

Zur rechtlichen Tragweite der Bauprodukteverordnung der EU (VO 305/2011) und ihren Implikationen für die Rechtslage in der Schweiz

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Sian Affolter, Zur rechtlichen Tragweite der Bauprodukteverordnung der EU (VO 305/2011) und ihren Implikationen für die Rechtslage in der Schweiz, 43 S., Jusletter v. 7.11.2016. Es ist möglich, dass die im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

*Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.
Sian Affolter, MLaw*

Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.

September 2016

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
Literaturverzeichnis	4
Materialienverzeichnis	7
A. Einleitung	9
B. Zur Tragweite der VO 305/2011 und ihrem Verhältnis zur RL 2009/125	12
I. Zur Grundkonzeption der VO 305/2011	12
II. Zur Reichweite der „Sperrwirkung“ der VO 305/2011 und zum mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum	18
1. Zur rechtlichen Tragweite der VO 305/2011	19
a. Grundsätze	19
b. Zur VO 305/2011	21
2. Primärrechtlich vorgesehene „Alleingänge“ im harmonisierten Bereich: zu Art. 114 Abs. 4–6 AEUV	29
a. Grundsätze	29
b. Zur Relevanz im Rahmen der VO 305/2011	32
III. Zum Verhältnis der VO 305/2011 zur RL 2009/125 (Ökodesign-Richtlinie)	34
IV. Fazit	37
C. Zu den Implikationen für die Schweiz auf der Grundlage des Bilateralen Rechts.....	39
I. Zum Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA)	40
II. Zur Tragweite des Art. 1 Abs. 3 BauPG.....	44
III. Fazit	47
D. Exkurs: Zur Reichweite der Bundeskompetenzen im Hinblick auf die Regelung der Verwendung von Bauprodukten	48
E. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	52
I. Zusammenfassung	52
II. Schlussbetrachtung	53
Abkürzungsverzeichnis	57

Literaturverzeichnis

- Abend, Kersitn*: Neues Unionsrecht für die Vermarktung von Bauprodukten, EuZW 2013, 611–617.
- Biaggini, Giovanni*: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*: Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 11. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit.: *Verfasser*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU).
- Bühler Theodor*: Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich/Basel/Genf 2007, 581 ff. (zit. *Bühler*, in: Bilaterale Verträge I & II).
- Bühler, Theodor*: Sicherheit von Non-Food-Produkten in der neuesten schweizerischen Gesetzgebung, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. *Bühler*, Sicherheit von Non-Food-Produkten).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011 (zit.: *Verfasser*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- Cottier, Thomas/Diebold, Nicolas/Kölliker, Isabel/Liechti McKee, Rachel/Oesch, Matthias/Payosova, Tetyana/Wüger, Daniel*: Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014.
- Cottier, Thomas/Herren, David*: Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von Cassis de Dijon zu Cassis de Berne, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2009/2010, Zürich/Bern 2010, 249 ff.
- Dauses, Manfred A.* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung, Stand 2016 (zit.: *Verfasser*, in: Dauses, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht).
- Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A.* (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014 (zit.: *Verfasser*, in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar).
- Eisenberg, Claudius*: Das neue Bauproduktenrecht – Bekanntes, Neues, Ungeklärtes, NZBau 2013, 675–681.
- Epiney, Astrid*: Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2013.
- Epiney, Astrid*: Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, 17 S., Jusletter vom. 14.3.2016.

- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt*: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012.
- Epiney, Astrid/Pfenninger, Hanspeter*: Auswirkungen eines Beitritts zur Europäischen Union auf das Umweltrecht - Das Problem der Umweltnormung, in: Thomas Cottier/Alwin R. Kopse (Hrsg.), Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union. Brennpunkte und Auswirkungen, Zürich 1998, 949 ff.
- Epiney, Astrid/Waldmann, Bernhard/Oeschger, Magnus/Heuck, Jennifer*: Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata et de lege ferenda. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der EU, Zürich 2011.
- Furrer, Andreas*: Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen – Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“, Baden-Baden 1994.
- Ganz, George M.*: Erfolgreiche interkantonale Gesetzgebung: Einheitliche Brandschutzbestimmungen, LeGes 2006, 79–91.
- Griffel, Alain*: Raumplanungs- und Baurecht: in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2012.
- Groeben, Hans von der/Schwarze Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht. EUV, AEUV, GRC. Kommentar, 4 Bde, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit.: *Verfasser*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV).
- Hänni, Peter*: Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016.
- Jans Jan H./von der Heide, Ann-Katrin*: Europäisches Umweltrecht, Groningen 2003.
- Jans Jan H./Vedder, Hans H.B.*: European Environmental Law, 4. Aufl., Groningen 2012.
- Jarass, Hans*: Probleme des Europäischen Bauproduktenrechts, NZBau 2008, 145–149.
- Kloepfer, Michael/Greve, Holger*: Zur Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit – Die horizontale Wirkung der Warenverkehrsfreiheit am Beispiel der technischen Regelung, DVBl. 2013, 1148 ff.
- Meßerschmidt, Klaus*: Europäisches Umweltrecht, München 2011.
- Niemöller, Christian/Harr, Nina*: Freier Warenverkehr und Produktsicherheit – ein Gegensatz?, NZBau 2015, 274–277.
- Nusser, Jens*: Anmerkungen zu EuGH, Urteil v. 16.10.2014 – C-100/13 – Zusätzliche nationale Normen bei bestimmten Bauprodukten sind mit dem Freien Warenverkehr unvereinbar, DVBl. 2014, 1591–1594.
- Röthel, Anne*: Europäische Normen: Rechtsgrundlagen, rechtliche Bedeutung, Einfluss auf das Umwelt- und Technikrecht, in: Peter Marburger (Hrsg.), Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht, Berlin 2006, 31 ff.

- Schlösser, Jürgen P.*: Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2002.
- Schmahl, Stefanie/Jung, Florian*: Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit?, NVwZ 2013, 607 ff.
- Schneider, Bernhard/Thielecke, Susanna*: Freihandel und Grundrechte: Zur Abgrenzung der Kompetenzen von EU und Mitgliedstaaten im Bauproduktenrecht, NVwZ 2015, 34–37.
- Schucht, Carsten*: Vorrang des europäischen Bauproduktenrechts vor nationalen Regimen der Produktverwendung, NZBau 2015, 592–597.
- Siegwart, Karine/Felder, Daniel*: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG von 1999 und 2004 sowie das Freihandelsabkommen Schweiz – EWG von 1972 in der praktischen Anwendung, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de droit européen 2005/2006, Zürich 2006, 481 ff.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV / AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl., München 2012 (zit.: *Verfasser*, in: Streinz, EUV/AEUV).
- Wagner Pfeifer, Beatrice*: Umweltrecht I, Zürich 2009.
- Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid* (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2015 (zit.: *Verfasser*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar).
- Winkelmüller, Michael/van Schewick, Florian*: Zur (Un-)Zulässigkeit nationaler Anforderungen an CE-gekennzeichnete Bauprodukte: Zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.10.2014 – Rs. C-100/13 – Kommission/Deutschland, BauR 2015, 35–43.
- Winter, Gerd*: Naturschutz bei der Ausbringung von gentechnisch veränderten Organismen, NuR 2007, 571 ff., 635 ff.

Materialienverzeichnis

Europäische Union

Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten vom 23. Mai 2008, KOM(2008) 311 endg.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Erstellung des Arbeitsprogramms für die Jahre 2009–2011 gemäss der Ökodesign-Richtlinie, KOM(2008) 660 endg.

Schweiz

Botschaft des Bundesrates über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 805.

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128.

Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467.

A. Einleitung

1. Die seit dem 1. Juli 2013 in der EU geltende **VO 305/2011** (sog. **Bauprodukteverordnung**¹, auch CPR genannt), welche die RL 89/106 (sog. Bauprodukterichtlinie²) ablöste, legt – gemäss ihrem Titel – „harmonisierte Bedingungen für die Vermarktung“ der von der Verordnung erfassten Bauprodukte fest. Die Verordnung hat allgemeine Geltung und gilt unmittelbar in den Mitgliedstaaten (Art. 288 Abs. 2 AEUV), so dass diese (auf der Grundlage des Vorrangs des Unionsrechts³) keine Vorschriften erlassen dürfen, die nicht mit der Verordnung in Einklang stehen. M.a.W. entfaltet die Verordnung – wie auch sonstiges Sekundärrecht – eine sog. **Sperrwirkung**, mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten sich auch nicht auf die allgemeinen Grundsätze (etwa der Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 ff. AEUV) berufen können, um die Zulässigkeit nationaler Vorschriften zu begründen.⁴

2. Aufgeworfen wird damit die Frage, wie weit diese Sperrwirkung geht bzw. welche genaue rechtliche Trag- und Reichweite die Verordnung entfaltet, eine Problematik, die sich regelmässig im Zusammenhang mit sekundärrechtlichen Vorschriften stellt. Diese **Reichweite des abschliessenden Charakters der VO 305/2011** ist dann auch entscheidend dafür, inwieweit mitgliedstaatliche Regelungen in dem betreffenden Bereich noch zulässig sind, eine Fragestellung, die sich im Zusammenhang mit der VO 305/2011 insbesondere in Bezug auf etwa durch umweltschutzrechtliche Erwägungen begründete Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten stellt. Selbst im Falle der Bejahung des abschliessenden Charakters der VO 305/2011 in Bezug auf eine bestimmte Materie können jedoch strengere mitgliedstaatliche Massnahmen unter den Voraussetzungen der **Art. 114 Abs. 4-6 AEUV** (die VO 305/2011 wurde auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt) zulässig sein.

3. Im Übrigen stellt sich im Unionsrecht noch spezifisch die Frage, in welchem Verhältnis die VO 305/2011 zur sog. **Ökodesign-Richtlinie (RL 2009/125)**⁵ steht: Diese

¹ Verordnung (EU) 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates, ABl. 2011 L 88, 5.

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

³ Zum Vorrang des Unionsrechts grundlegend EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1; aus der Literatur nur *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 3, Rn. 35 ff.

⁴ Zu dieser Sperrwirkung des Sekundärrechts aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), ECLI:EU:C:1998:167, Rn. 42 f.; EuGH, Rs. C-128/89 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:1990:311; EuGH, verb. Rs. C-281/03, C-282/03 (Cindu Chemicals BV), ECLI:EU:C:2005:549.

⁵ Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte, ABl. 2009 L 285, 10.

Richtlinie sieht die Festlegung von Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Produkte vor, damit diese in Verkehr gebracht bzw. in Betrieb genommen werden dürfen (Art. 1 Abs. 2 RL 2009/125), wobei die Richtlinie solche Produktnormen nicht selbst formuliert, sondern lediglich einen Rahmen für deren Ausarbeitung mittels Durchführungsmaßnahmen vorsieht. In unserem Zusammenhang stellt sich hier insbesondere die Frage, ob und inwieweit auf der Grundlage der RL 2009/125 das Inverkehrbringen eines Produkts, welches nach der VO 305/2011 grundsätzlich in Verkehr gebracht werden darf, verboten werden darf oder gar zu verbieten ist.

4. Für die **Schweiz** ist insbesondere die VO 305/2011 schon deshalb von Bedeutung, weil das im Rahmen der sog. „Bilateralen I“ abgeschlossene **Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen**⁶ diesen Rechtsakt in Anhang I Kap. 16 aufführt, so dass im Anwendungsbereich der Verordnung davon auszugehen ist, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Konformitätsbewertungen zum Zuge kommt, was letztlich impliziert, dass die in der Schweiz geltenden Anforderungen (die insbesondere im Bauproduktengesetz, BauPG⁷, und der Bauprodukteverordnung, BauPV⁸) enthalten sind, als mit denjenigen in der Union gleichwertig anzusehen sind. In der Sache und im Ergebnis ist damit davon auszugehen, dass die unionsrechtlichen Grundsätze auch für die Schweiz massgeblich sind, was sich insbesondere auch auf die Auslegung der genannten innerstaatlichen Rechtsakte auswirkt bzw. auswirken muss.

5. Die **vorliegende Untersuchung** will vor diesem Hintergrund einerseits der rechtlichen Tragweite der VO 305/2011 und damit der Reichweite der mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume nachgehen, wobei auch kurz auf das Verhältnis der VO 305/2011 zur RL 2009/125 eingegangen werden soll (B.), um sodann die Implikationen für die Schweiz auf der Grundlage des bilateralen Rechts zu erörtern (C.). In einem (allerdings sehr knappen) Exkurs ist sodann noch der Frage nachzugehen, ob dem Bund in der Schweiz Kompetenzen zur Regelung der Anwendung bzw. Verwendung von Bauprodukten zustehen (D.), bevor die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung schliesslich in Thesenform zusammengefasst werden, an die sich eine kurze Schlussbemerkung anschliesst (E.). Deutlich wird damit auch, dass es vorliegend weniger um die Zulässigkeit bestimmter einzelner mitgliedstaatlicher oder schweizerischer Vorschriften geht; vielmehr sollen primär die **grundsätzlichen Regelungsstrukturen und Zusammenhänge** aufgezeigt werden, auf deren Grundlage dann Rückschlüsse auf spezifische Problemstellungen (z.B. die Frage nach der Vereinbarkeit bestimmter nationaler, durch Anliegen des Umweltschutzes begründeter Produktnormen oder Anforderungen für das Inverkehrbringen von Produkten mit unions- oder völkerrechtlichen Vorgaben) gezogen werden können.

⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999, SR 0.946.526.81 (auch Mutual Recognition Agreement, MRA, genannt).

⁷ Bundesgesetz über Bauprodukte (Bauproduktengesetz, BauPG) vom 21. März 2014, SR 933.0.

⁸ Verordnung über Bauprodukte (Bauprodukteverordnung, BauPV) vom 27. August 2014, SR 933.01.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasserinnen im Auftrag des Bundesamts für Bauten und Logistik (BBL) erstellten. Inhaltlich handelt es sich um eine unabhängige Arbeit: Die Verfasserinnen wurden um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Die Fragestellung wurde dabei wie folgt umschrieben:

„1. Zu klären ist zunächst, inwieweit es 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 und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates (EU-Bauprodukteverordnung, CPR) den EU-Mitgliedstaaten erlaubt, Anforderungen an das Inverkehrbringen von Bauprodukten zu formulieren.

2. Fraglich ist sodann, welche Schlüsse sich daraus für das schweizerische Kollisionsrecht - insbesondere des Artikels 1 Absätze 3 und 4 BauPG – auf der Grundlage des bilateralen Rechts Schweiz – EU (insbesondere des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, MRA, SR 0.946.526.81) ziehen lassen.

3. Aufgrund dieser generellen Fragestellung soll im Besonderen das Verhältnis zwischen der CPR einerseits und der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (Ecodesign-Richtlinie) sowie ihrer delegierten Rechtsakte andererseits untersucht werden.

4. Schliesslich soll auch auf schweizerischer Ebene auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der Anwendung von Bauprodukten eingegangen werden.“

Dem Bundesamt für Bauten und Logistik, insbesondere Herrn *Andreas J. Bossenmayer* und Herrn *Michael Deuel*, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die sehr angenehme Zusammenarbeit gedankt.

B. Zur Tragweite der VO 305/2011 und ihrem Verhältnis zur RL 2009/125

6. Die Beantwortung der nachfolgend im Zentrum des Interesses stehenden Frage nach der grundsätzlichen Reichweite der „Sperrwirkung“ der VO 305/2011 (II.) muss notwendigerweise ausgehend von der Skizzierung der Grundkonzeption der Verordnung (I.) erfolgen, bevor abschliessend auf das Verhältnis zur RL 2009/125 (III.) einzugehen sein wird.

I. Zur Grundkonzeption der VO 305/2011

7. Die VO 305/2011 (Bauprodukteverordnung)⁹ wurde auf **Art. 114 Abs. 1 AEUV** gestützt. Diese Bestimmung erlaubt es der Union, zur **Verwirklichung des Binnenmarktes** Massnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erlassen; sie wird in der Regel für den Erlass produktbezogener Vorschriften herangezogen, und trotz diverser Auslegungsfragen, die diese Vorschrift aufwirft,¹⁰ ist es (soweit ersichtlich) nicht bestritten, dass die Abstützung der VO 305/2011 auf Art. 114 Abs. 1 AEUV zutreffend war bzw. ist. Denn unterschiedliche Anforderungen an Bauprodukte in den Mitgliedstaaten können den Warenverkehr innerhalb der Union behindern, und das (objektiv erkennbare) Ziel sowie der Inhalt der Verordnung lassen erkennen, dass technische Handelshemmnisse weiter abgebaut und somit zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beigetragen werden soll (s. insoweit auch Erw. 2, 6–8, 58 VO 305/2011).

Nicht zu verkennen ist jedoch, dass die VO 305/2011 jedenfalls mittelbar auch die **Sicherheit von Bauwerken** bezweckt, geht es doch darum, dass die Produkte so gekennzeichnet werden, dass ihre Eigenschaften klar und verlässlich erkennbar sind, so dass die Art und Weise ihrer Verwendung so geregelt werden kann, dass sie keine Gefahren für Mensch und Umwelt darstellen.¹¹ Dieser ebenfalls bestehende Zweck der Verordnung ändert jedoch nichts daran, dass der Schwerpunkt des Rechtsakts schon aufgrund der Produktbezogenheit klar auf dem Gebiet des Binnenmarktes liegt.¹²

8. **Art. 1 VO 305/2011** umschreibt den **Regelungsgegenstand** der Verordnung und lässt bereits – in Verbindung mit den Begriffsdefinitionen – die Grundkonzeption der Verordnung erkennen: Danach legt diese Bedingungen für das Inverkehrbringen von Bauprodukten oder ihre Bereitstellung auf dem Markt durch die Aufstellung von harmo-

⁹ Fn. 1.

¹⁰ Hierzu den Überblick, m.w.N., bei *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 4, Rn. 5 ff.

¹¹ Vgl. *Eisenberg*, NZBau 2013, 675.

¹² Vgl. in diesem Zusammenhang zur Abgrenzung der Rechtsgrundlagen im Unionsrecht, m.w.N., *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 4, Rn. 9 ff., wo im Einzelnen begründet wird, dass produktbezogene Regelungen grundsätzlich auf Art. 114 Abs. 1 AEUV zu stützen sind (s. insbesondere Rn. 16 ff.).

nisierten Regeln über die Angabe der Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale fest. Weiter regelt sie die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte.

Unter **Bauprodukten** sind nach Art. 2 Nr. 1 VO 305/2011 alle Produkte oder Bausätze zu verstehen, die hergestellt und in Verkehr gebracht werden, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile derselben eingebaut zu werden, wobei sich deren „Leistung“ auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirken muss.

Wesentliche Merkmale sind nach Art. 2 Nr. 4 VO 305/2011 diejenigen Merkmale des Bauprodukts, die sich auf die Grundanforderungen an Bauwerke beziehen.

9. Bereits aus Art. 1 VO 305/2011 lässt sich somit ableiten, dass es um das **Inverkehrbringen von Bauprodukten** geht, für das harmonisierte Regeln (grundsätzlich) nicht über Produkthanforderungen als solche, sondern über die **Formulierung von Vorgaben betreffend die Art und Weise der Angabe der Leistung der Bauprodukte sowie die Methoden und Verfahren zur Bestimmung der Leistung** im Hinblick auf ihre Verwendung in Bauwerken, für welche Grundanforderungen definiert werden, aufgestellt werden.

Die Verordnung – mit einem über weite Strecken sehr technischen Inhalt – ist in insgesamt **neun Kapitel** gegliedert; hinzu kommen **fünf Anhänge**:

- **Kapitel I** VO 305/2011 enthält „**Allgemeine Bestimmungen**“: Neben dem Gegenstand (Art. 1) und den Begriffsbestimmungen (Art. 2) wird hier bereits auf die Grundanforderungen an Bauwerke (die in Anhang I umschrieben werden) Bezug genommen (diese Grundanforderungen sind die Grundlage für die Ausarbeitung von Normungsaufträgen und harmonisierter technischer Spezifikationen), und es wird klargestellt, dass die Wesentlichen Merkmale von Bauprodukten in Bezug auf die Grundanforderungen an Bauwerke festzulegen sind (Art. 3).
- Die „**Leistungserklärung**“ und die „**CE-Kennzeichnung**“ sind Gegenstand von **Kapitel II** VO 305/2011 (Art. 4–10). Im Wesentlichen geht es hier um die (grundsätzliche¹³) Verpflichtung der Hersteller, ein von einer harmonisierten Norm erfasstes Bauprodukt nur in den Verkehr zu bringen, wenn es eine den einschlägigen Normen entsprechende Leistungserklärung enthält; diese muss die Leistung eines Bauprodukts angeben, also dessen Leistung in Bezug auf seine relevanten Wesentlichen Merkmale, die in Stufen oder Klassen ausgedrückt wird (vgl. Art. 2 Nr. 5 VO 305/2011), wobei der genaue Inhalt der Leistungserklärung sowie die Art und Weise der Zurverfügungstellung im Einzelnen geregelt werden (Art. 6, 7 VO 305/2011). Mit der Leistungserklärung geht grundsätzlich die Verwendung der CE-Kennzeichnung einher (Art. 8, 9 VO 305/2011), und die Mitgliedstaaten dürfen das Inverkehrbringen solcher Produkte weder untersagen noch behindern, wenn die erklärten Leistungen den Anforderungen für die Verwendung des betreffenden Mitgliedstaates entsprechen (Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011).
- **Kapitel III** VO 305/2011 ist den „**Pflichten der Wirtschaftsakteure**“ gewidmet und enthält neben der Verpflichtung der Hersteller zur Erstellung einer Leistungserklärung und des Anbringens der CE-Kennzeichnung diverse weitere Pflichten der Hersteller, die z.B. die Aufbewahrung von Unterlagen und gewisse Informationsflüsse betreffen (vgl. Art. 11 VO 305/2011), sowie Pflichten sonstiger Wirtschaftsteilnehmer (Importeure, Händler, ggf. Bevollmächtigte, vgl. Art. 12–16 VO 305/2011).

¹³ S. die Ausnahmen von dieser Pflicht in Art. 5 VO 305/2011.

- Detaillierte Vorgaben über die „**harmonisierten technischen Spezifikationen**“ sind **Kapitel IV** VO 305/2011 (Art. 17–28 VO 305/2011) zu entnehmen. Hier geht es in erster Linie um die Erarbeitung der harmonisierten Normen durch die Normungsorganisationen und die in diesem Rahmen zu erarbeitenden Dokumente. Weiter wird die Kommission ermächtigt, in delegierten Rechtsakten Leistungsklassen in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale von Bauprodukten festzulegen (Art. 27 VO 305/2011).
- In **Kapitel V** VO 305/2011 (Art. 29–35 VO 305/2011) geht es um die „**technischen Bewertungsstellen**“, welche die Mitgliedstaaten benennen können und die in einem Produktbereich, für den sie benannt wurden, Bewertungen durchführen und die entsprechende Europäische Technische Bewertung ausstellen (Art. 30 Abs. 1 VO 305/2011).
- **Kapitel VI** VO 305/2011 (Art. 36–38 VO 305/2011) enthält die Voraussetzungen und Vorgaben für „**vereinfachte Verfahren**“, die für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu gewissen Erleichterungen führen sollen.
- Die Bestimmungen betreffend diejenigen Stellen, die befugt sind, Aufgaben eines unabhängigen Dritten zur Bewertung und Überprüfung der Leistungsbeständigkeit gemäss der Verordnung wahrzunehmen, sowie die in diesem Zusammenhang verantwortlichen Behörden („**notifizierende Behörden und notifizierende Stellen**“) figurieren in **Kapitel VII** VO 305/2011 (Art. 39–55 VO 305/2011). Im Wesentlichen geht es hier um die Art und Weise der Bewertung und Überprüfung der Leistungsbeständigkeit gemäss Anhang V VO 305/2011 (dessen Inhalt mittlerweile durch Anhang V der delegierten Verordnung 568/2014 der Kommission ersetzt wurde).
- In **Kapitel VIII** VO 305/2011 (Art. 56–59 VO 305/2011) geht es um „**Marktüberwachung und Schutzklauselverfahren**“, was immer dann relevant wird, wenn ein Bauprodukt die erklärte Leistung (möglicherweise) nicht erbringt.
- Schliesslich enthält **Kapitel IX** VO 305/2011 (Art. 60–68 VO 305/2011) einige insgesamt übliche „**Schlussbestimmungen**“.

Die **Anhänge** – deren Inhalte mittlerweile teilweise durch delegierte Verordnungen ersetzt wurden – betreffen die Grundanforderungen an Bauwerke (Anhang I VO 305/2011), das Verfahren zur Annahme eines Europäischen Bewertungsdokuments¹⁴ (Anhang II VO 305/2011), die Anforderungen an die Leistungserklärung (Anhang III VO 305/2011), die Produktbereiche und die Anforderungen an die Technischen Bewertungsstellen (Anhang IV VO 305/2011) und die Bewertung und Überprüfung der Leistungsbeständigkeit (Anhang V VO 305/2011).

Die VO 305/2011 folgt insgesamt (wobei jedoch gewisse Besonderheiten zu verzeichnen sind, auf die noch hinzuweisen sein wird und die wohl dazu führten, dass die Kommission in ihrem Vorschlag davon sprach, die „Neue Konzeption“ sei zur Regelung des freien Verkehrs von Bauprodukten nicht geeignet)¹⁵ der sog. „**Neuen Konzeption**“, die in einer Entschliessung des Rates aus dem Jahr 1985¹⁶ ausdrücklich formuliert und durch das sog. *New Legislative Framework* (2008), in dessen Rahmen drei

¹⁴ Hierunter ist nach Art. 2 Nr. 12 VO 305/2011 ein Dokument zu verstehen, das von der Organisation Technischer Bewertungsstellen zum Zweck der Ausstellung Europäischer Technischer Bewertungen angenommen wurde; 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 (Art. 2 Nr. 13 VO 305/2011).

¹⁵ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten vom 23. Mai 2008, KOM(2008) 311 endg., 2.

¹⁶ Entschliessung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. 1985 C 136, 1.

Rechtsakte ergingen,¹⁷ ergänzt wurde. Danach werden in den unionsrechtlichen Rechtsakten die grundlegenden Anforderungen (etwa in Bezug auf Sicherheit oder Umweltschutz) definiert und die (europäischen oder nationalen) Normungsstellen mit der Aufgabe betraut, die hierfür einzuhaltenden technischen Normen zu erarbeiten. Entspricht ein Produkt diesen technischen Normen, kann oder muss es nach dem Durchlaufen des einschlägigen Konformitätsbewertungsverfahrens mit der sog. CE-Kennzeichnung versehen werden, und es besteht eine Vermutung, dass es den grundlegenden Anforderungen genügt. Die Mitgliedstaaten dürfen das Inverkehrbringen der erfassten Produkte dementsprechend nicht untersagen oder behindern, was in den einschlägigen Rechtsakten jeweils durch eine sog. Freiverkehrsklausel sichergestellt wird. Dieses Vorgehen wirft verschiedene Fragen, so diejenige nach seiner Vereinbarkeit mit der vertraglich vorgesehenen Aufgabenverteilung (bzw. den aufgrund derselben zu beachtenden Anforderungen) oder der gerichtlichen Kontrolle, auf.¹⁸

10. Diese **Grundkonzeption** der Verordnung wird sodann in weiteren Artikeln der Verordnung im Einzelnen ausdifferenziert, wobei die **wesentlichen Charakteristika** durch folgende Aspekte zusammengefasst werden können:

- Der **Anwendungsbereich** der VO 305/2011 bezieht sich zwar wohl allgemein auf Bauprodukte (vgl. die Definition in Art. 2 Nr. 1 VO 305/2011); ihr Regelungsschwerpunkt liegt jedoch auf **Produkten des harmonisierten Bereichs**, d.h. auf Bauprodukten, die von einer harmonisierten Norm erfasst werden oder die einer für diese ausgestellten Europäischen Technischen Bewertung entsprechen, wie sich letztlich bereits aus Art. 4 Abs. 1 VO 305/2011 ergibt, der die Pflicht des Herstellers zur Erstellung einer Leistungserklärung auf solche Bauprodukte beschränkt.¹⁹

Bei **harmonisierten Normen** im Sinne der VO 305/2011 handelt es sich um Normen, die von einem europäischen Normungsgremium (d.h. namentlich dem Europäischen Komitee für Normung (CEN), dem Europäischen Komitee für elektrotechnische Normung (CENELEC) oder dem Europäischen Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI)) auf Ersuchen der Kommission hin erstellt und anschliessend im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden (Art. 2 Nr. 11, Art. 17 VO 305/2011). Ist auf ein Bauprodukt keine harmonisierte Norm – oder zumindest nicht vollständig – anwendbar, kann der Hersteller eine **Europäische Technische Bewertung** (ETB) beantragen (Art. 19 VO 305/2011, s. auch die Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 13 VO 305/2011). Hierzu wird ein Europäisches Bewertungsdokument von der Organisation Technischer Bewertungsstellen erstellt und angenommen.

- Für die Produkte des harmonisierten Bereichs (und nur für diese) legt die VO 305/2011 nun Bedingungen für das **Inverkehrbringen** bzw. die **Bereitstellung**

¹⁷ VO 764/2008 zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in den Verkehr gebracht worden sind, ABl. 2008 L 218, 21; VO 765/2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten, ABl. 2008 L 218, 30; VO 768/2008 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten, ABl. 2008 L 218, 82.

¹⁸ Vgl. ausführlich *Epiney/Pfenninger*, in: Auswirkungen eines Beitritts zur EU, 949 (969 ff.). S. ansonsten z.B. *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, § 2, Rn. 571 ff.; *Röthel*, in: Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht, 31 ff.

¹⁹ S. insoweit auch *Eisenberg*, NZBau 2013, 675, der jedoch insofern etwas ungenau (auch) auf die Definition des Bauprodukts verweist.

auf dem Markt fest, indem sie harmonisierte Regeln einerseits über die Angabe der **Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale** und andererseits über die Verwendung der **CE-Kennzeichnung** für diese Produkte aufstellt (s. insoweit bereits Art. 1 VO 305/2011). In diesem Sinne sieht die VO 305/2011 vor, dass der Hersteller eines Bauprodukts im harmonisierten Bereich eine Leistungserklärung zu erstellen hat und es mit dem CE-Kennzeichen versehen muss (Art. 4 Abs. 1 VO 305/2011). Die **Leistungserklärung** gibt die Leistung eines Bauprodukts in Bezug auf dessen Wesentliche Merkmale an (Art. 6 Abs. 1 VO 305/2011). Bei den **Wesentlichen Merkmalen** handelt es sich um Merkmale eines **Bauprodukts**, von denen die Erfüllung der **Grundanforderungen**, die an ein **Bauwerk** gestellt werden, abhängt (vgl. Art. 2 Nr. 4, Art. 3 Abs. 2 VO 305/2011).

Diese **Grundanforderungen** sind in Anhang I VO 305/2011 festgelegt und umfassen namentlich mechanische Festigkeit und Standsicherheit, Brandschutz, Hygiene, Gesundheit und Umweltschutz, Sicherheit und Barrierefreiheit bei der Nutzung, Schallschutz, Energieeinsparung und Wärmeschutz sowie nachhaltige Nutzung der natürlichen Ressourcen, wobei die einzelnen Anforderungen noch konkretisiert werden.

Deutlich wird damit auch, dass die VO 305/2011 insofern vom „typischen Muster“ der „**Neuen Konzeption**“ **abweicht**, denn die Verordnung formuliert lediglich die Anforderungen an Bauwerke und befasst sich somit nicht unmittelbar mit denjenigen an Bauprodukte selbst, welche den eigentlichen Regelungsgegenstand der Verordnung darstellen.²⁰

- Bei Inverkehrbringen des Produkts hat der Hersteller eine **Leistungserklärung** zu erstellen und mit ihr übernimmt er die Verantwortung dafür, dass die Leistungen des Bauprodukts mit den erklärten Leistungen übereinstimmen (Art. 4 Abs. 1 VO 305/2011). M.a.W. geht es nicht darum, dass der Hersteller die Verantwortung dafür übernimmt, dass das Produkt selbst festgelegte Anforderungen erfüllt, sondern (lediglich) dafür, dass das Produkt die Leistungen, die angegeben werden, auch tatsächlich erfüllt.
- Nebst der Leistungserklärung hat der Hersteller das Bauprodukt vor dem Inverkehrbringen mit einem **CE-Kennzeichen** zu versehen (Art. 8 Abs. 2 Uabs. 1, Art. 8 Abs. 3 Uabs. 1 VO 305/2011). Damit dies geschehen kann, muss die Leistung des Bauprodukts gemäss den **Verfahren und Kriterien der entsprechenden harmonisierten Norm geprüft** werden. Die harmonisierten Normen enthalten somit – ganz im Sinne der Grundkonzeption der VO 305/2011 – wiederum keine Anforderungen an das Bauprodukt selbst, sondern lediglich die Verfahren und Kriterien anhand derer das Produkt zu prüfen ist.²¹
- Ist ein Bauprodukt entsprechend gekennzeichnet, darf ein Mitgliedstaat „die Bereitstellung auf dem Markt oder die Verwendung [...] weder untersagen noch behindern, wenn die erklärten Leistungen den Anforderungen für diese Verwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat entsprechen“ (Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011). Durch diese „**Freiverkehrsklausel**“ wird sichergestellt, dass ein Bauprodukt, für

²⁰ Vgl. *Schucht*, NZBau 2015, 592 (593); *Abend*, EuZW 2013, 611 (612).

²¹ Vgl. *Abend*, EuZW 2013, 611 (613 f.).

das eine harmonisierte Norm besteht und das mit einer Leistungserklärung sowie einem CE-Kennzeichen versehen ist und damit die Anforderungen der VO 305/2011 erfüllt, in Verkehr gebracht bzw. auf dem Markt bereitgestellt werden darf.

Dies impliziert andererseits aber auch, dass die Mitgliedstaaten für gemäss den Anforderungen der VO 305/2011 in Verkehr gebrachte Produkte im harmonisierten Bereich bestimmte Verwendungen verbieten dürfen. Die Abstimmung der Anforderungen der VO 305/2011 mit solchen Verwendungsbeschränkungen oder -vorgaben ist Gegenstand des Art. 8 Abs. 6 VO 305/2011: Diese Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihre nationalen Verfahren und Regelungen in Bezug auf die Wesentlichen Merkmale von Bauprodukten an die harmonisierten Normen anzupassen. M.a.W. sind nationale Regelungen betreffend die Verwendung des Bauprodukts auch im Rahmen der Anforderungen der VO 305/2011 zu formulieren, so dass sich die „materiellen“ Voraussetzungen an ein Produkt bezüglich der Zulässigkeit seiner Verwendung letztlich aus der Leistungserklärung ergeben bzw. schliessen lassen müssen. Dies geschieht regelmässig mit der Bezeichnung von sog. Leistungsstufen oder -klassen, die erreicht werden müssen, damit das Produkt (in einer bestimmten Art und Weise) verwendet werden darf.²² Bei diesen Leistungsstufen oder -klassen handelt es sich um ein als Zahlenwert ausgedrücktes Ergebnis der Bewertung der Leistung eines Bauprodukts bzw. um eine Bandbreite von solchen Leistungsstufen (Art. 2 Nr. 6, 7 VO 305/2011). Die Leistungsklassen können von der Kommission in delegierten Rechtsakten festgelegt werden (Art. 27 VO 305/2011).

11. Deutlich wird damit, dass die VO 305/2011 nur das **Inverkehrbringen und Bereitstellen** von Bauprodukten auf dem Markt regelt; hingegen stellt sie **keine Anforderungen bezüglich der Verwendung** von Bauprodukten (also die Frage, welche Voraussetzungen ein Produkt erfüllen muss, damit es verwendet werden darf bzw. verwendet werden können muss). Diese sind – wie sich auch aus Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011 ergibt – durch die Mitgliedstaaten zu regeln,²³ welche hierbei selbstredend die primärrechtlichen Vorgaben zu beachten haben.²⁴ Es besteht also eine „Dichotomie“²⁵ von Inverkehrbringen bzw. Bereitstellen und Verwenden; während letzteres Sache der Mitgliedstaaten ist, wird ersteres in der VO 305/2011 geregelt, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten, d.h. um einen unionsweiten Handel mit Bauprodukten zu ermöglichen. Daher darf die Verwendung eines Produkts durch einen Mitgliedstaat eingeschränkt werden (so z.B. durch ein Verbot des Einsatzes oder Gebrauchs eines Produktes für bestimmte Zwecke), auch wenn die Vorgaben der VO 305/2011 beachtet wurden und das Produkt grundsätzlich frei auf dem Markt bereitgestellt und gehandelt werden darf.

12. In diesem Sinne legt die VO 305/2011 aber fest, wie die **Leistung eines Produktes angegeben** werden muss, aufgrund derer dann ermittelt werden kann, ob das Produkt

²² S. in diesem Zusammenhang auch *Winkel Müller/vanSchewick*, BauR 2015, 35 (39).

²³ *Schucht*, NZBau 2015, 592 (593).

²⁴ Relevant ist hier in erster Linie Art. 34 AEUV, der auch Verwendungsbeschränkungen entgegenstehen kann. Vgl. EuGH, Rs. C-142/05 (*Mickelsson*), ECLI:EU:C:2009:336; EuGH, Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*), ECLI:EU:C:2009:66; EuGH, Rs. C-433/05 (*Sandström*), ECLI:EU:C:2010:184. Vgl. hierzu *Epiney*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, EU, § 11, Rn. 46.

²⁵ So *Schucht*, NZBau 2015, 592 (593).

gemäss den mitgliedstaatlichen Regelungen verwendet werden darf. Die Verordnung definiert demnach (grundsätzlich)²⁶ **nicht die Sicherheit von Bauprodukten**, sondern soll sicherzustellen, dass vergleichbare und verlässliche Informationen über die Leistungen der Produkte bestehen.²⁷ Vor diesem Hintergrund darf in „**formeller**“ **Hinsicht** von einem Bauprodukt nicht mehr als die CE-Kennzeichnung und die Leistungserklärung (sowie die Gebrauchsanleitung und die Sicherheitsinformationen, vgl. Art. 11 Abs. 6 VO 305/2011) verlangt werden, damit das entsprechende Bauprodukt in Verkehr gebracht und verwendet werden darf. Daraus folgt auch, dass auf mitgliedstaatlicher Ebene **keine anderen Anforderungen an die Prüfung der Leistung der Bauprodukte** formuliert werden dürfen, als in den harmonisierten Normen festgelegt sind; aber auch sonstige Produktanforderungen sind mit den Vorgaben der Verordnung nicht vereinbar.²⁸

II. Zur Reichweite der „Sperrwirkung“ der VO 305/2011 und zum mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum

13. Wird eine bestimmte Frage abschliessend durch sekundärrechtliche Regelungen erfasst, kommt die sog. „**Sperrwirkung**“ **des Sekundärrechts** zum Zuge, so dass allein das Sekundärrecht massgeblich ist und nicht mehr auf primärrechtliche Grundsätze wie Art. 34 ff. AEUV zurückgegriffen werden darf (sog. harmonisierter Bereich).²⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dort, wo das **Primärrecht** selbst entsprechende Abweichungsmöglichkeiten eröffnet (wie insbesondere Art. 114 Abs. 4–6, Art. 193 AEUV). Handelt es sich hingegen um eine Teilharmonisierung, verfügen die Mitgliedstaaten in dem jeweiligen Umfang schon aufgrund der sekundärrechtlichen Regelung bzw. ihrer Begrenztheit noch über Handlungsspielraum. Deutlich wird damit, dass die Frage nach der Abgeschlossenheit der VO 305/2011 bzw. ihrer Reichweite (1.) derjenigen nach den primärrechtlich vorgesehenen „Alleingangsmöglichkeiten“ (2.) vorgelagert ist.

²⁶ Vgl. insoweit die Kompetenz der Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte in Art. 3 Abs. 3 VO 305/2011.

²⁷ S. insoweit auch Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten vom 23. Mai 2008, KOM(2008) 311 endg., 3.

²⁸ S. insoweit auch EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293; zu diesem Urteil und dem mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum eingehend sogleich unten II.

²⁹ S. insoweit schon Rn. 1, 2.

1. Zur rechtlichen Tragweite der VO 305/2011

a. Grundsätze³⁰

14. Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter **Sekundärrechtsakt** in Bezug auf eine konkret zur Debatte stehende nationale Regelung als **abschliessend** anzusehen ist, kann mitunter Schwierigkeiten aufwerfen, insbesondere wenn es um nicht ausdrücklich in einem Sekundärrechtsakt aufgeführte Elemente geht. Daher ist stets zu eruieren, ob und inwieweit ein bestimmter sekundärrechtlicher Akt eine vollständige Harmonisierung der Vorschriften in dem jeweiligen Bereich vorsieht oder ob es sich um eine Teilharmonisierung handelt.³¹ Massgeblich in Bezug auf die Frage, ob ein Rechtsakt eine Vollharmonisierung oder nur eine Teilharmonisierung vorsieht, ist letztlich die **Auslegung des Sekundärrechts**, die in jedem Einzelfall vorzunehmen ist. Regt das Unionsrecht etwa nur die Ergreifung bestimmter Massnahmen an oder lässt es die Frage offen, ob bestimmte Massnahmen getroffen werden müssen, liegt keine erschöpfende Regelung der entsprechenden Frage durch das Unionsrecht vor.³²

15. Der EuGH dürfte bei der Ermittlung der Reichweite der mit einem Sekundärrechtsakt einhergehenden Harmonisierung entscheidend auf den Umfang der getroffenen Regelungen abstellen, so dass bei der Frage, ob eine abschliessende unionsrechtliche Rechtsetzung vorliegt, sowohl die **Regelungsreichweite** als auch die **Regelungstiefe** in die Betrachtungen einzubeziehen sind, wobei aber auch der **Zweck** der jeweiligen Regelung für die Ermittlung ihrer „Sperrwirkung“ von Bedeutung ist. Darüber hinaus sind der Rechtsprechung des EuGH gewisse „typisierende“ Kriterien insbesondere in Bezug auf die häufig entscheidende Regelungsdichte (im Sinne der Regelungsreichweite und der Regelungstiefe, unter Berücksichtigung der Zielsetzungen eines Rechtsakts) zu entnehmen, wobei in erster Linie folgende Aspekte von Bedeutung sind.³³

³⁰ Vgl. zum Folgenden bereits *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 5, Rn. 65, worauf die nachfolgenden Ausführungen teilweise beruhen.

³¹ Vgl. in diesem Zusammenhang etwa *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 24.

³² Vgl. insoweit auch die Kategorisierung verschiedener Vorgaben des Sekundärrechts bei *Winter*, NuR 2007, 635 (638); s. auch die Ausführungen mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung bei *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, 98 ff.

³³ S. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. 125/88 (Nijman), ECLI:EU:C:1989:401, Rn. 6 f.; EuGH, Rs. 359/88 (Zanetti), ECLI:EU:C:1990:148, Rn. 16 f.; EuGH, Rs. C-238/89 (Pall), ECLI:EU:C:1990:473, Rn. 22; EuGH, Rs. C-11/92 (Gallaher), ECLI:EU:C:1993:262, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), ECLI:EU:C:2000:379; EuGH, Rs. C-1/96 (Compassion in World Farming), ECLI:EU:C:1998:113, Rn. 56 ff.; EuGH, Rs. C-169/89 (Gourmetteria van den Burg), ECLI:EU:C:1990:227, Rn. 9 ff.; EuGH, Rs. 380/87 (Balsamo), ECLI:EU:C:1989:318; EuGH, Rs. C-127/97 (Burstein), ECLI:EU:C:1998:456; EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), ECLI:EU:C:2010:220; aus der Literatur umfassend zum Problemkreis schon *Furrer*, Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts; *Schlösser*, Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts; unter spezifischer Bezugnahme auf umweltrechtliche Fallgestaltungen auch *Jans/von der Heide*, *Europäisches Umweltrecht*, 119 ff.

- Erstens ist danach zu fragen, ob der betreffende Unionsrechtsakt (nur) **Mindestvorschriften** enthält, was sich in der Regel bereits aus dem Wortlaut des jeweiligen Rechtsakts ergibt. Ist diese Frage zu bejahen, können die Mitgliedstaaten in Bezug auf die betreffenden Fragestellungen strengere Regelungen vorsehen, so dass insoweit keine abschliessende Regelung vorliegt. Letztlich erstreckt sich hier die Sperrwirkung des Sekundärrechts von vornherein nur auf die Unterschreitung des in dem betreffenden Rechtsakt festgelegten Standards.
- Zweitens sind die **Anwendungsbereiche** der EU-Regelungen und der nationalen Regelungen zu vergleichen: Stimmen diese nicht überein, kann es sein, dass sich die Vorgaben des Unionsrechtsakts gar nicht auf die auf mitgliedstaatlicher Ebene geregelte Frage beziehen.³⁴
- Drittens ist nach der **Abgeschlossenheit** der Massnahme der Europäischen Union zu fragen. Diese wird regelmässig immer dann relevant, wenn bestimmte Produkte, Stoffe oder Tätigkeiten einer bestimmten Regelung unterworfen werden, womit die Frage aufgeworfen wird, ob für weitere, nicht im Unionsrechtsakt aufgeführte Produkte dieselben Regelung vorgesehen werden dürfen, was häufig bejaht werden kann.³⁵ Hierbei ist auch das Ziel der relevanten nationalen und unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten: So kann das Vorliegen einer abschliessenden Regelung auch dann zu verneinen sein, wenn die nationale Vorschrift gänzlich andere Zielsetzungen als die möglicherweise einschlägige Unionsregelung verfolgt.³⁶ Dies kann etwa dann anzunehmen sein, wenn unionsrechtliche Vorgaben zwar Freiverkehrsklauseln für Produkte unter bestimmten Voraussetzungen vorsehen, die Verwendung dieser Produkte aber gleichwohl aus bestimmten

³⁴ Darüber hinaus muss der Unionsrechtsakt aber auch in zeitlicher Hinsicht anwendbar sein, vgl. in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. C-378/08 (Raffinerie Mediterranée), ECLI:EU:C:2010:126, wo der EuGH betonte, dass die Umwelthaftungsrichtlinie (RL 2004/35) nicht auf vor Ablauf der Umsetzungsfrist verursachte Schäden anwendbar sei.

³⁵ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), ECLI:EU:C:2000:379, wo der EuGH in Bezug auf eine Stoffliste, deren Verwendung beschränkt wird, nicht von der Abgeschlossenheit der Liste ausgeht, so dass eine Verwendungsbeschränkung auch für weitere Stoffe auf mitgliedstaatlicher Ebene in Betracht komme; ebensowenig folge aus der Harmonisierung von Vorgaben für die Verpackung, Klassifizierung und Etikettierung bestimmter Stoffe, dass damit die Voraussetzungen für ihr Inverkehrbringen auch geregelt seien; vgl. auch die (teilweise) parallel gelagerten Konstellationen in EuGH, Rs. 125/88 (Nijman), ECLI:EU:C:1989:401; EuGH, Rs. 380/87 (Balsamo), ECLI:EU:C:1989:318; EuGH, Rs. C-127/97 (Burstin), ECLI:EU:C:1998:456. S. sodann EuGH, Rs. C-169/89 (Gourmetteria van den Burg), ECLI:EU:C:1990:227, wo der Gerichtshof in Bezug auf den Schutz wildlebender Vogelarten zum Schluss kam, dass der Schutz der erfassten Vogelarten durch die sog. Vogelschutzrichtlinie (heute RL 2009/147) abschliessend geregelt sei. In EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), ECLI:EU:C:2004:799, stellte der Gerichtshof fest, dass das in Deutschland vorgesehene Pfandsystem nicht von der sog. Verpackungsrichtlinie (RL 94/62) erfasst sei, da diese die Frage der Vermeidung von Verpackungen nicht abschliessend regle.

³⁶ Vgl. schon EuGH, verb. Rs. C-141-143/81 (Holdijk), ECLI:EU:C:1982:122. Mitunter ist auch aus den unionsrechtlichen Vorgaben klar eine Beschränkung gewisser sekundärrechtlicher Bestimmungen auf Massnahmen zur Verfolgung bestimmter Zielsetzungen ersichtlich, vgl. hierzu, m.w.N., *Jans/Vedder*, European Environmental Law, 101 ff.

Gründen auf nationaler Ebene eingeschränkt wird (wobei sich hier im Vorfeld schon die Frage stellt, ob durch die Freiverkehrsklauseln auch umfassend die Verwendung von Produkten geregelt wird).³⁷

- Viertens ist zu eruieren, ob die nationale Massnahme das **Ziel des jeweiligen Unionsakts vereiteln** könnte. So dürfte z.B. bei durch die Europäische Union vorgesehenen Zulassungssystemen die Zielsetzung dieser Systeme gefährdet werden, wenn die Mitgliedstaaten darüber hinaus weitere (zusätzliche) Zulassungssysteme vorsehen. Auch dürfte die Vermarktungsmöglichkeit von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Produkten in der Regel als abschliessend geregelt anzusehen sein, könnte doch ansonsten die Zielsetzung der Förderung der Verwirklichung des Binnenmarktes vereitelt werden. Auf der anderen Seite geht der EuGH davon aus, dass die VO 2152/2003 für das Monitoring von Wäldern und Umweltwechselwirkungen³⁸ keine vollständige Harmonisierung aller Aktivitäten zur Bewirtschaftung der Waldflächen vornehmen wolle.³⁹

b. Zur VO 305/2011

16. Wendet man diese Kriterien nun auf die Frage an, wie weit die Harmonisierungswirkung bzw. die Sperrwirkung der VO 305/2011 geht, so ist zunächst daran zu erinnern,⁴⁰ dass die Verordnung ihre primärrechtliche Grundlage in Art. 114 Abs. 1 AEUV findet, wonach (Harmonisierungs-) Massnahmen zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften getroffen werden können, die die Errichtung oder das Funktionieren des **Binnenmarktes** zum Gegenstand haben. Diese Abstützung ist auch vor dem Hintergrund des Ziels der VO 305/2011 zu sehen, Hindernisse für den Binnenmarkt abzubauen und konkret sicherzustellen, dass die von der Verordnung erfassten Bauprodukte bei Erfüllen der durch diese aufgestellten Anforderungen **frei zirkulieren** können, ohne dass die Mitgliedstaaten darüber hinaus noch zusätzliche Erfordernisse aufstellen dürfen (s. insoweit auch Erw. 9 ff. VO 305/2011). Gerade vor diesem Hintergrund ist der Verordnung denn auch – wie dargelegt⁴¹ – zu entnehmen, dass ein Bauprodukt in Verkehr gebracht und grundsätzlich verwendet werden können muss, falls die Leistungserklärung erstellt und die CE-Kennzeichnung angebracht wurde (Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011). Weitere Anforderungen auf mitgliedstaatlicher Ebene an die Produkte – sei es an die Prüfung der Leistung der Produkte oder an die Produktbeschaffenheit selbst – stünden mit dieser Konzeption nicht in Einklang. Auch und vor allem könnten sie die **Zielsetzung der Verordnung** – nämlich die Sicherstellung der Zirkulationsfähigkeit aller Bauprodukte, die den Anforderungen der Verordnung entsprechen, in allen Mitglied-

³⁷ Hierzu im Zusammenhang mit GVO-freien Zonen *Epiney/Waldmann/Oeschger/Heuck*, Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten, 48 ff.

³⁸ ABl. 2003 L 324, 1.

³⁹ EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), ECLI:EU:C:2010:220.

⁴⁰ S. schon Rn. 7.

⁴¹ Rn. 8 ff.

staaten – vereiteln, könnten die Mitgliedstaaten doch über den „Umweg“ weiterer Anforderungen an die Leistung der Produkte oder die Produkte selbst deren Verkehrsfähigkeit wieder einschränken bzw. verhindern, dies obwohl sie die in der harmonisierten Vorschrift formulierten Anforderungen erfüllen. Insofern ist also davon auszugehen, dass der Verordnung **abschliessender Charakter** zukommt und es sich hier – soweit die Bauprodukte im harmonisierten Bereich⁴² betroffen sind – um eine **Vollharmonisierung** handelt.

17. Allerdings könnte *a priori in Erwägung* gezogen werden, insofern eine Teilharmonisierung anzunehmen, als die Wesentlichen Merkmale bzw. die harmonisierten Normen gerade nicht alle Grundanforderungen abdecken (könnten). M.a.W. fragt es sich, ob **jegliches Vorliegen einer harmonisierten Norm** ein mitgliedstaatliches Aktivwerden mittels Aufstellen weiterer Anforderungen an das Bereitstellen untersagt, oder ob dies nur der Fall ist, wenn die **Wesentlichen Merkmale eines Bauprodukts bzw. die harmonisierten Normen** auch tatsächlich so ausgestaltet sind, dass alle Grundanforderungen einbezogen sind. Es ist nämlich durchaus möglich (und kommt auch in der Praxis vor), dass ein Bauprodukt von einer harmonisierten Norm erfasst wird, die sich jedoch nur auf gewisse und nicht auf alle relevanten Grundanforderungen bezieht. Aufgezeigt werden kann dies etwa am Beispiel der Grundanforderung „nachhaltige Nutzung der natürlichen Ressourcen“ (Anhang I Nr. 7 VO 305/2011), welche mit der Verordnung (im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie) neu eingeführt wurde. Es wurden jedoch bei weitem nicht alle harmonisierten Normen dahingehend überarbeitet, als sie jetzt alle Verfahren und Kriterien enthalten würden, anhand derer die Wesentlichen Merkmale in Bezug auf die genannte Grundanforderung geprüft werden können.⁴³ Insofern weist die Harmonisierung also durchaus Lücken auf, die zu dem Schluss führen könnten, dass insoweit dann doch nur eine **Teilharmonisierung** vorliegen könnte und die Mitgliedstaaten für die nicht von den Normen erfassten Aspekte zusätzliche Anforderungen an das Inverkehrbringen der Bauprodukte stellen können, so dass in solchen Konstellationen die Leistungserklärung und die CE-Kennzeichnung gerade nicht ausreichend für das Inverkehrbringen bzw. Bereitstellen wären.

18. Für diesen Ansatz könnte sprechen, dass die VO 305/2011 an verschiedenen Stellen selbst davon ausgeht, dass harmonisierte Normen nicht zwingend alle Grundanforderungen abdecken (müssen), so insbesondere Art. 19 Abs. 1 lit. c) VO 305/2011, wonach für den Fall, dass eine harmonisierte Norm für mindestens ein Wesentliches Merkmal kein Bewertungsverfahren vorsieht, über ein Europäisches Bewertungsdokument und eine Europäische Technische Bewertung gleichwohl eine entsprechende Harmonisierung

⁴² Wie erwähnt, die VO 305/2011 schwerpunktmässig Vorschriften für Bauprodukte im harmonisierten Bereich; insbesondere gilt das Verbot, zusätzliche Anforderungen betreffend die Bereitstellung auf dem Markt aufzustellen, und die Pflicht, Regelungen hinsichtlich der Verwendung im Rahmen der Anforderungen der VO 305/2011 zu definieren, nur für Produkte, für die eine harmonisierte Norm oder ein Europäisches Bewertungsdokument besteht. S. insoweit schon oben Rn. 10.

⁴³ Vgl. Winkelmüller/vanSchewick, BauR 2015, 35 (39 f.).

erreicht werden kann.⁴⁴ Weiter kann auf das auch in den Erwägungen der Verordnung zum Ausdruck gekommene Anliegen verwiesen werden, es den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, Anforderungen festzulegen, die zum Schutz der Gesundheit und der Umwelt notwendig sind (Erw. 3 VO 305/2011). Die Annahme einer Vollharmonisierung auch für den Fall lückenhafter harmonisierter Normen könnte dazu führen, dass gerade dieses Anliegen nicht verwirklicht werden kann, könnten doch dann Bauprodukte auf den Markt gelangen, die nicht nur eine **Gefahr für Mensch und Umwelt** darstellen (können), sondern deren Wesentliche Merkmale auch nicht verlässlich ermittelt werden können.

19. Trotz der nicht von der Hand zu weisenden möglicherweise rechtspolitischen Berechtigung dieser Erwägungen dürften sie jedoch der Grundkonzeption sowohl der VO 305/2011 als auch den hier relevanten primärrechtlichen Grundsätzen **nicht Rechnung tragen**:

- Zunächst ist nochmals auf die **Freiverkehrsklausel des Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011** hinzuweisen, aus der sich klar ergibt, dass das Inverkehrbringen bzw. die Bereitstellung eines von der Verordnung erfassten Bauprodukts nicht untersagt oder behindert werden darf, wenn es den Anforderungen der Verordnung entspricht. Diese Klausel würde ihrer effektiven Wirkung beraubt bzw. letztlich hinfällig, wenn die Mitgliedstaaten zusätzliche Anforderungen an die Bauprodukte stellen könnten. M.a.W. stünde die Freiverkehrsklausel diesfalls immer unter dem Vorbehalt, dass die Mitgliedstaaten nicht weitere bzw. zusätzliche Voraussetzungen vorsehen. Auch Art. 8 Abs. 2 Uabs. 3 VO 305/2011, wonach der Hersteller mit der Anbringung der CE-Kennzeichnung u.a. die Verantwortung dafür übernimmt, dass das Produkt mit dessen erklärter Leistung übereinstimmt sowie alle Anforderungen der Verordnung eingehalten wurden, spricht für diesen Ansatz.
- Dies führt zu der bereits erwähnten⁴⁵ **Zielsetzung der Verordnung**, welche darin besteht, die Verkehrsfähigkeit der erfassten Bauprodukte in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Dieses Anliegen könnte durch eine Art „Vorbehalt abweichender bzw. zusätzlicher mitgliedstaatlicher Anforderungen“ unterlaufen werden. Daher erscheint es zwingend, die Wirkung der CE-Kennzeichnung als Grundlage für die Vermutung zu verstehen, dass es sich beim gekennzeichneten Produkt um ein Produkt im harmonisierten Bereich im Sinne der VO 305/2011 und folglich um ein Produkt, das frei in Verkehr gebracht werden darf, handelt. Denn bestünde umgekehrt die Möglichkeit für jeden Mitgliedstaat, der ein Produkt aufgrund seines Erachtens unvollständiger harmonisierter Normen als unsicher erachtet, nebst den unionsrechtlichen Vorschriften eigene Anforderungen an das Inverkehrbringen zu stellen, wäre die praktische Wirksamkeit – der *effet utile* – der VO 305/2011 in Frage gestellt bzw. gefährdet.⁴⁶

⁴⁴ Vgl. insoweit *Winkelmueller/vanSchewick*, BauR 2015, 35 (40).

⁴⁵ Rn. 16.

⁴⁶ Vgl. in Bezug auf die RL 89/106 EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 60.

- Hinzu kommt, dass die Frage der Lückenhaftigkeit der harmonisierten Normen ggf. sehr umstritten sein kann und in zahlreichen Fällen wohl kaum eindeutig im Voraus zu ermitteln ist (wird es doch häufig auch um rechtspolitische Einschätzungen gehen), so dass die Annahme des Vorliegens (nur) einer Teilharmonisierung im Falle ihrer Lückenhaftigkeit mit einer erheblichen **Rechtsunsicherheit** einherginge. Die Wirtschaftsteilnehmer wüssten daher in vielen Konstellationen nicht im Voraus, ob ihr Produkt in allen Mitgliedstaaten verkehrsfähig ist und müssten sich zunächst mit den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen auseinandersetzen, dies trotz einer binnenmarktbezogenen Harmonisierung.
- Auch ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass zahlreichen Anliegen des Schutzes von Umwelt und Gesundheit sowie weiterer öffentlicher Interessen durch Bestimmungen zur **Verwendung der Bauprodukte** Rechnung getragen werden kann und nach dem Konzept der Verordnung auch soll. Deren Erlass aber obliegt vollumfänglich den Mitgliedstaaten und ist gerade nicht Gegenstand der VO 305/2011.⁴⁷
- Zahlreiche **weitere Bestimmungen** der Verordnung lassen erkennen, dass den berechtigten Anliegen eines ausreichenden **Schutzes insbesondere von Umwelt und Gesundheit auf andere Art und Weise** (als durch zusätzliche mitgliedstaatliche Anforderungen) Rechnung getragen werden soll:
 - Hinzuweisen ist zunächst auf **Art. 18 VO 305/2011**: Erachtet ein Mitgliedstaat eine harmonisierte Norm als lückenhaft, hat er die vorgesehenen Verfahren anzustreben. D.h. falls er der Ansicht ist, dass eine harmonisierte Norm nicht den Anforderungen des an die Normungsstelle gerichteten Mandates entspricht, hat er den nach Art. 5 RL 98/34⁴⁸ eingesetzten ständigen Ausschuss damit zu befassen (Art. 18 Abs. 1 VO 305/2011). Auf dessen Stellungnahme basierend entscheidet die Kommission dann, ob die Norm im Amtsblatt veröffentlicht wird oder nicht, und falls ja, ob dies unter Vorbehalt geschehen soll oder nicht oder ob die Norm ganz gestrichen werden soll (Art. 18 Abs. 2 VO 305/2011). Liegen also Schutzlücken vor, tragen hierfür folglich die Mitgliedstaaten die (Mit-) Verantwortung, da die Lücken u.a. auf ihrem Unterlassen des Beschreitens der vorgesehenen Verfahren gründen.⁴⁹ Im Übrigen ist der *effet utile* dieser Bestimmung zu berücksichtigen: Könnten die Mitgliedstaaten jeweils – auf der Grundlage des Konzepts der Teilharmonisierung – bereits von vornherein im Falle lückenhafter harmonisierter Normen „autonom“ zusätzliche Anforderungen einführen, hätte es dieser Vorschrift nicht bedürft.
 - Ferner kann ein Mitgliedstaat auch ein Verfahren nach **Art. 56, 57 VO 305/2011** anstreben, wenn er der Ansicht ist, dass von einem **Produkt eine Gefahr** ausgeht: Ist der Mitgliedstaat der Auffassung, dass die Gefahr darauf

⁴⁷ S. insoweit schon oben Rn. 8 ff.

⁴⁸ Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und der technischen Vorschriften, ABl. 1998 L 204, 37. Mittlerweile ist hier auf die VO 1025/2012 zur europäischen Normung, ABl. 2012, 316, 12 abzustellen (Art. 28).

⁴⁹ Vgl. *Schucht*, NZBau 2015, 592 (595 f.).

gründet, dass das betreffende Produkt nicht die Leistungen erbringt, die in der Leistungserklärung angegeben sind, ist das Verfahren nach Art. 56, 57 VO 305/2011 einschlägig.

- Schliesslich ist auf **Art. 58 VO 305/2011** hinzuweisen, der die Mitgliedstaaten berechtigt, Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn zwar die Anforderungen der VO 305/2011 erfüllt wurden, aber gleichwohl eine Gefahr für die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke, für die Gesundheit oder Sicherheit von Menschen oder für andere öffentliche Interessen besteht. Hierunter fällt daher wohl auch der Fall, wenn von einem einer harmonisierten Norm entsprechenden Produkt eine Gefahr ausgeht, weil die Norm nicht vollständig ist.⁵⁰ Diese Bestimmung geht somit davon aus, dass Konstellationen denkbar sind, in denen den erwähnten Schutzinteressen trotz der Einhaltung der Vorgaben der VO 305/2011 nicht hinreichend Rechnung getragen wird, und sie sieht insoweit – übrigens ganz auf der Linie auch anderer Harmonisierungsvorschriften auf Unionsebene⁵¹ – vor, dass diesen Interessen über ein im Einzelnen vorgesehenes Verfahren, das transparent ausgestaltet ist und in dessen Rahmen der Kommission eine bedeutende Rolle zukommt, entsprochen werden kann. Mit diesem Konzept stünde es nicht in Einklang, wenn die Mitgliedstaaten ausgehend von einem Ansatz der Teilharmonisierung „autonom“ und allgemein zusätzliche Anforderungen einführen dürften.

Im Einzelnen darf der Mitgliedstaat gemäss Art. 58 VO 305/2011 Massnahmen gegenüber dem Wirtschaftsakteur⁵² ergreifen, hat diese jedoch unverzüglich der Kommission zu melden, die diese wiederum unverzüglich prüft und darüber entscheidet, ob die Massnahme gerechtfertigt ist. Die Beschreitung dieser Verfahren ist nicht freiwillig, sondern die einzige Möglichkeit für Mitgliedstaaten zu handeln, falls ihrer Ansicht nach eine harmonisierte Norm lückenhaft ist.⁵³

Diese **Schutzklauselverfahren** ermöglichen es also den Mitgliedstaaten, ihre Verantwortung für die möglicherweise gefährdeten öffentlichen Interessen wahrzunehmen, betten die hierzu ergriffenen oder in Erwägung gezogenen Massnahmen aber in den Kontext der VO 305/2011 ein und sehen letztlich **unionsrechtlich geregelte Verfahren** vor. Damit wird zwar die Harmonisierungswirkung der Verordnung insoweit durchbrochen, gleichzeitig aber der Grundansatz der Vollharmonisierung im hier vertretenen Sinn bestätigt.

- Weiter ist auch der Schluss, **Art. 19 Abs. 1 lit. c) VO 305/2011** gehe davon aus, dass die unvollständige harmonisierte Norm, die das Produkt betrifft, demnach nicht zu einer Vollharmonisierung, sondern lediglich zu einer Teilharmonisierung führe, so dass auch mitgliedstaatliche Regelungen in dem Bereich möglich sein

⁵⁰ Auf diese Bestimmung auch hinweisend *Winkel Müller/vanSchewick*, BauR 2015, 35 (41 f.).

⁵¹ S. insoweit schon die Hinweise bei *Epiney/Pfenninger*, in: Auswirkungen eines Beitritts zur EU, 949 ff.

⁵² Hierunter sind der Hersteller, der Importeur, der Händler oder der Bevollmächtigte zu verstehen, Art. 2 Nr. 18 VO 305/2011.

⁵³ So in Bezug auf die RL 89/106, die eine parallele Vorschrift enthielt, EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 58.

müssten, wäre doch ansonsten das Verfahren der Europäischen Technischen Bewertung nicht erforderlich,⁵⁴ keineswegs zwingend. Betrachtet man nämlich den **Zweck der Europäischen Technischen Bewertung** deutet nichts auf diesen Schluss hin. Denn auch die Europäische Technische Bewertung führt zu einer Kennzeichnung des Produkts mit dem CE-Kennzeichen. Das heisst, dass dem Hersteller von Produkten, die zwar von harmonisierten Normen erfasst sind, wobei jedoch für mindestens ein Wesentliches Merkmal kein Bewertungsverfahren vorgesehen ist, die Wahl offen steht, ob er das CE-Kennzeichen aufgrund der Produktprüfung gemäss der harmonisierten Norm oder mittels einer Europäischen Technischen Bewertung erlangen will; im zuletzt genannten Fall untersteht er vollständig diesem Verfahren.

Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass es sich nur um eine Teilharmonisierung handelt, die mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum offenlässt. D.h. das Eingeständnis, dass eine harmonisierte Norm möglicherweise lückenhaft ist, das mit dem Vorsehen der Europäischen Technischen Bewertung als alternative Möglichkeit verbunden ist, bedeutet nicht, dass Mitgliedstaaten in solchen Konstellationen weitere Anforderungen an das Inverkehrbringen und Bereitstellen auf dem Markt festlegen dürfen. Die Möglichkeit eine Europäische Technische Bewertung zu beantragen, dient vielmehr dazu, dass möglichst viele Produkte mit einem CE-Kennzeichen versehen werden können und somit der Kreis der Produkte im harmonisierten Bereich entsprechend weit ausfallen kann.⁵⁵

20. Bestätigt wird dieser Ansatz durch die **Rechtsprechung des EuGH**: Dieser hatte sich zum Behinderungsverbot des Art. 6 RL 89/106 (Bauprodukterichtlinie)⁵⁶, welches heute praktisch unverändert in Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011 enthalten ist, zu äussern und hielt fest, die in Deutschland geltenden zusätzlichen Anforderungen für den Marktzugang von Bauprodukten für von der Richtlinie erfasste Bauprodukte verstieszen gegen die genannte Richtlinienvorschrift.⁵⁷ Bedeutsam ist insbesondere die Bezugnahme auf den *effet utile* der RL 89/106, eine tragende Erwägung in der Argumentation des Gerichtshofs, die in jeder Beziehung (wie dargelegt⁵⁸) auf die VO 305/2011 übertragen werden kann: So hielt er fest, dass jede andere Auslegung dieser Bestimmung (also die allgemeine Möglichkeit, zusätzliche Anforderungen für Bauprodukte im harmonisierten Bereich aufzustellen) „im Hinblick auf Bauprodukte, die unter eine europäische harmonisierte Norm fallen, dazu führt, dass es einem Mitgliedstaat allein deshalb, weil er der Auffassung ist, die Sicherheit eines solchen Produkts sei nicht ausreichend gewährleistet, gestattet wäre, Massnahmen anzuordnen, die den freien Verkehr dieser Produkte beschränkten, womit

⁵⁴ S.o. Rn. 18.

⁵⁵ S. insoweit auch Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten vom 23. Mai 2008, KOM(2008) 311 endg., 9, die darauf hinweist, mit der Europäischen Technischen Bewertung (die in dieser Form der RL 89/106 nicht vorgesehen war) solle den Herstellern vermehrt die Möglichkeit gegeben werden, ein CE-Kennzeichen zu erhalten.

⁵⁶ Fn. 2.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293.

⁵⁸ Rn. 19.

die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/106 in Frage gestellt würde.“⁵⁹ Weiter erläuterte der Gerichtshof, dass den relevanten Produkten lückenhafte Normen zugrunde lagen,⁶⁰ um sodann klarzustellen, dass damit nicht die gleiche Situation vorliege wie bei Produkten im nicht harmonisierten Bereich, dass also die Mitgliedstaaten bezüglich der Lücken nicht einfach frei tätig werden könnten, sondern die **Verfahren** von Art. 5 und Art. 21 der Richtlinie zu beachten hätten.⁶¹ Diese Verfahren wurden in Art. 18, Art. 56 ff. VO 305/2011 überführt. Der EuGH hatte sich in dem Entscheid im Kern also mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Bauproduktgesetzgebung zu einer Voll- oder einer Teilharmonisierung geführt hat und spricht in diesem Sinne in den Erwägungen in der französischen Fassung von einer „*harmonisation exhaustive*“.⁶² Das Vorsehen von Schutzklauseln stellt in dieser Hinsicht denn auch vielmehr eine Bestätigung des Harmonisierungsbestrebens bzw. des Vorliegens einer Vollharmonisierung in Bezug auf die Voraussetzungen des Inverkehrbringens dar, als es infrage zu stellen.⁶³

Deutlich wird damit auch, dass diese **Rechtsprechung zur RL 89/106 auf die VO 305/2011 übertragen** werden kann: Obschon die VO 305/2011 wesentliche Unterschiede zur RL 89/106 aufweist und insbesondere nicht mehr an das Kriterium der Brauchbarkeit anknüpft, sprechen gute Gründe für die Annahme, dass das Urteil in Bezug auf die entscheidende Frage der Reichweite der Harmonisierung im Rahmen der VO 305/2011 gleich gefällt worden wäre. Hinzuweisen ist insbesondere auf die bereits erwähnte Übernahme des Behinderungsverbot von Art. 6 RL 89/106 in Art. 8 Abs. 4 VO 305/2011.⁶⁴ Der Grundsatz, dass das Inverkehrbringen von CE-gekennzeichneten Produkten nicht behindert werden darf, bleibt somit bestehen bzw. wurde von der RL 89/106 übernommen. Auch in Anbetracht des Grundgedankens der VO 305/2011, technische Handelshemmnisse abzubauen, lässt sich erkennen, dass der von der Bauprodukterichtlinie eingeschlagene Weg weitergeführt bzw. sogar intensiviert werden sollte,⁶⁵ und es wäre wenig plausibel, mit dem Erlass der VO 305/2011 und der damit einhergehenden Ablösung der RL 89/106 einen Rückschritt in Bezug auf die Harmonisierungsreichweite zu verbinden. Die Übertragbarkeit des Urteils auf die Rechtslage auf der Grundlage der VO 305/2011 erscheint somit zwingend.⁶⁶

21. Somit kann im **Ergebnis** festgehalten werden, dass die VO 305/2011 insofern eine **Vollharmonisierung** mit sich bringt, als die Bauprodukte im harmonisierten Bereich bei Erfüllung der Anforderungen der Verordnung in den Mitgliedstaaten verkehrsfähig sein müssen und die Mitgliedstaaten – ausser im Rahmen und auf dem Weg der in der Verordnung selbst vorgesehenen (Schutzklausel-) Verfahren – keine über die Verordnung hinausgehenden Anforderungen aufstellen dürfen. Dies schliesst insbesondere auch das Verbot ein, Produktanforderungen sowie zusätzliche Vorgaben an die Leistung der Produkte auf mitgliedstaatlicher Ebene zu formulieren. Dies gilt auch für Regelungen, die

⁵⁹ EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 60.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 45 f.

⁶¹ EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 57 ff.

⁶² Vgl. EuGH, Rs. C-100/13 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2014:2293, Rn. 62.

⁶³ S. insoweit auch *Winkelmüller/vanSchewick*, BauR 2015, 35 (42).

⁶⁴ Vgl. *Schucht*, NZBau 2015, 592 (596).

⁶⁵ Vgl. *Niemöller/Harr*, NZBau 2015, 274 (276).

⁶⁶ Ebenso, soweit ersichtlich, die ganz h.L., vgl. *Schucht*, NZBau 2015, 592 (596); *Niemöller/Harr*, NZBau 2015, 274 (276 f.); wohl auch *Nusser*, DVBl 2014, 1594; unklar bzw. unentschieden *Schneider/Thielecke*, NVwZ 2015, 34 (36).

Anliegen des Umwelt- und Gesundheitsschutzes oder sonstige öffentliche Interessen verfolgen. M.a.W. wurde das Inverkehrbringen und Bereitstellen auf dem Markt von Bauprodukten im harmonisierten Bereich auf Unionsebene vollständig harmonisiert.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch die Praxis der Mitgliedstaaten von dem hier vertretenen Ansatz ausgeht: Einige EU-Mitgliedstaaten haben nämlich der Kommission weitergehende nationale Vorschriften – insbesondere Anforderungen an Emissionsgrenzwerte von Bauprodukten – notifiziert.⁶⁷ Dabei ist davon auszugehen, dass es hier um Notifizierungen gemäss den Vorgaben der VO 305/2011 (insbesondere Art. 56 ff. VO 305/2011) geht (auch wenn sich dies nicht klar aus den zur Verfügung stehenden Dokumenten ergibt). Diese Notifizierungen wären aber nicht notwendig gewesen, wenn man die VO 305/2011 in Bezug auf die entsprechenden Regelungen als nicht abschliessend angesehen hätte: Denn im Falle fehlender Abgeschlossenheit einer unionsrechtlichen Regelung in Bezug auf eine bestimmte Frage sind die Mitgliedstaaten im Rahmen des Primärrechts frei, nationale Vorschriften zu erlassen, und eine irgendwie geartete Notifizierung an die Kommission ist gerade nicht erforderlich.

22. Hinsichtlich des **mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums** lassen sich hinsichtlich der Gesamtheit der Bauprodukte demnach **drei Fallkonstellationen** unterscheiden:

- Besteht zu einem Produkt eine **harmonisierte Norm**, kommt den Mitgliedstaaten grundsätzlich **kein Handlungsspielraum** mehr zu. Die einzigen Optionen sind einerseits das Verfahren nach Art. 18 VO 305/2011, wenn der Mitgliedstaat der Ansicht ist, dass eine harmonisierte Norm nicht dem von der Kommission gegebenen Mandat entspricht, oder die Möglichkeit gemäss Art. 58 VO 305/2011, gegenüber dem Wirtschaftsakteur Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn von dem Produkt eine Gefahr ausgeht, wobei diese unverzüglich der Kommission zu melden und von ihr zu überprüfen sind.
- Die Konstellation von (potentiell) **lückenhaften harmonisierten Normen** erweist sich als quasi deckungsgleich mit dem einzigen Unterschied, dass für den Hersteller bei Erfüllung der betreffenden Voraussetzungen die Wahl besteht, ob er das CE-Kennzeichen über den Weg der harmonisierten Norm oder über eine Europäische Technische Bewertung erhalten will.

⁶⁷ Hinzuweisen ist insbesondere auf folgende Notifizierungen: Notifikation 2009/251/D (Erste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes); Notifikation 2010/544/A (Vereinbarung gemäss Art. 15a B-VG über das Inverkehrbringen von Kleinf Feuerungen und die Überprüfung von Feuerungsanlagen und Blockheizkraftwerken); Notifikation 2012/444/A (Entwurf eines Gesetzes über das Inverkehrbringen und den Betrieb von Heizungsanlagen); Notifikation 2014/555/A (Entwurf einer Verordnung der Landesregierung über das Inverkehrbringen und den Betrieb von Heizungsanlagen); Notifikation 2015/492/A (Gesetz über das Inverkehrbringen von Kleinf Feuerungen, die Errichtung, den Betrieb und die Überprüfung von Feuerungsanlagen und Blockheizkraftwerken); Notifikation 2015/493/A (Verordnung der Steiermärkischen Landesregierung, mit der Anforderung an das Inverkehrbringen von Kleinf Feuerungen sowie für den Betrieb und die Überprüfung von Feuerungsanlagen und Blockheizkraftwerken festgelegt werden); Notifikation 2007/6/B (Königlicher Erlass zur Regelung der Mindestanforderungen hinsichtlich der Wärmeleistung und Schadstoffemissionen von Heizgeräten, die mit festen Brennstoffen betrieben werden); Notifikation 2014/461/DK (Verordnung über die Regulierung der Luftverschmutzung durch Feuerungsanlagen für feste Brennstoffe unter 1 MW).

- Besteht gar **keine harmonisierte Norm**, handelt es sich – solange der Hersteller keine Europäische Technische Bewertung beantragt – nicht um ein Produkt im harmonisierten Bereich. Damit können die Mitgliedstaaten in diesem Bereich Anforderungen betreffend das Inverkehrbringen und Bereitstellen der Produkte aufstellen, die über die von der Union festgelegten Anforderungen hinausgehen, ohne gegen die VO 305/2011 zu verstossen. Jedoch müssen auch diese Anforderungen gemäss der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigbar sein⁶⁸ und ggf. sonstigen einschlägigen sekundärrechtlichen Vorgaben entsprechen.⁶⁹

2. Primärrechtlich vorgesehene „Alleingänge“ im harmonisierten Bereich: zu Art. 114 Abs. 4–6 AEUV

a. Grundsätze

23. Soweit sekundärrechtliche Regelungen eine bestimmte Frage – wie vorliegend diejenige des Inverkehrbringens bzw. der Bereitstellung von Bauprodukten im harmonisierten Bereich – abschliessend regeln, besteht für die Mitgliedstaaten ausserhalb des sekundärrechtlichen Rahmens keine Möglichkeit mehr, nationale Regelungen zu erlassen, es sei denn, eine solche werde primärrechtlich eingeräumt. Vorliegend könnten sich die Mitgliedstaaten grundsätzlich auf **Art. 114 Abs. 4–6 AEUV** berufen, da die VO 305/2011 auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt wurde.⁷⁰

24. Dabei erlauben diese Vorschriften⁷¹ von vornherein nur eine „**Schutzverstärkung**“, also das Anlegen eines höheren Schutzniveaus, eine Voraussetzung, die bei zusätzlich zum Zuge kommenden Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten

⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-432/03 (Kommission/Portugal), ECLI:EU:C:2005:669; aus der Lehre *Jarass*, NZBau 2008, 145 (148). Die Rechtsprechung des EuGH geht davon aus, dass im nicht-harmonisierten Bereich u.U. auch eine Bindung privater Einrichtungen an die Vorgaben des freien Warenverkehrs besteht (wohl im Wesentlichen, wenn sie mit besonderen Befugnissen ausgestattet sind oder ihre Tätigkeit eine besondere, gesetzlich vorgesehene Wirkung entfaltet, so dass sich der einzelne Wirtschaftsteilnehmer solchen Privaten letztlich nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile entziehen kann); vgl. EuGH, Rs. C-171/11 (Fra.bo SpA), ECLI:EU:C:2012:453; EuGH, Rs. C-325/00 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2002:633; zur Problematik *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607 ff.; *Kloepfer/Greve*, DVBl. 2013, 1148 ff.; s. auch *Schucht*, NZBau 2015, 592 (594); *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11, Rn. 33.

⁶⁹ S. insbesondere VO 764/2008 zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in den Verkehr gebracht worden sind, ABl. 2008 L 218, 21.

⁷⁰ Rn. 7. Zum Anwendungsbereich der Art. 114 Abs. 4–6 AEUV und den sich hier stellenden (jedoch vorliegend nicht relevanten) Streitfragen *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 5, Rn. 93 ff.

⁷¹ Vgl. ausführlich, m.w.N., neben der Kommentarliteratur *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 5, Rn. 90 ff., 99 ff.

in aller Regel gegeben sein wird.⁷² Weiter müssen (bestimmte) **öffentliche Interessen** verfolgt werden, die in Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV teilweise unterschiedlich ausgestaltet sind, je nachdem, ob ein Mitgliedstaat eine zum Zeitpunkt des Erlasses der unionsrechtlichen Vorschrift schon bestehende nationale Vorschrift weiter anwenden will, oder ob ein Mitgliedstaat nach Erlass der sekundärrechtlichen Harmonisierungsmaßnahme eine neue nationale Bestimmung erlassen will.

Eine Beibehaltung bestehender Vorschriften ist grundsätzlich möglich, wenn sie als für den Schutz der in Art. 36 AEUV genannten Schutzgüter (öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums) oder für den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz als erforderlich erachtet wird. Hingegen können für eine Neueinführung abweichender bzw. strengerer nationaler Vorschriften lediglich der Schutz der Arbeitsumwelt und der Umweltschutz geltend gemacht werden.

25. Gemeinsam ist Art. 114 Abs. 4, 5, dass der **Grundsatz der Verhältnismässigkeit** zu beachten ist, insbesondere, dass die Massnahme kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels darstellt. Zudem darf die nationale Maßnahme das Funktionieren des Binnenmarktes nicht behindern (Art. 114 Abs. 6 Uabs. 1 AEUV).

Da grundsätzlich jede Abweichung von einer auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV erlassenen Massnahme die Verwirklichung des Binnenmarktes beeinträchtigt (ist die Massnahme doch gerade im Hinblick auf das bessere Funktionieren des Binnenmarktes erlassen worden), kann diese Einschränkung in Art. 114 Abs. 6 AEUV nur dahingehend verstanden werden, dass das Funktionieren des Binnenmarktes nicht über Gebühr beeinträchtigt werden darf, womit letztlich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwiesen wird. Insofern ist es fraglich, ob dieser zusätzlichen Anforderung an die nationalen Massnahmen materiell eine eigenständige Bedeutung zukommt.

26. Ein Mitgliedstaat kann grundsätzlich nationale Bestimmungen **beibehalten**, sofern dies u.a. durch den Umweltschutz gerechtfertigt ist; ihm obliegt lediglich eine Mitteilungspflicht an die Kommission (**Art. 114 Abs. 4 AEUV**). Danach soll es offenbar ausreichend sein, dass ein Mitgliedstaat es für notwendig hält, ein strengeres Schutzniveau anzulegen, wobei aber jedenfalls – wie erwähnt – der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist. Nicht notwendig ist – wie sich auch aus dem Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Neueinführung weitergehender nationaler Bestimmungen ergibt – das Vorliegen einer spezifischen Situation.⁷³

⁷² Vgl. zur Problematik und den sich hier stellenden Fragen *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 5, Rn. 98.

⁷³ So ausdrücklich EuGH, Rs. C-3/00 (Dänemark/Kommission), ECLI:EU:C:2003:167, Rn. 56 ff. Gleichwohl legt der Gerichtshof Art. 114 Abs. 4 AEUV aber insgesamt eher restriktiv aus, vgl. EuG, Rs. T-198/12 (Deutschland/Kommission), ECLI:EU:T:2014:251; EuGH, Rs. C-360/14 P (Deutschland/EU), ECLI:EU:C:2015:457.

27. Für die **Neueinführung** weitergehender nationaler Bestimmungen verlangt **Art. 114 Abs. 5 AEUV** über die schon für die Beibehaltung bestehender Regelungen geltenden Voraussetzungen hinaus, dass die Massnahme auf „neue wissenschaftliche Erkenntnisse“ gestützt ist und dass ein „spezifisches Problem“ für die Umwelt des betreffenden Mitgliedstaates besteht, das sich zudem nach Erlass der Harmonisierungsmassnahme ergeben haben muss. Damit wird im Falle schon erlassener Harmonisierungsmassnahmen die Einführung neuer abweichender Massnahmen der Mitgliedstaaten recht weitgehend eingeschränkt, wobei in der Rechtsprechung bislang in erster Linie die Frage nach dem Vorliegen eines spezifischen Problems für den betreffenden Mitgliedstaat relevant wurde.⁷⁴

Zwar dürfe diese Voraussetzung nicht dahingehend verstanden werden, dass dieses Problem in dem Sinne „einzigartig“ sein müsste, dass es nur in einem Mitgliedstaat vorkommen dürfte; vielmehr sei auf die „Ungewöhnlichkeit“ des Problems abzustellen.⁷⁵ Das Gericht präzisierte im Zusammenhang mit einer Abgasvorschrift, dass ein Problem allgemein und damit nicht spezifisch sei, wenn es sich in im Grossen und Ganzen entsprechender Weise in sämtlichen Mitgliedstaaten stellt und sich folglich für harmonisierte Lösungen auf Unionsebene anbiete. Entscheidend sei daher die Frage, ob die Harmonisierung der anwendbaren Vorschriften auf EU-Ebene geeignet sei, örtlich aufgetretenen Schwierigkeiten angemessen zu begegnen oder nicht.⁷⁶

28. Das in Art. 114 Abs. 6 AEUV vorgesehene **Verfahren** – das für beide Varianten des nationalen Alleingangs, also Beibehaltung und Neueinführung nationaler Massnahmen, parallel ausgestaltet ist – läuft in folgenden Schritten ab: Sechs Monate nach Eingang der Mitteilung des betreffenden Mitgliedstaates fasst die Kommission einen Beschluss über die Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Massnahme; dieser Zeitrahmen kann von der Kommission selbst um nochmals sechs Monate verlängert werden. Trifft die Kommission in diesem Zeitrahmen keine Entscheidung, so gilt die nationale Regelung als gebilligt.

Diese Ausgestaltung des Verfahrens stellt klar, dass der Entscheidung der Kommission **konstitutiver Charakter** zukommt. Es ist den Mitgliedstaaten daher verwehrt, vor der Billigung durch die Kommission die entsprechende nationale Massnahme anzuwenden.⁷⁷ Immerhin trägt die Regelung auch einer der Schwierigkeiten dieses konstitutiven Charakters, nämlich der ggf. langen Dauer des Verfahrens, Rechnung, indem eine zu lange Verfahrensdauer bei der Kommission nicht die weitere Unzulässigkeit der Anwendung der nationalen Bestimmung nach sich zieht.

⁷⁴ S. aus der Rechtsprechung EuG, verb. Rs. T-366/03 und T-235/04 (Oberösterreich und Österreich/Kommission), ECLI:EU:T:2005:347; EuGH, verb. Rs. C-439/05 P und C-454/05 P (Österreich/Kommission), ECLI:EU:C:2007:510; EuG, Rs. T-182/06 (Niederlande/Kommission), ECLI:EU:T:2007:191; EuGH, Rs. C-405/07 P (Niederlande/Kommission), ECLI:EU:C:2008:613.

⁷⁵ EuGH, verb. Rs. C-439/05 P und C-454/05 P (Österreich/Kommission), ECLI:EU:C:2006:442.

⁷⁶ EuG, Rs. T-182/06 (Niederlande/Kommission), ECLI:EU:T:2007:191.

⁷⁷ Hiervon ging der EuGH schon vor dieser Klarstellung aus, vgl. EuGH, Rs. C-41/93 (Frankreich/Kommission), ECLI:EU:C:1994:196.

b. Zur Relevanz im Rahmen der VO 305/2011

29. Im Zusammenhang mit der VO 305/2011 stellt sich im Vorfeld der Frage, welche Bedeutung Art. 114 Abs. 4–6 AEUV in Bezug auf diesen Rechtsakt grundsätzlich zukommen kann, noch die Frage, ob diese primärrechtlichen Bestimmungen vollumfänglich zum Zuge kommen können bzw. wie das **Verhältnis der in Art. 56 ff. VO 305/2011 vorgesehenen Verfahren zu Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV** ausgestaltet ist. Denn die VO 305/2011 sieht, wie bereits erwähnt,⁷⁸ eigens Verfahren vor, die es den Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen, abweichende bzw. strengere Regelungen einzuführen, so dass man auf den ersten Blick in Erwägung ziehen könnte, damit seien auch die Abweichungsmöglichkeiten in der VO 305/2011 abschliessend geregelt.

30. Im Ergebnis trägt ein solches Verständnis jedoch weder der Ausgestaltung der Schutzklauseln der VO 305/2011 noch dem Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht Rechnung: Unabhängig von der Frage, ob es sich bei den in der VO 305/2011 vorgesehenen Verfahren um Schutzklauseln im Sinne des Art. 114 Abs. 10 AEUV handelt (wofür einiges spricht), vermögen solche **sekundärrechtlich vorgesehenen „Abweichungsmöglichkeiten“ nicht die primärrechtlich gewährleisteten „Alleingangsmöglichkeiten“ der Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV zu relativieren**. Denn einmal stehen Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV neben Art. 114 Abs. 10 AEUV und ergänzen sich gegenseitig; dem Vertrag sind keinerlei Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass in denjenigen Konstellationen, in denen der Unionsgesetzgeber ausgehend von Art. 114 Abs. 10 AEUV Schutzklauseln in einen Sekundärrechtsakt einführt, die Berufung auf Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV ausgeschlossen sein sollte.⁷⁹ Dies erschiene auch insofern wenig überzeugend, als ein solcher Ansatz letztlich implizierte, dass der Unionsgesetzgeber über den Erlass sekundärrechtlicher Regelungen die Tragweite primärrechtlicher Vorschriften modifizieren könnte.

Hinzu kommt, dass sich die Anwendungsbereiche und Voraussetzungen der Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV einerseits und des Art. 114 Abs. 10 AEUV andererseits nicht in jeder Beziehung decken und damit teilweise unterschiedliche Konstellationen erfassen. So betrifft Art. 114 Abs. 4 AEUV die Möglichkeit der Beibehaltung mitgliedstaatlicher Regelungen und damit eine andere Konstellation als Art. 114 Abs. 10 AEUV.⁸⁰ Regelungsmöglichkeiten für Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 114 Abs. 5 AEUV überschneiden sich grundsätzlich ebenfalls nicht mit den Möglichkeiten, die durch die Schutzklauseln gewährt werden, da die Schutzgüter sich unterscheiden.⁸¹ So betrifft Art. 114 Abs. 5 AEUV den Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt und Schutzklauseln i.S.v. Art. 114 Abs. 10 AEUV den Schutz der in Art. 36 AEUV genannten Schutzgüter, worunter der Umweltschutz jedoch nicht fällt (was aber umstritten ist).⁸²

⁷⁸ Rn. 19.

⁷⁹ So wohl auch die ganz h.M., vgl. z.B. *Leible/Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 126; *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 198.

⁸⁰ *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 198.

⁸¹ *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 198.

⁸² Vgl. zu der umstrittenen Antwort auf die Frage, ob der Umweltschutz entgegen dem Wortlaut als Grund in Schutzklauseln nach Art. 114 Abs. 10 AEUV einzubeziehen ist, *Leible/Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 124, die die Frage jedoch verneinen.

Im konkreten Fall des Art. 58 VO 305/2011 sind die Verfahren nicht (nur) dafür vorgesehen die Güter von Art. 36 AEUV zu schützen, sondern sollen vielmehr dazu dienen, Massnahmen ergreifen zu können, wenn eine Gefahr für die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke, für die Gesundheit oder Sicherheit von Menschen oder für andere im öffentlichen Interesse schützenswerte Aspekte besteht. Die von der Schutzklausel umfassten Güter sind folglich weiter, als was aufgrund Art. 114 Abs. 10 AEUV von einer Schutzklausel gedeckt werden müsste und führen insbesondere auch zu einem weiteren Handlungsspielraum, als im Rahmen des Art. 114 Abs. 5 AEUV. So kann wohl insbesondere der Umweltschutz auch als Grund für den Erlass von Massnahmen gemäss Art. 58 VO 305/2011 dienen, da er wohl einen im öffentlichen Interesse schützenswerten Aspekt darstellt. Auch ist Art. 58 VO 305/2011 auf Konstellationen zugeschnitten, in denen einer Gefahr sofort mit dem Erlass von Massnahmen, die gegenüber dem betreffenden Wirtschaftsakteur geltend gemacht werden, begegnet werden soll, während Art. 114 Abs. 5 AEUV den Mitgliedstaaten vielmehr die Möglichkeit einräumen soll, allgemein ein höheres Schutzniveau als das von der Union vorgesehene einzuführen.

31. Die potentielle **Relevanz der Art. 114 Abs. 4–6 AEUV** im Zusammenhang mit der **VO 305/2011** kann selbstredend nur für jede einzelne, hier möglicherweise in Betracht kommende mitgliedstaatliche Massnahme abschliessend eruiert werden, sind die skizzierten⁸³ Voraussetzungen doch in jedem **Einzelfall** zu prüfen und nachzuweisen.

32. Nichtsdestotrotz kann jedoch bereits allgemein festgehalten werden, dass die Voraussetzungen der Art. 114 Abs. 4–6 AEUV in Bezug auf nationale Vorschriften im durch die VO 305/2011 harmonisierten Bereich, die entweder weitere Kriterien für die Leistung von Produkten oder gar eigentliche Produkthanforderungen als Voraussetzungen für das Inverkehrbringen bestimmter Bauprodukte vorsehen, wohl allenfalls in **Ausnahmefällen** vorliegen dürften:

- Soweit **Art. 114 Abs. 4 AEUV** betroffen ist, dürfte es in aller Regel – auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs, der hier ausgesprochen strenge Anforderungen zugrundelegt⁸⁴ – schwierig sein, das Vorliegen einer hinreichenden Gefahr für öffentliche Interessen (wie den Umweltschutz) bzw. des Beitrags der jeweiligen Massnahme zur Sicherstellung eines entsprechenden höheren Schutzniveaus nachzuweisen.
- Bei **Art. 114 Abs. 5 AEUV** kommt hinzu, dass es jedenfalls in Bezug auf Bauprodukte kaum vorstellbar ist, dass in einem Mitgliedstaat ein spezifisches Problem im Sinne dieser Bestimmung (so wie sie in der Rechtsprechung ausgelegt wird⁸⁵) vorliegt.
- Allgemein dürfte es zudem häufig fraglich sein, ob dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** Rechnung getragen wird. Denn angesichts des Umstands, dass die VO 305/2011 nur das Inverkehrbringen bzw. Bereitstellen der erfassten Bauprodukte, nicht hingegen ihre Verwendung, betrifft, wird es sehr häufig möglich sein, den entsprechenden Gefahren über eine Regelung der Verwendung des entsprechenden Produkte zu begegnen.

⁸³ Rn. 23 ff.

⁸⁴ Vgl. insbesondere EuG, Rs. T-198/12 (Deutschland/Kommission), ECLI:EU:T:2014:251; EuGH, Rs. C-360/14 P (Deutschland/EU), ECLI:EU:C:2015:457.

⁸⁵ Rn. 27.

33. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass kein Mitgliedstaat der Kommission bislang eine nationale Vorschrift mitgeteilt hat, die er als im Verhältnis zur VO 305/2011 strengere nationale Vorschrift auf der Grundlage der Art. 114 Abs. 4–6 AEUV entweder beibehalten wollte und neu einführen will; die bislang erfolgten Notifikationen⁸⁶ dürften wohl als solche im Rahmen der VO 305/2011 zu verstehen sein.

III. Zum Verhältnis der VO 305/2011 zur RL 2009/125 (Ökodesign-Richtlinie)

34. Wie oben im Einzelnen erörtert,⁸⁷ betrifft die VO 305/2011 nicht Produktvorschriften, sondern das Inverkehrbringen der erfassten Bauprodukte wird an die Leistungserklärung, welche den Vorgaben der Verordnung entsprechende Angaben zur Leistung der Produkte enthalten muss, sowie die CE-Kennzeichnung geknüpft; wird den Anforderungen der Verordnung entsprochen, darf das Inverkehrbringen bzw. die Bereitstellung der Bauprodukte nicht untersagt oder behindert werden.⁸⁸ Fraglich könnte in diesem Zusammenhang nun sein, in welchem **Verhältnis die VO 305/2011 zu anderen Sekundärrechtsakten** steht, die ihrerseits Vorgaben für das Inverkehrbringen von unter die VO 305/2011 fallenden Bauprodukten enthalten, die über diejenigen der VO 305/2011 hinausgehen.

35. Relevant wird dies z.B. und insbesondere im Zusammenhang mit der **RL 2009/125** (sog. **Ökodesign-Richtlinie**)⁸⁹, die 2009 in Kraft trat. Die Richtlinie sieht die Festlegung von Anforderungen an **energieverbrauchsrelevante Produkte** vor, damit diese in Verkehr gebracht bzw. in Betrieb genommen werden dürfen (Art. 1 Abs. 2 RL 2009/125). Ergänzend dazu verankert Art. 6 RL 2009/125 eine Freiverkehrsklausel, und darüber hinaus sind die CE-Kennzeichnung sowie entsprechende Vermutungsregelungen und Konformitätsbewertungen vorgesehen, vgl. Art. 5 ff. RL 2009/125. Wie die VO 305/2011 verfolgt damit auch die RL 2009/125 (neben dem Umweltschutz) das Ziel, **technische Handelshemmnisse zu beseitigen**, die bestehen wenn die Mitgliedstaaten unterschiedliche Anforderungen stellen, und somit den Binnenmarkt zu fördern (vgl. Art. 1 RL 2009/125).

36. Unter energieverbrauchsrelevanten Produkten sind nach Art. 2 Nr. 1 RL 2009/125 letztlich alle Produkte zu verstehen, nimmt die Begriffsdefinition doch auf alle Gegen-

⁸⁶ Fn. 67.

⁸⁷ Rn. 8 ff., 16 ff.

⁸⁸ S. im Einzelnen oben Rn. 16 ff.

⁸⁹ Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (Ökodesign-RL), ABl. 2009 L 285, 10.

stände Bezug, deren Nutzung den Verbrauch von Energie in irgendeiner Weise beeinflusst.⁹⁰ Die Richtlinie formuliert jedoch nicht selbst entsprechende (Produkt-) Vorschriften, sondern schafft lediglich einen **Rahmen für die Ausarbeitung von Durchführungsmassnahmen**, die ihrerseits Produktnormen in Bezug auf das Ökodesign von Produkten verankern, wobei diese Produktnormen nicht auf Aspekte des Energieverbrauchs beschränkt sind, sondern weitere Aspekte des Ökodesigns der Produkte regeln können (vgl. die Begriffsdefinitionen in Art. 2 Nr. 23, 24 RL 2009/125). Die Durchführungsmassnahmen – also die Definition der Produkthanforderungen – werden von der Kommission im Ausschussverfahren (Art. 19 RL 2009/125) erlassen, die eine Reihe von Vorgaben zu beachten hat (Art. 15 RL 2009/125); so sollen (insbesondere) Produkte von Durchführungsmassnahmen erfasst werden, die ein erhebliches Verkaufs- und Handelsvolumen aufweisen, angesichts der in Verkehr gebrachten und/oder in Betrieb genommenen Mengen erhebliche Umweltauswirkungen haben und ein erhebliches Potenzial für Verbesserungen betreffend der Umweltverträglichkeit bieten.⁹¹

37. Deutlich wird damit auch, dass auch von der VO 305/2011 erfasste **Bauprodukte** Gegenstand einer solchen **Durchführungsmassnahme** sein können und damit im Verhältnis zur VO 305/2011 zusätzliche Produkthanforderungen formuliert werden, die nach der RL 2009/125 Voraussetzung für deren Verkehrsfähigkeit sind. So wurde denn auch die **VO 2015/1185**⁹² erlassen, die die Produktgruppe der **Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräte** erfasst. Als Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräte gelten Heizgeräte, die chemische Energie fester Brennstoffe direkt in Wärme umwandeln und diese auf einen geschlossenen Raum abgeben (Art. 2 Nr. 1 VO 2015/1185), und sie sind auch als Bauprodukte im harmonisierten Bereich von der **VO 305/2011** erfasst (Erw. 18 VO 2015/1185). Die Verordnung sieht für das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme solcher Geräte einerseits Anforderungen bezüglich des Raumheizungs-Jahresnutzungsgrads vor, d.h. das Gerät muss zu einem bestimmten Mindestgrad für die Heizung eines Raumes verantwortlich sein (Anhang II Nr. 1 VO 2015/1185). Andererseits werden mit der Verordnung auch Anforderungen hinsichtlich der Emission von Staub, gasförmigen organischen Verbindungen, Kohlenmonoxid und Stickoxid des Geräts festgelegt (Anhang II Nr. 2 VO 2015/1185). Diese Anforderungen sind ab dem 1. Januar 2022 zu beachten.

38. Damit gehen die Anforderungen der VO 2015/1185 über das hinaus, was derzeit in den harmonisierten Normen vorgesehen ist, so dass sich die Frage nach dem Verhältnis

⁹⁰ Wobei die am meisten Energie verbrauchenden Produkte (die Verkehrsmittel) jedoch vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind (Art. 1 Abs. 3 RL 2009/125).

⁹¹ Mittlerweile wurde bereits eine Reihe solcher Durchführungsverordnungen erlassen, und für zahlreiche weitere Produkte ist dies noch vorgesehen, vgl. z.B. VO 642/2009, ABl. 2009 L 191, 42 (Fernseher); VO 640/2009, ABl. 2009 L 191, 26 (Elektromotoren). S. ansonsten das Arbeitsprogramm der Kommission in KOM(2008) 660 endg.

⁹² Verordnung (EU) 2015/1185 der Kommission vom 24. April 2015 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräten, ABl. 2015 L 193, 1.

zur VO 305/2011 stellt. Diesbezüglich weist Erw. 18 VO 2015/1185 darauf hin, dass die **harmonisierten Normen** im Sinne der Vereinfachung und der Rechtssicherheit **angepasst** werden sollen. Insofern ist zu erwarten, dass die Ökodesign-Anforderungen bis 2022 (Datum, ab dem die Anforderungen der VO 2015/1185 zu beachten sind) in den betreffenden harmonisierten Normen integriert werden. Diesfalls stellt sich das Problem des Verhältnisses der beiden Rechtsakte nicht, wären doch die jeweiligen Anforderungen übereinstimmend geregelt.

39. Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie die Rechtslage ausgestaltet ist, wenn diese Harmonisierung nicht erfolgen sollte. Vieles spricht in diesem Zusammenhang dafür, dass diesfalls die Anforderungen der VO 2015/1185 i.V.m. RL 2009/125 zusätzlich zu denjenigen der VO 305/2011 zu beachten wären: So weist insbesondere **Art. 8 Abs. 2 Uabs. 3 VO 305/2011** darauf hin, dass die Hersteller auch die Verantwortung dafür tragen, dass das jeweilige Produkt allgemein den unionsrechtlichen Anforderungen, welche die CE-Kennzeichnung vorsehen, entspricht. Kommen nun in anderen Sekundärrechtsakten zu den Vorgaben der VO 305/2011 weitere Anforderungen hinzu, so müssen diese eben **zusätzlich beachtet** werden. Deutlich wird damit, dass die VO 305/2011 zwar von einer abschliessenden Regelung der Voraussetzungen des Inverkehrbringens bzw. der Bereitstellung der erfassten Produkte ausgeht, diese Voraussetzungen aber neben den Anforderungen der VO 305/2011 selbst alle **weiteren einschlägigen und anwendbaren unionsrechtlichen Vorgaben** erfassen.

40. Dabei müssen diese unionsrechtlichen Vorgaben auch tatsächlich verbindlich sein, was in Bezug auf die VO 2015/1185 erst **ab 2022** der Fall ist. Zwischenzeitlich bleibt es dabei, dass allein auf die VO 305/2011 – entsprechend der erörterten Grundsätze⁹³ – abzustellen ist. Hieran ändert auch **Art. 8 VO 2015/1185**, wonach die Mitgliedstaaten in der Zwischenzeit (also bis 2022) das „Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Festbrennstoff-Einzelraumheizgeräten gestatten [können], die den geltenden nationalen Vorschriften [...] entsprechen“ nichts. Denn diese Regelung ist unter Berücksichtigung des **Zusammenhangs mit der VO 305/2011** auszulegen, so dass nicht davon auszugehen ist, dass sie das System der VO 305/2011 grundlegend modifizieren sollte. Dies wäre aber der Fall, wenn man diese Bestimmung in dem Sinn auslegte, dass sie es den Mitgliedstaaten allgemein erlaubte, über die VO 305/2011 hinausgehende Anforderungen bereits an das Inverkehrbringen zu gestatten, wäre damit doch das gesamte System der VO 305/2011 in Bezug auf diese Produkte ausgehebelt; eine solch bedeutende Implikation hätte jedoch klar zum Ausdruck kommen müssen und dies – aufgrund der Normenhierarchie – letztlich nicht erst in einer Verordnung der Kommission. Damit in engem Zusammenhang steht die Erwägung, dass die hier in Frage stehende Verordnung der Kommission auch allgemein wohl kaum so ausgelegt werden kann, dass sie Abweichungen vom (gesamten) übrigen Sekundärrecht erlaubte. Vor diesem Hintergrund dürfte Art. 8 VO 2015/1185 lediglich unter der Voraussetzung zum Zuge kommen können, dass keine sonstigen unionsrechtlichen Vorschriften bestehen (die jedenfalls zu beachten

⁹³ Rn. 8 ff.

sind), so dass sie sich diese Vorschrift im Ergebnis (nur) auf solche nationalen Vorschriften bezieht, welche die **Verwendung** der Produkte betreffen, ein Ansatz, der auch insofern überzeugend ist, als sich die Anforderungen der VO 2015/1185 sowohl auf die Produkte selbst als auch auf deren Verwendung beziehen.

Letztlich aufgrund paralleler Erwägungen kann die VO 2015/1185 (und insbesondere ihr Art. 8) auch nicht so ausgelegt werden, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, die ihr zu entnehmenden Vorgaben bereits vor 2022 anzuwenden, soweit sie nicht mit sonstigem Sekundärrecht, insbesondere der VO 305/2011, vereinbar sind. Denn auch eine solche Möglichkeit hebelte das grundsätzliche Konzept der VO 305/2011 aus, und Sinn insbesondere des Art. 8 VO 2015/1185 ist es wohl vielmehr, den Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit der Beibehaltung nationaler Vorschriften während einer Übergangsphase die Möglichkeit zu geben, sich auf die Einführung der neuen Anforderungen einzustellen. Hingegen sollen sie weder von der Verpflichtung, die Vorgaben anderer Sekundärrechtsakte zu beachten, entbunden werden noch lässt die VO 2015/1185 erkennen, dass speziell die VO 305/2011 auf diese Weise ausgehebelt werden soll.

Für diesen Ansatz spricht auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der in anderem Zusammenhang in Bezug auf die „Vorverlegung“ des Inkrafttretens von Produktvorschriften, die auf Unionsebene bereits vorgeschlagen und quasi beschlossen waren (wobei die strengeren Vorgaben erst nach einer Übergangszeit zwingend zu beachten waren) durch eine nationale Regelung prüfte, ob dies aufgrund der Art. 114 Abs. 4–6 AEUV zulässig war,⁹⁴ woraus geschlossen werden kann, dass es den Mitgliedstaaten in einer solchen Konstellation grundsätzlich gerade nicht freisteht, solche strengeren Bestimmungen bereits vorher anzuwenden, sofern damit gegen geltendes Unionsrecht verstossen wird. Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich das Unionsrecht zu beachten haben, womit es nicht in Einklang stünde, eine sekundärrechtliche Regelung so auszulegen, dass sie von der Pflicht zur Beachtung eines anderen Sekundärrechtsakts entbinden könnte.⁹⁵

IV. Fazit

41. Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass die VO 305/2011 das **Inverkehrbringen bzw. die Bereitstellung von Bauprodukten**, die von der Verordnung erfasst werden, insofern abschliessend regelt, als die Mitgliedstaaten keine über die Vorgaben der Verordnung hinausgehenden Anforderungen an das Inverkehrbringen stellen dürfen; allerdings haben sie ggf. weitere sekundärrechtliche Vorgaben zu beachten. Da die VO 305/2011 (grundsätzlich) nicht Produktanforderungen als solche harmonisiert, sondern mit der **Formulierung von Vorgaben betreffend die Art und Weise der Angabe der Leistung der Bauprodukte** im Hinblick auf ihre Verwendung in Bauwerken, für

⁹⁴ EuG, Rs. T-182/06 (Niederlande/Kommission), ECLI:EU:T:2007:191; EuGH, Rs. C-405/07 P (Niederlande/Kommission), ECLI:EU:C:2008:613.

⁹⁵ S. insoweit auch EuGH, Rs. C-2/10 (Azienda Agro-Zootecnica), ECLI:EU:C:2011:502, der festhielt, das Erfordernis in Art. 193 AEUV, wonach die nationalen Bestimmungen mit dem Vertrag vereinbar sein müssen (übrigens eine generelle Pflicht), sei so auszulegen, dass sowohl das Primärrecht als auch das gesamte Sekundärrecht erfasst sind, dies allerdings – soll Art. 193 AEUV eine eigenständige Bedeutung zukommen – mit Ausnahme des Rechtsakts, auf den sich die verstärkte Schutzmassnahme bezieht.

welche Grundanforderungen definiert werden, arbeitet, dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf die von der Verordnung erfassten Bauprodukte keine Produkthanforderungen und keine zusätzlichen Leistungsanforderungen stellen.

42. Abweichungen von diesen Grundsätzen sind lediglich dann zulässig, wenn die in der Verordnung selbst diesbezüglich bestehenden Möglichkeiten genutzt werden, wobei insbesondere auf **Art. 56 ff. VO 305/2011** hinzuweisen ist, oder falls auf **Art. 114 Abs. 4–6 AEUV** zurückgegriffen wird. In Bezug auf die zuletzt genannte Variante dürften die in diesen Vorschriften formulierten eher strengen Anforderungen in Bezug auf Bauprodukte jedoch allenfalls ausnahmsweise erfüllt sein.

43. Im Hinblick auf das **Verhältnis zu anderen unionsrechtlichen Vorschriften**, insbesondere die **RL 2009/125**, ist festzuhalten, dass die VO 305/2011 durchaus die Konstellation, dass andere Sekundärrechtsakte Vorschriften in Bezug auf von der VO 305/2011 erfasste Bauprodukte enthalten können und diese dann – soweit sie bereits verbindlich sind – zusätzlich zu beachten sind, ins Auge fasst. Wünschenswert ist es jedoch im Hinblick auf eine gewisse Rechtssicherheit und Transparenz, diese zusätzlichen Anforderungen soweit wie möglich auch in die entsprechenden Normen zu integrieren. Darüber hinaus kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass die in der VO 305/2011 enthaltenen Vorgaben vor dem Inkrafttreten bzw. vor Ablauf der Frist für deren verbindliche Beachtung insofern unterlaufen werden könnten, als sich aus anderen Sekundärrechtsakten entsprechende mitgliedstaatliche Alleingangsmöglichkeiten ergeben könnten. Relevant werden diese Grundsätze insbesondere im Zusammenhang mit der RL 2009/125: Diese geht zwar davon aus, dass Anforderungen für Produkte im harmonisierten Bereich vorgesehen werden können (wie dies auch in der VO 2015/1185 geschehen ist); die ab 2022 geltenden Vorgaben sind aber in die harmonisierten Normen zu integrieren, wodurch möglichen Konfliktsituationen begegnet werden soll. Vor 2022 dürfen die Mitgliedstaaten jedoch keine Bestimmungen anwenden, die nicht mit der VO 305/2011 vereinbar sind, woran auch Art. 8 VO 2015/1185 nichts ändert, so dass sich diese Vorschrift nur auf Regelungen betreffend die Verwendung der Produkte beziehen kann (also insbesondere die Verwendungsregeln hinsichtlich des Raumheizungs-Jahresnutzungsgrads sowie der Emissionen von Staub, gasförmigen organischen Verbindungen, Kohlenmonoxid und Stickoxiden).

C. Zu den Implikationen für die Schweiz auf der Grundlage des Bilateralen Rechts

44. Die bisherigen Ausführungen bezogen sich ausschliesslich auf die Rechtslage in der Europäischen Union. Jedoch könnten die diesbezüglichen Erkenntnisse auch für die **Rechtslage in der Schweiz** relevant sein: Zwar ist die Schweiz bekanntlich nicht Mitglied der Europäischen Union; jedoch ist sie im Rahmen der sog. **Bilateralen Abkommen** in zahlreichen Bereichen in den Unionsbesitzstand insofern einbezogen, als die einschlägigen Abkommen unionsrechtliche Bestimmungen auf die eine oder andere Weise übernehmen.⁹⁶

Die Frage nach der Reichweite der „Übernahme“ von Teilen des unionsrechtlichen Besitzstandes in ein (Bilaterales) Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ist auf der Grundlage des Gegenstands bzw. des materiellen Anwendungsbereichs eines Abkommens zu sehen: In all denjenigen Fällen, in denen ein Abkommen die „Integration“ der Schweiz in einen Teil des Unionsrechts anstrebt, erfolgt in der Regel eine relativ weitgehende Anlehnung an das bereits bestehende Unionsrecht. Dessen Umfang wird einerseits durch den eigentlichen Regelungszweck bzw. -schwerpunkt des jeweiligen Abkommens, andererseits durch mit diesen in enger Verbindung stehenden Bereichen bestimmt. Eine „Übernahme“ unionsrechtlicher Bestimmungen in Bilateralen Abkommen mit der Schweiz erfolgt in den derzeit bestehenden Abkommen entweder durch einen direkten Verweis auf unionsrechtliche Akte⁹⁷ oder aber durch eine Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen.⁹⁸

45. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung ist dabei in erster Linie das im Rahmen der sog. Bilateralen I⁹⁹ abgeschlossene **Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen** (*Mutual Recognition Agreement, MRA*)¹⁰⁰ von Bedeutung, auf das nachfolgend (I.) kurz eingegangen werden soll, um auf dieser Grundlage nach der Tragweite des **Art. 1 Abs. 3 BauPG** zu fragen (II.). Der Abschnitt schliesst mit einem kurzen Fazit (III.).

⁹⁶ Vgl. ausführlich zu den Bilateralen Abkommen und ihren Charakteristika *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, *passim*; *Cottier/Diebold/Kölliker/Liechti McKee/Oesch/Payosova/Wüger*, Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU, *passim*.

⁹⁷ Indem in Anhängen zu einem Abkommen Sekundärrechtsakte aufgeführt werden, die die Schweiz im Ergebnis anzuwenden hat („gleichwertige Rechtsetzung“). S. z.B. Anhang II, III Personenfreizügigkeitsabkommen oder Anhang I Landverkehrsabkommen.

⁹⁸ Vgl. z.B. Anhang I Personenfreizügigkeitsabkommen, das teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen übernimmt.

⁹⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128.

¹⁰⁰ Fn. 6.

I. Zum Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA)

46. Das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Mutual Recognition Agreement, MRA) soll in erster Linie **doppelte Zulassungsverfahren vermeiden**.¹⁰¹

Dieses Anliegen ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass zwar innerhalb des europäischen Binnenmarktes technische Handelshemmnisse im grenzüberschreitenden Warenverkehr seit den sechziger Jahren im Rahmen der sog. vollständigen Harmonisierungsmethode durch den Erlass umfangreicher und detaillierter Vorschriften zur Angleichung des technischen Rechts (unter Einschluss von Prüfungs- bzw. Zertifizierungsverfahren) beseitigt werden konnten.¹⁰² Von diesen exporterleichternden, kostensparenden Massnahmen konnte die Schweiz nach der Ablehnung des EWR-Abkommens nicht profitieren. Die Schweizer Exporteure mussten weiterhin ihre Produkte von den durch die EU anerkannten Zertifizierungsorganisationen kontrollieren lassen und hatten gegenüber ihren Konkurrenten aus der EU einen erheblichen finanziellen und zeitlichen Nachteil. Auch das zwischen der Schweiz und der EU bestehende Freihandelsabkommen¹⁰³ verhinderte die kostspielige **Doppelprüfung und -zertifizierung** von schweizerischen Erzeugnissen bei der Einfuhr in den europäischen Binnenmarkt nicht,¹⁰⁴ da es nicht die gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen vorsieht.

Zur Beseitigung der kostspieligen Nachteile wurde zunächst das **THG**¹⁰⁵ geschaffen. Ferner erfolgte eine **autonome Anpassung der Schweizer Vorschriften an diejenigen der EU**, die jedoch nicht die Probleme mit der **Nichtanerkennung der schweizerischen Konformitätsbewertung durch die EU** beseitigen konnte.¹⁰⁶ Daher wurde die **gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen** im Rahmen der bilateralen Abkommen verhandelt. Darüber hinaus wurde mit der am 1. Juli 2010 in Kraft getretenen Revision des THG das **Cassis de Dijon-Prinzip „autonom“ eingeführt**, so dass – es sei denn, eine der abschliessend geregelten Ausnahmen greife – ein sich in einem EU-Mitgliedstaat rechtmässig im Verkehr befindendes Produkt „automatisch“ auch in der Schweiz verkehrsfähig ist, unabhängig davon, ob es ggf. einschlägigen nationalen Produktvorschriften entspricht oder nicht.¹⁰⁷ Mit dieser Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips wird ein weiterer Abbau an technischen Handelshemmnissen angestrebt.

¹⁰¹ Vgl. Art. 1 MRA; *Bühler*, in: *Bilaterale Verträge I & II*, 581 (598 ff.).

¹⁰² *Bühler*, in: *Bilaterale Verträge I & II*, 581 (582).

¹⁰³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (Freihandelsabkommen, FHA), SR 0.632.401.

¹⁰⁴ Vgl. *Bühler*, in: *Bilaterale Verträge I & II*, 581 (584).

¹⁰⁵ Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG), SR 946.51; das THG ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten.

¹⁰⁶ Botschaft des Bundesrates über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 805 ff.; Teil des Programms zur marktwirtschaftlichen Erneuerung bilden neben dem erwähnten THG, das Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (BGBM), SR 943.02, das revidierte Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995, SR 946.51, das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB), SR 172.056.1; ferner hat die Schweiz zur Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse folgende Abkommen abgeschlossen: GATT-Übereinkommen über technische Handelshemmnisse vom 15. Dezember 1994, revidiertes Abkommen über die EFTA vom 1. Juni 2002.

¹⁰⁷ Vgl. zu dieser autonomen Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips die Bemerkungen bei *Siegwart/Felder*, SJER 2005/2006, 481 (499 ff.); *Cottier/Herren*, SJER 2009/2010, 249 (261 ff.).

Damit wird das **Ziel des Abbaus technischer Handelshemmnisse** zwischen der Schweiz und der EU seitens der Schweiz mit **drei Instrumenten** verfolgt, die allesamt im THG verankert sind: die Harmonisierung der schweizerischen technischen Vorschriften mit denjenigen der EU, staatsvertragliche Vereinbarungen sowie die autonome Anwendung des *Cassis de Dijon*-Prinzips.¹⁰⁸ Diese drei Instrumente werden auch in der Präambel des MRA erwähnt.

Bei technischen Handelshemmnissen handelt es sich gemäss Art. 3 lit. a THG um „Behinderungen des grenzüberschreitenden Verkehrs aufgrund von: 1. Unterschiedlichen technischen Vorschriften und Normen; 2. Unterschiedlicher Anwendung solcher Vorschriften und Normen oder 3. Nichtanerkennung insbesondere von Prüfungen, Konformitätsbewertungen, Anmeldungen oder Zulassungen.“

47. Das Abkommen umfasst einen allgemeinen Teil bzw. einen **Hauptteil und zwei **Anhänge**:**

- Das allgemeine, 21 Artikel umfassende **Hauptabkommen** enthält allgemeine Bestimmungen, die auf sämtliche, vom Abkommen erfasste Produktbereiche Anwendung finden und somit horizontale Wirkung entfalten.

Von Bedeutung ist hier insbesondere der in Art. 1 MRA geregelte **Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Prüfverfahren und Konformitätsbescheinigungen auf zwei Niveaus**, die je nachdem, ob die technischen Vorschriften der Vertragsparteien unterschiedlich oder gleichwertig sind, angewandt wird. Unterscheidet sich die Schweizer Gesetzgebung von derjenigen der EU, sind die Prüfberichte, Konformitätsbescheinigungen (Zertifikate) sowie die Zulassung von den Konformitätsbewertungsstellen der einen Vertragspartei auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen der anderen Vertragspartei auszustellen (Art. 1 Abs. 1). Sobald sich die **Anforderungen der Schweizer Gesetzgebung mit den Anforderungen der EU decken**, kann hingegen auf das doppelte Verfahren verzichtet werden und Prüfberichte, Konformitätsbescheinigungen sowie **Zulassungen von den Konformitätsbewertungsstellen der einen Vertragspartei können auf der Grundlage der eigenen Gesetzgebung** ausgestellt werden (Art. 1 Abs. 2). Damit müssen Schweizer Produkte nur ein einziges Mal auf der Grundlage der Schweizer Gesetzgebung kontrolliert werden und können dann direkt in die EU eingeführt werden.

Deutlich wird damit auch, dass sich das Abkommen nur auf den sog. **harmonisierten Bereich** der europäischen Produktgesetzgebung bezieht; der nicht harmonisierte Bereich bleibt ausgeschlossen, und der Zutritt der Schweiz zum europäischen Binnenmarkt ist hier weitgehend durch das Freihandelsabkommen gewährleistet.

- Im **Anhang I** werden in 16 sektoriellen Kapiteln die unterschiedlichen Produktbereiche aufgelistet.
- **Anhang II** stellt die allgemeinen Prinzipien zur Benennung und Anerkennung von Konformitätsstellen dar.

48. Damit ist in denjenigen Bereichen, in denen die schweizerischen und die EU-rechtlichen Anforderungen an die Zulassung als gleichwertig erachtet werden, ein Produkt auch zum jeweils anderen Markt zuzulassen, sobald es in der Schweiz oder in der EU zugelassen wird. Die Sektoren, in denen dies der Fall ist (und in denen somit kein doppeltes Verfahren notwendig ist), ergeben sich nach dem Gesagten aus Anhang 1

¹⁰⁸

Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275 (7289 ff.).

MRA. Dieser umfasst gemäss dem seit 2008 eingeführten **Kapitel 16** auch die **Bauprodukte**.

Bei Abschluss des MRA 1999 konnten die Bauprodukte noch nicht in das Abkommen integriert werden, da die Schweiz in diesem Bereich nicht über die erforderliche Gesetzgebung verfügte.¹⁰⁹ Der Erlass des damaligen Bauproduktgesetzes erfolgte also hauptsächlich aus dem Grund, dass im Bereich der Bauprodukte eine gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen erfolgen sollte, um einheimische Bauproduktehersteller, die in die EU exportierten, vor einer Schlechterstellung zu bewahren.¹¹⁰

49. Kap. 16 Anhang I MRA listet Erlasse der EU sowie der Schweiz auf, und in diesen Erlassen vorgesehene Konformitätsbewertungsverfahren fallen in den Geltungsbereich des MRA, d.h. werden in der EU bzw. der Schweiz als mit den eigenen Anforderungen gleichwertig erachtet. In diesem Sinne sind also Verfahren nach der **VO 305/2011** und Verfahren, die sich nach dem schweizerischen **Bauproduktgesetz** (BauPG)¹¹¹ oder der Bauprodukteverordnung (BauPV)¹¹² richten, als **gleichwertig** anzusehen. Gleiches gilt für Normen und technische Regelungen.

50. Aus diesem Grund wurde denn auch die schweizerische **Bauproduktgesetzgebung** als Reaktion auf die Revision der Bauprodukterichtlinie bzw. die Einführung der Bauprodukteverordnung entsprechend geändert.¹¹³ Das BauPG in der aktuellen Fassung ist folglich das Ergebnis des Bestrebens, die schweizerische Rechtslage parallel zur EU-rechtlichen auszugestalten und somit die **Gleichwertigkeit** der Verfahren beizubehalten bzw. wieder herzustellen.¹¹⁴

51. Nebst der Erklärung, dass gewisse Verfahren als gleichwertig zu erachten sind, sieht das **MRA** in Bezug auf die Bauprodukte auch Verfahren vor, die der Schweiz parallele Möglichkeiten, die den Mitgliedstaaten aufgrund der oben¹¹⁵ dargestellten Verfahren von **Art. 18, Art. 56 ff. VO 305/2011** sowie des Art. 25 VO 305/2011 zukommen, gewährt. Im Wesentlichen sind diese Verfahren den Regelungen in der VO 305/2011 nachgebildet, wobei insbesondere auch die der **Kommission** zukommende Rolle – die **parallel** zu derjenigen, die dieser gegenüber den **Mitgliedstaaten** zukommt – hervorzuheben ist. Insgesamt ergeben sich aus dem MRA der Schweiz somit gewisse eingeschränkte Handlungsmöglichkeiten, falls sie öffentliche Interessen, worunter wohl auch der Schutz der Umwelt fällt, als gefährdet erachtet. Getroffene Massnahmen haben jedoch stets von der Kommission evaluiert zu werden, wobei im Streitfall dem Gemischten Ausschuss eine bedeutende Rolle zukommt (Art. 10, 14 MRA).

¹⁰⁹ Vgl. *Ganz*, LeGes 2006, 79 (80).

¹¹⁰ Vgl. *Ganz*, LeGes 2006, 79 (80 f.).

¹¹¹ Fn. 7.

¹¹² Fn. 8.

¹¹³ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7475).

¹¹⁴ Vgl. auch *Bühler*, Sicherheit von Non-Food-Produkten, 81 f.

¹¹⁵ Rn. 19.

Im Einzelnen sieht Kap. 16 Abschnitt IV Nr. 3 lit. b Anhang I MRA vor, dass die Schweiz die Kommission ersuchen kann, das Verfahren von Art. 18 VO 305/2011 zu beschreiten, wenn sie der Auffassung ist, dass eine harmonisierte Norm nicht den Anforderungen der im MRA genannten bauproduktrechtlichen Vorschriften, d.h. insbesondere der VO 305/2011 oder dem BauPG, entspricht. Dieselbe Möglichkeit besteht gemäss Kap. 16 Abschnitt IV Nr. 4 lit. e Anhang I MRA auch im Rahmen von Europäischen Technischen Bewertungen. Kap. 16 Abschnitt IV Nr. 9 Anhang I MRA sieht vor, wie zu verfahren ist, wenn die Schweiz oder ein Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass von einem Produkt eine Gefahr ausgeht, die darauf gründet, dass das Bauprodukt den Anforderungen der i.S.v. Kapitel 16 Abschnitt I Anhang I MRA als gleichwertig erachteten Rechtsvorschriften nicht genügt. Wie in Art. 56 VO 305/2011 für die Mitgliedstaaten vorgesehen, hat demnach auch die Schweiz die Kommission unverzüglich über getroffene Massnahmen zu unterrichten. Erhebt ein Mitgliedstaat oder die Schweiz Einwände gegen eine in diesem Sinne getroffene Massnahme oder erachtet die Kommission die Massnahme als unvereinbar mit den geltenden Rechtsvorschriften, evaluiert die Kommission die Massnahme eingehend, um festzustellen, ob sie gerechtfertigt ist oder nicht. Ist ersteres der Fall haben auch die anderen Mitgliedstaaten bzw. die Schweiz sicherzustellen, dass das Produkt vom Markt genommen wird. Stellt die Kommission hingegen fest, dass die Massnahme nicht gerechtfertigt ist, hat der betreffende Mitgliedstaat bzw. die Schweiz die Massnahme zurückzunehmen. Kap. 16 Abschnitt IV Nr. 11 Anhang I MRA sieht vor, wie vorzugehen ist, wenn ein Mitgliedstaat oder die Schweiz der Auffassung ist, dass ein Produkt eine Gefahr für die Einhaltung der Grundanforderungen an Bauwerke, für die Sicherheit oder die Gesundheit der Menschen oder für andere öffentliche Interessen darstellt, obschon das Bauprodukt den geltenden Rechtsvorschriften entspricht. Der betreffende Mitgliedstaat oder die Schweiz kann daraufhin Massnahmen ergreifen, die jedoch unverzüglich der Kommission zu melden sind. Die Kommission nimmt daraufhin eine Evaluierung der getroffenen Massnahmen vor, um festzustellen, ob sie gerechtfertigt sind oder nicht. Allfällige Streitfragen werden vom Gemischten Ausschuss behandelt (Art. 10, 14 MRA).

52. Deutlich wird damit insgesamt, dass das MRA letztlich im Wesentlichen die Rechtslage in der EU auf der Grundlage der VO 305/2011 übernimmt. Dies hat Folgen für die **Auslegung des Abkommens**. Denn – ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden – in den Fällen, in denen der Regelungszweck und der Regelungsinhalt eines Abkommens klar erkennen lässt, dass mit dem Abkommen im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der Union angestrebt wird, ist das Abkommen grundsätzlich unter Übernahme der unionsrechtlichen Prinzipien auszulegen (**Grundsatz der parallelen Auslegung**).¹¹⁶ Eine solche parallele Auslegung muss grundsätzlich auch und gerade unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen.

53. Damit ist davon auszugehen, dass die **Schweiz** in Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen von der VO 305/2011 bzw. vom MRA erfasste Bauprodukte in Verkehr gebracht werden dürfen, letztlich über das Abkommen an **parallele Vorgaben wie die EU-Mitgliedstaaten** gebunden ist, mit der Folge, dass die oben entwickelten Grundsätze¹¹⁷ im Ergebnis auch in der Schweiz zum Zuge kommen müssen.

¹¹⁶ Vgl. im Einzelnen die Entwicklung dieses Grundsatzes bei *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, insbesondere 95 ff., 191 ff. In Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen geht auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung klar in diese Richtung, s. grundlegend BGE 136 II 5. S. jüngst BGE 142 II 35.

¹¹⁷ Rn. 8 ff.

II. Zur Tragweite des Art. 1 Abs. 3 BauPG

54. Wenn nach dem Gesagten¹¹⁸ das MRA letztlich die auf Unionsebene geltenden Vorgaben im von dem Abkommen erwähnten Bereich und damit auch auf dem Gebiet der Bauprodukte übernimmt (so dass die entsprechenden Bestimmungen des Abkommens parallel zur Rechtslage in der Union auszulegen sind) und das einschlägige schweizerische Recht vor diesem Hintergrund mit dem Ziel angepasst wurde, eine mit dem Unionsrecht gleichwertige Rechtslage zu gewährleisten,¹¹⁹ entfaltet dies auch Auswirkungen auf die **Auslegung des relevanten nationalen Rechts**, ist doch davon auszugehen, dass dieses grundsätzlich so zu verstehen ist, dass den skizzierten **Anliegen einer parallelen Rechtslage** Rechnung getragen werden kann.

55. Diese Erwägungen kommen insbesondere im Zusammenhang mit dem **BauPG** zum Zug: Dieses bildet den „Grunderlass“ der schweizerischen Bauproduktgesetzgebung. Es ist mit der VO 305/2011 vergleichbar und legt die Grundkonzeption der Regelung betreffend das **Inverkehrbringen und das Bereitstellen auf dem Markt von Bauprodukten** fest und lehnt sich weitgehend an die Systematik der VO 305/2011 an. Insofern ist davon auszugehen, dass das BauPG grundsätzlich so auszulegen ist, dass es den Vorgaben der VO 305/2011 gleichwertig ist, was insbesondere für das Inverkehrbringen und Bereitstellen von Bauprodukten auf dem Markt gelten muss.

56. Somit ist davon auszugehen, dass die in Bezug auf die VO 305/2011 entwickelte Systematik¹²⁰ auch im Rahmen des BauPG zum Zuge kommt mit der Folge, dass das **Inverkehrbringen und Bereitstellen von Bauprodukten**, welche von harmonisierten Normen erfasst werden, auf dem Markt ausschliesslich von denjenigen Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf, die sich in der **Bauproduktgesetzgebung** selbst (also im BauPG und in der BauPV) finden, es sei denn, im Sekundärrecht der Union finden sich darüber hinausgehende Anforderungen. Hingegen kann die Verwendung der Bauprodukte durch weitere, insbesondere auch kantonale Vorschriften geregelt werden.

57. **Art. 1 Abs. 3 BauPG** trägt diesen Zusammenhängen Rechnung, indem präzisiert wird, in welchen Konstellation der Bund oder allenfalls die Kantone technische Vorschriften bezüglich des Inverkehrbringens von Bauprodukten festlegen dürfen. Bei der Bestimmung handelt es sich um eine **Kollisionsregel**, nach der zu bestimmen ist, ob technische Vorschriften, die ein Bauprodukt aufgrund einer anderen Norm ausserhalb des Bauproduktrechts zu erfüllen hat, angewendet werden dürfen. M.a.W. legt die Bestimmung folglich fest, wann technische Vorschriften, die von Bauprodukten einzuhalten sind, sich nur aus der Bauproduktgesetzgebung ergeben und wann auch andere Normen zulässig sind.

¹¹⁸ Rn. 46 ff.

¹¹⁹ S. insoweit die sehr klaren Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (insbesondere 7473 ff., 7482 f., 7491 f.).

¹²⁰ Rn. 8 ff.

Bei **technischen Vorschriften** handelt es sich gemäss der Botschaft um „verbindliche Regeln, deren Einhaltung die Voraussetzung ist, dass Produkte auf dem Markt angehoben, in Verkehr gebracht, bereitgestellt, verwendet oder entsorgt werden dürfen.“¹²¹

58. Im Einzelnen sieht **Art. 1 Abs. 3 BauPG** vor, dass Anforderungen an das Inverkehrbringen in folgenden Konstellationen erlassen werden können bzw. neben der Bauproduktgesetzgebung anwendbar sind:

- Erstens sind all diejenigen technischen Vorschriften anwendbar, die **Inhaltsstoffe von Bauprodukten** betreffen, die sich m.a.W. mit der Frage beschäftigen, welche Stoffe in einem Bauprodukt enthalten sein dürfen (Art. 1 Abs. 3 lit. a BauPG). Dieser Bereich entzieht sich auch im EU-Recht dem Anwendungsbereich der VO 305/2011, fällt die Frage doch vielmehr in den Regelungsbereich der VO 1907/2006 (sog. REACH-Verordnung)¹²², und die Rechte und Pflichten, die daraus für die Mitgliedstaaten entstehen, bleiben von der VO 305/2011 unberührt.¹²³ Es ist jedoch zu beachten, dass es sich hier nur um die Frage dreht, welche Stoffe enthalten sein dürfen, und nicht um die Emissionen, die von einem bestimmten Bauprodukt ausgehen.¹²⁴ Von Bauprodukten ausgehende Emissionen können demnach sehr wohl Bestandteil von im Rahmen des BauPG bestehenden harmonisierten technischen Spezifikationen sein.¹²⁵
- Weiter erlaubt Art. 1 Abs. 3 lit. b BauPG auch weiterhin die Regelung von **Verwendung**, Inbetriebnahme, Anwendung oder Installation von Bauprodukten, auch wenn diese von einer harmonisierten Norm erfasst sind oder wenn für diese eine Europäische Technische Bewertung ausgestellt worden ist. Damit übernimmt das BauPG die **Dichotomie von Inverkehrbringen und Verwenden**, wie sie auch das EU-Recht kennt,¹²⁶ sind doch auch die Inbetriebnahme, die Anwendung und die Installation ebenfalls Vorgänge, die auf der Ebene des Verwenders oder der Verwenderin des Bauprodukts stattfinden. Regelungen betreffend die Verwendung von Bauprodukten können also weiterhin ausserhalb der Bauproduktgesetzgebung festgelegt werden.

¹²¹ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7475).

¹²² Verordnung (EG) 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates und der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. 2006 L 396, 1.

¹²³ S. insoweit auch Erw. 25 VO 305/2011 sowie Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7494).

¹²⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7494).

¹²⁵ Bei den harmonisierten technischen Spezifikationen handelt es sich gemäss Art. 2 Ziff. 11 BauPG um eine harmonisierte technische Norm oder ein Europäisches Bewertungsdokument.

¹²⁶ Rn. 8 ff.

Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus dem **Regelungsgegenstand** des BauPG, der sich gemäss Art. 1 Abs. 1 BauPG auf das Inverkehrbringen und die Bereitstellung auf dem Markt von Bauprodukten beschränkt. Die Verwendung fällt somit gar nicht in den Geltungsbereich des BauPG, was Art. 1 Abs. 3 lit. b BauPG etwas überflüssig erscheinen lässt. Auch ist die Formulierung der Bestimmung nicht ganz klar, besagt der Artikel doch eigentlich, dass Anforderungen an das Inverkehrbringen zulässig sind, soweit sie die Verwendung betreffen, was *a priori* etwas widersprüchlich erscheint.

- Gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. c BauPG sind auch Regelungen bezüglich des Inverkehrbringens von **Bauprodukten im nicht-harmonisierten Bereich** zulässig. Es zeigt sich also, dass der Regelungsansatz des BauPG im Ergebnis demjenigen der VO 305/2011 nachgebildet ist und sich ebenso wie dieser auf Bauprodukte im harmonisierten Bereich konzentriert.
- Schliesslich sind gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. d BauPG auch technische Vorschriften zulässig, die Produkte betreffen, die nicht nur als Bauprodukte in Verkehr gebracht werden können, und die weiteren übernommenen **Harmonisierungsrechtvorschriften der EU** entsprechen. Konkret bedeutet dies, dass auf gewisse Produkte, die nebst der Bauproduktgesetzgebung auch in den Anwendungsbereich anderer sektorspezifischer Bestimmungen fallen, mehrere Vorschriften anwendbar sein können.

59. Zwar soll die Auflistung der vier in **Art. 1 Abs. 3 BauPG** genannten Fälle, in denen technische Vorschriften in Bezug auf das Inverkehrbringen von Bauprodukten, die in Erlassen ausserhalb der Bauproduktgesetzgebung festgelegt sind, zulässig sind, **nicht abschliessend** sein.¹²⁷ Ohne diese Frage vorliegend vertiefen zu können, ist jedenfalls festzuhalten, dass auch auf der Grundlage dieses Ansatzes (also der Annahme des nicht abschliessenden Charakters der Kollisionsregel) nicht anzunehmen ist, dass ausgehend hiervon unterschiedlichste technische Vorschriften ausserhalb der Bauproduktgesetzgebung zur Anwendung kommen könnten. Vielmehr ist – wie bereits erwähnt¹²⁸ – zu beachten, dass das BauPG und damit auch die Kollisionsregel von Art. 1 Abs. 3 BauPG im Lichte des Bestrebens, sich an die EU-rechtliche Lage anzupassen, verfasst wurde, wobei dieses Bestreben darauf gründet, dass aufgrund des MRA die Verfahren der VO 305/2011 und des BauPG als gleichwertig erachtet werden und diese Gleichwertigkeit im Sinne des Ziels technische Handelshemmnisse abzubauen erhalten werden soll. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit dem Erlass von Art. 1 Abs. 3 BauPG also eine Rechtslage parallel zu derjenigen in der EU zu schaffen. Es ist daraus zu schliessen, dass die Liste des Art. 1 Abs. 3 BauPG demnach nur um Konstellationen ergänzt werden könnte, die auch unter dem Unionsrecht als zulässig erachtet würden bzw. auch mit der VO 305/2011 vereinbar wären.

60. Werden also in anderen Konstellationen als den in Art. 1 Abs. 3 BauPG erwähnten Anforderungen an das Inverkehrbringen vorausgesetzt, sind diese folglich nicht zulässig

¹²⁷ So die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7493); weiter auch *Bühler*, Sicherheit von Non-Food-Produkten, 87.

¹²⁸ Rn. 49 f., 54.

bzw. nur unter der Voraussetzung, dass die genannten Verfahren, wie sie im MRA vorgesehen sind,¹²⁹ eingehalten werden. Soweit solche von der **Bauproduktegesetzgebung abweichende Anforderungen**, die in diesem Sinne als unzulässig zu erachten wären, in einer **Verordnung** vorgesehen, sind sie wohl **nicht anwendbar**, da Art. 1 Abs. 3 BauPG in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten ist, somit auf einer höheren Normstufe angesiedelt ist und ihm demnach Vorrang zukommt. Sollten solche Anforderungen in einem **Bundesgesetz** vorgesehen, wäre zu evaluieren, ob dem betreffenden Gesetz oder dem BauPG Vorrang zukäme. Dies hätte zunächst unter Beachtung der gebräuchlichen Auslegungsmethoden und den herkömmlichen Regeln zur Lösung von Normkonflikten – wie bspw. dem *lex specialis*- oder dem *lex posterior*-Prinzip – zu geschehen. Rein abstrakt betrachtet ist anzunehmen, dass der Bestimmung von Art. 1 Abs. 3 BauPG in vielen Fällen Vorrang zukäme, da sie als explizite Kollisionsregel spezifisch auf den Fall von Normkonflikten zugeschnitten ist. Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Anwendung eines solchen, dem BauPG widersprechenden Bundesgesetzes in der Regel einen Verstoß gegen das MRA nach sich zöge, so dass das Bundesgesetz bereits auf der Grundlage des grundsätzlichen **Vorrangs des Völkerrechts** in der Rechtsanwendung zurücktreten müsste.

Das Bundesgericht geht in Bezug auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen von einem grundsätzlichen Vorrang der letzteren aus, wobei allerdings in denjenigen Fällen, in denen der Bundesgesetzgeber „bewusst“ gegen den völkerrechtlichen Vertrag verstossen wollte, eine Ausnahme zum Zuge kommt (sog. „Schubert-Praxis“). Von dieser gibt es wieder eine Gegen Ausnahme, soweit es um völkerrechtliche Verträge, welche menschenrechtliche Garantien verankern, geht (sog. „PKK-Rechtsprechung“), die das Bundesgericht jüngst auf das Freizügigkeitsabkommen ausgedehnt hat.¹³⁰ Da in dem hier interessierenden Bereich nicht ersichtlich ist, dass der Bundesgesetzgeber in einem Bundesgesetz vom MRA abweichen wollte, sind die sich hier stellenden Fragen vorliegend nicht von Bedeutung.

III. Fazit

61. Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Rechtslage in der Schweiz auf der **Grundlage des MRA und des BauPG parallel zu derjenigen auf Unionsebene ausgestaltet** ist, mit der Folge, dass das Inverkehrbringen und Bereitstellen von Bauprodukten, die den harmonisierten Bereich betreffen, ausschliesslich von der Bauproduktegesetzgebung erfasst ist und Ausnahmen von diesem Grundsatz nur insoweit zulässig sind, wie die im MRA vorgesehenen (Schutzklausel-) Verfahren durchlaufen werden. Hingegen kann die Verwendung der Bauprodukte durch sonstige insbesondere auch kantonale Vorschriften geregelt werden.

¹²⁹ Rn. 51.

¹³⁰ BGE 142 II 35. Vgl., m.w.N., zum Problemkreis *Epiney*, Jusletter v. 14.3.2016.

D. Exkurs: Zur Reichweite der Bundeskompetenzen im Hinblick auf die Regelung der Verwendung von Bauprodukten

62. Wenn somit die **Verwendung von Bauprodukten** durch nationale Vorschriften „autonom“ geregelt werden darf, fragt es sich in der Schweiz, ob und inwieweit dem **Bund** hierfür **Kompetenzen** zustehen bzw. wie die Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen hier ausgestaltet sind.

63. Gemäss der Grundaussage von **Art. 3 BV** verfügt der Bund nur über diejenigen Zuständigkeiten und Befugnisse, die ihm von der Verfassung zugewiesen werden, d.h. es kann von einem Prinzip der Einzelermächtigung gesprochen werden.¹³¹ Die Zuständigkeiten, die nicht dem Bund zugewiesen werden, bleiben bei den Kantonen, wobei stets nach den üblichen Auslegungsmethoden zu eruieren ist, ob eine Aufgabe in die Kompetenz des Bundes und der Kantone fällt.¹³² Es besteht somit keine Vermutung, dass eine Aufgabe in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt.

64. Der Erlass der **Bauproduktegesetzgebung** stützt sich auf **Art. 95, 97 und 101 BV**.¹³³ Das BauPG geht somit (wohl zutreffenderweise) davon aus, dass dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung im **Bereich des Inverkehrbringens und Bereitstellens von Bauprodukten** aufgrund der Kompetenz zur Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes, der Verpflichtung den Konsumentenschutz zu gewährleisten und der Kompetenz zur Festlegung der Aussenwirtschaftspolitik zukommt.

65. In Bezug auf die **Verwendung von Bauprodukten** enthält die Verfassung jedoch als solche keine klare Kompetenzgrundlage für ein gesetzgeberisches Tätigwerden des Bundes in diesem Bereich. Vielmehr dürfte die Gesetzgebung hier mehrheitlich Sache der Kantone sein, während dem Bund nur sehr beschränkt Kompetenzen zustehen dürften.¹³⁴ Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Verwendung von Bauprodukten über die Anforderungen an Bauwerke geregelt wird und diese mehrheitlich in das **kantonale materielle Baupolizeirecht** bzw. das allgemeine **Sicherheitsrecht** fallen.¹³⁵ Eine Ausnahme hiervon stellen Anforderungen an Bauwerke, die in den Zuständigkeitsbereich des Bundes (wie z.B. Nationalstrassen) fallen, dar.¹³⁶

¹³¹ Vgl. *Biaggini*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 3 BV, Rn. 13 f.

¹³² *Biaggini*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 3 BV, Rn. 16.

¹³³ Präambel BauPG.

¹³⁴ So Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7530).

¹³⁵ Vgl. zu den kantonalen Bau- und Nutzungsvorschriften *Griffel*, Raumplanungs- und Baurecht, 115 ff.; weiter auch *Hänni*, Planungs- Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 309 ff.

¹³⁶ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467 (7530).

Im Rahmen der Ausübung der kantonalen Kompetenzen erarbeitete die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) 1998 die Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH).¹³⁷ Die Vereinbarung soll die Harmonisierungsbestrebungen des Bundes im Bereich der Bauprodukte auf der Ebene der Anforderungen an die Verwendung unterstützen, indem sie den Abbau technischer Handelshemmnisse, die einerseits auf internationaler und andererseits aber auch interkantonomaler Ebene bestehen, bezweckt.¹³⁸

66. Allerdings könnten insoweit Bundeskompetenzen für Regelungen der Verwendung von Bauprodukten bestehen, als diese von primär andere Bereiche betreffenden bzw. andere Zielsetzungen verfolgenden Kompetenzgrundlagen „miterfasst“ sein können. In Frage kommen hier zunächst Art. 95, 97, 101 BV (auf die sich die Bauproduktgesetzgebung des Bundes stützt), sodann aber auch weitere bereichsübergreifende Bestimmungen:

- Nach **Art. 95 BV** kommt dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz zu, um die Verwirklichung eines **einheitlichen schweizerischen Binnenmarktes** zu gewährleisten. Einen Anhaltspunkt dafür, dass dies nicht auf den Bereich des Inverkehrbringens und des Bereitstellens beschränkt sein muss bzw. dass auch aufgrund von Verwendungsregeln die Verwirklichung des Binnenmarktes gefährdet sein kann, ergibt sich aus der Tatsache, dass die Kantone eine interkantonale Vereinbarung geschlossen haben, um technische Handelshemmnisse abzubauen, woraus sich schliessen lässt, dass die bundesweite Regelung des Inverkehrbringens und des Bereitstellens auf dem Markt nicht dazu führt, dass keine Handelshemmnisse mehr bestehen.
- Weiter könnte sich auch aus der Zuständigkeit, Massnahmen zum **Konsumentenschutz** zu ergreifen (**Art. 97 BV**), eine Zuständigkeit des Bundes zum Erlass von Verwendungsregeln ergeben. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass es sich bei Konsumentinnen und Konsumenten nur um private Endverbraucher, d.h. natürliche Personen, die das Bauprodukt zum privaten Gebrauch beschaffen, handeln kann.¹³⁹ Die Regelungen müssten also, stützten sie sich nur auf Art. 97 BV, Personen, denen diese Rolle aufgrund gewerblicher Tätigkeiten zukommt, wie z.B. Bauunternehmer, vom Anwendungsbereich ausnehmen.
- Sodann könnten sich entsprechende Bundeskompetenzen aus den Verfassungsbestimmungen zum **Umweltschutz** ergeben. So wird der Bund nach **Art. 74 Abs. 1 BV** gesetzgeberisch tätig, um den Menschen und seine natürliche Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu schützen.¹⁴⁰ Dabei handelt es sich um eine **umfassende Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wir-**

¹³⁷ Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 23. Oktober 1998 (IVTH), SR 946.513.

¹³⁸ Vgl. Art. 1 IVTH; vgl. auch *Ganz*, LeGes 2006, 79 (80).

¹³⁹ Vgl. *Hettich*, in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar, Art. 97 BV, Rn.5.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu *Griffel*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 74 BV, Rn. 16 ff.

kung, wobei den Kantonen die konkurrierende Kompetenz verbleibt, eigene Vorschriften zu erlassen, solange der betreffende Bereich auf Bundesebene noch nicht geregelt wurde.¹⁴¹

Seinem Gesetzgebungsauftrag kam der Bund insbesondere mit dem Erlass des Umweltschutzgesetzes (USG)¹⁴² nach. Auf kantonaler Ebene besteht jedoch nicht (mehr) viel materielles Umweltrecht, da der Bund in bedeutendem Umfang von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat.¹⁴³

Der **materielle Umfang der Gesetzgebungskompetenz** ist denn auch als **weit** gefasst zu verstehen. So umfasst der Schutz vor schädlichen und lästigen Einwirkungen nicht nur Immissionen im eigentlichen Sinne, sondern ist umfassend auch auf andere nachteilige Veränderungen, z.B. des Klimas, bezogen.¹⁴⁴ Ginge nun von einem bestimmten Bauprodukt oder einer bestimmten Bauproduktekategorie eine Gefahr für die Umwelt aus, wäre ein Erlass von beispielsweise polizeirechtlichen Verbots- und Gebotsnormen auf Bundesebene wohl denkbar. Selbstverständlich wäre jedoch auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 5 Abs. 2 BV zu wahren.

Ausgehend von diesen Grundsätzen dürfte Vieles dafür sprechen, dass dem Bund schon aufgrund des umfassenden Charakters des Art. 74 BV sowie der zielgerichteten Umschreibung des Regelungsgegenstands eine Kompetenz zukommt, **Vorgaben über die Verwendung von Bauprodukten** zu erlassen, soweit diese durch Anliegen des **Umweltschutzes** – wobei hier insbesondere die **Luftreinhaltung** in Betracht kommt – begründet sind. Im Einzelnen wäre jeweils die Verhältnismässigkeit zu prüfen; diese könnte aber gerade bei schädlichen Einwirkungen mit kantonsübergreifenden Wirkungen zu bejahen sein.

- Sodann wäre unter bestimmten Umständen auch eine Regulierung der Verwendung von bestimmten Bauprodukten aufgrund von **Art. 76 BV** vorstellbar, dessen Abs. 3 dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung u.a. im Bereich des **Gewässerschutzes** einräumt.¹⁴⁵ Darunter fällt auch der qualitative Gewässerschutz, der sich gegen jegliche Verunreinigung des Wassers richtet.¹⁴⁶ Im Falle von Bauprodukten, die zu Verunreinigungen des Wassers führen könnten, wäre in diesem Rahmen somit der Erlass von Verwendungsregeln bzw. von Verwendungsverboten durch den Bund denkbar. Zu beachten ist jedoch, dass solchen Gefahren zu einem grossen Teil wohl bereits

¹⁴¹ *Morell/Vallender*, in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar, Art. 74 BV, Rn. 10; *Griffel*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 74 BV, Rn. 16.

¹⁴² Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01.

¹⁴³ Vgl. *Morell/Vallender*, in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar, Art. 74 BV, Rn. 10.

¹⁴⁴ Vgl. *Morell/Vallender*, in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar, Art. 74 BV, Rn. 14. Unklar in dieser Hinsicht *Wagner-Pfeiffer*, Umweltrecht I 30, die Art. 74 BV als auf den Schutz vor Einwirkungen beschränkt betrachtet – wobei nicht klar wird, ob dies in einem engeren oder weiteren Sinne zu verstehen ist – und den Artenschutz oder den Biodiversitätsschutz als nicht miteinbezogen erachtet.

¹⁴⁵ Vgl. *Caluori/Griffel*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 76 BV, Rn. 29; *Marti*, in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar, Art. 76 BV, Rn. 17.

¹⁴⁶ *Caluori/Griffel*, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 76 BV, Rn. 30.

auf der Ebene des Stoffrechts begegnet wird, was ein Tätigwerden des Bundes im Rahmen des Bauproduktrechts hinfällig machte.

67. Insgesamt lässt sich also erkennen, dass eine **Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Verwendung von Bauprodukten unter Umständen** in Betracht kommt. So wäre insbesondere ein Abstellen auf **Art. 95 BV (Binnenmarkt)** und **Art. 74 BV (Umweltschutz)** denkbar, wobei in beiden Fällen einige Voraussetzungen erfüllt sein müssten: Begründete man eine Bundeskompetenz mit der Zuständigkeit des Bundes, für einen einheitlichen schweizerischen Binnenmarkt zu sorgen, müsste dargelegt werden, dass durch das Verbleiben der Rechtsetzungskompetenz betreffend Verwendungsregeln in kantonalen Händen das Funktionieren des Binnenmarktes nicht gewährleistet ist bzw. die Festlegung von Verwendungsregeln in direktem Zusammenhang mit dem Binnenmarkt steht. Ein Rückgriff auf Art. 74 BV ermöglichte nur ein Tätigwerden in Bezug auf Produkte, die nachteilige Veränderungen der natürlichen Umgebung bewirken. Deutlich wird damit auch, dass dem Bund wohl **keine Kompetenz zur Regelung der Verwendung von Bauprodukten *per se*** zusteht.

E. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

68. Die wesentlichen Ergebnisse der vorstehend angestellten Überlegungen können wie folgt thesenartig zusammengefasst werden:

- Die **VO 305/2011** legt die Bedingungen für das Inverkehrbringen von Bauprodukten oder ihre Bereitstellung auf dem Markt durch die Aufstellung von harmonisierten Regeln über die Angabe der Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre Wesentlichen Merkmale fest. Weiter regelt sie die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte. Insofern regelt die VO 305/2011 nur das **Inverkehrbringen und Bereitstellen** von Bauprodukten auf dem Markt; hingegen stellt sie **keine Anforderungen bezüglich der Verwendung** von Bauprodukten. Diese sind durch die Mitgliedstaaten zu regeln. Im Einzelnen legt die VO 305/2011 fest, wie die **Leistung eines Produktes angegeben** werden muss, aufgrund derer dann ermittelt werden kann, ob das Produkt gemäss den mitgliedstaatlichen Regelungen verwendet werden darf. Die Verordnung definiert demnach (grundsätzlich) **nicht die Sicherheit von Bauprodukten**, sondern soll sicherzustellen, dass vergleichbare und verlässliche Informationen über die Leistungen der Produkte bestehen.¹⁴⁷
- Die VO 305/2011 bringt insofern eine **Vollharmonisierung** mit sich, als die Bauprodukte im harmonisierten Bereich bei **Erfüllung der Anforderungen der Verordnung in den Mitgliedstaaten verkehrsfähig** sein müssen und die Mitgliedstaaten – ausser im Rahmen und auf dem Weg der in der Verordnung selbst vorgesehenen (Schutzklausel-) Verfahren – keine über die Verordnung hinausgehenden Anforderungen aufstellen dürfen. Dies schliesst insbesondere auch das Verbot ein, Produkthanforderungen sowie zusätzliche Vorgaben an die Leistung der Produkte auf mitgliedstaatlicher Ebene zu formulieren. Dies gilt auch für Regelungen, die Anliegen des Umwelt- und Gesundheitsschutzes oder sonstige öffentliche Interessen verfolgen. M.a.W. wurde das Inverkehrbringen und Bereitstellen auf dem Markt von Bauprodukten im harmonisierten Bereich auf Unionsebene vollständig harmonisiert. **Abweichungen** von diesen Grundsätzen sind lediglich dann zulässig, wenn die in der Verordnung selbst diesbezüglich bestehenden Möglichkeiten genutzt werden, wobei insbesondere auf **Art. 56 ff. VO 305/2011** hinzuweisen ist.¹⁴⁸
- Die Voraussetzungen der **Art. 114 Abs. 4–6 AEUV** in Bezug auf nationale Vorschriften im durch die VO 305/2011 harmonisierten Bereich, die entweder weitere Kriterien für die Leistung von Produkten oder gar eigentliche Produkthanforderungen als Voraussetzungen für das Inverkehrbringen bestimmter Bauprodukte vorsehen, dürften allenfalls in **Ausnahmefällen** gegeben sein.¹⁴⁹

¹⁴⁷ B.I.

¹⁴⁸ B.II.1.

¹⁴⁹ B.II.2.

- Im Hinblick auf das **Verhältnis zu anderen unionsrechtlichen Vorschriften**, insbesondere die **RL 2009/125**, ist festzuhalten, dass die VO 305/2011 durchaus die Konstellation, dass andere Sekundärrechtsakte Vorschriften in Bezug auf von der VO 305/2011 erfasste Bauprodukte enthalten können und diese dann – soweit sie bereits verbindlich sind – zusätzlich zu beachten sind, ins Auge fasst. Wünschenswert ist es jedoch im Hinblick auf eine gewissen Rechtssicherheit und Transparenz, diese zusätzlichen Anforderungen soweit wie möglich auch in die entsprechenden Normen zu integrieren. Darüber hinaus kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass die in der VO 305/2011 enthaltenen Vorgaben vor dem Inkrafttreten bzw. vor Ablauf der Frist für deren verbindliche Beachtung insofern unterlaufen werden könnten, als sich aus anderen Sekundärrechtsakten entsprechende mitgliedstaatliche Alleingangsmöglichkeiten ergeben könnten. Relevant werden diese Grundsätze insbesondere im Zusammenhang mit der RL 2009/125.¹⁵⁰
- Die **Schweiz** ist in Anwendung des MRA in Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen von der VO 305/2011 bzw. vom MRA erfasste Bauprodukte in Verkehr gebracht werden dürfen, im Ergebnis an **parallele Vorgaben wie die EU-Mitgliedstaaten** gebunden.¹⁵¹
- Die Rechtslage in der Schweiz ist auf der **Grundlage des MRA und des BauPG parallel zu derjenigen auf Unionsebene ausgestaltet**, mit der Folge, dass das Inverkehrbringen und Bereitstellen von Bauprodukten, die den harmonisierten Bereich betreffen, ausschliesslich von der Bauproduktgesetzgebung erfasst ist und Ausnahmen von diesem Grundsatz nur insoweit zulässig sind, wie die im MRA vorgesehenen (Schutzklausel-) Verfahren durchlaufen werden. Hingegen kann die Verwendung der Bauprodukte durch sonstige, insbesondere auch kantonale Vorschriften geregelt werden.¹⁵²
- Eine **Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Verwendung von Bauprodukten** kommt **unter Umständen** in Betracht. So wäre insbesondere ein Abstellen auf **Art. 95 BV (Binnenmarkt)** und **Art. 74 BV (Umweltschutz)** denkbar, wobei in beiden Fällen einige spezifische Voraussetzungen erfüllt sein müssten. Dem Bund steht wohl **keine Kompetenz zur Regelung der Verwendung von Bauprodukten *per se*** zu.¹⁵³

II. Schlussbetrachtung

69. Die Analyse der unionsrechtlichen Regelungen im Bereich der Bauproduktevorschriften, die im Gefolge ihrer „Übernahme“ im MRA auch für die Schweiz zum Zuge kommen, führt nach der hier vertretenen Ansicht in relativ klarer Weise zu dem Schluss,

¹⁵⁰ B.III.

¹⁵¹ C.I.

¹⁵² C.II.

¹⁵³ D.

dass die **Regelungen der VO 305/2011 abschliessend** zu verstehen sind. Dies zieht die Konsequenz nach sich, dass die Mitgliedstaaten – ausserhalb der in der Verordnung selbst vorgesehenen (Schutzklausel-) Verfahren und unbeschadet der Art. 114 Abs. 4–6 AEUV – keine über die Vorgaben der VO 305/2011 hinausgehenden Voraussetzungen für das Inverkehrbringen der erfassten Produkte erlassen und anwenden dürfen. Daher ist es ihnen auch verwehrt, zusätzliche nationale Produktvorschriften, die nach ihrer Ansicht gewissen öffentlichen Interessen dienen (sollen), wie z.B. dem Umweltschutz, einzuführen. Dies gilt auch im Falle (wirklicher oder vermeintlicher) „Lücken“ der harmonisierten Normen in Bezug auf die Grundanforderungen.

70. Diese in gewisser Hinsicht relativ weitreichenden Vorgaben des Unionsrechts und insbesondere der damit einhergehende **reduzierte Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten** sind letztlich durch das Anliegen der Verwirklichung des **Binnenmarkts** begründet. Sie implizieren aber auch, dass es in gewissen Konstellationen möglicherweise unmöglich sein kann, gewissen, nach Ansicht eines Mitgliedstaates bedeutenden öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen bzw. diese können nur in einem unionsrechtlich geregelten Verfahren berücksichtigt werden.

71. In Bezug auf diese unionsrechtlich (auf primär- oder sekundärrechtlicher Ebene) unter gewissen, teilweise engen Voraussetzungen vorgesehenen „Alleingangsmöglichkeiten“ dürfte die Tendenz jedenfalls der Kommission (teilweise aber wohl auch des EuGH) dahingehen, eine einheitliche EU-Regelung und damit das **Binnenmarktziel** grundsätzlich als **vorrangig** im Verhältnis zum Umweltschutz – in dessen Interesse in bestimmten Situationen auch ein „Alleingang“ notwendig oder sachdienlich sein kann – zu betrachten, dies jedenfalls soweit es um Abweichungen von auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützten sekundärrechtlichen Vorschriften geht.¹⁵⁴

Dieser grundsätzliche Ansatz stimmt eher skeptisch: Er dürfte nämlich der sich auch und gerade aus Art. 11, 114 Abs. 3 AEUV ergebenden Gleichrangigkeit beider Anliegen nur ungenügend Rechnung tragen. Es wäre daher zu begrüßen, wenn in Rechtspraxis und Rechtsprechung der Akzent vermehrt auf einen Ausgleich beider Ziele, denn auf die „Durchsetzung“ des Binnenmarktgedankens gelegt würde. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund sachdienlich, dass die sekundärrechtlichen Standards häufig Kompromisslösungen – die verschiedenen mitgliedstaatlichen Interessen Rechnung tragen sollen bzw. müssen – darstellen.

Immerhin ist spezifisch in Bezug auf den Bereich der Bauprodukte darauf hinzuweisen, dass das Konzept des Unionsgesetzgebers dahin geht, dass u.a. Umweltanliegen durch Verwendungsregelungen (auf mitgliedstaatlicher Ebene) Rechnung zu tragen ist, was häufig durchaus sinnvoll und ausreichend ist bzw. sein kann.

72. Ob und inwieweit diese Tendenz auch im Rahmen der **Schutzklauselverfahren** nach der VO 305/2011 zu beobachten ist, konnte im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht geklärt werden. Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass die „Spielregeln“ der

¹⁵⁴ S. insoweit die Analyse und Bewertung der Rechtsprechung bei *Epiney*, Umweltrecht, Kap. 5, Rn. 90 ff.

VO 305/2011 klar sind. Man kann sie – mit bedenkenswerten Gründen – kritisieren; jedoch stehen sie im Grundsatz im **Einklang mit dem Primärrecht**.¹⁵⁵ Denn der grundsätzliche Ansatz einer abschliessenden Harmonisierung derjenigen Vorschriften, welche das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von gewissen Produkten auf dem Markt betreffen, ist zweifellos durch das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes gut begründet. Er führt auch nicht dazu, dass bestimmte öffentliche Interessen im Falle einer „Lückenhaftigkeit“ der Unionsregelungen gar nicht mehr berücksichtigt werden können (was wohl eine Primärrechtswidrigkeit begründen würde); vielmehr ist dies nur nicht mehr allein auf mitgliedstaatlicher Ebene ohne das Durchlaufen eines unionsrechtlich geregelten Verfahrens möglich. M.a.W. müssen die Mitgliedstaaten – so sie der Ansicht sind, gewisse Aspekte bzw. öffentliche Interessen seien auf unionsrechtlicher Ebene nicht oder unzureichend berücksichtigt worden – den unionsrechtlich für diese Fälle durchaus vorgesehenen Weg beschreiten, dies freilich mit dem Risiko, dass die in diesem Zusammenhang immer auch eine Rolle spielende Güterabwägung anders vorgenommen wird als sich der betreffende Mitgliedstaat dies gewünscht hätte.

73. Damit trägt das in der VO 305/2011 (und übrigens in zahlreichen weiteren Unionsrechtsakten) verankerte System einerseits der **Verwirklichung des Binnenmarktes** Rechnung, wobei in diesem Zusammenhang auch daran erinnert sei, dass die Mitgliedstaaten mitunter eine beachtliche Phantasie haben, wenn es darum geht, letztlich protektionistische Zielsetzungen durch Anliegen z.B. des Umweltschutzes (aber auch anderer öffentlicher Interessen) zu rechtfertigen bzw. – besser – zu kaschieren. Andererseits wird den berechtigten Anliegen der Mitgliedstaaten, im Falle der Lückenhaftigkeit der Unionsregeln bzw. im Hinblick auf die **Verwirklichung öffentlicher Interessen gleichwohl nationale Massnahmen** zu ergreifen, durch auf **unionsrechtlicher Ebene vorgesehene Verfahren** Rechnung getragen. Zwar kommt auf dieser Ebene unionsrechtlichen Organen (und hier letztlich dem Gerichtshof) die Kompetenz zu, letztverbindlich über die Zulässigkeit solcher Massnahmen zu entscheiden und damit auch die hier oft eine grosse Rolle spielende Güterabwägung vorzunehmen. Gleichwohl erscheint dieses System – wie erwähnt – aus rechtlicher Sicht gut begründet, vertretbar und jedenfalls mit den primärrechtlichen Anforderungen in Einklang stehend. Dies bedeutet nicht, dass es nicht ebenfalls gute Gründe geben kann, hier eine „Verschiebung“ auf die mitgliedstaatliche Ebene vorzunehmen, etwa in dem Sinn, dass auf Unionsebene nur eine Teilharmonisierung vorgenommen würde mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten „autonom“ weitere bzw. zusätzliche Massnahmen treffen könnten, dies unabhängig vom Durchlaufen eines unionsrechtlichen Verfahrens (wobei die mitgliedstaatlichen Massnahmen aber jedenfalls im Rahmen der Art. 258, 267 AEUV auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht geprüft werden

¹⁵⁵ Hinzuweisen ist dabei auch auf den Umstand, dass der EuGH dem Unionsgesetzgeber bei der Prüfung der Primärrechtskonformität von Sekundärrecht einen denkbar weiten Gestaltungsspielraum einräumt, vgl. z.B. für den Bereich des Umweltrechts EuGH, Rs. C-284/95 (Safety Hi-Tech), ECLI:EU:C:1998:352; EuGH, Rs. C-341/95 (Gianni Bettati), ECLI:EU:C:1998:353; EuGH, Rs. C-293/97 (Standley), ECLI:EU:C:1999:215; EuGH, Rs. C-343/09 (Afton Chemical Limited), ECLI:EU:C:2010:419.

könnten). Ein solcher Ansatz müsste aber im Zuge einer **Änderung der Rechtslage** verankert werden, wobei der Schweiz hier aufgrund ihres Status‘ als Nicht-EU-Mitgliedstaat kein oder allenfalls ein sehr begrenzter Einfluss zukommt.

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauPG	Bundesgesetz über Bauprodukte (Bauproduktengesetz, BauPG) vom 21. März 2014, SR 933.0.
BauPV	Verordnung über Bauprodukte (Bauprodukteverordnung, BauPV) vom 27. August 2014, SR 933.01.
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
bzw.	beziehungsweise
CPR	Construction Products Regulation
d.h.	das heisst
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLI	European Case Law Identifier
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
Erw.	Erwägung(sgrund)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ggf.	gegebenenfalls
GVO	Gentechnisch veränderte Organismen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung

Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
IVTH	Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 23. Oktober 1998, SR 946.513.
Kap.	Kapitel
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MRA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999, SR 0.946.526.81 (Mutual Recognition Agreement)
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnote
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
SG	St. Galler
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung
u.a.	und andere/unter anderem
u.U.	unter Umständen
Uabs.	Unterabsatz
v.	vom
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert