimmung die in den Bauregelungen des Deutschen Instituts für Bautechnik veröffentlichten „nationalen Regelungen“, also insbesondere die Ü-Kennzeichen, noch verwertet werden dürfen (ablehnend Wirth BauR 2013, 405, 414; ders. BauR 2013, 1951, 1952. Hildner, Der Sachverständige 2013, 218, 222: Insoweit werden wohl erst die Gerichte für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen.). Das VG Gelsenkirchen, 10.12.2012 - 9 K 906/10 hat - die Entscheidung über die Berufung steht noch aus - entschieden, dass das Deutsche Institut für Bautechnik

nicht berechtigt sei, für harmonisierte Bauprodukte eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung zu verlangen.

Aus meiner Sicht dürfte ferner zu überlegen sein, ob bei harmonisierten Produkten die - gegebenenfalls zusätzliche - Verwendung einer parallelen nationalen Ü-Kennzeichnung wettbewerbswidrig ist.

III. materielles Kaufrecht:

1. Grundzüge:

Die Rechtsbeziehung zwischen Hersteller und Lieferanten/Händler sowie diejenigen zwischen Lieferanten/Händler und Unternehmer unterliegen in Deutschland grundsätzlich nur dem BGB-Kaufrecht, mithin den **§§ 433 ff. BGB**. Gemäß herrschender Meinung gilt Kaufrecht auch, wenn die Sache noch hergestellt werden muss, insbesondere dem Abnehmer gleichgültig ist, ob der Vertragspartner die Sache aus seinem Lagerbestand etc. entnimmt oder er die Sache noch herstellen muss.

Enthält der Vertrag neben der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zusätzlich das werkvertragliche Element der Herstellungsverpflichtung, greift **§ 651 S. 1 BGB**, wonach Kaufrecht auf einen Vertrag anzuwenden ist, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sa-

chen betrifft. Seit dem „**Silo-Urteil**“ des BGH (23.7.2009 - VII ZR 151/08) steht fest, dass Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen aufgrund dieser Norm auch dann dem Kaufrecht zuzuordnen sind, wenn es die Zweckbestimmung der gelieferten beweglichen Sache ist, in ein Gebäude eingebaut zu werden (BGH 16.4.2013 - VIII ZR 375/11: Für die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag kommt es darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt.).

Dazu dieses Beispiel: Der Fensterbauer erhält den Auftrag zur Lieferung und zum Einbau bestimmter industriell gefertigter Dachfenster; selbst in Fällen, in denen die VOB/B ausdrücklich mitvereinbart wird oder der Vertrag gar als „Werkvertrag“ bezeichnet wird, nimmt die Rechtsprechung durchweg die Anwendung von Kaufrecht an. Allerdings: Der Rückbau von alten Fenstern und die Lieferung und der Einbau industriell gefertigter neuer Fenster und Türen ist als Werkvertrag zu qualifizieren (OLG Hamburg 24.10.2012 - 1 U 80/11). Sind über die bloße Herstellung der beweglichen Sache hinaus Leistungen erforderlich, die den Schwerpunkt des Vertrages bilden, insbesondere eine planerische Tätigkeit des Unternehmers als Vorstufe der Herstellung, liegt ein Werkvertrag vor; steht hingegen nach dem Vertragsinhalt die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund, ist ein Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB gegeben (OLG Hamm 29.10.2012 - 17 U 130/11).

2. Details:

a) explizite Verabredung bestimmter Umstände des Kaufgegenstandes:

Vereinbaren die Parteien des Kaufvertrages, dass das harmonisierte Baumaterial das CE-Kennzeichen gemäß dieser neuen EU-BauPVO aufzuweisen habe, und fehlt dem Kaufgegenstand dann dieses Kennzeichen, ergibt sich problemlos ein Sachmangel i.S.d. **§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB** mit der Rechtsfolge des Entstehens der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche; denn der gelieferte Kaufgegenstand entspricht dann nicht dem vereinbarten. Gleiches gilt, wenn die - gegebenenfalls zusätzlich - vereinbarte Leistungsbeschreibung nicht überlassen wird.

b) ansonsten:

Schwieriger wird es, wenn eine solche ausdrückliche Absprache zwischen den Vertragspartnern des Kaufvertrages nicht getroffen worden ist. Klar ist noch dies: Eine regelmäßig stillschweigende Verabredung der Parteien des Kaufvertrages dahin, dass nur solche Baumaterialien, für die eine CE-Kennzeichnung und eine Leistungserklärung vorliegen, verkauft werden sollen, lässt sich nicht annehmen.

Indes gilt dies: Fehlen dem Baustoff die Eigenschaften, die er nach den einschlägigen technischen Regelungen haben muss, mangelt es an der üblichen Beschaffenheit gemäß § **434 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB**, sodass Gewährleistungsansprüche ausgelöst werden; dann ergibt sich aber die Frage, ob betreffend harmonisiertes Material das nicht vorhandene CE-Kennzeichen und/oder die nicht vorliegende Leistungsbeschreibung als gegen einschlägige technische Regelungen verstoßende Eigenschaft in diesem Sinne einzustufen sind.

aa) einige Rechtsprechung:

Dass die Frage betreffend die Geltung dieser neuen EU-BauPVO im Zivilrecht bereits Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen ist, ergibt sich - mir - nicht. Auch zum Vorgängergesetz, also dem BauPG, sind höchstrichterliche Entscheidungen betreffend diesen Problemkreis - jedenfalls mir - nicht bekannt. Es finden sich insoweit indes Entscheidungen der deutschen Instanzgerichte, z.B.:

(1) Dem **AG Frankfurt (5.7.2011 - 31 C 635/11(44))** lag der Fall zugrunde, dass eine der Kennzeichnungspflicht unterfallende zahnärztliche Behandlungseinheit veräußert worden war, die objektiv die Anforderungen für den Erhalt einer CE-Kennzeichnung genügte, der aber diese formelle Eigenschaft

fehlte; dieses Gericht entschied mit diesem veröffentlichten Leitsatz:

„Anders als in dem unproblematischen Fall, in dem eine gekennzeichnete oder nicht gekennzeichnete Ware die Voraussetzungen die Voraussetzungen für die Erteilung der CE-Kennzeichnung nicht erfüllt, begründet die fehlende äußerliche CE-Kennzeichnung keinen Sachmangel einer erworbenen zahnärztlichen Behandlungseinheit.“

Diese Auffassung entspricht der von Niebling in Der Betrieb 1996, 80, 81 geäußerten.

(2) In dem der Entscheidung des **OLG Koblenz (26.2.2013 - 5 U 1474/12)** zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um Arzthaftung betreffend eine hinein-operierte Hüftgelenkprothese. Dieses OLG führt in seinen Entscheidungsgründen aus:

„Genau so wenig trifft die Beklagte zu 2. eine Schadensverantwortlichkeit, weil die Prothetik nicht mit einer CE-Kennzeichnung versehen war. Darin mag zwar ein Verstoß gegen die EG-Verordnung Nr. 765/2008 und den EG-Beschluss Nr. 768/2008 gelegen haben. Aber aus diesem formalen Mangel ergibt sich allenfalls eine wettbewerbsrechtliche Haftung (...).“

(3) Das **OLG Hamburg (9.12.2012 - 9 U 13/12)** hatte den Fall zu entscheiden, dass der Käufer die Rückzahlung von

entrichtetem Kaufpreis forderte und dazu vortrug, dass die mit-eingekaufte Verpackung der veräußerten Backmischung, nämlich ein als der Kennzeichnungspflicht unterfallendes Kinderspielzeug anschließend zu verwendender Stoffelch, die maßgeblichen Sicherheitsbestimmungen gemäß der Spielzeugrichtlinie 88/378/EWG nicht erfüllte und auch keine ordnungsgemäße CE-Kennzeichnung vorwies. Dieses OLG hat einen kaufrechtlichen Mangel bejaht. Dieses OLG hat in seinen Urteilsgründen u.a. ausgeführt:

„Das Berufen auf die Unzulässigkeit der Kennzeichnung bzw. fehlende CE-Konformität durch die Klägerin ist nicht treuwidrig. Es sind ... keine Umstände dafür vorgetragen, dass die Klägerin aufgrund überlegener Sachkunde wusste, dass mit dem auf dem Label angebrachten Warnhinweis eine CE-Konformität nicht erreicht werden konnte, wenn der Stoffelch nicht für Kinder unter 36 Monaten geeignet war. Zu einem Hinweis/einer Aufklärung der Beklagten diesbezüglich war sie deshalb nicht verpflichtet.“

Indes ergibt sich nach meiner Erkenntnis aus dem Gründen dieser Entscheidung, dass der konkrete Mangel eben nicht aus dem formellen Nichtvorhandensein der CE-Kennzeichnung abgeleitet wurde, sondern daraus, dass dieser Gegenstand aufgrund seiner technischen Ausgestaltung, selbst wenn er nicht der Harmonisierung unterfallen wäre, ohne Hinweis für den Verbraucher als Spielzeug ungeeignet war.

(4) Das **OLG Düsseldorf (4.12.2012 - 23 U 47/12)** hatte betreffend diesen Sachverhalt in der Berufung zu entscheiden:

Der klagende Bauunternehmer verlangte die Verurteilung des Bauherrn zur Bezahlung restlichen Werklohns; dagegen kam der Bauherr mit der Aufrechnung und führte insoweit aus, der Unternehmer habe für ein anderes Bauvorhaben Glasscheiben geliefert, welchen das erforderliche CE-Kennzeichen gefehlt habe. Per Zurückweisung der Berufung als offensichtlich unbegründet, billigte dieses OLG die Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung des Kaufpreises.

Beachtlich ist hier indes dies: In dieser Streitsache drückte sich das OLG Düsseldorf - wie schon zuvor die erste Instanz, das LG Kleve, - um die Antwort auf die Frage, ob überhaupt ein kaufrechtliche Mangel in der Nicht-CE-Kennzeichnung dieser Glasscheiben lag. Unstreitig handelte es sich bei diesem konkreten „Glasscheibengeschäft“ nämlich um einen Handelskauf, also einen Vertrag zwischen Kaufleuten. Dann aber greift **§ 377 HGB**, der diesen Wortlaut hat:

Abs. 1: „Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.“

Abs. 2: *„Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.“*

Abs. 3: *„Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; andernfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.“*

Abs. 4: *„Zur Einhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.“*

Abs. 5: *„Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschrift nicht berufen.“*

Das OLG ließ offen, ob das fehlende CE-Kennzeichen einen - Rechts- oder einen Sach- - Mangel darstelle, indem es § 377 HGB nämlich dahin auslegte, dass diese Norm gleichermaßen für Sach- und Rechtsmängel greife; sofern also ein Mangel vorliege, greife - so das OLG Düsseldorf - jedenfalls § 377 HGB.

bb) vertiefende Ausführungen zu § 377 HGB:

Festzustellen ist insoweit noch, dass auch Handwerker von dieser handelsrechtlichen Vorschrift des § 377 HGB nicht betroffen sein können; denn **§ 1 HGB** enthält diese Regelung:

Abs. 1: *„Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.“*

Abs. 2: „Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert.“

Eben diese Norm des § 1 Abs. 2 HGB gilt für alle Handwerker und nicht nur für Warenhandwerker: Bei Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung ist jeder Handwerker, sofern er nicht ein Kleingewerbe im Sinne des § 2 HGB betreibt, ein Gewerbetreibender mit der Folge der Anwendung des § 377 HGB auf seine Einkäufe, und zwar auch ohne ein Kaufmanns-Eintragung in das Handelsregister.

Folgt man dieser Rechtsprechung des OLG Düsseldorf muss der Käufer von Baumaterialien diese bei Anlieferung sogleich daraufhin überprüfen, ob sie die erforderliche CE-Kennzeichnung besitzen. Die Untersuchung setzt allerdings Wissen darüber voraus, ob diese Bauprodukte von einer harmonisierten Norm erfasst sind; das ist aber eine von den Gerichten zu beurteilende Rechtsfrage, sodass mit der vom OLG Düsseldorf angenommenen Prüfungs- und Rügepflicht letztlich dem Käufer auch eine rechtliche Überprüfung abverlangt wird. Mit Voellmecke jurisPR-PrivBauR 11/2013 Anm. 4 darf davon ausgegangen werden, dass in der Baupraxis mit einer vorsorglichen Rügepflicht wegen fehlender CE-Kennzeichnungen zu rechnen ist.

Beachtlich ist noch dies: Erforderlich ist eine zumindest stichprobenweise Untersuchung jeder Lieferung. Der Käufer muss die dabei erkannten Mängel unverzüglich anzeigen. Unter-

lässt er die Rüge, gilt die Ware als genehmigt, und der Käufer muss trotz etwaiger Mängel den vollen Kaufpreis bezahlen, es sei denn, es handelt sich um einen Mangel, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. Dem Bauunternehmer - Kaufmann i.S.d. HGB - steht gegenüber dem Baustofflieferanten auch kein Schadensersatzanspruch zu, wenn er die gelieferte Ware nicht unverzüglich nach Anlieferung prüft und etwaige Mängel nicht anzeigt (OLG Dresden 7.10.1999 - 7 U 1972/99). Diese kaufmännische Rügepflicht gilt auch, wenn der Käufer eine aus Vollkaufleuten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist (OLG Brandenburg 22.2.2012 - 4 U 69/11). Problematisch wird diese Untersuchung beim Streckengeschäft, wenn also der Käufer die unmittelbare Auslieferung an seinen Abnehmer vereinbart hat; dann muss er die Untersuchung bei diesem sichern. Wenn der Käufer sich Material durch einen von ihm dazu beauftragten Spediteur ab Auslieferungswerk kommenlässt, läuft die - ohnehin kurze - Prüfungs- und Rügepflicht des § 377 HGB in der Regel ab dem Zeitpunkt der Beladung des Lieferfahrzeugs; in einem solchen Fall kann geboten sein, vertraglich eine verlängerte Prüfungs- und Rügefrist zu vereinbaren.

Er hat unverzüglich und hinreichend sorgfältig das von ihm angekaufte Material zu prüfen. Er hat - auch nachträglich erkannte - unverzüglich und konkret (am besten schriftlich) zu rügen; dabei hat er zusätzlich den Nachweis des Zugangs dieser Rügen zu sichern.

3. eigene Auffassung:

Gemäß **§ 434 Abs. 1 S 2 Nr. 1 BGB** liegt, sofern keine Beschaffenheit vereinbart worden ist, ein Mangel vor, wenn die Sache sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht eignet. Ich vertrete die Auffassung, dass ein produziertes und oder weitergegebenes Baumaterial, welches harmonisierten Normen unterfällt, nicht allein deshalb im Sinne der Generierung von Gewährleistungsansprüchen mangelhaft ist, weil es ihm an dem Etikett der von der EU-BauVPO erforderlichen CE-Kennzeichnung fehlt (a.A. wohl Gay BauR 2013, 1827, 1829/30; Wirth BauR 2013, 703, 713; Eisenberg NZBau 2013, 675, 680). Ich meine, dass allein dadurch, dass die EU zur Realisierung des auch grenzüberschreitenden Vertriebs betreffend harmonisierte Produkte nun per Verordnung öffentlich-rechtlich eine Leistungsbeschreibung und darauf fußende Kennzeichnung verlangt, sich nicht zwingend betreffend den innerdeutschen Verkauf dieser Produkte eine zivilrechtlich relevante Produkteigenschaft ergeben kann.

Das kann auch nicht deshalb anders gesehen werden, weil aufgrund bundesinterner, nämlich föderalistischer, rechtlicher Gegebenheiten die Landesbauordnungen dieser EU-Verordnung angepasst werden müssen. Dass die Landesbauordnung im Zivilrecht durchweg keine beachtliche Bedeutung hat, ergibt sich der Entscheidung des OLG Brandenburg 5.12.2012 - 4 U 118/11:

„Die Vorschrift des § 20 BauO NRW in Verbindung mit § 4 BauPG stellt kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB a.F. dar.“

Ein Mangel des Bauproduktes liegt nach meiner Auffassung erst und nur vor, wenn sich dieses Material aus sonstigen technischen Gründen nicht eignet. Von der technischen Ausgestaltung des Gegenstandes unabhängige öffentlich-rechtliche Gegebenheiten der Sache, wie dies die fehlende Ausstattung mit einem CE-Kennzeichen ist, sind - nach meiner Auffassung - keine kaufrechtlich relevanten Eigenschaften der Kaufsache. Heranziehen für diese meine Auffassung will ich die Entscheidung des **OLG Frankfurt (20.1.2011 - 6 U 203/09)**; dieses Gericht hat ausgeurteilt, dass die Frage, ob Bauprodukte oder Bauarten von einer harmonisierten Norm erfasst werden, eben keine einem Sachverständigen zugängliche tatsächliche Gegebenheit betrifft, sondern eine allein von den Gerichten zu beantwortende Rechtsfrage darstellt; Sachverständige können insoweit nur zur Vermittlung der Sachkunde hinzugezogen werden.

Unbedingt erforderlich ist hier aber noch diese Mitteilung: Was hier von mir ausgeführt wird, ist meine persönliche Rechtsauffassung: Beachtliche Rechtsprechung zu diesem hier nun angesprochenen Themenbereich findet sich - m.E. - bisher nicht. Auch hier gilt das zu Art. 8 Abs. 2 EU-BauPVO Gesagte: Allein die zu erwartende Rechtsprechung kann insoweit die erforderliche Klarheit bringen.

Gemäß **§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB** liegt ferner ein Mangel vor, wenn sich die Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung nicht eignet oder keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und erwartet werden kann. Ich meine insoweit, dass öffentlich-rechtliche Ordnungsvorschriften betreffend einen Gegenstand in diesem Sinne nicht Beschaffenheit einer Sache im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB darstellen können. Diese meine Auffassung widerspricht auch nicht der des BGH (5.11.2010 - V ZR 228/09, da Rz. 13); denn dieser äußert sich allen zu dem Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB und eben nicht zu dem hier relevanten § 434 Abs. 1 S. 2 BGB.

IV. materielles Baurecht:

1. Grundzüge:

Betreffend den baurechtlichen Mangel greift **§ 633 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB** mit diesem Wortlaut:

„¹Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. ²Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst

2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.“

Juristen sprechen insoweit von dem „subjektiv-funktionalen Mangelbegriff“.

2. explizite Verabredung bestimmter Umstände des Werkes:

Wenn ausdrücklich und betreffend das eingebaute Produkt vereinbart wird, dass nur CE-gekennzeichnete Materialien zu verwenden sind, dürfte eine **Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 633 Abs. 1 BGB** vorliegen, die bei ihrem Fehlen Gewährleistungsansprüche des Bestellers gegenüber dem Unternehmer kreiert; dem Werk fehlt dann nämlich die vereinbarte Beschaffenheit. Ich meine, dass sich bei dieser besonderen Verabredung auch der bauüberwachende Architekt schadensersatzpflichtig machen kann: Angesichts einer solchen speziellen Absprache obliegt ihm im Falle der Kenntnis dieser Absprache die Verpflichtung, gleichsam das Etikett des zu verarbeitenden Baumaterials zu prüfen und einzuschreiten, wenn dieses sich ihm nicht ergibt.

Nach meiner Auffassung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Unternehmer und Besteller regelmäßig gleichsam stillschweigend i.S.d. § 633 Abs. 1 BGB vereinbaren, dass, sofern harmonisierte Regelungen einschlägig sind, nur

CE-gekennzeichnetes Material zu verarbeiten ist (a.A. Eisenberg NZBau 2013, 675, 681).

Besonderes gilt, wenn der Baustoffhersteller auf Wunsch des Bauherrn sein Produkt empfiehlt und ein Leistungsverzeichnis erstellt: Dann nämlich kann nach OLG Stuttgart 27.10.2009 - 12 U 76/09 ein Beratungsvertrag zustande kommen, aufgrund dessen er zur Klärung der Eignung dieses Materials für das konkrete Bauvorhaben verpflichtet ist. Entsprechendes gilt für den Lieferanten. Wird in diesem Zusammenhang auf das CE-Kennzeichen verwiesen, hat dieses vorhanden zu sein; andernfalls haftet der Händler/Lieferant.

3. ansonsten:

Ich verweise hier auf meine Ausführungen zum kaufrechtlichen Mangelbegriff. Nach meiner Auffassung beinhaltet das bloße Fehlen der CE-Kennzeichnung bei einem harmonisierten und dann verbauten Produkt noch keinen werkrechtlichen Mangel. Ich will hier im Übrigen darauf hinweisen, dass diese EU-BauPVO Regelungen enthält, die sich auf die Vermarktung von Bauprodukten, also die Herstellung und den Vertrieb beziehen, worunter ich nicht die Verarbeitung fremd hergestellter, fremd importierter und fremd veräußerter Waren subsumiere. Demgemäß ist in der EU-BauVPO auch nur von dem Hersteller, seinem Bevollmächtigten, dem Importeur

und dem Händler die Rede; in die Aufzählung dieser „Wirtschaftsakteure“ passt nicht der bloß einbauende (= verarbeitende) Unternehmer, sofern dieser nicht seinerseits ein der BauPVO unterliegendes Produkt neu schafft.

4. (allgemein) anerkannte Regel der Technik:

Der Werkunternehmer ist bekanntlich grundsätzlich verpflichtet, nach den anerkannten Regeln der Technik zu arbeiten. Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch sicher anerkannt und feststehen sowie insbesondere in dem Kreis der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neusten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind (OLG Hamm 17.8.1990 - 26 U 180/89).

Insoweit meine ich, dass jedenfalls bisher nicht die tatsächlichen Gegebenheiten, dass sofern harmonisierte Regelungen einschlägig sind, nur CE-gekennzeichnetes Material zu verwenden ist.

V. Aufklärungspflichten:

I. Wirtschaftsakteure:

Dafür, dass diese in der EU-BauPVO ausdrücklich als Wirtschaftsakteurer angesprochenen Personen, nämlich Hersteller/Bevollmächtigte/Importeure/Lieferanten, über die in dieser Verordnung genannten öffentlich-rechtlichen Pflichten hinaus auch noch weitere zivilrechtliche Hinweis- und Aufklärungspflichten haben, ergibt sich meiner Auffassung nach nichts.

II. baubetreuende Berater:

Übernimmt ein baubetreuender Berater die insoweit ihm ausdrücklich auferlegte Pflicht zur Prüfung der Produkte auf Übereinstimmung zur EU-BauPVO, hat er diese Prüfung vorzunehmen und den Auftraggeber auf Fehlen der erforderlichen Kennzeichnung hinzuweisen; hier will ich noch einmal darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung die Subsumierung unter die Regelungen des BauPG für eine rechtliche und nicht eine technische Bewertung hält (OLG Frankfurt 20.1.2011 - 6 U 203/09).

Im Übrigen hat nach meiner Auffassung der baubetreuende Berater nicht die (Neben-) Pflicht zur Prüfung auch der Konformität der Bauprodukte zur EU-BauPVO. Er hat darüberhin-

aus auch nicht die Pflicht, seinen Auftraggeber auf Unzulänglichkeiten der harmonisierten Normen hinzuweisen.

C. Fazit:

Die Schwierigkeiten des Verständnisses dieser neuen EU-BauPVO ergeben sich daraus, dass es sich um europäisch geschaffenes und in Deutschland unmittelbar anwendbares Recht handelt, wobei gesetzgeberische Formulierungen verwendet werden, die so im bundesdeutschen Recht nicht bekannt sind. Es fehlt auch die sonst bei den inländischen Gesetzen mitgelieferte Einpassung in das sonstige - hier zivilrechtliche - Gesetzssystem. Ich meine, dass diese EU-BauPVO als rein öffentlich-rechtliche Regelung grundsätzlich ohne Auswirkungen auf kauf- und werkrechtliches Gewährleistungsrecht einzustufen ist. Mithin hat der Bauberater, von dem Fall der ausdrücklichen Verabredung einer solchen Aufgabe abgesehen, nicht die Verpflichtung zu Überprüfung der Einhaltung der EU-BauPVO und zu Hinweispflichten.