

**Verhältnis des Landesbauordnungsrechts und
der Maschinenrichtlinie betreffend Anforder-
ungen an Maschinen(anlagen) am Beispiel der
sog. WEA-Richtlinie**

Gutachten im Auftrag des
Deutschen Instituts für Bautechnik,

erstattet durch
Rechtsanwalt Florian van Schewick

Bonn, im November 2022

Berlin Leipziger Platz 3 · 10117 Berlin · berlin@redeker.de

Bonn Willy-Brandt-Allee 11 · 53113 Bonn · bonn@redeker.de

Brüssel 172, Av. de Cortenbergh · 1000 Brüssel · bruessel@redeker.de

Leipzig Stentzlers Hof · Petersstraße 39-41 · 04107 Leipzig · leipzig@redeker.de

London 4 More London Riverside · London, SE1 2AU · london@redeker.de

München Maffeistraße 4 · 80333 München · muenchen@redeker.de

www.redeker.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag	3
I. Einführung	3
II. Gutachtenauftrag.....	6
B. Wesentliche Ergebnisse	7
I. Kurzantworten auf die Gutachtenfragen.....	7
II. Wesentliche Ergebnisse im Einzelnen	11
C. Rechtliche Würdigung	16
I. Bauordnungsrechtliche Vorgaben für Windenergieanlagen.....	17
II. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Maschinenrichtlinie – Maschinenbegriff	30
1. Grundform der vollständigen Maschine – Erster Gedankenstrich	33
2. Maschine ohne Verbindungsteile – Zweiter Gedankenstrich	34
3. Maschinen zur Montage auf einem Unterbau – Dritter Gedankenstrich ...	35
4. Gesamtheit von Maschinen/Maschinenanlagen – Vierter Gedankenstrich	37
5. Abgrenzung der Maschine bzw. der Varianten	40
a) (Kein) Rangverhältnis der Varianten	40
b) Notwendige Festlegungen für Inverkehrbringen bzw. Inbetriebnahme	45
III. Marktüberwachung und Behinderungsverbot.....	51
1. Genehmigungsverfahren und Nachweisanforderungen	51
2. Korrekturmöglichkeiten	59

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag

I. Einführung

Windenergieanlagen bilden eine wichtige Säule der Stromversorgung in der Bundesrepublik Deutschland. Sie tragen zur Steigerung des Anteils der Nutzung erneuerbarer Energiequellen bei.

Windenergieanlagen bestehen, vereinfacht dargestellt, aus einem im Boden verankerten Fundament, einem Turm (üblicherweise aus Stahl und/oder Spannbeton) und der Gondel (mit u.a. Nabe und Rotorblättern sowie insbesondere Welle, Getriebe, Regungs- und elektrotechnischen Komponenten, Generator, Lager und Bremsen). In der Praxis werden sowohl Komplettlösungen (Fundament, Turm und Gondel) als auch Teillösungen (z.B. nur die Gondel, ggf. mit Turm oder nur dem Stahlteil des Turms) angeboten. Die Türme und Gondeln werden dabei häufig in Serie gefertigt.

Mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen sind naturgemäß auch Gefahren im bauordnungsrechtlichen Sinne verbunden. Dies betrifft beispielsweise die Frage der Standsicherheit.

Windenergieanlagen oder zumindest Teile davon unterfallen als Maschinen dem Anwendungsbereich der europäischen (Maschinen-)Richtlinie 2006/42/EG¹ bzw. deren nationaler Umsetzung durch die Neunte Verordnung zur Durchführung des Produktsicherheitsgesetzes (Maschinenverordnung – **9. ProdSV**)². Die Europäische Kommission hat sich ohne diesbezügliche Differenzierung u.a. im Rahmen ihrer FAQ zur (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011³ dahingehend geäußert, dass sie da-

¹ Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, Abl. L 157 S. 24, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1243/2019 vom 20.06.2019, ABl. L 198, S. 241, berichtigt durch ABl. L 076, S. 35 – Maschinenrichtlinie.

² Neunte Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz (Maschinenverordnung – 9. ProdSV) i. d. F. der Bekanntmachung vom 12. Mai 1993 (BGBl. I S. 704), zuletzt geändert durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3146).

³ 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

von ausgeht, dass Windenergieanlagen einschließlich ihres Turms eine Maschine bilden und mit der CE-Kennzeichnung zu versehen seien. Wörtlich heißt es dort im Kontext der CE-Kennzeichnung unter der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 anhand der harmonisierten Norm EN 1090-1:2009+A1:2011 „Ausführung von Stahltragwerken und Aluminiumtragwerken - Teil 1: Konformitätsnachweisverfahren für tragende Bauteile“:

“[...]

Note 1: Wind turbines and their towers cannot be CE marked under EN 1090-1. They are subject to the Machinery Directive (MD) and the complete wind turbine system must be CE marked thereunder. One of the essential requirements of the MD is the stability of the machine. Thus, the obligatory CE marking under the MD also covers the stability of the wind turbine. The application of the CPR, in addition to the MD, would not cover additional performance aspects. Furthermore, wind turbine towers are not considered to be construction products under the CPR. Nevertheless, wind turbine towers can be assessed by EN 1090-1 (or others) in order to fulfil the stability requirements under the MD.

[...]”⁴

Maschinen unterliegen nach der Richtlinie 2006/42/EG grundsätzlich der Pflicht zur CE-Kennzeichnung. Im Gegensatz zu Bauprodukten nach der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 gilt diese Pflicht unabhängig davon, ob eine harmonisierte technische Spezifikation, insbesondere eine harmonisierte Norm, vorliegt oder nicht.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme von Maschinen in ihrem Hoheitsgebiet nicht untersagen, beschränken oder behindern, wenn diese den Bestimmungen der Richtlinie

Richtlinie 89/106/EWG, ABl. L 088, S. 5, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 1020/2019 vom 20.06.2019, ABl. L 169, S. 1, berichtigt durch ABl. L 092, S. 118 – Bauprodukte-Verordnung.

⁴ Europäische Kommission, FAQ covering the Construction Products Regulation (CPR), zuletzt am 19.10.2022 abgerufen unter der URL https://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/product-regulation/faq_en, Ziffer 31.

entsprechen. Dabei haben die Mitgliedstaaten eine Maschine, die mit der CE-Kennzeichnung versehen ist und der die EG-Konformitätserklärung beigelegt ist, als den Bestimmungen dieser Richtlinie entsprechend zu betrachten.

Entsprechendes gilt für unvollständige Maschinen. Zugleich soll nach Art. 15 der Richtlinie 2006/42/EG das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleiben, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht Anforderungen festzulegen, die sie zum Schutz von Personen, insbesondere von Arbeitnehmern, bei der Verwendung der Maschinen für notwendig erachten, sofern dies keine Veränderungen dieser Maschinen gegenüber den Bestimmungen dieser Richtlinie zur Folge hat. Zudem sieht die Richtlinie in ihrem Art. 11 eine Schutzklausel zur Reaktion auf Gefährdungen vor.

Bauliche Anlagen unterliegen in Deutschland bauordnungsrechtlichen Genehmigungspflichten, die teilweise im Wege der Konzentrationswirkung⁵ in insbesondere immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren eingeschlossen werden. Zusätzlich enthalten die Landesbauordnungen und die auf deren Grundlage erlassenen Vorschriften umfangreiche materielle Anforderungen an bauliche Anlagen.

Beispielsweise definiert die in der Muster-Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen⁶ unter A 1.2.8.7 mit Anlage A 1.2.8/6 „Richtlinie Windenergieanlagen“⁷ (im Folgenden: „**WEA-Richtlinie**“), wie Lasten anzusetzen sind und wie Turm und Gründung auf Basis dieser Lasten auszulegen sind. Sie enthält hierzu Regelungen zur Gründung, zur Ermittlung der aus der Maschine auf den Turm und die Gründung wirkenden Kräfte sowie Anforderungen hinsichtlich der notwendigen Inspektion und Wartung der Anlage über die vorgesehene Lebensdauer unter Berücksichtigung der auf sie wirkenden dynamischen Lasten bei bestimmungsgemäßem Betrieb der Anlage.

Anders als die (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 sieht die (Maschinen-)Richtlinie 2006/42/EG allerdings keine zwingende Angabe der Produktleistung bzw. von Bemessungskennwerten vor. Zuständige Aufsichtsbehörden können daher nicht ohne weiteres nachvollziehen, ob und inwieweit insbesondere baurechtlich zu

⁵ Siehe § 13 BImSchG.

⁶ DIBt, Muster-Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (MVV TB), Ausgabe 2020/1.

⁷ DIBt, Richtlinie für Windenergieanlagen. Einrichtung und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung, Stand: Oktober 2012, korrigierte Fassung März 2015.

berücksichtigende Gefahren abgedeckt sind bzw. durch den Hersteller berücksichtigt wurden.

Neue Dynamik erlangt die Thematik auch durch einen bereits angestoßenen Gesetzgebungsprozess auf europäischer Ebene, der darauf abzielt, die geltende Richtlinie 2006/42/EG durch eine Maschinenprodukte-Verordnung⁸ zu ersetzen. Es muss daher mit Änderungen der Rechtslage gerechnet werden.

II. Gutachtauftrag

Zu untersuchen sind daher auftragsgemäß insbesondere folgende Fragen:

- Dürfen Windenergieanlagen (an Land) vor ihrer Errichtung einem staatlichen Genehmigungsverfahren unterworfen werden? Dürfen für die Anlage oder ihre verwendeten Teile bautechnische und bauproduktrechtliche Nachweise ausgestellt oder verlangt werden?
- Welchen Einfluss hat es hierbei, ob die ganze Anlage oder nur Teile hiervon eine (ggf. zusammengesetzte) Maschine im Sinne der (Maschinen-)Richtlinie 2006/42/EG bzw. der 9. ProdSV darstellen? Welche sind die relevanten Abgrenzungskriterien? Wer entscheidet über die Zuordnung? Welche Auswirkungen hat die Zuordnung auf die bauaufsichtliche Zuständigkeit?
- Welche Nachweise dürfen im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens oder aufsichtsbehördlicher Überprüfungen gefordert werden (z.B. hinsichtlich der Statik)? Kommt es hierbei darauf an, ob und inwieweit die entsprechenden Risiken von den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen der Maschinenrichtlinie abgedeckt sind?
- Welche Möglichkeiten, Korrekturen zu fordern und ggf. durchzusetzen bestehen (Marktüberwachung, Schutzklausel, aufsichtliche Maßnahmen)?

⁸ Vorschlag der Europäischen Kommission vom 21.04.2021 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinenprodukte (Maschinen-VO), COM(2021) 202 final – 2021/0105(COD).

B. Wesentliche Ergebnisse

I. Kurzantworten auf die Gutachtenfragen

- *Dürfen Windenergieanlagen (an Land) vor ihrer Errichtung einem staatlichen Genehmigungsverfahren unterworfen werden?*

Die Errichtung von Windenergieanlagen darf nationalen Genehmigungsverfahren nicht unterworfen werden, soweit es um die Vorabprüfung von Aspekten geht, die Gegenstand der CE-Kennzeichnung und der Anforderungen der Richtlinie 2006/42/EG geht. Diesbezüglich findet grundsätzlich das reaktive Regime der Marktüberwachung Anwendung, das eine Vorabzulassung gerade nicht vorsieht bzw. gestattet.

Denkbar bleiben Genehmigungsverfahren, die sich nicht auf von der Richtlinie abgedeckte Risiken beziehen, also insbesondere solche, die naturschutzrechtliche und planungsrechtliche Aspekte erfassen. Für Anforderungen im Rahmen des Gesundheits- und Arbeitsschutzes sind die Vorgaben des Art. 15 der Maschinenrichtlinie zu beachten.

Siehe Abschnitt C.III.1.

- *Dürfen für die Anlage oder ihre verwendeten Teile bautechnische und bauproduktrechtliche Nachweise ausgestellt oder verlangt werden?*

Der Nachweis über die Erfüllung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen einer Maschine ist bereits über die Konformitätsvermutung von Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG geführt. Die Mitgliedstaaten haben – ohne weitere Prüfung – davon auszugehen, dass die Anforderungen der Richtlinie – einschließlich der Standsicherheit – erfüllt sind. Es darf daher kein zusätzlicher, z.B. bauproduktrechtlicher Nachweis verlangt werden, soweit Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung reichen.

Problematisch erscheinen insoweit insbesondere die § 16c der Musterbauordnung (MBO)⁹ entsprechenden Regelungen der Landesbauordnungen. Die Regelung verzichtet lediglich für harmonisierte Bauprodukte nach der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 auf nationale Verwendbarkeitsnachweise und belässt es damit für Produkte mit CE-Kennzeichnung nach anderen Harmonisierungsrechtsakten bei der Nachweispflicht.

Auch die freiwillige Einholung von bauproduktrechtliche Verwendbarkeitsnachweisen mit entsprechendem Übereinstimmungsverfahren unter Anbringung des Ü-Zeichens dürfte unzulässig sein.

Siehe Abschnitt C.III.1.

Nachweise dürfen allenfalls erteilt und verlangt werden, soweit die Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG nicht greift. Dies mag diejenigen Teile von Windenergieanlagen betreffen, die nicht als unmittelbarer Bestandteil der Maschine nach Art. 2 Buchst. a der Maschinenrichtlinie einzustufen sind. Für diese Teile (je nach Einzelfall ggf. Fundament und Turm) sind vom Hersteller der Maschine Spezifikationen zu machen. Im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens kommt daher eine Prüfung der Vereinbarkeit mit den Spezifikationen in Betracht. Inhaltlich sind die Behörden jedoch an die Spezifikationen gebunden. Denn die Spezifikationen sind als Teil des Konformitätsbewertungsverfahrens für die Maschine von der Vermutung des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG geschützt. Auch hier dürfte daher eine Sperrwirkung zugunsten der von der CE-Kennzeichnung erfassten Aspekte (z.B. Standsicherheit) gelten.

Siehe Abschnitte C.III.1 und C.II.5.b).

- *Welchen Einfluss hat es hierbei, ob die ganze Anlage oder nur Teile hiervon eine (ggf. zusammengesetzte) Maschine im Sinne der (Maschinen-)Richtlinie 2006/42/EG bzw. der 9. ProdSV darstellen? Welche sind die relevanten Abgrenzungskriterien? Wer entscheidet über die Zuordnung?*

⁹ Musterbauordnung – MBO, Fassung November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom 27.09.2019.

Die Abgrenzung der „Maschine“ bietet eine gewisse Variationsbreite, die durch die Strichaufzählung von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG vorgezeichnet ist. Erfasst werden können (beinahe) alle denkbaren Kombinationen von (ggf. Fundament), Turm, Gondel, Nabe und Rotorblättern. Dabei zeigt sich, dass die begründungslose Festlegung der Europäischen Kommission auf die Kombination von Turm und Gondel (wind turbine) nur eine von mehreren denkbaren Abgrenzungen ist. Ein Rangverhältnis der einzelnen Varianten kennt die Richtlinie 2006/42/EG (ggf. mit Ausnahme der Gesamtheit von Maschinen) nicht.

Die Abgrenzung der Maschine hat zunächst der Hersteller im Rahmen der Konformitätsbewertung vorzunehmen. Diese Konformitätsbewertung hat bei Maschinen zur Montage auf einem Unterbau neben der Maschine selbst auch die Spezifikationen für die tragende Konstruktion und die Aufbauanleitung zu umfassen. Die CE-Kennzeichnung an der Maschine und die EG-Konformitätserklärung, die der Maschine beiliegen muss, decken die Konformität der Maschine selbst sowie die Spezifikationen und die Anleitung für deren Aufbau ab.

Bringt der Hersteller, wie vielfach, eine Kombination von Gondel und Turm gemeinsam in Verkehr, spricht viel dafür, dass er den Turm in die Konformitätsbewertung der Maschine als deren Bestandteil einzubeziehen hat. Erfolgt ein Inverkehrbringen ohne Turm, sind entsprechende Spezifikationen für den Turm vorzusehen.

Siehe Abschnitte C.II und C.III.1.

- *Welche Auswirkungen hat die Zuordnung auf die bauaufsichtliche Zuständigkeit?*

Für die Durchsetzung der Richtlinie 2006/42/EG sind grundsätzlich die Marktüberwachungsbehörden zuständig. Auch die Abweichung von den vom Hersteller gemachten Spezifikationen beispielsweise für den Unterbau verweist auf die maschinenrechtliche Frage, inwieweit hierdurch eine „neue“ Maschine entsteht, die wiederum einem Konformitätsbewertungsverfahren zu unterziehen wäre.

Da die Bauaufsichtsbehörden indes kompetenziell zur Prüfung der Einhaltung aller öffentlich-rechtlichen Vorschriften für Errichtung, Instandhaltung etc. von baulichen Anlagen berufen sind, ist eine entsprechende Prüfung von CE-Kennzeichnung, Konformitätserklärung und Einhaltung der Spezifikationen auch im Rahmen bauaufsichtlicher Zuständigkeit denkbar.

Für etwaige inhaltliche Anpassungen bzw. Korrekturen ist nicht die Bauaufsicht, sondern die Marktüberwachung zuständig.

Siehe Abschnitte C.III.1 und C.III.2.

- *Welche Nachweise dürfen im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens oder aufsichtsbehördlicher Überprüfungen gefordert werden (z.B. hinsichtlich der Statik)? Kommt es hierbei darauf an, ob und inwieweit die entsprechenden Risiken von den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen der Maschinenrichtlinie abgedeckt sind?*

Im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens (sofern dies zulässig ist) bzw. auf behördliche Überprüfung kann für die Maschine selbst nur die CE-Kennzeichnung und eine Konformitätserklärung verlangt werden. Da beides erst beim Inverkehrbringen bzw. der Inbetriebnahme vorliegen muss, dürfte ein Nachweis bereits im Genehmigungszeitpunkt grundsätzlich ausscheiden. Entsprechendes gilt für die vom Hersteller zu machenden Spezifikationen.

Im Rahmen der Überprüfung durch die Marktüberwachung kann im Einzelfall mit entsprechender Begründung der Nachweis der Konformität vom jeweiligen Wirtschaftsakteur, also insbesondere vom Hersteller, verlangt werden.

Für Teile, die nicht unmittelbar zur Maschine gehören kann ggf. ein Nachweis über die Einhaltung der vom Hersteller gemachten Spezifikationen erbracht werden.

Siehe Abschnitt C.III.1.

- *Welche Möglichkeiten, Korrekturen zu fordern und ggf. durchzusetzen bestehen (Marktüberwachung, Schutzklausel, aufsichtliche Maßnahmen)?*

Im Rahmen der Marktüberwachung bieten sich umfangreiche Möglichkeiten, Korrekturen vom jeweiligen Wirtschaftsakteur einzufordern. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Maschine trotz CE-Kennzeichnungen konkrete Sicherheitsgefahren für Personen oder Sachen darstellt.

Siehe Abschnitt C.III.2.

II. Wesentliche Ergebnisse im Einzelnen

- Die bauordnungsrechtlichen Vorgaben für Windenergieanlagen werden über die Verwaltungsvorschriften Technische Baubestimmungen der Länder und die darin für verbindlich erklärte WEA-Richtlinie konkretisiert und detailliert geregelt.
- Formal sollen die Vorgaben der WEA-Richtlinie die „Maschine“ nicht erfassen. Hierunter versteht die WEA-Richtlinie den auf dem Turm angeordneten Teil der Windenergieanlage (u.a. bestehend aus Rotorblättern, Nabe, Fülle, Getriebe, regelungs- und elektrotechnische Komponenten, Generator, Lager sowie Bremsen). Inhaltlich werden indes auch diesbezüglich Anforderungen aufgestellt. Dies betrifft beispielsweise die angeordnete Anwendung der DIN EN 61400-1, darüberhinausgehende Anforderungen (z.B. hinsichtlich der Bremssysteme) und die erforderlichen bautechnischen Nachweise. So wird insbesondere ein „Maschinengutachten“ mit bestimmten Mindestinhalten gefordert.
- Windenergieanlagen unterfallen dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/42/EG bzw. deren nationaler Umsetzung durch die 9. ProdSV. Die Abgrenzung der „Maschine“ bietet dabei eine gewisse Variationsbreite, die durch die Strichaufzählung von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG vorgezeichnet ist. Erfasst werden können (beinahe) alle denkbaren Kombinationen von (ggf. Fundament), Turm, Gondel, Nabe und Rotorblättern. Dabei zeigt sich, dass die begründungslose Festlegung der Europäischen Kommission auf die Kombination von Turm und Gondel (*wind turbine*) nur eine von mehreren denkbaren Abgrenzungen ist.
 - Bei weitestgehender Auslegung kann die ganze Windenergieanlage einschließlich Turm und Aufbauten als Gesamtheit von teilweise beweglichen und durch den Wind angetriebenen Teilen zum Zwecke der Stromerzeugung verstanden werden. Es handelte sich dann um eine Maschine im Sinne des ersten Gedankenstrichs von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG. Unschädlich ist es, wenn die Montage, wie üblich, erst vor Ort erfolgt. Denkbar wäre dabei sogar die Einbeziehung des Fundaments.
 - Fehlen der Windenergieanlage lediglich die Teile, die für eine Verbindung mit dem Einsatzort oder der Energie- bzw. Antriebsquelle erforderlich sind, wird nach dem zweiten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richt-

linie 2006/42/EG die Maschineneigenschaft zu bejahen sein. Neben dem Fehlen des Fundaments bzw. der Verbindungsteile zwischen Fundament und Turm ist hier das Fehlen des Turms bzw. der diesbezüglichen Verbindungsteile denkbar. Gleiches kann für das Fehlen der Rotorblätter und ggf. der Nabe gelten, wenn diese im Rahmen Konformitätsbewertung spezifiziert sind. Die Abgrenzung zur unvollständigen Maschine, die für sich genommen keiner bestimmten Funktion dient, muss dabei im Einzelfall erfolgen.

- Bedarf es für die Funktionsfähigkeit einer einbaufertigen Gesamtheit im Sinne der beiden vorgenannten Varianten noch der Anbringung auf einem Beförderungsmittel (z.B. bei einem Ladekran) oder Installation in einem Gebäude oder Bauwerk (z.B. bei einem Portalkran), so ist auch diese einbaufertige Gesamtheit eine Maschine im Sinne des dritten Gedankenstrichs von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG. Es kann also auch die Gondel mit Nabe und Rotorblättern als Maschine eingestuft werden, die lediglich auf dem Turm angebracht werden muss. Gleiches gilt für deren Kombination mit dem Turm oder Teilen des Turms, die lediglich auf dem Fundament angebracht werden muss.

Eine Abgrenzung dahingehend, dass bauliche Anlagen niemals (Teil von) Maschinen sein könnten, kennt die Richtlinie 2006/42/EG nicht. Insbesondere hindert der Einbau in ein Gebäude oder ein Bauwerk die Maschineneigenschaft der eingebauten Gesamtheit nicht. Umgekehrt unterfallen Industrieanlagen oder bauliche Anlagen als Ganzes nicht schon für sich genommen der Richtlinie 2006/42/EG. Eine Maschine ist insoweit zunächst einmal Bestandteil einer solchen Industrieanlage oder eines solchen Gebäudes. Etwas anderes gilt aber, wenn die entsprechende Industrieanlage mit der Maschine bzw. Maschinenanlage identisch ist.

- Schließlich sind unter den vorgenannten Gesichtspunkten nach dem vierten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG auch weitere Kombinationen von Maschinen und unvollständigen Maschinen denkbar, die so angeordnet sind und betätigt werden, dass sie als Gesamtheit funktionieren (sog. Gesamtheit von Maschinen bzw. Maschinenanlagen).

- Ein Rangverhältnis der einzelnen Varianten kennt die Richtlinie 2006/42/EG (ggf. mit Ausnahme der Gesamtheit von Maschinen) nicht. Zwar könnten einzelne Aspekte, wie z.B. die nur rudimentäre Erfassung von Anforderungen an bauliche Anlagen, für eine vorrangige Anwendbarkeit des dritten Gedankenstrichs (Montage auf einem Unterbau) sprechen. Doch dient die Ergänzung eher der Abgrenzung der (noch) vollständigen Maschine von der unvollständigen Maschine.
- Die Abgrenzung der Maschine hat zunächst der Hersteller im Rahmen der Konformitätsbewertung vorzunehmen. Diese Konformitätsbewertung hat bei Maschinen zur Montage auf einem Unterbau neben der Maschine selbst auch die Spezifikationen für die tragende Konstruktion und die Aufbauanleitung zu umfassen. Die CE-Kennzeichnung an der Maschine und die EG-Konformitätserklärung, die der Maschine beiliegen muss, decken die Konformität der Maschine selbst sowie die Spezifikationen und die Anleitung für deren Aufbau ab. Die Verantwortlichkeit des Herstellers schließt dementsprechend diese Spezifikationen mit ein, nicht aber die Errichtung des tragenden Gebäudes oder Bauwerks.
- Bringt der Hersteller, wie vielfach, eine Kombination von Gondel und Turm gemeinsam in Verkehr, spricht viel dafür, dass er den Turm in die Konformitätsbewertung der Maschine als deren Bestandteil einzubeziehen hat. Erfolgt ein Inverkehrbringen ohne Turm, sind entsprechende Spezifikationen für den Turm vorzusehen.
- Durch dieses Verfahren übernimmt der Hersteller nur die Verantwortung für die von ihm beschriebene Verwendung (und eventuell vorhersehbare Fehlverwendungen). Wird die Maschine selbst nachträglich verändert oder völlig außerhalb der beispielsweise für den Unterbau vorgesehenen Spezifikationen verwendet, so dürfte dies dem Hersteller meist nicht mehr zuzurechnen sein. In diesen Fällen entsteht eine „neue“ Maschine, auf die die Vorgaben der Richtlinie 2006/42/EG erneut anzuwenden sind.
- Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG verbietet den Mitgliedstaaten Marktbehinderung von mit der Richtlinie konformen Maschinen. Sie haben dabei nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie von der Konformität von Maschinen auszugehen, die mit der CE-Kennzeichnung und der Konformitätserklärung versehen sind. Insbesondere dürfen keine nationalen Bestimmungen erlassen werden, die über die Vorgaben der

Richtlinie hinausgehen, sich hiermit überschneiden oder diesen widersprechen. Unzulässig sind dabei vor allem diesbezügliche materielle Vorgaben sowie Nachweis- und Genehmigungspflichten.

- Die WEA-Richtlinie greift tief in die Nachweisanforderungen und die materielle Gestaltung von Windenergieanlagen einschließlich der Gondel, des Turms und des Fundaments ein. Die entsprechenden statischen Anforderungen sind dabei bereits materiell von der Richtlinie 2006/42/EG erfasst. Die für den Turm und das Fundament hieraus abgeleiteten Spezifikationen sind dabei bereits Gegenstand des Konformitätsbewertungsverfahrens und finden entweder unmittelbar (als Bestandteil der Maschine) oder mittelbar über die an den Unterbau gestellten Anforderungen (Spezifikationen) Anwendung. Wegen dieser formalen Abdeckung dürften abweichende nationale Anforderungen auch diesbezüglich eine Verletzung des Marktbehinderungsverbots darstellen.
- Zulässig bleiben darüber hinaus Anforderungen, die nicht mit denjenigen der Richtlinie 2006/42/EG kollidieren oder sich hiermit überschneiden. So ist es beispielsweise möglich, Vorgaben für Gebiete, in denen Windenergieanlagen errichtet werden dürfen, und diesbezügliche Genehmigungsverfahren aufzustellen.
- Korrekturmaßnahmen, die die Installation von Windenergieanlagen betreffen, die mit der CE-Kennzeichnung und einer Konformitätserklärung versehen sind, sind nur im Rahmen der Marktüberwachung nach Maßgabe von insbesondere Art. 11 der Richtlinie 2006/42/EG zulässig. Bei der Marktüberwachung handelt es sich um eine reaktive Kontrolle, die von der Konformitätsvermutung geprägt ist. Eine präventive und ggf. sogar flächendeckende Überprüfung (wie in § 16c MBO vorgesehen) ist daher unzulässig. Zuständig sind mangels abweichender Zuständigkeitszuweisung in den Landesbauordnungen im Einklang mit § 58 Abs. 2 MBO nicht die Bauaufsichtsbehörden, sondern die ausdrücklich (durch das Marktüberwachungsgesetz – MÜG¹⁰) für zuständig erklärten Marktüberwachungsbehörden.

¹⁰ Gesetz zur Marktüberwachung und zur Sicherstellung der Konformität von Produkten (Marktüberwachungsgesetz - MüG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1723).

- Einige Änderungen der Rechtslage sind durch die Einführung der noch im Gesetzgebungsprozess befindlichen Maschinenprodukte-Verordnung¹¹ zu erwarten. Nach aktuellem Stand soll in der Verordnung keine dem Art. 7 Abs. 1 der Maschinenrichtlinie entsprechende Konformitätsvermutung unter Anknüpfung an die CE-Kennzeichnung enthalten sein. Da die Marktüberwachungsbefugnisse jedoch weiterhin primär reaktive Maßnahmen beinhalten, dürften sich die Auswirkungen in Grenzen halten. Zudem sollen im Rahmen der Marktüberwachung die Wirtschaftsakteure stärker eingebunden werden. Nach Art. 41 des Kommissionsvorschlags wird den Wirtschaftsakteure die Möglichkeit einer selbständigen Beseitigung von Sicherheitsproblemen gegeben, bevor andere behördliche Maßnahmen ergehen können. Die Einführung sogenannter notifizierter Stellen für das Konformitätsverfahren bei Hochrisikoprodukten betrifft Windenergieanlagen nicht, da diese weiterhin nicht als „Hochrisikomaschinen“ qualifiziert werden.

¹¹ Vorschlag der Europäischen Kommission vom 21.04.2021 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinenprodukte (Maschinen-VO), COM(2021) 202 final – 2021/0105(COD).

C. Rechtliche Würdigung

Die aufgeworfenen Fragen sollen unmittelbar am Maßstab des Unionsrechts, namentlich der Richtlinie 2006/42/EG, geprüft werden.

RSD Anmerkung: *Zwar ist eine Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV für die adressierten Mitgliedstaaten (nur) hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie bedarf damit der Umsetzung durch nationales Recht. Vorliegend geht es indes gerade um die Frage, ob die nationale Ausgestaltung den von der Richtlinie aufgestellten Anforderungen genügt.*

RSD Anmerkung: *Zudem läuft auf europäischer Ebene derzeit ein Gesetzgebungsverfahren, welches auf Erlass einer neuen Maschinenprodukte-Verordnung (Maschinen-VO) gerichtet ist. Diese soll die aktuell geltende Maschinenrichtlinie 2006/42/EG ersetzen. Die Maschinen-VO wäre als Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV in Deutschland unmittelbar anwendbar und bedürfte gerade keiner Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber. Soweit der Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO für die zu begutachtende Fragestellung relevante Änderungen enthält, werden diese im Folgenden kurz thematisiert.*

Hierzu erfolgt zunächst eine Darstellung der bauordnungsrechtlichen Vorgaben für Windenergieanlagen (siehe hierzu unter I.). Hierauf aufbauend soll die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Maschinenrichtlinie untersucht (siehe hierzu unter II.) und die bestehenden Genehmigungsverfahren und eventuelle Korrekturmöglichkeiten am Maßstab des Behinderungsverbots der Richtlinie gemessen werden (siehe hierzu unter III.).

I. Bauordnungsrechtliche Vorgaben für Windenergieanlagen

Windenergieanlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen, mithin bauliche Anlagen im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Musterbauordnung (MBO)¹².

RSD Anmerkung: *Die Musterbauordnung ist ein Abstimmungs- und Harmonisierungsinstrument der Bauministerkonferenz (ARGEBAU), das selbst keine rechtliche Verbindlichkeit genießt. Die Länder haben ihre Bauordnungen weitgehend nach dem Vorbild der Musterbauordnung ausgestaltet. Zur Verbesserung der Übersichtlichkeit wird daher in diesem Gutachten grundsätzlich auf die Vorschriften der Musterbauordnung Bezug genommen.*

Nach § 3 MBO sind Anlagen

„[...] so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet werden; dabei sind die Grundanforderungen an Bauwerke gemäß Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 zu berücksichtigen. [...]“

Anhang I der (Bauprodukte-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011¹³ beschreibt die Grundanforderung Nr. 1 „Mechanische Festigkeit und Standsicherheit“ wie folgt:

„1. Mechanische Festigkeit und Standsicherheit

¹² Musterbauordnung – MBO, Fassung November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom 27.09.2019.

¹³ 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, ABl. L 088, S. 5, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 1020/2019 vom 20.06.2019, ABl. L 169, S. 1, berichtigt durch ABl. L 092, S. 118 – Bauprodukte-Verordnung.

Das Bauwerk muss derart entworfen und ausgeführt sein, dass die während der Errichtung und Nutzung möglichen Einwirkungen keines der nachstehenden Ereignisse zur Folge haben:

- a) Einsturz des gesamten Bauwerks oder eines Teils,
- b) größere Verformungen in unzulässigem Umfang,
- c) Beschädigungen anderer Teile des Bauwerks oder Einrichtungen und Ausstattungen infolge zu großer Verformungen der tragenden Baukonstruktion,
- d) Beschädigungen durch ein Ereignis in einem zur ursprünglichen Ursache unverhältnismäßig großen Ausmaß.“

Nach § 12 Abs. 1 MBO muss

„[j]ede bauliche Anlage [...] im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen für sich allein standsicher sein.[...]“

Die Anforderungen nach § 3 MBO können gemäß § 85a Abs. 1 MBO durch Technische Baubestimmungen konkretisiert werden, die zu beachten sind. Insbesondere können nach § 85a Abs. 2 MBO Konkretisierungen erfolgen in Bezug auf

- „1. bestimmte bauliche Anlagen oder ihre Teile,
2. die Planung, Bemessung und Ausführung baulicher Anlagen und ihrer Teile,
3. die Leistung von Bauprodukten in bestimmten baulichen Anlagen oder ihren Teilen [...]“.

Von dieser Konkretisierungsbefugnis machen die Bundesländer anhand der Muster-Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (**MVV TB**)¹⁴ des Deutschen Instituts für Bautechnik (**DIBt**) Gebrauch, indem sie diese üblicherweise in geringfügig angepasster Form als eigene Verwaltungsvorschriften bekannt machen.¹⁵ Nach dem gesetzgeberischen Willen soll es sich bei diesen Technischen Baubestimmungen um

¹⁴ Ausgabe 2020/1.

¹⁵ Vgl. die leicht abweichende Konstruktion in § 17 Abs. 5 MBO.

normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften handeln, die anders als sonstige Verwaltungsvorschriften nicht nur im Innenbereich der Behörde, sondern auch nach außen Wirkungen erzielen und nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen.¹⁶

RSD Anmerkung: Die Muster-Verwaltungsvorschrift Technische Baubestimmungen (MVV TB) erlangt nicht aus ihrer bloßen Veröffentlichung durch das DIBt heraus rechtliche Verbindlichkeit in den Ländern, doch folgen die Technischen Baubestimmungen der Länder im Wesentlichen der MVV TB. Im Folgenden konzentriert sich die Darstellung daher auf die MVV TB.

Die Anforderungen zur Standsicherheit gemäß § 3 und § 12 Abs. 1 MBO werden in Abschnitt A 1 „Mechanische Festigkeit und Standsicherheit“ der MVV TB konkretisiert. Für Windenergieanlagen findet sich hier folgender Eintrag:

Lfd. Nr.	Anforderungen an Planung, Bemessung und Ausführung gem. § 85a Abs. 2 MBO ¹	Technische Regeln/Ausgabe	Weitere Maßgaben gem. § 85a Abs. 2 MBO ¹
1	2	3	4
A 1.2.8.7	Windenergieanlagen; Einwirkungen und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung	Richtlinie für Windenergieanlagen; Einwirkungen und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung, März 2015	Anlage A 1.2.8/6

In der Anlage A 1.2.8/6 der MVV TB heißt es sodann:

„Anlage A 1.2.8/6

Zur ‚Richtlinie für Windenergieanlagen‘

Die Einhaltung der Anforderungen an die Standsicherheit des Turms und des Fundaments der Windenergieanlage kann als erfüllt angesehen werden, wenn die Nachweisführung nach der hier in Bezug genommenen Richtlinie für Windenergieanlagen vorgenommen wird.

Bei Anwendung der technischen Regel gilt Folgendes:

¹⁶ Vgl. die Begründung zur Änderung der Musterbauordnung, Stand: 04.03.2016 mit redaktionellen Korrekturen vom 20.04.2016, S. 20, sowie die dort zitierte Rechtsprechung: BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 1998 – 8 C 16/96 – BVerwGE 107, 338-344, Rn. 15 ff.

1 Sofern in Normen bei der Ausführung von Stahl- oder Aluminiumtragwerken oder Stahl- oder Aluminiumbauteilen auf DIN 18800-7 bzw. auf DIN V 4113-3 verwiesen wird, gilt dafür DIN EN 1090-2:2018-09 bzw. DIN EN 1090-3:2019-07.

2 Abstände zu Verkehrswegen und Gebäuden sind unbeschadet der Anforderungen aus anderen Rechtsbereichen wegen der Gefahr des Eisabwurfs (Windenergieanlage in Betrieb) und des Eisfalls (Windenergieanlage im Stillstand) einzuhalten, soweit eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht auszuschließen ist. Abstände, gemessen von der Turmachse, größer als 1,5 x (Rotordurchmesser plus Nabenhöhe) gelten im Allgemeinen in nicht besonders eisgefährdeten Regionen als ausreichend. In anderen Fällen ist die Stellungnahme eines Sachverständigen erforderlich.

3 Ergänzende Unterlagen zu den im Abschnitt 3, Buchstaben A bis L der Richtlinie aufgeführten bautechnischen Unterlagen:

3.1 die gutachterliche Stellungnahme eines Sachverständigen über die Einflüsse benachbarter baulicher Anlagen, Geländerauigkeit und Topografie auf die Standortteignung der vorgesehenen WEA gemäß Abs. 7.3.3 der Richtlinie. Bezüglich der Turbulenzintensität sind hier die Abstände zu benachbarten Windenergieanlagen in Bezug auf die Standsicherheit der bestehenden und möglicherweise vorgesehenen Windenergieanlagen sowie der beantragten Windenergieanlage zu bewerten, soweit die Abstände gemäß Abs. 7.3.3 der Richtlinie nicht eingehalten werden,

3.2 die gutachterliche Stellungnahme eines Sachverständigen zur Funktionssicherheit von Einrichtungen, durch die der Betrieb der Windenergieanlage bei Eisansatz sicher ausgeschlossen werden kann oder durch die

ein Eisansatz verhindert werden kann, soweit erforderliche Abstände wegen der Gefahr des Eisabwurfes nicht eingehalten werden,

3.3 das Baugrundgutachten nach Abschnitt 3, Buchstabe H der Richtlinie zur Bestätigung, dass die der Auslegung der Anlage zugrundeliegenden Anforderungen an den Baugrund am Aufstellort vorhanden sind,

3.4 die Angabe der Entwurfslebensdauer nach Abschnitt 9.6.1 der Richtlinie.

4 Für Windenergieanlagen, deren überstrichene Rotorfläche geringer als 200 m² ist und die eine Spannung erzeugen, die unter 1000 V Wechselspannung oder 1500 V Gleichspannung liegt, sind folgende unter Abschnitt 3, Buchstaben A bis L der Richtlinie aufgeführten bautechnischen Unterlagen nicht erforderlich: die gutachterlichen Stellungnahmen nach Abschnitt 3, Buchstaben I sowie J, K und L der Richtlinie.

5 Für Windenergieanlagen bis zu 10 m Höhe gemessen von der Geländeoberfläche bis zum höchsten Punkt der vom Rotor bestrichenen Fläche und einem Rotordurchmesser bis zu drei Metern gelten Ziffern 3.1 bis 3.4 nicht.“

Die zitierte „Richtlinie Windenergieanlagen“¹⁷ (WEA-Richtlinie) wurde im Rahmen einer Projektgruppe Windenergieanlagen des DIBt mit Stand Oktober 2012 erarbeitet und im März 2015 in korrigierter Fassung veröffentlicht.

RSD Anmerkung: Zwischenzeitlich hat die technische Normung in diesem Bereich offenbar einen gewissen Fortgang erlebt. So wurde zunächst der Entwurf der DIN EN 61400-6:2017-11 „Windenergieanlagen - Teil 6: Auslegungsanforderungen an Türme und Fundamente“ (mit Vorgängerfassung von 2016) erarbeitet. Für die letztendlich veröffentlichte Fassung der EN IEC

¹⁷ DIBt, Richtlinie für Windenergieanlagen. Einrichtung und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung, Stand: Oktober 2012, korrigierte Fassung März 2015.

61400-6:2020 ist als Datum für ein Zurückziehen der Vorschriften nationaler Normungsorganisationen der 26.05.2023 genannt.¹⁸

Ob hierdurch oder zwischenzeitlich eine wissenschaftlich-technische Überholung der WEA-Richtlinie eingetreten ist, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Eine solche wissenschaftlich-technische Überholung kann, wenn sie denn vorliegen sollte, die Wirksamkeit der Inbezugnahme durch technische Baubestimmungen in Frage stellen.

In jedem Fall empfiehlt sich eine Überprüfung und ggf. Aktualisierung der WEA-Richtlinie. Soweit kein nationaler (Sonder-)Regelungsbedarf (mehr) besteht, sollte die Streichung der Inbezugnahme geprüft werden.

Die WEA-Richtlinie gliedert sich in 18 Kapitel.

Kapitel 1 der WEA-Richtlinie beschreibt als Geltungsbereich die Nachweise der Standsicherheit des Turms und der Gründung von Windenergieanlagen.

Zugleich enthalte die WEA-Richtlinie, basierend auf den Festlegungen von DIN EN 61400-1, Regelungen über Einwirkungen auf die gesamte Windenergieanlage einschließlich der zugehörigen Sicherheitsbeiwerte, die der Ermittlung der aus der Maschine auf den Turm und die Gründung wirkenden Schnittgrößen zu deren Beurteilungen zugrunde zu legen sein sollen. Die Beurteilung der Maschine selbst sei nicht Gegenstand der WEA-Richtlinie. Hierfür gelte die neunte Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz (Maschinenverordnung – 9. ProdSV) zur Umsetzung der Richtlinie 2006/42/EG.

¹⁸ Vgl. die Aufstellung der entsprechenden Daten unter der am 25.10.2022 zuletzt abgerufenen URL https://standards.cenelec.eu/dyn/www/f?p=CENELEC:110::::FSP_PROJECT,FSP_ORG_ID:64418,1258461&cs=17573E9863CE1FA2454A2EC9C8D2F58DE.

Gleichzeitig werden Sicherheitsanforderungen an die Maschine aufgestellt, indem auf die DIN EN 61400-1 „Windenergieanlagen - Teil 1: Auslegungsanforderungen“ verwiesen und deren Geltung angeordnet wird.¹⁹ In Bezug genommen werden zwei verschiedene Normfassungen:

- DIN EN 61400-1:2011-08 und alternativ
- DIN EN 61400-1:2004-08 bzw. DIN EN 61400-1 Berichtigung 1:2005-12.

RSD Anmerkung: Die letztgenannte Normfassung war zum Erlasszeitpunkt bereits zurückgezogen. Die DIN EN 61400-1:2011-08 wurde zwischenzeitlich durch die DIN EN IEC 61400-1:2019-12 ersetzt. Inwieweit in der weiteren Inbezugnahme einer mittlerweile abgelösten Norm eine wissenschaftlich-technische Überholung der Vorfassungen dieser Normen einhergeht, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Eine solche wissenschaftlich-technische Überholung kann, wenn sie denn vorliegen sollte, die Wirksamkeit der Inbezugnahme durch technische Baubestimmungen als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften in Frage stellen. In jedem Fall empfiehlt sich eine Überprüfung und ggf. Aktualisierung der WEA-Richtlinie.

Darüber hinaus werden zusätzliche Anforderungen an das Sicherheitssystem aufgestellt, indem mindestens zwei Bremssysteme gefordert werden, von denen mindestens eines das System auch bei Netzausfall in einem eigensicheren Zustand halten können soll.

Kapitel 2 der WEA-Richtlinie enthält sodann Begriffe und Bezeichnungen, von denen die folgenden hervorgehoben sein sollen:

„[...]“

¹⁹ WEA-Richtlinie, Seite 6; für kleinere Windenergieanlagen wird die Anwendbarkeit der DIN EN 61400-2 ermöglicht.

- Fundament und Boden-Bauwerksinteraktion (Bodendrehfeder):

Das Fundament ist ein erdberührtes Stahl-, Stahlbeton- oder Spannbetonbauteil inkl. Betonsockel über natürlicher bzw. aufgefüllter Gründungssohle und Boden. Die Boden-Bauwerksinteraktion beeinflusst die dynamischen Eigenschaften des Tragwerks. Ein wesentlicher Parameter der Boden-Bauwerksinteraktion ist die Einspannsteifigkeit, die mit Hilfe der Bodendrehfeder beschrieben wird. Diese ist unter Berücksichtigung der statischen bzw. dynamischen Bodenkennwerte zu ermitteln.

- Turm:

Teil einer Windenergieanlage oberhalb des Fundamentes, der die Maschine trägt, einschließlich eventueller Abspannungen

- Stahlturm: Turm bestehend aus ein oder mehreren Stahlrohrsegmenten
- Spannbetonturm: vorgespannter Ortbeton- oder Fertigteilturm
- Hybridturm: Stahlbeton- oder Spannbetonturm mit aufgesetztem Stahlrohrturm

- Maschine:

Der auf dem Turm angeordnete maschinentechnische Teil der Windenergieanlage, hierzu zählen u. a. die Rotorblätter sowie die Nabe, die Welle, das Getriebe, die regelungs- und elektrotechnischen Komponenten, der Generator, die Lager und die Bremsen

[...]²⁰

²⁰ WEA-Richtlinie, S. 7.

Für bautechnische Unterlagen schreibt Kapitel 3 in der WEA-Richtlinie folgende Inhalte vor:

„[...]“

- A. Technische Daten der Windenergieanlage mit insbesondere folgenden Angaben:
 - 1. Modellbezeichnung
 - 2. Hersteller
 - 3. Konfiguration (Typenblatt)
 - 4. Regelungs- und Bremssystem
 - 5. Rotorblatttyp
 - 6. Betriebsdaten, die für die Ermittlung der Einwirkungen und für die Bemessung des Turms erforderlich sind
- B. Gesamtübersicht der Anlage und ggf. Lageplan
- C. Baubeschreibung von Turm und Gründung mit folgenden Angaben:
 - 1. Windgeschwindigkeitszone (Auslegung und ggf. Standort)
 - 2. Entwurfslebensdauer
 - 3. Baugrundverhältnisse
- D. Schnittgrößen zum Nachweis von Turm und Gründung und weitere Grundlagen für die Bemessung (siehe Abschnitt 9)
- E. Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung (Nachweise im Grenzzustand der Tragfähigkeit und der Gebrauchstauglichkeit) einschließlich der Schwingungsuntersuchungen
- F. Konstruktionszeichnungen für Turm und Gründung mit allen notwendigen Informationen und technischen Anforderungen für die Ausführung von Stahlkonstruktionen (siehe Normenreihe Eurocode 3: Bemessung und Konstruktion von Stahlbauten) und von Stahl- und Spannbetonkonstruktionen (siehe Normenreihe Eurocode 2:

Bemessung und Konstruktion von Stahlbeton- und Spannbetontragwerken).

- G. Montageanleitung (z.B. Spannanweisung, Herstellenweisung für die Gründung gemäß DIN EN 13670)
- H. Gutachtliche Stellungnahme eines Sachverständigen zur Gründung (Baugrundgutachten)

Außerdem müssen für Windenergieanlagen folgende Unterlagen vorliegen:

- I. Gutachtliche Stellungnahmen, in denen ggf. Auflagen zum Bau und Betrieb der Windenergieanlage zu formulieren sind:
 1. Gutachtliche Stellungnahme eines Sachverständigen zur Bestätigung der Schnittgrößen für den Nachweis von Turm und Gründung, Rotorblätter und Maschinenbau (Lastgutachten)
 2. Gutachtliche Stellungnahme eines Sachverständigen zu den Nachweisen der Sicherheitseinrichtungen (Sicherheitsgutachten)
 3. Gutachtliche Stellungnahme eines Sachverständigen zu den Nachweisen der Rotorblätter
 4. Gutachtliche Stellungnahme eines Sachverständigen zu den Nachweisen der maschinenbaulichen Komponenten und der Verkleidung von Maschinenhaus, Nabe (Maschinengutachten)
 5. Gutachtliche Stellungnahme eines Sachverständigen zu den Nachweisen für die elektrotechnischen Komponenten und den Blitzschutz

Weitere Unterlagen, die von dem Sachverständigen des Maschinengutachtens begutachtet sein müssen:

- J. Bedienungsanleitung
- K. Inbetriebnahmeprotokoll (Vordruck)
- L. Wartungspflichtenbuch (siehe Abschnitt 15)²¹

Die Kapitel 4-6 der WEA-Richtlinie enthalten folgende Regelungen zu Technischen Baubestimmungen, Bauprodukten und Bauarten sowie zu Ausführungsklassen:

„4 Technische Baubestimmungen

Sofern in dieser Richtlinie nicht anderes bestimmt ist, gelten die Technischen Baubestimmungen, insbesondere hinsichtlich der Einwirkungen DIN EN 1991-1-1, -1-3 und -1-4, für Stahlkonstruktionen die Grundnormen der Normenreihe DIN EN 1993, für Stahlbeton- und Spannbetonkonstruktionen die Normenreihe DIN EN 1992, sowie für den Baugrund DIN EN 1997. Alle Normen der Eurocode-Reihe sind stets in Verbindung mit ihren Nationalen Anhängen anzuwenden.

Weiterhin dürfen für Stahlvollwandtürme die Regelungen der DIN EN 1993-3-2, Kapitel 5.2 angewendet werden.

5 Werk- und Baustoffe, Bauprodukte und Ausführung

Es dürfen nur Werkstoffe verwendet werden, die den Technischen Baubestimmungen entsprechen. Die Verwendung anderer Werkstoffe bedarf nach den bauaufsichtlichen Vorschriften eines besonderen Nachweises

²¹ WEA-Richtlinie, S. 11 f.

der Verwendbarkeit, z.B. durch eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung oder durch eine Zustimmung im Einzelfall.

Die Ausführung von Stahlbeton- und Spannbetonbauteilen erfolgt nach DIN EN 13670.

Spannverfahren, die zum Vorspannen von Windenergieanlagen verwendet werden, müssen für den vorgesehenen Einsatzzweck in der Windenergieanlage, bzw. für diesen entsprechenden Anwendungsbereich, geeignet sein.

6 Ausführungsklassen

Stahltürme von Windenergieanlagen oder Teile von Windenergieanlagen in Stahlbauweise sind gemäß DIN EN 1090-2 Anhang B der Beanspruchungskategorie SC2 und der Schadensfolgeklasse CC2 zuzuordnen. Demzufolge gilt als Mindestanforderung für Windenergieanlagen die Ausführungsklasse EXC3. Entsprechende Anforderungen für die Ausführung sind DIN EN 1090-2 Anhang A.3 zu entnehmen.“²²

Kapitel 7 der WEA-Richtlinie verweist hinsichtlich der Einwirkungen auf Windenergieanlagen zunächst auf die DIN EN 61400-1. Zusätzlich sind Regelungen zu Trägheits- und Gravitationslasten (zum Beispiel Erdbeben), zu aerodynamischen Lasten sowie zu sonstigen Lasten enthalten. Kapitel 8 der WEA-Richtlinie befasst sich auf dieser Grundlage mit Einwirkungskombinationen.

Kapitel 9 der WEA-Richtlinie beschreibt Schnittgrößen zur Bemessung von Turm und Gründung anhand einer „gesamtdynamischen Berechnung“. Kapitel 10 der WEA-Richtlinie stellt darauf aufbauend ein Sicherheitskonzept auf, in dem für Grenzzustände der Tragfähigkeit und solche der Gebrauchstauglichkeit die Nachweise durch Verfahren mithilfe von Teilsicherheitsbeiwerten zu führen sind. Die entsprechende Nachweisführung konkretisieren die Kapitel 11 und 12 sodann für den Turm und die

²² WEA-Richtlinie, S. 12 f.

Gründung (Gründungskörper und Baugrund). Weitere Anforderungen an die Konstruktionsdetails enthält Kapitel 13, indem Ringflanschverbindungen bei stählernen Türmen, Öffnungen in der Wand von Stahlrohrtürmen, schwerbeanspruchte Schraubverbindungen und die Stahlsortenauswahl konkretisiert werden.

Für die Bauabnahme und Inbetriebnahme sieht Kapitel 14 vor, dass im Rahmen der Bauüberwachung und / oder Bauzustandsbesichtigung seitens der zuständigen Bauaufsicht oder des Prüfsachverständigen zu bescheinigen sei, dass die Windenergieanlage nach den geprüften bautechnischen Unterlagen errichtet worden ist. Die Abnahme der Maschine sei dabei nicht Gegenstand dieser Empfehlungen und erfolge auf der Grundlage der gutachterlichen Stellungnahmen zur Maschine, die in Kapitel 3 Buchst. I der WEA-Richtlinie geregelt seien.

Kapitel 15 der WEA-Richtlinie enthält Vorgaben für wiederkehrende Prüfungen, deren Umfang, ggf. zu ergreifenden Maßnahmen und schließlich deren Dokumentation.

Kapitel 16 der WEA-Richtlinie befasst sich mit der Standorteignung von Windenergieanlagen anhand hierfür erforderlicher Typenprüfungen bzw. Einzelprüfungen.

Für bestehende Windenergieanlagen, deren Entwurfslebensdauer abgelaufen ist, verweist Kapitel 17 auf die Anwendung der „Richtlinie für den Weiterbetrieb von Windenergieanlagen“²³.

RSD Anmerkung: Mit Blick auf die in Bezug genommene „Richtlinie für den Weiterbetrieb von Windenergieanlagen“ sind zwischenzeitlich der Standard DNV GL-ST-0262 "Weiterbetrieb von Windenergieanlagen" und die dazugehörige Service-Spezifikation DNV GL-SE-0263 "Zertifizierung von Windenergieanlagen für Weiterbetrieb" verabschiedet worden.²⁴

²³ Germanischer Lloyd Industrial Services GmbH, Richtlinien für den Weiterbetrieb von Windenergieanlagen, in: IV Vorschriften und Richtlinienindustriedienste, 1 Windenergie, Ausgabe 2009.

²⁴ Vgl. die Erläuterungen unter der zuletzt am 25.10.2022 abgerufenen URL: <https://www.dnv.de/services/weiterbetrieb-von-windenergieanlagen-4017>.

In Bezug genommene DIN EN-Normen sind in Kapitel 18 der WEA-Richtlinie aufgelistet. Sonstige in Bezug genommene Dokumente, wie beispielsweise die zuvor genannte „Richtlinie für den Weiterbetrieb von Windenergieanlagen“ finden sich in dieser Auflistung nicht.

RSD Anmerkung: *Die Überprüfung der richtigen Einordnung der WEA-Richtlinie im Rahmen des nationalen Bauordnungsrechts ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.*

Derweil enthält die WEA-Richtlinie umfangreiche, auch prozedurale Vorgaben, die offenbar im Rahmen der Baugenehmigung bzw. der Bauüberwachung umgesetzt werden sollen. Dabei scheint die WEA-Richtlinie ihre Nachweisregelungen als Bauartregelungen zu verstehen. Im Falle einer Abweichung scheint dementsprechend gedanklich eine (wohl meist vorhabenbezogene) Bauartgenehmigung nach § 16a Abs. 2 MBO vorgesehen zu sein.

Hierbei wäre zu berücksichtigen, dass eine als Bausatz von einem Hersteller gelieferte Anlage durchaus auch ein einziges Bauprodukt darstellen kann. In diesem Fall spräche viel für eine Anwendung der diesbezüglichen Regelungen mit den daraus resultierenden Folgeproblemen.

Dabei ist die WEA-Richtlinie im Teil A der MVV TB veröffentlicht worden und scheint folglich nicht unmittelbar eine Übereinstimmungsbestätigung im Sinne von §§ 21 f. MBO (ggf. i.V.m. § 16a Abs. 5 MBO) zu ermöglichen.

II. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Maschinenrichtlinie – Maschinenbegriff

Die Richtlinie 2006/42/EG gilt ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 insbesondere für Maschinen und unvollständige Maschinen. Wörtlich heißt es:

„(1) Diese Richtlinie gilt für die folgenden Erzeugnisse:

- a) Maschinen;
- b) auswechselbare Ausrüstungen;

- c) Sicherheitsbauteile;
- d) Lastaufnahmemittel;
- e) Ketten, Seile und Gurte;
- f) abnehmbare Gelenkwellen;
- g) unvollständige Maschinen.“

Nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG umfasst die Bezeichnung „Maschine“²⁵ die in der vorhergehenden Auflistung unter den Buchstaben a bis f genannten Erzeugnisse („**Maschine im weiteren Sinne**“)^{26, 27}.

Demgegenüber beschreibt Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG den Begriff der Maschine näher („**Maschine im engeren Sinne**“)²⁸. Die Gruppe der Maschinen im engeren Sinne gliedert die Richtlinie dabei in fünf Aufzählungszeichen auf:

- „[...]
 - eine mit einem anderen Antriebssystem als der unmittelbar eingesetzten menschlichen oder tierischen Kraft ausgestattete oder dafür vorgesehene Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, von denen mindestens eines bzw. eine beweglich ist und die für eine bestimmte Anwendung zusammengefügt sind;
 - eine Gesamtheit im Sinne des ersten Gedankenstrichs, der lediglich die Teile fehlen, die sie mit ihrem Einsatzort oder mit ihren Energie- und Antriebsquellen verbinden;
 - eine einbaufertige Gesamtheit im Sinne des ersten und zweiten Gedankenstrichs, die erst nach Anbringung

²⁵ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: Einführung des Begriffs der „Maschinenprodukte“ als Oberbegriff, mit dem für klarere Begrifflichkeiten gesorgt wird; inhaltlich dürften damit keine relevanten Änderungen verbunden sein.

²⁶ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 33.

²⁷ EuG, Urt. v. 15.07.2015 – T-337/13, CSF Srl gegen Europäische Kommission, ECLI:EU:T:2015:502, Rn. 53.

²⁸ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 33.

auf einem Beförderungsmittel oder Installation in einem Gebäude oder Bauwerk funktionsfähig ist;

— eine Gesamtheit von Maschinen im Sinne des ersten, zweiten und dritten Gedankenstrichs oder von unvollständigen Maschinen im Sinne des Buchstabens g, die, damit sie zusammenwirken, so angeordnet sind und betätigt werden, dass sie als Gesamtheit funktionieren;

— eine Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, von denen mindestens eines bzw. eine beweglich ist und die für Hebevorgänge zusammengefügt sind und deren einzige Antriebsquelle die unmittelbar eingesetzte menschliche Kraft ist;²⁹“

Ersichtlich vorliegend nicht einschlägig ist der fünfte Gedankenstrich. Windenergieanlagen werden weder mittelbar noch unmittelbar durch die eingesetzte menschliche Kraft bewegt.

Die übrigen vier Gedankenstriche bauen strukturell aufeinander auf. Den Grundfall bildet dabei der erste Gedankenstrich (siehe hierzu unter 1.). Die nachfolgenden Gedankenstriche enthalten jeweils Varianten hierzu, bei denen entweder Verbindungsteile fehlen (siehe hierzu unter 2.) oder die Montage auf einem Unterbau (Beförderungsmittel oder Gebäude bzw. Bauwerk) erforderlich ist (siehe hierzu unter 3.). Eine besondere Form bilden dabei die zusammengesetzten Maschinen bzw. Maschinenanlagen (siehe hierzu unter 4.).

Harmonisierte Normen unter der Richtlinie 2006/42/EG, die Windenergieanlagen zum Gegenstand haben, sind nicht ersichtlich. Für die Normenreihe EN 61400 ist kein entsprechender Normungsauftrag der Europäischen Kommission vorhanden. Die Anwendung harmonisierter Normen ist indes unter der Richtlinie 2006/42/EG – im Gegensatz zur Verordnung (EU) Nr. 305/2011 – freiwillig und ohne Auswirkungen auf den Anwendungsbereich der Richtlinie.

²⁹ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: Einführung einer weiteren Variante der Maschine unter Art. 3 Abs. 1 Buchst. f („eine Gesamtheit im Sinne der Buchstaben a, b, c, d und e, bei der lediglich das Aufspielen einer für die spezifische Anwendung der Maschine bestimmten Software fehlt“).

Nach der begrifflichen Annäherung an den Maschinenbegriff folgt die Klärung des Verhältnisses dieser Varianten und des Verfahrens zur Bestimmung der jeweils einschlägigen Variante (siehe hierzu unter 5).

RSD Anmerkung: Die nationale Umsetzung der Begriffsbestimmung durch die 9. ProdSV entspricht ihrem Inhalt nach derjenigen der Richtlinie 2006/42/EG. Auch insoweit wird mit Blick auf den Prüfungsmaßstab unmittelbar auf die unionsrechtlichen Regelungen referenziert.

1. Grundform der vollständigen Maschine – Erster Gedankenstrich

Die Begriffsbestimmung des ersten Gedankenstrichs setzt zunächst eine Gesamtheit von miteinander verbundenen Teilen voraus. Dabei soll es unschädlich sein, wenn die einzelnen Teile zunächst getrennt geliefert oder gelagert werden.³⁰

Eine Windenergieanlage besteht aus zahlreichen, miteinander verbundenen Teilen. Das Fundament ist mit dem Turm verbunden, der Turm mit der Gondel und diese wiederum mit der Nabe und hierüber mit den Rotorblättern. Als weitere (innere) Bestandteile sind insbesondere die Welle, das Getriebe, die regelungs- und elektrotechnischen Komponenten, der Generator, die Lager und die Bremsen zu nennen.

Diese Teile werden teilweise bereits miteinander verbunden angeliefert, teilweise erfolgt die Montage vor Ort. Im Ergebnis ist eine entsprechende Verbindung der jeweiligen Teile hergestellt.

Von diesen Teilen ist auch mindestens eines – als nächstes Tatbestandsmerkmal – beweglich. Insbesondere trifft dies auf die Rotorblätter, die Nabe, die Gondel sowie einige der inneren Bestandteile, wie beispielsweise die Welle oder das Getriebe, zu.

Auch muss die Gesamtheit – als drittes Tatbestandsmerkmal – mit einem Antriebssystem verbunden oder dafür vorgesehen sein, das nicht in der unmittelbar eingesetzten menschlichen oder tierischen Kraft besteht. Hierbei kann sowohl auf interne als auch

³⁰ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 35.

auf externe Energiequellen, also z.B. auf einen eigenen Motor oder von außen zugeführte mechanische Energie, zurückgegriffen werden. Der Leitfaden der Europäischen Kommission für die Anwendung der Richtlinie 2006/42/EG nennt hierzu ausdrücklich auch natürliche Energiequellen, wie beispielsweise Wind- oder Wasserkraft.³¹ Der Antrieb einer Windenergieanlage stützt sich auf die Nutzung der Windenergie.

Schließlich liegt auch die erforderliche Zweckbestimmung mit der intendierten Nutzung von Windenergie zur Stromgewinnung vor. Dieser Zweckbestimmung dienen zugleich – mittelbar oder unmittelbar – alle zuvor aufgezählten Einzelteile.

Begrifflich kann man folglich die gesamte Windenergieanlage, bestehend aus Turm, Gondel, Nabe und Rotorblättern unter den Maschinenbegriff des ersten Gedankenstrichs von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG subsumieren. Denkbar ist insoweit sogar die Einbeziehung des Fundaments.

2. Maschine ohne Verbindungsteile – Zweiter Gedankenstrich

Unter dem zweiten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG wird eine Gesamtheit im Sinne des ersten Gedankenstrichs erfasst, der lediglich die Teile fehlen, die sie mit ihrem Einsatzort oder mit ihren Energie- und Antriebsquellen verbinden.

Ausweislich des Leitfadens der Europäischen Kommission für die Anwendung der Richtlinie 2006/42/EG trägt diese Begriffsbestimmung dem Umstand Rechnung, dass die Eigenschaften der Bauteile, die für die Verbindung der Maschine am Aufstellungsort mit den Energie- und Antriebsquellen erforderlich sind, gegebenenfalls vom Aufstellungsort abhängig sind.³² Dieser Gedankenstrich ermöglicht es, eine Maschine auch ohne diese Verbindungsteile zu liefern. Hierdurch wird zugleich eine gewisse Variationsbreite ermöglicht, die beispielsweise eine Verbindung mit verschiedenartigen Einsatzorten oder unterschiedlichen Antriebsquellen ermöglicht.

³¹ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 35.

³² Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 36.

Bei Windenergieanlagen dürfte diese Konstellation insbesondere dann einschlägig sein, wenn die Teile fehlen, die für eine Verbindung mit dem Einsatzort erforderlich sind. Hierunter dürfte neben dem Fehlen des Fundaments, der Verbindungsteile zwischen Fundament und Turm sowie gegebenenfalls des Turms selbst bzw. der Verbindungsteile hiermit fallen können.

Hinsichtlich der zweiten Variante dieses Gedankenstrichs, namentlich des Fehlens von Verbindungsteilen mit den Energie- und Antriebsquellen, scheint es nicht ausgeschlossen zu sein, hierunter auch das Fehlen der Nabe oder der Rotorblätter zu subsumieren. Im Einzelnen mag hierbei die Abgrenzung zur unvollständigen Maschine nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2006/42/EG, die für sich genommen keine bestimmte Funktion erfüllen kann, problematisch sein. So dürfte der Generator für sich genommen – vergleichbar einem bloßen Antriebssystem (z.B. einem Motor) – lediglich eine unvollständige Maschine darstellen, wohingegen die ansonsten vollständige Gondel, ggf. in Kombination mit dem Turm, eher eine Maschine im Sinne der zweiten Variante des zweiten Gedankenstrichs von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG sein mag, wenn Nabe und Rotorblätter bereits im Rahmen der Konformitätsbewertung spezifiziert sind. Die entsprechende Einstufung wird dabei jeweils im Einzelfall vorzunehmen sein.

3. Maschinen zur Montage auf einem Unterbau – Dritter Gedankenstrich

Der dritte Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG erfasst

„eine einbaufertige Gesamtheit im Sinne des ersten und zweiten Gedankenstrichs, die erst nach Anbringung auf einem Beförderungsmittel oder Installation in einem Gebäude oder Bauwerk funktionsfähig ist“.

Die erste Alternative, die Anbringung auf ein Beförderungsmittel, trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass die meisten Beförderungsmittel nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. e der Richtlinie 2006/42/EG selbst nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfallen, sehr wohl aber die entsprechenden Aufbauten. Als Beispiele für Maschinen auf Beförderungsmitteln nennt der Leitfaden der Europäischen Kommission für die Anwendung der Richtlinie 2006/42/EG

„Ladekrane, Hubladebühnen, Kipperaufbauten, auf Fahrzeugen oder Anhängern montierte Kompressoren, auf Fahrzeugen montierte Verdichtungssysteme, auf Fahrzeugen montierte Betonmischer, Absetzkipper, Motorwinden, Kipper und auf Fahrzeugen montierte Hubarbeitsbühnen.“³³

Für die hier gegenständlichen Windenergieanlagen kommt dabei lediglich die zweite Alternative, also die Installation in ein Gebäude oder Bauwerk, in Betracht. Hierfür nennt der Leitfaden der Europäischen Kommission für die Anwendung der Richtlinie 2006/42/EG beispielhaft und ersichtlich ohne jeden Vollständigkeitsanspruch Portalkrane, bestimmte Aufzüge oder Fahrtreppen.³⁴

Die Richtlinie beschreibt dabei nicht, was unter einem Gebäude oder Bauwerk zu verstehen ist. Gleichwohl werden wohl das Fundament und der (üblicherweise sogar begehbare) Turm nach hergebrachtem Wortverständnis³⁵ als Bauwerk bzw. Gebäude anzusehen sein.

Durch die lokale Präposition „in“ wird zugleich eine räumliche Beziehung zwischen dem Gebäude oder Bauwerk und der dort installierten Maschine hergestellt. Eine solche räumliche Nähebeziehung wird durch die Installation der Gondel auf dem Turm bzw. der Gondel mit Turm auf dem Fundament erzeugt. Dabei erfolgt die Installation räumlich mehr „auf“ dem Gebäude als „im“ (im Sinne von „innerhalb“) Bauwerk bzw. Gebäude.

Zwar dürfte allgemein die Installation einer Maschine innerhalb eines Gebäudes wahrscheinlich den Regelfall darstellen, doch wird die Vorschrift weniger eine räumliche Umschließung einer Maschine durch das Bauwerk oder das Gebäude verlangen als

³³ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 37.

³⁴ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 37.

³⁵ Vgl. zu den Begriffsbestimmungen auf nationaler Ebene § 2 Abs. 1 und Abs. 2 MBO, die für eine bauliche Anlage eine Verbindung mit dem Boden und für ein Gebäude die Betretbarkeit durch Menschen voraussetzen.

vielmehr eine räumliche Nähebeziehung und physische Verbindung. Insoweit dürfte die Anbringung „auf“ dem Bauwerk bzw. Gebäude unschädlich sein.

Dementsprechend lassen sich Windenergieanlagen die auf einem Turm oder mit Turm auf einem Fundament installiert werden, auch unter den dritten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG subsumieren.

4. Gesamtheit von Maschinen/Maschinenanlagen – Vierter Gedankenstrich

Schließlich erfasst der Maschinenbegriff nach dem vierten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG auch eine Gesamtheit, die aus Maschinen im Sinne der vorhergehenden Gedankenstriche und/oder unvollständigen Maschinen gebildet wird, wenn diese so angeordnet sind und betätigt werden, dass sie als Gesamtheit funktionieren.

Solche Gesamtheiten von Maschinen bzw. Maschinenanlagen liegen vor, wenn kumulativ die folgenden Kriterien erfüllt sind:

„[...]“

- die einzelnen Einheiten werden zusammengebaut, um eine gemeinsame Aufgabe ausführen zu können, beispielsweise die Fertigung eines bestimmten Produkts;
- die einzelnen Einheiten sind funktional so miteinander verbunden, dass der Betrieb jeder einzelnen Einheit unmittelbar den Betrieb anderer Einheiten oder der Anlage als Ganzes beeinflusst, sodass eine Risikobeurteilung für die gesamte Anlage erforderlich ist;
- die einzelnen Einheiten verfügen über ein gemeinsames Steuerungssystem [...].³⁶

Ähnlich formuliert es das Interpretationspapier des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, das einen produktionstechnischen und einen sicherheitstechnischen Zusammenhang fordert. Der sicherheitstechnische Zusammenhang soll gegeben sein, wenn

³⁶ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 38.

ein Ereignis an einem Bestandteil der Anlage zu einer Gefährdung an einem Anlagenteil führt und Gegenmaßnahmen für die Gesamtheit wirken müssen. Der produktionstechnische Zusammenhang soll sich auf die gemeinsame Anordnung, das funktionale Zusammenwirken und die Betätigung, also die Steuerung, als Gesamtheit umfassen.³⁷

Nach beiden Ansätzen ist also eine zweckbezogene, eine sicherheitstechnische und eine steuerungstechnische Verknüpfung der einzelnen (vollständigen oder unvollständigen) Maschinen erforderlich. Liegen nicht alle diese Merkmale vor, handelt es sich um mehrere Maschinen, nicht um eine einheitlich zu betrachtende Gesamtheit von Maschinen.

Bei industriellen Großanlagen wird dabei regelmäßig eine präzise Abgrenzung erforderlich. So bestehen wahrscheinlich die meisten großen Industrieanlagen aus mehreren Maschinen, zwischen denen ein zweckbezogener Zusammenhang besteht, da sie alle dem gleichen (z.B. Produktions-)Ziel der Anlage dienen. Vielfach erfolgt auch die Steuerung über eine einheitliche Prozessleittechnik bzw. Mess- und Steuerungswarte. In zahlreichen Fällen wird allerdings der erforderliche sicherheitstechnische Zusammenhang fehlen.

Im Gesetzgebungsverfahren zur heutigen Richtlinie 2006/42/EG hatte das Europäische Parlament vorgeschlagen,

„m) Industrieanlagen als Ganzes, wobei Produkte nach Artikel 1 Abschnitt 1, die zum Einbau in diese Anlagen vorgesehen sind, nicht unter diese Ausnahme fallen“³⁸,

vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausdrücklich auszunehmen. Dies sollte der Klarstellung dienen, dass zwar in Industrieanlagen installierte Gesamtheiten von Maschinen erfasst sein sollten, nicht aber „Industrieanlagen als Ganzes für sich genommen“.³⁹ Diesem Ansinnen setzte die Kommission entgegen, dass Industrieanlagen als

³⁷ BMAS, Interpretationspapier zum Thema „Gesamtheit von Maschinen“, Bekanntmachung vom 05.05.2011 – IIIb5-39607-3 – GMBI. 2011, Nr. 12, S. 233 ff.

³⁸ Europäisches Parlament, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, KOM(2000) 899 – C5-0035/2001 – 2001/0004 (COD), A5-0216/2002 ENDGÜLTIG, S. 13.

³⁹ Vgl. den entsprechenden Vorschlag für einen neuen Erwägungsgrund 5a: Europäisches Parlament, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen

Ganzes ohnehin nicht vom Anwendungsbereich erfasst seien und daher auch der intendierte Anwendungsausschluss nicht erforderlich sei.⁴⁰

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass Industrieanlagen als Ganzes und für sich genommen nicht Gegenstand der Richtlinie 2006/42/EG sind. Soweit eine solche Industrieanlage allerdings im Einzelfall eine Gesamtheit von Maschinen bildet, fällt sie sehr wohl unter den vierten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG und ist damit selbst eine „Maschine“.

Windenergieanlagen werden meist mehr als eine einzelne (vollständige oder unvollständige) Maschine umfassen. So werden beispielsweise Mechanismen zur Drehung der Gondel oder der einzelnen Rotorblätter vorgesehen sein, die für sich genommen (vollständige oder unvollständige) Maschinen sein werden.

All diese Bestandteile werden daher eine Maschinenanlage darstellen. Für diese Maschinenanlage ist daher auch insgesamt die Konformität nachzuweisen und zu bestätigen.

Anderes kann für verbaute Aufzüge, soweit diese der Richtlinie 2006/42/EG unterfallen, gelten. Hier kann es beispielsweise am erforderlichen sicherheitstechnischen Zusammenhang fehlen.

Der Turm der Windenergieanlage ist für sich genommen regelmäßig weder eine Maschine noch eine unvollständige Maschine. Es dürfte meist bereits an beweglichen Teilen bzw. dem (vorgesehenen) Antrieb fehlen. Der Turm kann indes Teil einer (vollständigen oder unvollständigen) Maschine sein, die Bestandteil der Maschinenanlage wird. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen zu den ersten drei Gedankenstrichen verwiesen.

Parlaments und des Rates über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, KOM(2000) 899 – C5-0035/2001 – 2001/0004 (COD), A5-0216/2002 ENDGÜLTIG, S. 5 f.

⁴⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 EG-Vertrag betreffend den vom Rat angenommenen gemeinsamen Standpunkt im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, KOM/2005/0403 endg.– 2001/0004 (COD), S. 6.

5. Abgrenzung der Maschine bzw. der Varianten

In Ansehung der zuvor beschriebenen Überlappung der Maschinenbegriffe ist die Frage aufgeworfen, wie die einzelnen Varianten zueinander ins Verhältnis zu setzen sind und welche Gesamtheit als „Maschine“ dem Konformitätsbewertungsverfahren zu unterwerfen und mit der CE-Kennzeichnung zu versehen ist.

a) (Kein) Rangverhältnis der Varianten

Die Richtlinie 2006/42/EG und insbesondere deren Abs. 2 der Richtlinie 2006/42/EG gibt keine explizite Rangfolge der einzelnen Varianten vor. Auch aus der Rechtsprechung ist diesbezüglich keine Klärung ersichtlich.

Systematisch bildet der erste Spiegelstrich den Grundfall. Dieser fand sich in leicht abgewandelter Form bereits in den Vorgängerregelungen.⁴¹

Mit der damaligen Richtlinie 98/37/EG wurde die Gesamtheit von Maschinen bzw. die Maschinenanlage aufgenommen.⁴² Die Begründung hierzu weist darauf hin, dass sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf eine allgemeine Definition des Begriffs "Maschine" gründen müsse, um die technische Weiterentwicklung bei der Herstellung zu ermöglichen. Die Entwicklung von komplexen Anlagen sowie die dadurch erzeugten Gefahren seien dabei gleichwertig, so dass ihre ausdrückliche Einbeziehung in die Richtlinie gerechtfertigt sei.⁴³ Nicht berücksichtigt war gleichwohl die Einbeziehung von unvollständigen Maschinen, die die damalige Richtlinie begrifflich noch nicht vorsah.

Die heute im vierten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG geregelte Gesamtheit von Maschinen bzw. Maschinenanlage soll also dem Umstand Rechnung tragen, dass auch aus der Kombination von Maschinen neue Risiken entstehen können. Insofern sind sowohl die einzelnen Maschinen, sofern sie allein in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden, als auch die Gesamtheit

⁴¹ Art. 1 Abs. 1 Buchst. a, erster Gedankenstrich bzw. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für Maschinen, ABl. L 207, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/79/EG vom 27.10.1998 ABl. L 331 S. 1.

⁴² Art. 1 Abs. 1 Buchst. a, zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 98/37/EG.

⁴³ Erwägungsgrund Nr. 11 der Richtlinie 98/37/EG.

der Maschinen einer Konformitätsbewertung zu unterziehen.⁴⁴ Dabei nimmt diese übergreifende Konformitätsbewertung mehr oder weniger eine Dachfunktion ein, die der Bewertung der nachgeordneten (vollständigen oder unvollständigen) Maschinen im Grunde eine Schnittstellenbetrachtung hinzufügt, deren mögliche Eigenständigkeit aber nicht in Frage stellt. Insoweit besteht zumindest das Erfordernis der Gesamtbewertung und damit ein faktischer Vorrang des vierten Gedankenstrichs, soweit kein isoliertes Inverkehrbringen oder Inbetriebnehmen der Einzelmaschinen erfolgt.

Der zweite und dritte Gedankenstrich ist erst mit Einführung der Richtlinie 2006/42/EG aufgenommen worden. Auf Vorschlag des Berichts der sog. Molitor-Gruppe diente die Änderung der Klarstellung und Präzisierung des Maschinenbegriffs.⁴⁵ Neben den unvollständigen Maschinen wurden damit zwei Gruppen von Maschinen aufgenommen, denen für die tatsächliche Inbetriebnahme (lediglich) Verbindungsteile oder die Verbindung mit einem Unterbau fehlen.

Die Anforderungen an die Verbindungsteile bzw. den Unterbau hat der Hersteller dabei jeweils in seine Konformitätsbewertung und die mitzuliefernden Informationen, insbesondere also die Betriebsanleitung, einzubeziehen und zu spezifizieren.⁴⁶ Es wird damit faktisch eine (nur) gedanklich um die Verbindungsteile bzw. die Verbindung zum Unterbau ergänzte Maschine bewertet. In der Sache werden dadurch aber die Verwendungsbedingungen der Maschine vorgezeichnet. Die Verbindungselemente oder der Unterbau werden damit nicht selbst zum Teil der Maschine.

Erwägen könnte man, insbesondere die Variante des dritten Gedankenstrichs, also die Befestigung auf einem Unterbau, als spezialgesetzliche Regelung zu verstehen, die dem Grundfall des ersten Gedankenstrichs vorgehe. Dafür spräche zunächst, dass diese Begriffsbestimmung gegenüber dem ersten Gedankenstrich ein weiteres Tatbestandsmerkmal enthält.

⁴⁴ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 38.

⁴⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, ABl. Nr. 154 E vom 29.05.2001, S. 164.

⁴⁶ Vgl. Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 36 und § 37.

Dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal spräche dann für eine Spezialität, wenn hierdurch zum Ausdruck käme, dass der Regelungsinhalt der Richtlinie erstmals auch auf dieses Tatbestandsmerkmal erstreckt werden sollte. Dies wäre insbesondere dann naheliegend, wenn diesbezüglich auch neue inhaltliche Vorgaben hinzugekommen wären.

Zunächst findet die Richtlinie 2006/42/EG auf die betreffenden Beförderungsmittel bzw. die Gebäude und Bauwerke für sich genommen keine Anwendung. Die Richtlinie enthält daher auch keine spezifischen diesbezüglichen Regelungen im Rahmen der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen ihres Anhangs I.

Hervorzuheben ist aber Ziffer 1.3.1 von Anhang I⁴⁷ der Richtlinie 2006/42/EG:

„1.3.1. Risiko des Verlusts der Standsicherheit

Die Maschine, ihre Bestandteile und ihre Ausrüstungsteile müssen ausreichend standsicher sein, um ein Umstürzen oder Herabfallen oder eine unkontrollierte Lageveränderung beim Transport, der Montage und der Demontage sowie jeder anderer Betätigung an der Maschine zu vermeiden.

[...]“

Diese rudimentäre Regelung könnte zunächst nahelegen, dass die ggf. komplexen Anforderungen an die Standsicherheit von baulichen Anlagen nicht konkret mitgedacht wurden.

Der Leitfaden der Europäischen Kommission führt diesbezüglich aus:

„§ 206 Standsicherheit

Entsprechend Nummer 1.3.1 Absatz 1 muss der Hersteller dafür sorgen, dass die Standsicherheit der Maschine und ihrer Bestandteile und Ausrüstungsteile während der verschiedenen Phasen der absehbaren Lebensdauer der Maschine gewährleistet ist [...].

⁴⁷ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: Ziffer 1.3.1 von Anhang III.

Zu den dabei zu berücksichtigenden Kriterien zählen unter anderem die Formgebung der Maschine und ihres Sockels, die Merkmale der Oberfläche oder des Untergestells, auf dem die Maschine verwendet, aufgebaut oder installiert werden soll, die Gewichtsverteilung, dynamische Wirkungen, die durch die Bewegung der Maschine selbst oder ihrer Bestandteile oder von in der Maschine verarbeiteten oder von ihr gehaltenen Werkstücken hervorgerufen werden, ferner Vibrationseffekte, äußere Krafteinwirkungen wie Winddruck sowie Witterungsbedingungen wie Schnee und Eis.

[...]“⁴⁸

Nach dieser Lesart wäre die Vorschrift in Ziffer 1.3.1 von Anhang I der Richtlinie 2006/42/EG wohl dahingehend zu verstehen, dass gerade aus der Abstraktheit der Anspruch folgt, sämtliche Gefahren abzudecken. Insoweit wäre die knappe Formulierung eher eine Art der Schwerpunktsetzung als Ausdruck dessen, dass die bauwerksbezogenen Gefahren nicht mitgedacht wären. Dies entspräche zugleich der Grundidee des ‚*New Approach*‘, die wichtigsten Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen in abstrakter Form aufzunehmen und die Konkretisierung den europäischen Normungsorganisationen und den Wirtschaftsakteuren zu überlassen.

Zwar wären somit inhaltlich auch zumindest mittelbar Anforderungen an die betreffenden Beförderungsmittel bzw. die Gebäude und Bauwerke aufgenommen, doch wäre die Regelung nicht neu. Eine entsprechende Bestimmung zur „Stabilität“ fand sich bereits in der Richtlinie 89/392/EWG. Hier hieß es in Anhang I unter Ziffer 1.3.1:

„1.3.1.

Stabilität

Die Maschine sowie ihre Bestandteile und ihre Ausrüstungsteile müssen so konzipiert und gebaut sein, daß sie unter den vorgesehenen Betriebsbedingungen (gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Klimabedingungen)

⁴⁸ Vgl. Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 206.

ausreichend stabil sind und benutzt werden können, ohne daß die Gefahr eines unbeabsichtigten Umstürzens, Herabfallens oder Verrückens besteht.

Kann aufgrund der Form der Maschine oder der vorgesehenen Installation eine ausreichende Stabilität nicht gewährleistet werden, müssen geeignete Befestigungsmittel vorgesehen und in der Betriebsanleitung angegeben werden.“

Insoweit dürfte die Regelung mangels neuer materieller Anforderungen auch nicht dafürsprechen, dass erstmals eine Erstreckung auch auf einen Unterbau beabsichtigt gewesen wäre.

Weiter spricht auch die übrige Regelungshistorie eher gegen eine Spezialität. Wie dargestellt diene die Ergänzung des dritten Gedankenstrichs der Klarstellung und Präzisierung des Maschinenbegriffs. Mit Einführung der Figur der unvollständigen Maschine wurde dabei die Abgrenzung zu denjenigen Gesamtheiten, die (noch) keine CE-Kennzeichnung erfordern erzielt. Insoweit wird dem Maschinenbegriff eher eine gleichberechtigte Variante hinzugefügt als dass eine Beschränkung des Grundfalls der Maschine beabsichtigt wäre.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Richtlinie 2006/42/EG zwar die typischen bauwerksbezogenen Gefahren nicht ausdrücklich und nicht in großer Breite adressiert, aber eine Spezialität der Regelung im dritten Gedankenstrich von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/42/EG gegenüber den übrigen Varianten des Maschinenbegriffs nicht bestehen dürfte.

Eher wird man umgekehrt einen Vorrang der Variante unter dem ersten Gedankenstrich annehmen müssen, wenn der Hersteller die Maschine nicht nur zur Montage in bzw. auf einem Gebäude oder Bauwerk liefert, sondern zugleich auch den entsprechenden Turm mitliefert.

b) Notwendige Festlegungen für Inverkehrbringen bzw. Inbetriebnahme

Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG⁴⁹ muss der Hersteller vor dem Inverkehrbringen und/oder der Inbetriebnahme einer Maschine

„[...]“

- a) sicherstellen, dass die Maschine die in Anhang I aufgeführten, für sie geltenden grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen erfüllt;
- b) sicherstellen, dass die in Anhang VII Teil A genannten technischen Unterlagen verfügbar sind;
- c) insbesondere die erforderlichen Informationen, wie die Betriebsanleitung, zur Verfügung stellen;
- d) die zutreffenden Konformitätsbewertungsverfahren gemäß Artikel 12 durchführen;
- e) die EG-Konformitätserklärung gemäß Anhang II Teil 1 Abschnitt A ausstellen und sicherstellen, dass sie der Maschine beiliegt;
- f) die CE-Kennzeichnung gemäß Artikel 16 anbringen.“

Buchst. a der Vorschrift enthält dabei eine materielle Verantwortungszuweisung für die Einhaltung der wesentlichen Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen nach Anhang I der Richtlinie 2006/42/EG. Diese wird verfahrenstechnisch abgesichert durch das nach Buchst. d erforderliche Konformitätsbewertungsverfahren.

Die Ausgestaltung des Konformitätsverfahrens ist gemäß Art. 12 der Richtlinie 2006/42/EG davon abhängig, ob die Art der entsprechenden Maschine in Anhang IV der Richtlinie aufgenommen wurde. Dort findet sich eine Auflistung von Maschinen, bei denen der Gesetzgeber typisierend von einem höherem Risikopotenzial ausgeht und ein strengeres Nachweisverfahren verlangt.⁵⁰ In Anhang IV der Richtlinie finden sich dementsprechend Maschinen, die auch nach landläufiger Auffassung als eher „ge-

⁴⁹ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: entsprechende Regelung in Art. 10.

⁵⁰ Erwägungsgrund Nr. 20 der Richtlinie 2006/42/EG.

fährlich“ zu beurteilen sind, wie beispielsweise Säge- und Fräsmaschinen. Nicht aufgeführt sind dagegen Windenergieanlagen, was sich auch mit der Einführung einer Maschinenprodukte-Verordnung nicht ändern soll.⁵¹

Mangels Auflistung in Anhang IV der Richtlinie 2006/42/EG hat der Hersteller oder sein Bevollmächtigter nach Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie das in Anhang VIII der Richtlinie⁵² vorgesehene Verfahren der Konformitätsbewertung mit interner Fertigungskontrolle bei der Herstellung von Maschinen durchzuführen. Dieses ist auf den ersten Blick eher rudimentär ausgestaltet. Wörtlich lautet Anhang VIII der Richtlinie 2006/42/EG:

„ANHANG VIII

Bewertung der Konformität mit interner Fertigungskontrolle bei der Herstellung von Maschinen

1. In diesem Anhang wird das Verfahren beschrieben, nach dem der Hersteller oder sein Bevollmächtigter, der die in den Nummern 2 und 3 genannten Aufgaben ausführt, sicherstellt und erklärt, dass die betreffende Maschine die relevanten Anforderungen dieser Richtlinie erfüllt.
2. Für jedes repräsentative Baumuster der betreffenden Baureihe erstellt der Hersteller oder sein Bevollmächtigter die in Anhang VII Teil A genannten technischen Unterlagen.
3. Der Hersteller muss alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, damit durch den Herstellungsprozess gewährleistet ist, dass die hergestellten Maschinen mit den in Anhang VII Teil A genannten technischen Unterlagen übereinstimmen und die Anforderungen dieser Richtlinie erfüllen.“

⁵¹ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: entsprechende Auflistung der Hochrisiko-Maschinenprodukte in Anlage I.

⁵² Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: Anlage VI.

Das Konformitätsbewertungsverfahren besteht damit gemäß Ziffer 2 von Anhang VIII der Richtlinie 2006/42/EG im Grunde in der Erstellung der technischen Unterlagen nach Anhang VII Teil A der Richtlinie. Zusätzlich sind nach Ziffer 3 bezüglich des Herstellungsprozesses alle erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Konformität zu ergreifen, insbesondere also die nach Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie geforderte interne Fertigungskontrolle (werkseigene Produktionskontrolle) einzurichten.

Anhang VII Teil A der Richtlinie 2006/42/EG⁵³ beschreibt sodann die erforderlichen Mindestinhalte der technischen Dokumentation und konkretisiert darüber auch das Konformitätsbewertungsverfahren. Insbesondere soll es anhand der technischen Unterlagen möglich sein, die Übereinstimmung der Maschine mit den Anforderungen der Richtlinie zu beurteilen. Sie müssen sich, soweit es für diese Beurteilung erforderlich ist, auf die Konstruktion, den Bau und die Funktionsweise der Maschine erstrecken.

Zu den notwendigen Inhalten gehören nach Ziffer 1 Buchst. a von Anhang VII Teil A der Richtlinie 2006/42/EG insbesondere

„[...]“

- eine allgemeine Beschreibung der Maschine,
- eine Übersichtszeichnung der Maschine und die Schaltpläne der Steuerkreise sowie Beschreibungen und Erläuterungen, die zum Verständnis der Funktionsweise der Maschine erforderlich sind,
- vollständige Detailzeichnungen, eventuell mit Berechnungen, Versuchsergebnissen, Bescheinigungen usw., die für die Überprüfung der Übereinstimmung der Maschine mit den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen erforderlich sind,
- die Unterlagen über die Risikobeurteilung, aus denen hervorgeht, welches Verfahren angewandt wurde; dies schließt ein:
 - i) eine Liste der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen, die für die Maschine gelten,

⁵³ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: Anlage IV Teil A.

- ii) eine Beschreibung der zur Abwendung ermittelte Gefährdungen oder zur Risikominderung ergriffenen Schutzmaßnahmen und gegebenenfalls eine Angabe der von der Maschine ausgehenden Restrisiken,
 - die angewandten Normen und sonstigen technischen Spezifikationen unter Angabe der von diesen Normen erfassten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen,
 - alle technischen Berichte mit den Ergebnissen der Prüfungen, die vom Hersteller selbst oder von einer Stelle nach Wahl des Herstellers oder seines Bevollmächtigten durchgeführt wurden,
 - ein Exemplar der Betriebsanleitung der Maschine,
 - gegebenenfalls die Einbauerklärung für unvollständige Maschinen und die Montageanleitung für solche unvollständigen Maschinen,
 - gegebenenfalls eine Kopie der EG-Konformitätserklärung für in die Maschine eingebaute andere Maschinen oder Produkte,
 - eine Kopie der EG-Konformitätserklärung“.

Der Hersteller hat also die Maschine zu beschreiben und folglich auch abzugrenzen. Es ist daher Aufgabe des Herstellers, hierdurch auch die genutzte Variante des Maschinenbegriffs mit Inhalt zu füllen.

Die Risikobeurteilung nach Anhang I der Richtlinie 2006/42/EG hat der Hersteller dabei so durchzuführen, dass die Maschine selbst, aber auch die äußeren Rahmenbedingungen ihrer Verwendung beschrieben und berücksichtigt sind.

Bei Maschinen, denen erforderliche Verbindungsteile mit ihrem Einsatzort oder mit ihren Energie- und Antriebsquellen fehlen, hat der Hersteller besonders darauf zu achten, alle erforderlichen Informationen auch für die Anforderungen an Verbindungsteile

bzw. die diesbezüglich notwendigen Spezifikationen im Rahmen seiner Pflicht nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2006/42/EG zur Verfügung zu stellen.⁵⁴

Entsprechendes gilt für Maschinen zur Montage auf einem Unterbau. Der Leitfaden der Europäischen Kommission zur Anwendung der Maschinenrichtlinie formuliert dies wie folgt:

„Die Konformitätsbewertung von Maschinen, die für den Aufbau auf einem Beförderungsmittel oder für die Installation in einem Gebäude oder Bauwerk vorgesehen sind, erstreckt sich auf die Maschine selbst, die Spezifikationen für die tragende Konstruktion und die Aufbauanleitung. Die erforderlichen Prüfungen und Inspektionen müssen an der auf ihrer tragenden Konstruktion montierten Maschine durchgeführt werden, damit die Erfüllung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen überprüft werden kann. Die CE-Kennzeichnung an der Maschine und die EG-Konformitätserklärung, die der Maschine beiliegen muss, decken die Konformität der Maschine selbst sowie die Spezifikationen und die Anleitung für deren Aufbau ab.“⁵⁵

Durch dieses Verfahren übernimmt der Hersteller indes nur die Verantwortung für die von ihm beschriebene Verwendung (und eventuell vorhersehbare Fehlverwendungen). Diese Verantwortung erstreckt sich indes nur auf die technischen Merkmale, der tragenden Konstruktion für die Maschine, nicht aber auf das Gebäude oder Bauwerk selbst. Der Leitfaden der Europäischen Kommission zur Anwendung der Maschinenrichtlinie formuliert dies wie folgt:

„[...]“

⁵⁴ Vgl. Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 36 und § 264.

⁵⁵ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 37.

Hersteller von Maschinen, die für die Installation in Gebäuden oder Bauwerken vorgesehen sind, beispielsweise Portalkrane, bestimmte Aufzüge oder Fahrtreppen, müssen die technischen Merkmale, der tragenden Konstruktion für die Maschine angeben, insbesondere die Kenngrößen zu deren Tragfähigkeit. Der Maschinenhersteller ist jedoch nicht für den Bau des Gebäudes oder des Bauwerks selbst verantwortlich [...].

Derjenige, der eine derartige Maschine auf einem Beförderungsmittel aufbaut oder in einem Gebäude oder Bauwerk installiert, ist für die Einhaltung der Aufbauanleitung des Maschinenherstellers verantwortlich.

[...]“⁵⁶.

Wird die Maschine selbst nachträglich verändert oder völlig außerhalb der beispielsweise für den Unterbau vorgesehenen Spezifikationen verwendet, so dürfte dies dem Hersteller meist nicht mehr zuzurechnen sein. Dabei regelt die Richtlinie 2006/42/EG selbst nicht ausdrücklich, wann eine solche Abweichung so groß ist, dass der Sache nach eine „neue“ Maschine entsteht.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat zur Frage der "Wesentliche[n] Veränderung von Maschinen" ein Interpretationspapier veröffentlicht. Hiernach soll eine „neue“ Maschine dann vorliegen, wenn die Maschine nach der Veränderung ohne zusätzliche Schutzmaßnahmen nicht mehr sicher ist und eine ausreichende Risikominderung nicht durch einfache Schutzeinrichtungen erreicht werden kann.⁵⁷

Genügt also die bauliche Anlage nicht den vorgegebenen Spezifikationen, kann dies das Erfordernis einer neuen Konformitätsbewertung durch den dann „neuen“ Hersteller erfordern.

Bringt der Hersteller, wie vielfach, eine Kombination von Gondel und Turm gemeinsam in Verkehr, spricht viel dafür, dass er den Turm in die Beschreibung der Maschine

⁵⁶ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 37, S.40.

⁵⁷ BMAS, Interpretationspapier zum Thema "Wesentliche Veränderung von Maschinen", Bekanntmachung vom 09.04.2015 – IIIb5-39607-3 –GMBI 2015, Nr. 10, S. 183-186.

einzu beziehen hat.⁵⁸ Erfolgt ein Inverkehrbringen ohne Turm, sind entsprechende Spezifikationen für den Turm vorzusehen, die dann vom Hersteller des Turms bzw. bei Errichtung des Turms einzuhalten sind.

III. Marktüberwachung und Behinderungsverbot

Wie dargestellt, fallen Windenergieanlagen nach dem Maßstab der Abgrenzung der Maschine entweder mit oder ohne Turm als Maschinen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/42/EG.

Die Fragen, inwieweit für solche Maschinen präventive Genehmigungsverfahren geschaffen werden dürfen, ist dabei am Behinderungsverbot aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG zu messen (siehe hierzu unter 1.). Die Frage möglicher Korrekturmaßnahmen richtet sich darüber hinaus im Kern nach den Vorschriften über die Marktüberwachung (siehe hierzu unter 2.).

1. Genehmigungsverfahren und Nachweisanforderungen

Abhängig vom jeweiligen Zuschnitt der Maschine der Windenergieanlage findet das Behinderungsverbot aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG Anwendung. Hier nach dürfen die Mitgliedstaaten

„[...] das Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme von Maschinen in ihrem Hoheitsgebiet nicht untersagen, beschränken oder behindern, wenn diese den Bestimmungen dieser Richtlinie entsprechen.“

Das Behinderungsverbot ist damit zunächst durch die Erfüllung der Anforderungen der Richtlinie 2006/42/EG bedingt.

⁵⁸ Vgl. für diese Konstellation offenbar: Europäische Kommission, Durchführungsbeschluss vom 30.04.2019 über eine Maßnahme Schwedens gemäß der Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Verbot des Inverkehrbringens der Windkraftanlagen SWT-2.3-101 und SWT-3.0-113 und zur Rücknahme der bereits in Verkehr gebrachten Maschinen, ABl. Nr. L 116 vom 03.05.2019, S. 78.

Diese Konformität haben die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG⁵⁹ jedoch zu unterstellen, wenn eine Maschine

„[...] mit der CE-Kennzeichnung versehen ist und [...] die EG-Konformitätserklärung mit den in Anhang II Teil 1 Abschnitt A aufgeführten Angaben beigelegt ist [...]“.

Auf die nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2006/42/EG geltende Vermutung der Einhaltung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen anhand harmonisierter Normen dürfte es dagegen vorliegend nicht oder nicht entscheidend ankommen. Entsprechende harmonisierte Normen für Windenergieanlagen waren nicht ersichtlich. Gleichwohl bleibt die Anwendbarkeit weniger spezifischer harmonisierter Normen denkbar.

Bei Anlagen, die mit CE-Kennzeichnung und Konformitätserklärung versehen sind, greift dementsprechend das Marktbehinderungsverbot aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG. Verboten ist hiernach sowohl das Untersagen, das Beschränken oder das Behindern von Inverkehrbringen und Inbetriebnahme.

Die Richtlinie selbst beschreibt nicht näher, was sie unter einer solchen Behinderung versteht.

Als Orientierung kann hinsichtlich des Eingriffs dementsprechend zunächst auf die Dogmatik zum Verbot der Behinderung des freien Warenverkehrs gemäß Art. 34 und 36 AEUV zurückgegriffen werden, die bereits nicht intendierte und mittelbare Beeinträchtigungen genügen lässt, die sich nicht in reinen und produktneutralen Verkaufsmodalitäten erschöpfen.⁶⁰ Auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten für Eingriffe in die

⁵⁹ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: Eine dem Art. 7 Abs. 1 entsprechende Regelung zur Konformitätsvermutung findet sich im Entwurf zur Maschinen-VO nicht. Aufgrund der weiterhin sehr spezifischen Möglichkeiten der Marktüberwachung dürften sich daraus aber keine weitergehenden präventiven Prüfungsbefugnisse ergeben.

⁶⁰ Siehe bereits EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – 8/74, StA/Dassonville u.a. ; EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

allgemeine Warenverkehrsfreiheit kann sich ein Mitgliedstaat indes im harmonisierten Bereich nicht berufen.⁶¹

Nach dem Leitfaden der Europäischen Kommission über die Anwendung der Maschinenrichtlinie sind die Mitgliedstaaten nach Art. 6 der Richtlinie nicht berechtigt,

„[...] hinsichtlich der durch die Maschinenrichtlinie abgedeckten Gefährdungen Anforderungen oder Verfahren für das Inverkehrbringen von Maschinen oder unvollständigen Maschinen oder die Inbetriebnahme von Maschinen vorzuschreiben, die von den Festlegungen der Richtlinie abweichen.“⁶²

Für Bauprodukte unter der damaligen Richtlinie 89/106/EWG⁶³ hat der Europäische Gerichtshof einen nationalen Kompetenzvorbehalt, der Regelungen und Genehmigungsvorbehalte gegenüber harmonisierten Bauprodukten mit CE-Kennzeichnung erlaubte, sogar für die Möglichkeit, dass nicht alle Anforderungen der Richtlinie erfüllt sind, ausdrücklich verworfen und die Mitgliedstaaten auf die in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren verwiesen.⁶⁴

Im Bereich pyrotechnischer Produkte unter der Richtlinie 2007/23/EG stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass Anzeigepflichten für erworbene oder eingeführte Produkte auch nach dem (ersten) Inverkehrbringen noch am Maßstab des Behinderungsverbots dieser Richtlinie zu messen waren.⁶⁵ Auch inhaltlich verwarf der Gerichtshof das Vorbringen der Bundesrepublik, die Anzeigepflicht diene der präventiven Vorbereitung der Marktüberwachung. Die Konformitätsvermutung für mit der CE-Kennzeichnung versehene Gegenstände dulde keine systematische Kontrolle aller in Deutschland vermarkteten pyrotechnischen Gegenstände.⁶⁶ Ebenso verwarf der EuGH

⁶¹ EuGH, Urt. v. 16.10.2014 – C-100/13, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2014:2293 Rn. 62.

⁶² Vgl. Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 107.

⁶³ Richtlinie 89/106/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl. L 040, S. 12, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 vom 29.09.2003, ABl. L 284 S. 1.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 16.10.2014 – C-100/13, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2014:2293 Rn. 57 ff.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-220/15, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2016:815, Rn. 45 ff.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-220/15, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2016:815, Rn. 58.

die im Rahmen des Anzeigeverfahrens mögliche Anordnung der Änderung der Gebrauchsanweisung.⁶⁷

Bereits für den (hier nicht einschlägigen⁶⁸) Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Waren enthält der Erwägungsgrund Nr. 11 der Verordnung (EU) 2019/515 eine direkte Aussage zur Wirkung von nationalen Vorabgenehmigungsverfahren für den Warenverkehr. Die bloße Existenz solcher Genehmigungsverfahren ist danach unabhängig von deren konkretem Inhalt bereits als Beschränkung des freien Warenverkehrs zu qualifizieren.

Daraus lässt sich schließen, dass auch das Behinderungsverbot des Art. 6 Abs. 1 der Maschinenrichtlinie dahingehend auszulegen ist, dass es mitgliedstaatliche präventive Genehmigungsverfahren sowie systematische, flächendeckende Kontrollen durch Anzeige- und Nachweispflichten unterbinden soll.

Gewisse Änderungen bezüglich der Reichweite des Behinderungsverbots könnten sich jedoch mit der Einführung der Maschinenprodukte-Verordnung ergeben. Der Kommissionvorschlag sieht insofern eine Änderung des Wortlauts gegenüber Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG vor. Hiernach dürfen die Mitgliedstaaten

„[...] die Bereitstellung auf dem Markt oder die Inbetriebnahme von Maschinenprodukten, die dieser Verordnung entsprechen, aus **Gründen im Zusammenhang mit den von dieser Verordnung erfassten Aspekten** nicht behindern.“

Fraglich ist jedoch, ob dies zu einer inhaltlichen Änderung führt. Auch zuvor sollten nach dem Leitfaden der Kommission nur Maßnahmen der Mitgliedstaaten erfasst sein, die im Zusammenhang mit in der Richtlinie 2006/42/EG geregelten Gefährdungen stehen. Der Zusatz im Kommissionsvorschlag ist damit wohl eher als Klarstellung der schon bisher geltenden Reichweite des Behinderungsverbots zu verstehen.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-220/15, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2016:815, Rn. 61 ff.

⁶⁸ Die Verordnung gilt zwar für Waren aller Art (Art. 2 Abs. 1) jedoch vorbehaltlich einer spezielleren harmonisierenden Vorschrift wie der Maschinen-RL.

Das Behinderungsverbot nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG ist nicht allumfassend ausgestaltet. Es erfährt eine Einschränkung dahingehend, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen nach Art. 15 der Richtlinie gerade nicht verboten sind, wenn bestimmte Schutzziele verfolgt werden und kein Anpassungserfordernis für die jeweiligen Anlagen besteht. Hiernach berührt die Richtlinie

„[...] nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht Anforderungen festzulegen, die sie zum Schutz von Personen, insbesondere von Arbeitnehmern, bei der Verwendung der Maschinen für notwendig erachten, sofern dies keine Veränderungen dieser Maschinen gegenüber den Bestimmungen dieser Richtlinie zur Folge hat.“

Die Verfolgung der genannten Schutzziele ist den Mitgliedstaaten daher dem Grunde nach noch immer möglich. Allerdings genießen sie keine volle Freiheit bei der Auswahl der entsprechenden Maßnahmen. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass an eine Maschine, die der Richtlinie 2006/42/EG entspricht, keine Anforderungen gestellt werden dürfen, die eine Anpassung der Maschine erfordern. Die Mitgliedstaaten dürfen also keine nationalen Bestimmungen erlassen, die über die Bestimmungen der Richtlinie hinausgehen, sich hiermit überschneiden oder diesen widersprechen.⁶⁹

Der Leitfaden der Europäischen Kommission für die Anwendung der Maschinenrichtlinie führt insoweit einige Beispiele zulässiger Anforderungen auf. Hierzu zählt ausdrücklich die

„Installation von Maschinen in bestimmten Gebieten, beispielsweise [...] Windkraftanlagen in ländlichen Gebieten“.⁷⁰

⁶⁹ Vgl. Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 139; vgl. ähnlich für das abweichende Regelungskonzept der Bauproduktenverordnung (EU) Nr. 305/2011: EuGH Urt. v. 17.12.2020 – C-475/19 P und C-688/19 P, Deutschland/Kommission, ECLI:EU:C:2020:1036 Rn. 67-70.

⁷⁰ Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 139; vgl. bezüglich Abstandsgeboten für Windenergieanlagen (allerdings ohne Prüfung

Denkbar sind hier staatliche Genehmigungsverfahren, die diese (zulässigen) Anforderungen absichern oder umsetzen. So nennt beispielsweise die (UVP-)Richtlinie 2011/92/EU in ihrem Anhang II auch ausdrücklich Windfarmen.

Die durch die MVV TB in Bezug genommene WEA-Richtlinie stellt dagegen materielle Anforderungen an Fundament und Turm sowie an die Gondel auf. Diese umfassen umfangreiche Nachweise beispielsweise für Lasten, die die Standsicherheit der gesamten Windenergieanlage betreffen. Derartige Anforderungen werden indes bereits über Ziffer 1.3.1 von Anhang I der Richtlinie 2006/42/EG an die Maschine selbst gestellt. Zu den dabei zu berücksichtigenden Kriterien zählen nach dem Leitfaden der Kommission

„[...] unter anderem die Formgebung der Maschine und ihres Sockels, die Merkmale der Oberfläche oder des Untergestells, auf dem die Maschine verwendet, aufgebaut oder installiert werden soll, die Gewichtsverteilung, dynamische Wirkungen, die durch die Bewegung der Maschine selbst oder ihrer Bestandteile oder von in der Maschine verarbeiteten oder von ihr gehaltenen Werkstücken hervorgerufen werden, ferner Vibrationseffekte, äußere Krafteinwirkungen wie Winddruck sowie Witterungsbedingungen wie Schnee und Eis.

[...]“⁷¹

Insoweit doppelt die WEA-Richtlinie die Nachweisanforderungen. Soweit Turm und/oder Fundament nicht selbst Teil der Maschine sind, so wirken sich die diesbezüglichen Anforderungen über die im Konformitätsbewertungsverfahren ermittelten Spezifikationen doch hierauf aus. Auch insoweit läge eine Doppelung vor.

der Vorgaben der Richtlinie 2006/42/EG): EuGH, Urt. v. 28.05.2020 – C-727/17, *Syndyk Masy Upadłości ECO-WIND Construction S.A. w upadłości/Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Kielcach*, ECLI:EU:C:2020:393.

⁷¹ Vgl. Europäische Kommission, Leitfaden für die Anwendung der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG, Aufl. 2.2, Oktober 2019, § 206.

Besonders kritisch wird es, wenn die WEA-Richtlinie sogar konkrete Nachweise für die Gondel (sog. Maschinengutachten) verlangt oder diesbezügliche Konstruktionsanforderungen (z.B. hinsichtlich der erforderlichen Bremsen) aufstellt. Entsprechendes gilt für Vorgaben für Montageanleitungen oder zu verwendende Bauprodukte.

Hinsichtlich bauproduktrechtlicher Nachweise gilt grundsätzlich, dass der Vollnachweis bereits über die Konformitätsvermutung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG geführt ist. Insoweit darf in dem von der Konformitätserklärung und der CE-Kennzeichnung umfassten Rahmen kein zusätzlicher Nachweis verlangt werden.

Problematisch erscheint insoweit auch § 16c MBO, der lediglich für harmonisierte Bauprodukte nach der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 auf nationale Verwendbarkeitsnachweise verzichtet. Nach dem Vorgesagten müsste hier die Ausnahme zugunsten der Nachweisführung bei Maschinen mit CE-Kennzeichnung sogar umgekehrt deutlich weiter gehen. Anders als die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 gestattet die Richtlinie 2006/42/EG eine nationale Festlegung der erforderlichen Produktleistung gerade nicht, sondern stellt schlicht auf die Konformität mit der Richtlinie ab.

Auch die freiwillige Einholung von bauproduktrechtliche Verwendbarkeitsnachweisen mit entsprechendem Übereinstimmungsverfahren unter Anbringung des Ü-Zeichens dürfte unzulässig sein. So heißt es in Art. 30 Abs. 4 der Verordnung 765/2008⁷² wörtlich:

„(4) Die CE-Kennzeichnung ist die einzige Kennzeichnung, die die Konformität des Produkts mit den geltenden Anforderungen der einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft, die ihre Anbringung vorschreiben, bescheinigt.“

Es besteht also ein ausdrückliches Verbot, die CE-Kennzeichnung durch überschneidende Parallelkennzeichnungen zu unterlaufen. Ausdrücklich aufgegriffen ist dieses

⁷² Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates, ABl. L 218 S. 30, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20.06.2019, ABl. L 169 S. 1 – Marktüberwachungsverordnung.

Verbot in der Musterbauordnung lediglich für die CE-Kennzeichnung unter der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011. Es gilt indes auch für CE-Kennzeichnungen auf anderer Rechtsgrundlage unmittelbar aufgrund Art. 30 Abs. 4 der Verordnung 765/2008.

Daneben wäre die Freiwilligkeit von zusätzlichen Nachweisen auch dann problematisch, wenn ein faktischer Zwang zur Nachweisführung (durch Verwendbarkeitsnachweise oder anderweitig) entstünde.⁷³

Auch bleibt hier für nationale Anforderungen an die Leistung von Bauprodukten nach der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 als Bestandteil von Maschinen nur insoweit Raum, als die entsprechende Produktleistung nicht bereits Gegenstand der Konformitätsbewertung der Richtlinie ist bzw. hätte sein müssen. Andernfalls würde die Konformitätsvermutung aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG unterlaufen.

Eine gewisse Einschränkung der Reichweite des Behinderungsverbots ergibt sich für die Windenergieanlageanteile, die nicht als unmittelbarer Bestandteil der Maschine nach Art. 2 Buchst. a der Maschinenrichtlinie einzustufen sind. Für diese Teile (je nach Einzelfall ggf. Fundament und/oder Turm) sind vom Hersteller der Maschine Spezifikationen zu machen. Allerdings stellen diese Teile selbst keine Maschinen dar und erhalten somit keine CE-Kennzeichnung, sodass sie auch von der Konformitätsvermutung des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie nicht erfasst sind. Im Rahmen eines (bauaufsichtlichen) Genehmigungsverfahrens kommt daher eine Prüfung der Vereinbarkeit mit den Spezifikationen in Betracht. Inhaltlich sind die Behörden jedoch an die Spezifikationen gebunden. Denn die Spezifikationen sind als Teil des Konformitätsverfahrens für die Maschine von der Vermutung des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie geschützt. Sollte es im Einzelfall Anhaltspunkte dafür geben, dass die Spezifikationen unzureichend sind, kann nur im Wege der im nächsten Abschnitt erläuterten Marktüberwachung eine inhaltliche Anpassung erwirkt werden.

Zum Nachweis der Konformität hat ein Wirtschaftsakteur, also insbesondere der Hersteller auf begründetes Verlangen einer Marktüberwachungsbehörde nach Art. 4

⁷³ Vgl. für den (hier nicht einschlägigen) Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Waren und zur faktischen Verbindlichkeit Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung (EU) 2019/515.

Abs. 3 Buchst. b der Verordnung (EU) 2019/1020⁷⁴ alle zum Nachweis der Konformität des Produkts erforderlichen Informationen und Unterlagen vorzulegen. Es bedarf also eines begründeten Verlangens im Einzelfall, das dann aber eine vollständige Einsicht ermöglicht.

2. Korrekturmöglichkeiten

Die Überwachung der Vorschriften zur Produktharmonisierung obliegt zuvörderst den Marktüberwachungsbehörden der Mitgliedstaaten. Die Zentralnorm für das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme und damit die errichtungsbezogene Fragestellung bildet hier zunächst Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG. Hiernach treffen die Mitgliedstaaten

„[...] alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Maschinen nur in Verkehr gebracht und/oder in Betrieb genommen werden dürfen, wenn sie den für sie geltenden Bestimmungen dieser Richtlinie entsprechen und wenn sie bei ordnungsgemäßer Installation und Wartung und bei bestimmungsgemäßer oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und Gesundheit von Personen und gegebenenfalls von Haustieren und Sachen und, soweit anwendbar, die Umwelt nicht gefährden.“

Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine allgemeine Aufgabenzuweisung an die Mitgliedstaaten, eine wirksame Marktüberwachung auch für Maschinen zu installieren. Sie wurde in Deutschland durch § 7 Abs. 1 der 9. ProdSV umgesetzt.

Die eigentliche Tätigkeit der Marktüberwachungsbehörden wird dabei maßgeblich durch Schutzklauselverfahren in Art. 11 der Richtlinie 2006/42/EG sowie (bisher) die (Marktüberwachungs-)Verordnung (EG) Nr. 765/2008 (bzw. den entsprechenden na-

⁷⁴ Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011, ABl. L 169 S. 1.

tionalen Umsetzung durch das ProdSG und die 9. ProdSV) geregelt, wobei die Marktüberwachungsvorschriften der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 mit Wirkung zum 16.07.2021 in angepasster Form in die Verordnung (EU) 2019/1020 überführt wurden, die in Deutschland durch das Gesetz zur Marktüberwachung und zur Sicherstellung der Konformität von Produkten (Marktüberwachungsgesetz – MÜG)⁷⁵ ausgefüllt und auf den nicht harmonisierten Bereich erweitert wurde.

Art. 11 der Richtlinie 2006/42/EG⁷⁶ lautet:

„Artikel 11

Schutzklausel

(1) Stellt ein Mitgliedstaat fest, dass eine von dieser Richtlinie erfasste und mit der CE-Kennzeichnung versehene Maschine, der die EG-Konformitätserklärung beigefügt ist, bei bestimmungsgemäßer oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit oder Gesundheit von Personen oder gegebenenfalls von Haustieren oder Sachen oder, soweit anwendbar, die Umwelt zu gefährden droht, so trifft er alle zweckdienlichen Maßnahmen, um diese Maschine aus dem Verkehr zu ziehen, ihr Inverkehrbringen und/oder die Inbetriebnahme dieser Maschine zu untersagen oder den freien Verkehr hierfür einzuschränken.

(2) Der Mitgliedstaat unterrichtet die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten unverzüglich über eine solche Maßnahme, begründet seine Entscheidung und gibt insbesondere an, ob die Nichtübereinstimmung zurückzuführen ist auf

a) Nichterfüllung der in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a genannten grundlegenden Anforderungen;

⁷⁵ Gesetz zur Marktüberwachung und zur Sicherstellung der Konformität von Produkten (Marktüberwachungsgesetz - MüG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1723).

⁷⁶ Kommissionsvorschlag zur Maschinen-VO, COM(2021) 202 final: entsprechende Regelung zum Einschreiten der Marktaufsichtsbehörden findet sich in Art. 41; die Norm sieht eine stärkere Einbindung der betroffenen Wirtschaftsakteure und höhere Voraussetzungen für das Einschreiten der Behörden vor.

b) unsachgemäße Anwendung der in Artikel 7 Absatz 2 genannten harmonisierten Normen;

c) Mängel der in Artikel 7 Absatz 2 genannten harmonisierten Normen selbst.

(3) Die Kommission konsultiert unverzüglich die Betroffenen.

Die Kommission prüft im Anschluss an diese Konsultation, ob die von dem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen gerechtfertigt sind oder nicht, und teilt ihre Entscheidung dem Mitgliedstaat, der die Initiative ergriffen hat, den übrigen Mitgliedstaaten und dem Hersteller oder seinem Bevollmächtigten mit.

(4) Werden die in Absatz 1 genannten Maßnahmen mit Mängeln der harmonisierten Normen begründet und hält der Mitgliedstaat, der die Maßnahmen getroffen hat, an seiner Auffassung fest, so leitet die Kommission oder der Mitgliedstaat das in Artikel 10 vorgesehene Verfahren ein.

(5) Ist eine Maschine, die den Anforderungen nicht entspricht, mit der CE-Kennzeichnung versehen, so ergreift der zuständige Mitgliedstaat gegenüber demjenigen, der die Kennzeichnung angebracht hat, die geeigneten Maßnahmen und unterrichtet hiervon die Kommission. Die Kommission unterrichtet die übrigen Mitgliedstaaten.

(6) Die Kommission stellt sicher, dass die Mitgliedstaaten über den Verlauf und die Ergebnisse des Verfahrens laufend unterrichtet werden.“

Das Schutzklauselverfahren verschafft den Mitgliedstaaten keine autonome Handlungsfreiheit in der Marktüberwachung. Vielmehr können die Mitgliedstaaten jeweils nur vorläufige Maßnahmen treffen, die sie sodann der Europäischen Kommission zur Prüfung und Entscheidung stellen müssen.

Im Rahmen der 9. ProdSV wurde lediglich die allgemeine Aufgabenzuweisung aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG umgesetzt und dabei offenbar als Ermächti-

gungsgrundlage verstanden. Nicht gesondert aufgenommen wurde dagegen eine Entsprechung zu Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG, der im Rahmen des Schutzklauselverfahrens die stärksten Eingriffe vorsieht. In unionsrechtskonformer Auslegung werden indes die Tatbestandsmerkmale des Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG bei der Auslegung und Anwendung der nationalen Eingriffsermächtigungen Anwendung finden müssen.

Auch im Rahmen der Marktüberwachung sind die Mitgliedstaaten auf eine nachvollziehende Kontrolle verwiesen. Insbesondere sind flächendeckende Präventivmaßnahmen unzulässig. Den Ausgangspunkt der Marktüberwachung bildet nämlich die Konformitätsvermutung der CE-Kennzeichnung.⁷⁷ Jede Maßnahme nach Art. 11 der Richtlinie 2006/42/EG ist daher auf eine zuvor vom Mitgliedstaat am Einzelfall durchzuführende Beurteilung der drohenden Risiken zu stützen.⁷⁸

Für den Fall der formellen Nichtkonformität durch nicht vorschriftsgemäße Kennzeichnung sieht Art. 17 der Richtlinie 2006/42/EG entsprechende Maßnahmen durch den jeweiligen Mitgliedstaat vor. Kernelement ist hierbei die Korrekturaufforderung an den Hersteller bzw. dessen Bevollmächtigten. Wörtlich heißt es:

„Artikel 17

Nicht vorschriftsmäßige Kennzeichnung

(1) Die Mitgliedstaaten sehen folgende Sachverhalte als nicht vorschriftsmäßige Kennzeichnung an:

- a) Anbringung der in dieser Richtlinie vorgesehenen CE-Kennzeichnung auf von dieser Richtlinie nicht erfassten Erzeugnissen;
- b) Fehlen der CE-Kennzeichnung und/oder der EG-Konformitätserklärung zu einer Maschine;
- c) Kennzeichnung einer Maschine mit einer anderen als der CE-Kennzeichnung, die nach Artikel 16 Absatz 3 unzulässig ist.

⁷⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-220/15, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2016:815, Rn. 57 f.

⁷⁸ EuG, Urt. v. 15.07.2015 – T-337/13, CSF Srl/Kommission, ECLI:EU:T:2015:502, Rn. 54 ff.

(2) Stellt ein Mitgliedstaat eine Kennzeichnung fest, die nicht in Übereinstimmung mit den relevanten Bestimmungen dieser Richtlinie ist, so ist der Hersteller oder sein Bevollmächtigter verpflichtet, das Erzeugnis mit diesen Vorschriften in Einklang zu bringen und den rechtswidrigen Zustand nach den Vorgaben des betreffenden Mitgliedstaats zu beenden.

(3) Falls die Nichtübereinstimmung weiter besteht, trifft der Mitgliedstaat nach dem Verfahren des Artikels 11 alle geeigneten Maßnahmen, um das Inverkehrbringen des betreffenden Erzeugnisses einzuschränken oder zu untersagen oder um zu gewährleisten, dass es aus dem Verkehr gezogen wird.“

Eine explizite Übernahme der Regelung in die 9. ProdSV ist nicht erfolgt. Hier dürfte eine unionsrechtskonforme Auslegung insbesondere des § 7 Abs. 1 der 9. ProdSV dahingehend geboten sein, dass die Maßnahmenfolge des Art. 17 der Richtlinie 2006/42/EG auch in diesem Rahmen zu beachten ist.

Die allgemeinen Regelungen zur Marktüberwachung enthalten nunmehr die Verordnung (EU) 2019/1020 und das Marktüberwachungsgesetz (MÜG). Die Vorgaben der Verordnung (EU) 2019/1020 finden dabei nach ihrem Art. 1 Abs. 1 nur insoweit Anwendung als es in den Harmonisierungsrechtsvorschriften keine speziellen Bestimmungen gibt, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird und bestimmte Aspekte der Marktüberwachung und der Durchsetzung konkreter geregelt werden.

Die Grundnorm der Marktüberwachung nach der Verordnung (EU) 2019/1020 bildet deren Art. 11:

„Artikel 11

Tätigkeiten der Marktüberwachungsbehörden

(1) Die Marktüberwachungsbehörden gewährleisten im Rahmen der Ausführung ihrer Tätigkeiten

a) in ihrem Hoheitsgebiet die effektive Marktüberwachung von online und offline bereitgestellten Produkten, die den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union unterliegen,

b) die Durchführung geeigneter und angemessener Korrekturmaßnahmen durch die Wirtschaftsakteure im Zusammenhang mit der Konformität mit den Harmonisierungsrechtsvorschriften und dieser Verordnung,

c) die Durchführung zweckdienlicher und angemessener Maßnahmen, wenn der Wirtschaftsakteur keine Korrekturmaßnahmen ergreift.

[...]

(3) Im Rahmen ihrer Tätigkeiten gemäß Absatz 1 dieses Artikels nehmen die Marktüberwachungsbehörden in angemessenem Umfang geeignete Überprüfungen der Merkmale von Produkten vor, indem sie die Unterlagen überprüfen und gegebenenfalls anhand angemessener Stichproben physische Überprüfungen und Laborprüfungen durchführen und ihre Ressourcen und Maßnahmen dahingehend ausrichten, dass sie den Markt wirksam überwachen können und der nationalen Marktüberwachungsstrategie nach Artikel 13 Rechnung tragen.

Bei der Entscheidung darüber, welche Arten von Produkten in welchem Umfang welchen Überprüfungen unterworfen werden sollen, gehen die Marktüberwachungsbehörden nach einem risikobasierten Ansatz vor und berücksichtigen die folgenden Parameter:

a) möglicherweise mit dem Produkt verbundene Gefahren und Nichtkonformitäten und – sofern verfügbar – seine Marktdurchdringung,

b) die Tätigkeiten und Vorgänge unter der Kontrolle des Wirtschaftsakteurs,

c) die Fälle von Nichtkonformität bei dem Wirtschaftsakteur in der Vergangenheit,

d) gegebenenfalls das von den nach Artikel 25 Absatz 1 benannten Behörden erstellte Risikoprofil,

e) Verbraucherbeschwerden und andere auf Nichtkonformität hindeutende Informationen von anderen Behörden, Wirtschaftsakteuren, Medien und aus anderen Quellen.

[...]“

Kernbestandteil der Marktüberwachung sind dabei die Befugnisse aus Art. 14 Abs. 4 und Abs. 5 der Verordnung (EU) 2019/1020:

„(4) Zu den den Marktüberwachungsbehörden gemäß Absatz 1 übertragenen Befugnissen gehören zumindest

a) die Befugnis, von Wirtschaftsakteuren die Vorlage von relevanten Dokumenten, technischen Spezifikationen, Daten oder Informationen über die Konformität und technische Aspekte des Produkts zu verlangen, einschließlich des Zugangs zu eingebetteter Software, sofern ein solcher Zugang für die Bewertung der Konformität des Produkts mit den geltenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union erforderlich ist, in jeder Form und jedem Format und unabhängig von Speichermedium oder Speicherort solcher Dokumente, technischer Spezifikationen, Daten oder Informationen, und die Befugnis, Kopien davon anzufertigen oder zu erhalten,

b) die Befugnis, von Wirtschaftsakteuren die Vorlage relevanter Informationen zur Lieferkette, zu den Details des Vertriebsnetzes, zu den auf dem Markt befindlichen Produktmengen und zu anderen Produktmodellen zu verlangen, die dieselben technischen Merkmale wie das betreffende Produkt aufweisen, sofern diese für die Konformität mit den anwendbaren Anforderungen nach den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union von Belang sind,

- c) die Befugnis, von Wirtschaftsakteuren die Vorlage einschlägiger Informationen zu verlangen, die für die Feststellung des Eigentums an Websites erforderlich sind, wenn die betreffenden Informationen im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Ermittlung stehen,
- d) die Befugnis, unangekündigte Inspektionen vor Ort und physische Überprüfungen von Produkten durchzuführen,
- e) die Befugnis, alle Räumlichkeiten, Grundstücke oder Beförderungsmittel zu betreten, die der Wirtschaftsakteur für Zwecke im Zusammenhang mit seiner gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit nutzt, um Nichtkonformitäten festzustellen und Beweismittel zu sichern,
- f) die Befugnis, Ermittlungen auf eigene Initiative der Marktüberwachungsbehörden einzuleiten, um Nichtkonformitäten festzustellen und zu beenden,
- g) die Befugnis, die Wirtschaftsakteure zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen aufzufordern, um einen Fall von Nichtkonformität oder das Risiko zu beenden,
- h) die Befugnis, geeignete Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, einschließlich der Befugnis, die Bereitstellung eines Produkts auf dem Markt zu verbieten oder einzuschränken oder anzuordnen, dass das Produkt vom Markt genommen oder zurückgerufen wird, wenn der Wirtschaftsakteur keine geeigneten Maßnahmen ergreift oder wenn die Nichtkonformität oder das Risiko bestehen bleibt,
- i) die Befugnis, Sanktionen gemäß Artikel 41 zu verhängen,
- j) die Befugnis, auch unter falscher Identität Produktproben zu erwerben, sie zu überprüfen und im

Wege der Nachkonstruktion (reverse engineering) zu analysieren, um Nichtkonformität festzustellen und Beweismaterial zu sichern,

k) sofern es keine anderen Möglichkeiten gibt, ein ernstes Risiko zu beseitigen, die Befugnis,

i) die Entfernung von Inhalten von einer Online-Schnittstelle, in der auf die betreffenden Produkte Bezug genommen wird, zu verlangen oder die ausdrückliche Anzeige eines Warnhinweises für Endnutzer, die auf die Online-Schnittstelle zugreifen, zu verlangen oder

ii) sofern eine Aufforderung nach Ziffer i nicht befolgt wurde, Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft anzuweisen, den Zugang zu der Online-Schnittstelle einzuschränken, unter anderem auch dadurch, dass ein einschlägiger Dritter zur Durchführung dieser Maßnahmen aufgefordert wird.

(5) Die Marktüberwachungsbehörden können alle Informationen, Dokumente, Erkenntnisse, Aussagen oder jede andere Information unabhängig von ihrem Speicherformat oder -medium als Beweismittel für die Zwecke ihrer Ermittlungen verwenden.“

Auf dieser Grundlage sind im Kontext des Inverkehrbringens und der Inbetriebnahme umfangreiche Korrekturmaßnahmen möglich, die im Zweifel auch zwangsweise durchgesetzt und sanktioniert werden können.

Das Marktüberwachungsregime begegnet den Produktgefahren primär durch Maßnahmen gegenüber den Wirtschaftsakteuren. Maßnahmen gegenüber anderen Personen

sind nur zulässig, wenn ein gegenwärtiges ernstes Risiko nicht auf andere Weise abgewehrt werden kann.⁷⁹ Das bedeutet, dass Maßnahmen gegenüber am Bau Beteiligten, die nicht zugleich Wirtschaftsakteur im Sinne des Marktüberwachungsrechts (z.B. Hersteller oder Händler) sind, nur in entsprechenden Konstellationen zulässig sind, in denen auf der Grundlage einer angemessenen Risikobewertung unter Berücksichtigung der Art der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts ein ernstes Risiko festgestellt wurde.⁸⁰

Hervorzuheben ist, dass die Nutzung der unionsrechtlich vorgesehenen Verfahren nicht im Belieben der Mitgliedstaaten steht. Vielmehr sind sie sogar verpflichtet, bei Vorliegen der Voraussetzungen entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.⁸¹ Entsprechendes kann abhängig vom Einzelfall auch aus nationaler Perspektive mit Blick auf die staatliche Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gelten.

Zuständig für Maßnahmen der Marktüberwachung sind grundsätzlich die Marktüberwachungsbehörden.⁸² Maßnahmen anderer Behörden, insbesondere der Bauaufsichtsbehörden bleiben dabei nur denkbar, soweit das Marktbehinderungsverbot aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/42/EG nicht berührt ist. Dies mag insbesondere für Fälle des Art. 15 der Richtlinie 2006/42/EG gelten.

Die Musterbauordnung enthält auch keine Abweichung von der generellen Zuständigkeitszuweisung an die Marktüberwachungsbehörden für den Bereich der Bauprodukte bzw. baulichen Anlagen. § 58 Abs. 2 MBO regelt vielmehr, dass die Bauaufsichtsbehörden nur zuständig sind, soweit keine anderen Behörden zuständig sind. Allerdings enthält die Musterbauordnung einzelne Regelungen, welche auf die CE-Kennzeichnung Bezug nehmen. Im Rahmen dieser Vorschriften dürfte daher eine begrenzte Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörden zumindest vorausgesetzt sein, wobei die Ermächtigungsgrundlagen im Einzelnen zweifelhaft bleiben.

⁷⁹ § 9 Sätze 1 und 2 MÜG.

⁸⁰ Vgl. Art. 19 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EU) 2019/1020.

⁸¹ Vgl. für den Fall mutmaßlich lückenhafter harmonisierter Normen: EuGH, Urt. v. 16.10.2014 – C-100/13, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2014:2293 Rn. 58.

⁸² § 4 Abs. 1 Satz 1 MÜG. Dabei obliegt die Festlegung der zuständigen Behörde den Ländern; in NRW ist z.B. die Bezirksregierung zuständig gem. § 1 Abs. 1 ZustVO ArbTG iVm Anlage 1 Ziff. 3.2.4 der ZustVO ArbTG.

Der Umgang mit Bauprodukten mit CE-Kennzeichnung ist in der Musterbauordnung und den ihr folgenden Landesbauordnungen nicht detailliert geregelt. Die Vorschriften der Musterbauordnung, die die CE-Kennzeichnung ausdrücklich erwähnen, sind dabei nahezu vollständig ausschließlich auf diejenige nach der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 bezogen und nennen teilweise parallel die hiernach vorgesehene Leistungserklärung. Die Regelungen sind in ihrer heutigen Fassung im Wesentlichen im Nachgang der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Unzulässigkeit nationaler Zusatzanforderungen (insb. in Form zusätzlicher Zulassungsverfahren)⁸³ aufgenommen worden und sollen diese Rechtsprechung umsetzen.

Die CE-Kennzeichnung nach anderen Vorschriften als der (Bauprodukten-)Verordnung (EU) Nr. 305/2011 ist dagegen im Rahmen der Musterbauordnung nur rudimentär mitgedacht. Eine explizite Differenzierung findet sich im, wie dargestellt problematischen, § 16c MBO, nach dem Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung nach anderen Harmonisierungsrechtsakten offenbar einem – wohl unzulässigen – Verwendbarkeitsnachweis zu unterwerfen sein sollen. Die einzige Stelle, an der darüber hinaus die CE-Kennzeichnung ohne ausdrücklichen Bezug zur Verordnung (EU) Nr. 305/2011 genannt wird, ist in der Liste von Einzelgründen für die Anordnung der Einstellung von Bauarbeiten enthalten, § 79 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MBO. Auch hier bleibt indes unklar, ob die Weglassung des Bezugs zur Verordnung (EU) Nr. 305/2011 im Vergleich zur Nr. 2 der Vorschrift ein redaktionelles Versehen darstellt. Darüber hinaus wäre bei einer bloß formellen Nichtkonformität sehr zweifelhaft, ob eine solche Anordnung mit den Vorgaben aus Art. 17 der Richtlinie 2006/42/EG vereinbar wäre.

Ansonsten sind die Bauaufsichtsbehörden darauf verwiesen, Anordnungen im Rahmen von Generalklauseln zu treffen und sich dabei auf einen „Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ zu stützen. Spezielle Ermächtigungsgrundlagen, die eine teilweise Aufgabenwahrnehmung der Marktüberwachung durch die Bauaufsichtsbehörden vorsähen, sind aus der Musterbauordnung nicht ersichtlich.

Eine Querbeziehung vom Bauordnungsrecht zur Marktüberwachung ist dabei im Rahmen der in § 81 Abs. 1 MBO geregelten Soll-Vorschrift zur Weitergabe von Information über „Erkenntnisse über systematische Rechtsverstöße gegen die Verordnung

⁸³ EuGH, Urt. v. 16.10.2014 – C-100/13, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2014:2293.

(EU) 305/2011“ an die Marktüberwachungsbehörden im Rahmen der Bauüberwachung gegeben. Eine dem § 81 Abs. 1 MBO entsprechende Mitteilungspflicht in Bezug auf Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung nach anderen Harmonisierungsrechtsakten ist nicht vorgesehen.

In der Regelung des § 81 Abs. 2 MBO scheint zum Ausdruck zu kommen, dass von einer Differenzierung zwischen Verstößen im Einzelfall und solchen systematischer Art ausgegangen wird. Nur für den letztgenannten Fall scheint dann eine Reaktion der Marktüberwachungsbehörden angedacht zu sein. Eine solche Differenzierung ist im unionsrechtlichen Regime der Marktüberwachung indes nicht vorgesehen. Insbesondere unterscheiden die – verpflichtend anzuwendenden – unionsrechtlichen Regelungen zu entsprechenden Korrekturmaßnahmen nicht hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Anwendbarkeit nach Einzelfällen und systematischen Verstößen.

Vielmehr sieht das Unionsrecht – uneingeschränkt – die Anwendung der Marktüberwachungs- und Schutzklauselregelungen vor. Ein nationaler Kompetenzvorbehalt wurde, wie soeben unter 1. dargestellt, vom Europäischen Gerichtshof ausdrücklich verworfen. Es erscheint daher – wie bei der Frage der Genehmigungsverfahren und der Nachweisanforderungen auch – problematisch, die Bauaufsichtsbehörden auf der Grundlage der bauaufsichtlichen Generalklauseln unabhängig vom unionsrechtlich vorgesehenen Regime tätig werden zu lassen. Im Falle der Feststellung eines möglichen Verstoßes gegen die Vorgaben der Richtlinie 2006/42/EG wären daher die Marktüberwachungsbehörden für entsprechende Maßnahmen heranzuziehen.

Es dürfte sich daher anbieten, eine bessere Verzahnung der Bauaufsichtsbehörden mit den Marktüberwachungsbehörden herzustellen, um das jeweils anzuwendende Regelungsregime – Marktüberwachung oder Bauordnungsrecht – auch praktisch zur Anwendung zu bringen. Für den Bereich der Bauprodukte im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 findet sich eine entsprechende Regelung im (aktualisierungsbedürftigen) Muster-Marktüberwachungsverordnungs-Durchführungsgesetz – M-MÜVDG⁸⁴. Hiernach sind die Bauaufsichtsbehörden auch zur Marktüberwachung berufen, wenngleich die jeweiligen Ebenen der Marktüberwachung in der Umsetzung durch die Bundesländer nicht immer bei den unteren Bauaufsichtsbehörden ansetzen. Das Marktüberwachungsgesetz sieht hierzu keine Besonderheiten für die

⁸⁴ M-MÜVDG in der Entwurfsfassung vom 29.05.2012.

Marktüberwachung am Bau vor. Entsprechende Vorgaben ließen sich indes voraussichtlich auch über Zuständigkeitsregelungen treffen, wie bereits in § 4 Abs. 1 Satz 2 MÜG vorgesehen.
