

13 Kein ausdrücklicher – starrer – Bestandsschutz

Was im Folgenden kurz zusammengefasst wird, findet sich ausführlich in Band 172 der VDE-Schriftenreihe: *Wilrich, Bestandsschutz oder Nachrüstpflicht? Betreiberverantwortung und Sicherheit bei Altanlagen – mit 30 Gerichtsurteilen*, 2. Aufl., 2019.

Die alte Bestandsschutzregelung des § 7 BetrSichV 2002 für alte Arbeitsmittel ist gestrichen. Es ist jedoch unzureichend und zu vereinfachend, daraus zu schließen, „einen Bestandsschutz gibt es demnach nicht“⁶⁹³, und es ist unzutreffend und irreführend zu sagen, „die BetrSichV macht sehr deutlich, dass es keinen sog. Bestandsschutz gibt“⁶⁹⁴. Im Gegenteil: Man muss betonen, in der BetrSichV werden „Nachrüstungs Pflichten dezidiert nicht statuiert“⁶⁹⁵. Außerdem ist zwar – mit großem Gewicht – auf der einen Seite die „grundgesetzlich geschützte Recht der Mitarbeiter auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) abzuwägen“, auf der anderen Seite aber auch „zu berücksichtigen, dass das Eigentum (Art. 14 GG) durch eine Nachrüstung betroffen“ ist⁶⁹⁶.

Das Konzept der BetrSichV ist zwar eine „strenge Bindung an den Stand der Technik“⁶⁹⁷, aber eben nur bei den Schutzmaßnahmen und bei der Verwendungssicherheit (siehe 6.2.1), nicht aber für die Beschaffenheit des Arbeitsmittels selbst.

Die BetrSichV ist zwar auch auf alle Arbeitsmittel anwendbar (dazu 13.1), aber eine Gefährdungsbeurteilung (dazu 13.2) kann ergeben, dass ein nicht mehr dem Stand der Technik entsprechendes Arbeitsmittel mit den erforderlichen Schutzmaßnahmen weiter verwendet werden kann (dazu 13.3).

13.1 Anwendung der BetrSichV auf alle – auch alten – Arbeitsmittel

Die Sicherheitsanforderungen der neuen BetrSichV „gelten für alte und neue Arbeitsmittel gleichermaßen“⁶⁹⁸ und es gibt keine „Festfrierung“ auf einen bestimmten Stand der Technik. In der Verordnungsbegründung wird behauptet, durch die Vorgabe von

⁶⁹³ So zu streng *Wink*, BetrSichV, § 3 Rn. 7a.

⁶⁹⁴ So aber *Ostermann*, Maschinen und Anlagen ohne CE im rechtswidrigen betrieblichen Einsatz – Verspätete (nachträgliche) Konformitätsbewertung, Stand: 26. November 2019, S. 10.

⁶⁹⁵ So zu Recht *Schucht*, ARP 2020, 13, 14.

⁶⁹⁶ So das OLG Düsseldorf in Fall 25: „Rollenschneidemaschine“.

⁶⁹⁷ So zu Recht *Wiebauer*, BetrSichV, Rn. 8.

⁶⁹⁸ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 69.

Schutzzielen (siehe 6.1) sei „das Bestandsschutzproblem bei älteren Arbeitsmitteln gelöst“⁶⁹⁹ und es „entsteht für den Arbeitgeber Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestandsschutzes“⁷⁰⁰. Das ist etwas zu euphorisch:

13.2 Bestandsschutz (nur) im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung

Heute ist klarer als zuvor, dass es „Bestandsschutz“ nur nach verantwortungsvoller Einzelfallentscheidung gibt, also nur, soweit ein Weiterbetrieb

- des ursprünglich rechtskonform in Verkehr gebrachten Arbeitsmittels⁷⁰¹ (siehe 4.1),
- nach der Gefährdungsbeurteilung (siehe Kapitel 5),
- nach den auf ihrer Grundlage notwendigen Schutzmaßnahmen (siehe Kapitel 6) und
- nach dem Stand der Technik (siehe Kapitel 12)

ausreichend sicher ist: Es „muss der Arbeitgeber im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung eigenverantwortlich selbst entscheiden, ob ggf. Nachrüstmaßnahmen erforderlich sind“⁷⁰². So forderte das LG Detmold im Fall 2 zum „Aufzug im Kurheim“ eine „*Entscheidung, ob der sicherheitstechnisch nicht mehr zeitgemäße Fahrstuhl (nach den Angaben des Sachverständigen fehlte eine Notrufeinrichtung, die Kabinentürschürze war zu kurz und es gab keine Türzugangsüberwachung durch eine Lichtschranke oder Lichtgitter) in dem Kurheim durch eine modernere Anlage hätte ersetzt werden sollen*“ – und das Gericht verneinte schließlich eine Pflichtverletzung.

Schon zur alten BetrSichV war die Aussage, sie erhebe „grundsätzlich keine Nachrüstforderungen“, zutreffend mit dem Zusatz eingeschränkt, „sofern die Gefährdungsbeurteilung nichts anderes ergibt“⁷⁰³. „Sofern sich der Stand der Technik in Bezug auf das zu erreichende Schutzniveau ändert, ist im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung zu prüfen, ob zusätzliche Schutzmaßnahmen erforderlich sind.“⁷⁰⁴

⁶⁹⁹ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 1.

⁷⁰⁰ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 73.

⁷⁰¹ Daher wurde im Fall 9 „Drehmaschine“ Bestandsschutz nicht geprüft: Die über 20 Jahre alte Maschine entsprach schon bei Inbetriebnahme nicht den damals gültigen Sicherheitsanforderungen.

⁷⁰² BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 69.

⁷⁰³ *LASI*, Leitlinien zur BetrSichV, A 7.6.

⁷⁰⁴ BekBS 1114 Anpassung an den Stand der Technik bei der Verwendung von Arbeitsmitteln Nr. 2.2.

13.3 Bestandsschutz nur mit (erforderlichen) Schutzmaßnahmen

„Die Schutzziele der Verordnung sind zwar in jedem Fall einzuhalten und die Verwendung der Arbeitsmittel muss sicher sein. Dies kann jedoch z. B. bei älteren Arbeitsmitteln auch durch ergänzende Maßnahmen sichergestellt werden, sodass ältere Arbeitsmittel nicht ausgesondert werden müssen.“⁷⁰⁵ So kann „auch durch ergänzende Schutzmaßnahmen“ letztlich „Bestandsschutz gewährleistet werden“⁷⁰⁶. Ob aber diese Schutzmaßnahmen ausreichen, damit ein nicht dem Stand der Technik entsprechendes Arbeitsmittel weiterbetrieben werden darf, ist eine sehr schwierige und verantwortungsvolle (Wertungs-)Frage. Da „nicht nur eine einzige Nachrüstung möglich ist, verbleibt ein gewisser Umsetzungsspielraum“⁷⁰⁷.

Nicht erfolgreich war das Bestandsschutz-Argument in den Urteilen

- „Flüssiggasanlage: Explosion beim Umbau“ (Fall 11),
- „Drehmaschine: Unfall wegen fehlender Schutztür“ (Fall 9) – schon deshalb nicht, weil die Maschine im Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme 1987 nicht den damals einschlägigen Vorschriften entsprach.
- „Rollenschneidemaschine: Unfall an 23 Jahre alter Anlage“ (Fall 25) – aber dort haftete der beklagte Betreiber trotzdem nicht, weil die Gerichte im Rahmen der Regressklage der BG die erforderliche grobe Fahrlässigkeit nicht annahmen.

Erfolgreich war das Bestandsschutzargument in folgenden Fällen

- „Aufzug im Parkhaus“ (Fall 3),
- „Aufzug im Kurheim“ (Fall 2), wo trotz „erheblicher Halteungenauigkeit keine Verantwortung“ für den Unfall bestand,
- „Baggerunfall am Bahnhof Kochel“ (Fall 5): Die DGUV-Information 201-021 (früher BGI 781) bzw. das Eisenbahn-Bundesamt sahen für Zweiwegebagger die Ausrüstung mit Kamera-Monitor-Systemen verbindlich vor, das AG Wolfratshausen ließ es aber genügen, dass dem Fahrer „*vonseiten des Arbeitgebers eine Rückfahrkamera zur Verfügung gestellt worden*“ ist. Der Fahrer wurde allerdings trotzdem wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, weil er die Kamera am Unfalltag nicht montiert hatte.

⁷⁰⁵ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 73.

⁷⁰⁶ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 81.

⁷⁰⁷ VG Regensburg, Urteil v. 5.2.2015 (Az. RN 3 K 14.1327) – PET-Folienanlage.

13.4 Ausnahme: Bestandsschutzvorschrift für Aufzüge

Eine einzige ausdrückliche Bestandsschutzvorschrift gibt es in der BetrSichV für Aufzüge:

- In Anhang I Nr. 4.1 über „Besondere Vorschriften für Aufzugsanlagen“: Dort ist vorgeschrieben, dass „im Fahrkorb der Aufzugsanlage ein wirksames Zweiwege-Kommunikationssystem installiert ist, über das ein Notdienst ständig erreicht werden kann“, und es ist ein Notfallplan anzufertigen.
- § 24 Abs. 2 Satz 1 BetrSichV enthält – nur für diese Vorschrift – eine Übergangsvorschrift für Altanlagen: Das ist letztlich ein zeitlich befristeter Bestandsschutz bis Ende 2020.
- § 24 Abs. 2 Satz 2 BetrSichV regelt dann eine Ausnahme von der Bestandsschutzregelung – also letztlich eine „Ausnahme von der Ausnahme“: „Abweichend von Satz 1 ist der Notfallplan innerhalb von zwölf Monaten nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung anzufertigen und dem Notdienst zur Verfügung zu stellen. Sofern kein Notdienst vorhanden sein muss, ist der Notfallplan in der Nähe der Aufzugsanlage anzubringen.“

14 Keine nachträgliche CE-Kennzeichnung durch Betreiber

Wenn Maschinen nicht CE-gekennzeichnet – und zuvor nicht die Konformitätsbewertungs- und Sicherheitspflichten erledigt worden – sind, stellt sich die Frage, ob nicht nur Hersteller, sondern auch Arbeitgeber bzw. Betreiber zur Korrektur dieses Fehlers gemäß Produktsicherheits- und damit Inverkehrbringensrecht verpflichtet sind – also die Umsetzung der EG-Maschinenrichtlinie, Erstellung der EG-Konformitätserklärung und Anbringung der CE-Kennzeichnung nachholen müssen.

14.1 Die verschiedenen Situationen – welcher Fall ist streitig?

- Eine vor dem 31. Dezember 1994 erstmalig in Verkehr gebrachte Maschine musste nicht CE-gekennzeichnet werden⁷⁰⁸. „*Vollständig angewandt werden muss die Maschinenrichtlinie erst ab dem 1. Januar 1995.*“⁷⁰⁹ Eine fehlende CE-Kennzeichnung für diese „Ur-Alt-Maschinen“ muss – unstrittig – nicht nachgeholt werden. Ob und wie weit sie nachgerüstet und an den aktuellen Stand der Technik angepasst werden müssen, ist eine ganz andere Frage⁷¹⁰.
- Wenn ab dem 1. Januar 1995 eine Maschine ohne CE-Kennzeichnung (und ohne Durchführung des erforderlichen Konformitätsbewertungsverfahrens) in Verkehr gebracht wurde, hat der **Hersteller** einen Fehler gemacht. Das Inverkehrbringen war – unstrittig – gesetzeswidrig.
- Wenn eine Maschine gesetzeswidrig durch den Hersteller nicht CE-gekennzeichnet wurde, **kann** der **Betreiber** (durch Namensanbringung und damit als Quasi-Hersteller gemäß § 2 Abs. 14 a ProdSG⁷¹¹) die Herstellerverantwortung übernehmen – und er *muss* als tatsächlicher Hersteller einer *neuen* Maschine die Verantwortung übernehmen, wenn er die Maschine wesentlich verändert.
- Wenn eine Maschine nicht (ausreichend) sicher (verwendbar) ist, **muss** der **Betreiber** die erforderlichen materiellen Schutzmaßnahmen ergreifen, damit ihre Verwendung (wie es §§ 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 BetrSichV fordern) unter Berück-

⁷⁰⁸ Siehe Art. 13 Nr. 2 der Maschinen-Richtlinie 89/392/EWG.

⁷⁰⁹ EG-Kommission, Erläuterungen zur Maschinenrichtlinie 1989, Ausgabe 1993, S. 33.

⁷¹⁰ Ausführlich Wilrich, Bestandsschutz oder Nachrüstpflicht? Betreiberverantwortung und Sicherheit bei Altanlagen – mit 30 Gerichtsurteilen, 2. Aufl., 2019.

⁷¹¹ Siehe Wilrich, Das neue ProdSG: Hersteller-, Importeur- und Händlerpflichten, 2012, Kapitel 2.3.3.1.

sichtigung der vorgesehenen Arbeitsbedingungen nach dem Stand der Technik sicher werden.

- Umstritten ist, ob ein Betreiber einer Maschine *verpflichtet* ist, die seinerzeit vom Hersteller nicht erledigten *formellen Pflichten* Konformitätsbewertung, EG-Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung gemäß EG-Maschinenrichtlinie von Rechts wegen *nachzuholen*, selbst wenn er nicht Hersteller ist. Diese Frage beantworte ich mit Nein.

14.2 Nur Hersteller ist Adressat des Produktsicherheitsrechts

Grund Nr. 1 hierfür ist, dass Adressaten des Inverkehrbringens- bzw. Produktsicherheitsrechts nur Wirtschaftsakteure sind, zu denen Arbeitgeber bzw. Betreiber aber nicht gehören.

Hersteller oder ihre *Bevollmächtigten* müssen gemäß Art. 5 EG-Maschinenrichtlinie 2006/42 „*vor dem Inverkehrbringen und/oder der Inbetriebnahme*“ einer Maschine die CE-Kennzeichnung anbringen⁷¹² – und natürlich zuvor die anderen Konformitätsbewertungs- und Sicherheitspflichten erfüllen. Die Verantwortung „*liegt eindeutig beim Hersteller*“⁷¹³. Art. 2 Nr. 20 der EG-Verordnung 765/2008 über Akkreditierung und Marktüberwachung⁷¹⁴ definiert die CE-Kennzeichnung als „*Kennzeichnung, durch die der **Hersteller** erklärt, dass das Produkt den geltenden Anforderungen genügt, die in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Europäischen Union, die ihre Anbringung vorschreiben, festgelegt sind*“. Daher „*ergibt sich aus dieser Definition, dass **ausschließlich der Hersteller** für die CE-Kennzeichnung zuständig ist*“⁷¹⁵. Die „*Allgemeinen Grundsätze der CE-Kennzeichnung*“ in der EG-Verordnung 765/2008⁷¹⁶ fasst Art. 30 Abs. 1 und 3 zusammen: „*Die CE-Kennzeichnung darf **nur durch den Hersteller** oder seinen Bevollmächtigten angebracht werden. Indem er die CE-Kennzeichnung anbringt oder anbringen lässt, gibt der **Hersteller** an, dass er die Verantwortung für die Konformität des Produkts mit allen in den einschlägigen Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft enthaltenen für deren Anbringung geltenden Anforderungen übernimmt.*“ CE ist eine „*Eigen-erklärung des **Herstellers***“⁷¹⁷.

⁷¹² Siehe auch 3 Abs. 2 Maschinenverordnung (9. ProdSV).

⁷¹³ Alois Hüning/Siegfried Kircheng/Marc Schulze, Die neue EG-Maschinenrichtlinie, 3. Aufl., 2011, S. 42.

⁷¹⁴ Siehe auch § 2 Nr. 7 ProdSG.

⁷¹⁵ Dirk Moritz/Joachim Geiß, Produktsicherheitsgesetz, 2. Aufl., 2012, 2.4.9, S. 71.

⁷¹⁶ Siehe auch § 2 Nr. 29 ProdSG.

⁷¹⁷ So das OLG Nürnberg in Fall 25 „Pappkartonstanze: Unfall beim Griff in die Riffelwalze“.

Arbeitgeber/Betreiber dagegen haben keine Pflichten in Bezug auf Konformitätsbewertung gemäß EG-Maschinenrichtlinie und EG-Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung. „Im Gegensatz zu Wirtschaftsbeteiligten unterliegen Endbenutzer in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union keinen Verpflichtungen.“⁷¹⁸ Der „Sinn“ der CE-Kennzeichnung „erschöpft sich im Zusammenhang mit dem Vorgang des Inverkehrbringens, sodass sie danach eigentlich von Rechts wegen überflüssig ist“⁷¹⁹. Dem Länderausschuss Sicherheitstechnik (LASI) war es wegen der Bedeutungslosigkeit der CE-Kennzeichnung nach Inverkehrbringen bzw. Inbetriebnahme sogar ein Anliegen klarzustellen, dass es „kein Entfernungsgebot für eine vorhandene CE-Kennzeichnung“ gibt⁷²⁰ – und ergänzte folgenden „Hinweis: Eine Erneuerung der CE-Kennzeichnung ist unzulässig.“

14.3 Nur Arbeitsschutzrecht gilt für den Arbeitgeber/Betreiber

Argument Nr. 2 gegen eine Pflicht des Arbeitgebers bzw. Betreibers zur nachträglichen CE-Kennzeichnung ist, dass das europäische Recht – und damit natürlich auch die nationalen Umsetzungen – strikt zwischen Inverkehrbringenspflichten des Herstellers und Arbeitsschutzpflichten des Betreibers trennt:

- Für den Hersteller gelten das ProdSG und die EG-Maschinenrichtlinie 2006/42.
- Für den Betreiber gelten das Arbeitsschutzrecht und die BetrSichV.

Nur in drei Fällen hat der Betreiber Pflichten gemäß Produktsicherheitsrecht und Maschinenrichtlinie:

- Direkt-Import aus einem Drittland,
- Herstellung für den Eigengebrauch und
- wesentliche Veränderung einer Maschine.

Der Blue Guide fasst zusammen⁷²¹: „Sobald Produkte an den Endbenutzer übergehen, gelten sie nicht mehr als neue Produkte, und die Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union finden keine Anwendung mehr. Der Endbenutzer gehört nicht zu den

⁷¹⁸ EU-Kommission, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU (Blue Guide), 2016, 3.6: Endnutzer in diesem Sinne sind nicht nur Private, sondern auch Unternehmen.

⁷¹⁹ Klindt, GPSG, 2006, § 6 Rn. 26 – zum bis 2011 geltenden Gesetz.

⁷²⁰ LASI, Leitlinien zum Produktsicherheitsgesetz, 3. Aufl., 2013, Anm. 7/1, S. 27; so auch Geiß/Doll, GPSG, § 6 Rn. 26.

⁷²¹ EU-Kommission, Blue Guide (Fn. 718), 2.1.

Wirtschaftsakteuren, denen in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union Verantwortlichkeiten übertragen werden, d. h., der Betrieb oder die Verwendung des Produkts durch den Endbenutzer unterliegen nicht den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union. „⁷²²

Es wird zwar behauptet⁷²³: „*Wenn eine Maschine zum Zeitpunkt des Bereitstellens bereits mit der CE-Kennzeichnung versehen worden sein müsste, darf sie nicht als Arbeitsmittel eingesetzt werden. Dann müsste entweder der Betrieb/Arbeitgeber oder ein anderer Dritter sich zum Hersteller dieser Maschine machen und das bereits genannte Konformitätsbewertungsverfahren nach der 9. ProdSV⁷²⁴ durchführen*“. Das halte ich für unzutreffend:

Da Betreiber nicht Wirtschaftsakteure im Sinne des Produktsicherheitsrechts sind (siehe B.), könnte die Pflicht zu einem Konformitätsbewertungsverfahren nach der 9. ProdSV und die daran knüpfende CE-Kennzeichnung nur aus den für Betreiber geltenden Arbeitsschutzrecht- und Betriebsvorschriften folgen. Das könnte überhaupt nur § 5 BetrSichV sein, ist es aber nicht:

14.4 Nur materielle Schutzpflichten, keine formelle CE-Pflicht

§ 5 Abs. 3 BetrSichV mit der Überschrift „*Anforderungen an die zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel*“ regelt in den Sätzen 1 und 2: „*Der Arbeitgeber darf nur solche Arbeitsmittel zur Verfügung stellen und verwenden lassen, die den für sie geltenden Rechtsvorschriften über Sicherheit und Gesundheitsschutz entsprechen. Zu diesen Rechtsvorschriften gehören neben den Vorschriften dieser Verordnung insbesondere Rechtsvorschriften, mit denen Gemeinschaftsrichtlinien in deutsches Recht umgesetzt wurden und die für die Arbeitsmittel zum Zeitpunkt des Bereitstellens auf dem Markt gelten.*“

Grund Nr. 3 für eine fehlende Pflicht des Arbeitgebers bzw. Betreibers zur nachträglichen CE-Kennzeichnung ist, dass durch § 5 Abs. 3 BetrSichV keine formellen CE-Kennzeichnungspflichten geschaffen werden, weil diese Formalien nur zum herstellerbezogenen Inverkehrbringenrecht gehören. Die Verordnungsbegründung

⁷²² Endnutzer in diesem Sinne sind nicht nur Private, sondern auch Unternehmen, also Arbeitgeber/Betreiber.

⁷²³ *KomNet-Wissensdatenbank*, Beantwortung der Frage: „Wie ist mit elektrisch und hydraulisch betriebenen Manipulatoren für Schweißvorrichtungen umzugehen, die in der Vergangenheit ohne CE-Erklärung geliefert wurden?“, in: *KomNet-Dialog* 30855, Stand: 10.12.2017: www.komnet.nrw.de/_sitertools/dialog/30855 (abgerufen am 2.2.2020).

⁷²⁴ Gemeint ist die Maschinenverordnung als 9. Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz (9. ProdSV).

der BetrSichV⁷²⁵ fasst zusammen: Mit § 5 Abs. 3 BetrSichV „ist sichergestellt, dass die zum Einsatz kommenden Arbeitsmittel, welche die in den Binnenmarktvorschriften und den nationalen Umsetzungen (insbesondere ProdSG) vorgeschriebene Produktsicherheit mitbringen, einen grundlegenden Beitrag für deren sichere Verwendung bieten“ – und die Bundesratsdrucksache ergänzt: „Die sichere Verwendung des Arbeitsmittels ergibt sich aus der mitgelieferten Sicherheit des Arbeitsmittels, ergänzt um die Maßnahmen, die sich aus der Gefährdungsbeurteilung für die Verwendung ergeben.“ Nicht erwähnt beim Ziel der sicheren Verwendbarkeit gemäß BetrSichV sind dagegen formelle Herstellerpflichten. Die „mitgelieferte Sicherheit“ – in der Terminologie der Bundesratsdrucksache – bezieht sich nicht auf die EG-Konformitätserklärung und CE-Kennzeichnung, denn sie leisten keinen „grundlegenden Beitrag zur sicheren Verwendung“, sondern sollen ihn nur bestätigen. EG-Konformitätserklärungen sind die Bestätigungen der Hersteller, dass ausreichende Sicherheit geliefert worden ist, machen aber selbst eine Maschine nicht sicher.

Der Ausschuss für Betriebssicherheit bestätigt⁷²⁶: „Durch Verweis (§ 5 Abs. 3) auf die geltenden Rechtsvorschriften über Sicherheit und Gesundheitsschutz wird ein Mindestmaß an sicherheitstechnischen Merkmalen festgelegt“ – eben, weil es um materielle Sicherheitstechnik geht, nicht formelle Inverkehrbringenzusätze. Die CE-Kennzeichnung ist kein sicherheitstechnisches Merkmal, sondern ein „Warenpass“⁷²⁷, der ausreichende Sicherheit „vermerken“ soll.

Das Pflichtenprogramm des Arbeitgebers ergibt sich allein aus Arbeitsschutzrecht: Bei der Festlegung der Schutzmaßnahmen hat der Arbeitgeber die Vorschriften der BetrSichV einschließlich der Anhänge zu beachten und die TRBS zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 3 BetrSichV) – nicht weniger, aber auch nicht mehr – und es wird eben nicht (erneut) Formelles wie EG-Konformitätserklärungen und CE addiert.

⁷²⁵ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 83.

⁷²⁶ ABS, Bekanntmachung Betriebssicherheit (BekBS) 1113 Beschaffung von Arbeitsmitteln Nr. 3 Abs. 2.

⁷²⁷ BR-Drs. 360/03 (Beschluss) v. 11.7.2003, S. 2; Hüning/Schulze, Sichere Maschinen in Europa – Teil 5: Die neue Maschinenrichtlinie, 2010, 3.7, S. 66.

14.5 Kein Verbot, aber eben auch kein Gebot zu CE

Die EG-Maschinenrichtlinie berücksichtigen und nach ihr die Konformität bewerten *darf* der Betreiber. Jeder kann sich eigentlich nicht geltende Rechtsvorschriften heranziehen und sie in seine Überlegungen einbeziehen. Es gibt *kein Verbot* des „Denkens mit der Maschinenrichtlinie“.

Wer dann nach Abschluss dieses Denkprozesses als Nicht-Hersteller eine CE-Kennzeichnung auf einer Maschine anbringt „*übernimmt die Pflichten des Herstellers. In diesem Fall muss er ausreichende Informationen über Entwurf und Herstellung des Produkts besitzen, da er mit der Anbringung der CE-Kennzeichnung die rechtliche Verantwortung übernimmt*“; „*er trägt somit die gesamte Verantwortung für die Konformitätsbewertung (Entwurf und Herstellung) des Produkts, selbst wenn diese tatsächlich von anderer Seite durchgeführt wurden.*“⁷²⁸ So wird man mindestens zum Quasi-Hersteller, den § 2 Nr. 14a ProdSG so definiert: Hersteller ist jeder, der geschäftsmäßig seinen Namen, seine Marke oder anderes Unterscheidungszeichen anbringt und sich dadurch als Hersteller ausgibt. Wenn der Betreiber *wesentlich* umbaut/verändert, wird er dagegen zum tatsächlichen Hersteller.

Es gibt zwar kein Verbot des Denkens mit der Maschinenrichtlinie, aber es gibt eben auch – das ist Argument 4 gegen nachträgliche CE-Pflichten der Arbeitgeber/Betreiber – *kein Gebot* zur nachträglichen Umsetzung des nur für Wirtschaftsakteure geltenden Produktsicherheitsrechts (siehe oben 14.2) durch andere als eben genau diese Wirtschaftsakteure. Der Arbeitgeber bzw. Betreiber *muss* die EG-Maschinenrichtlinie formell nicht umsetzen.

- § 5 Abs. 3 BetrSichV verpflichtet den Betreiber nicht, sich zum Hersteller „aufzuschwingen“ – unstrittig nicht ausdrücklich gemäß Wortlaut, aber auch nicht nach Systematik und Sinn und Zweck (siehe oben 14.3).
- § 3 Abs. 7 BetrSichV fordert zwar, die Gefährdungsbeurteilung „*regelmäßig*“ zu überprüfen – und ergänzt: „*Dabei ist der Stand der Technik zu berücksichtigen. Soweit erforderlich, sind die Schutzmaßnahmen bei der Verwendung von Arbeitsmitteln entsprechend anzupassen.*“ Das ist aber keine Risikobeurteilung nach Produktsicherheitsrecht, sondern das ist Teil des Arbeitsschutzrechts.

⁷²⁸ *EU-Kommission*, Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2016 („Blue Guide“), 3.1 und 4.5.1.3.

14.6 Arbeitsschutz reicht aus, um alte Maschinen zu regeln/sichern

Die Rechtsvorschriften zur Betreiberverantwortung und das Arbeitsschutzrecht (also Gefährdungsbeurteilungen und die Umsetzung der in ihr ermittelten Schutzmaßnahmen) sind auch ausreichend, um das Problem der vom Hersteller gesetzeswidrig nicht CE-gekennzeichneten Maschinen in Griff zu bekommen. Nichts aus dem Produktsicherheitsrecht wird benötigt, um eine verwendungssichere Maschine zu erreichen.

Das wird mit folgenden Worten – und der Forderung nach einer „verspäteten (nachträglichen) Konformitätsbewertung“ – bestritten⁷²⁹: „Die Gefährdungsbeurteilung setzt erst an der sicheren Maschine an und betrachtet diese sichere Maschine in ihrer Umgebung. Das heißt, sie [die Gefährdungsbeurteilung] setzt eine sichere, rechtskonforme Maschine voraus, was der Betreiber ggf. im Rahmen seiner Abnahme nachprüfen muss. Ist die Basis der sicheren Maschine nicht gegeben, hilft ergo die Gefährdungsbeurteilung nicht, die sich mit der Maschinensicherheit, die der Maschine selbst innewohnt, nicht beschäftigt, sondern an den Schnittstellen der Maschine zu Ihrer Umgebung ansetzt“. Und „dem Arbeitgeber wird dann nichts anderes übrig bleiben, als (soweit ihm das überhaupt praktisch möglich ist) die Konformitätsbewertung der Maschine/Anlage selbst vorzunehmen, damit diese rechtskonform den Arbeitnehmern zur Verfügung gestellt werden kann“.

Zu diesen Aussagen sind 15 Klarstellungen und Ergänzungen nötig:

1. Eine Gefährdungsbeurteilung setzt keine sichere Maschine voraus, sondern soll – umgekehrt – die „Sicherheit von Beschäftigten bei der Verwendung von Arbeitsmitteln [Maschinen] gewährleisten“ und herbeiführen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BetrSichV).
2. Eine Gefährdungsbeurteilung muss sich selbstverständlich auch mit (reiner) Maschinensicherheit befassen, denn Maschinen darf der Arbeitgeber gemäß § 5 Abs. 3 BetrSichV erst verwenden lassen, wenn sie den materiellen Sicherheitsanforderungen der EG-Maschinenrichtlinie entsprechen.
3. Die Gefährdungsbeurteilung betrachtet nicht nur sichere Maschinen in ihrer Umgebung, sondern soll umgekehrt durch die Berücksichtigung der „Einsatzbedingungen“ (§ 5 Abs. 1 BetrSichV) und „Feststellung“ des Stands der Technik (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 BetrSichV) die Maschinen erst verwendungssicher machen.

⁷²⁹ Ostermann, Maschinen und Anlagen ohne CE im rechtswidrigen betrieblichen Einsatz – Verspätete (nachträgliche) Konformitätsbewertung, Stand: 26. November 2019.

4. Zwar „muss der Arbeitgeber die durch den Hersteller durchgeführte *Risiko-beurteilung* für das Arbeitsmittel nicht wiederholen“⁷³⁰, aber das LG Gießen⁷³¹ spricht klar aus, „der Arbeitgeber muss neu angeschaffte Arbeitsmittel darauf untersuchen, ob sie den einschlägigen *Sicherheitsanforderungen* entsprechen“.
5. Und selbst, „wo die Gefahr durch konstruktive Maßnahmen gebannt ist, muss sehr wohl die Maschine in der Gefährdungsbeurteilung betrachtet werden. Hinsichtlich der Schutzmaßnahmen wäre z. B. nichts weiter festzulegen. Lediglich die Wirksamkeit der Schutzmaßnahme müsste überprüft und beurteilt werden.“⁷³²
6. Noch weitergehend: Die Gefährdungsbeurteilung „soll bereits vor der Auswahl und der Beschaffung der Arbeitsmittel begonnen werden“ (§ 3 Abs. 3 BetrSichV) – bezieht sich erkennbar also nicht auf eine sichere Maschine, sondern dient gerade auch der Beschaffung einer sicheren Maschine.
7. Wenn z. B. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BetrSichV fordert, dass Maschinen über die erforderlichen sicherheitsrelevanten Ausrüstungen verfügen müssen, dann muss der Arbeitgeber diesen rein maschinenbezogenen Aspekt in seiner Gefährdungsbeurteilung auch berücksichtigen – ob sie nun vom Hersteller mitgeliefert worden sind oder nicht.
8. Dass „Anforderungen des Produktrechts“ vom Arbeitgeber nicht zu beurteilen seien, wird auch als „erkennbar falsch“ bezeichnet⁷³³. Dann ist es auch erkennbar unzutreffend zu sagen, dass eine Gefährdungsbeurteilung eines „sichere, rechtskonforme Maschine voraussetzt“ und an der „sicheren Maschine ansetzt“.
9. Die Gefährdungsbeurteilung soll – so heißt es in § 3 Abs. 1 BetrSichV – „die auftretenden Gefährdungen beurteilen und daraus notwendige und geeignete Schutzmaßnahmen ableiten“. Sie umfasst daher auch Aspekte der „reinen“ Maschinensicherheit, aus der sich selbstverständlich auch Gefährdungen ergeben können.
10. In § 3 Abs. 2 BetrSichV heißt es sogar ausdrücklich, dass „**alle** Gefährdungen einzubeziehen sind, die bei der Verwendung von Arbeitsmitteln ausgehen“ – und zwar ausdrücklich auch die Gefährdungen, die „von den Arbeitsmitteln selbst ausgehen“. Es geht also nicht (nur) um eine „Schnittstellenbetrachtung“, sondern eine ganzheitliche Betrachtung.

⁷³⁰ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 81.

⁷³¹ LG Gießen, Urteil v. 19.4.2016 (Az. 2 O 430/14) – siehe Fall 24 „Rollenhubbühne“.

⁷³² KomNet-Wissensdatenbank Dialognummer 6180, Stand: 2.2.2015, <http://komnet.nrw.de>.

⁷³³ So zu Recht *Ostermann* (Fußnote 729), S. 8.

11. In der Begründung der BetrSichV wird auch klargestellt, dass die Gefährdungsbeurteilung sich bezieht auf „Zustand und Handhabung des Arbeitsmittels“⁷³⁴. **Zustand** meint Übereinstimmung mit Produkt-, also Maschinensicherheitsrecht und **Handhabung** meint sichere Nutzung (Betriebs-, also Verwendungssicherheit) in den vorgesehenen Einsatzbedingungen.
12. Die TRBS 1111 Gefährdungsbeurteilung geht ausdrücklich von der Zulässigkeit – und Gebotenheit – „nachträglich getroffener Schutzmaßnahmen“ aus, auch wenn dann „nachteilige Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit nicht immer ausgeschlossen werden“ können⁷³⁵.
13. Auch das OLG Frankfurt am Main betont⁷³⁶, „die Verantwortung des Herstellers für die Beschaffenheit eines technischen Arbeitsmittels überlagert diejenige des Arbeitgebers nicht“. Damit meint das Gericht, die Arbeitgeber-Betreiberpflichten gelten unabhängig davon, ob der Hersteller seine Pflichten vollständig erfüllt hat.
14. § 3 Abs. 7 BetrSichV fordert zwar, die Gefährdungsbeurteilung „regelmäßig“ zu überprüfen – und ergänzt: „Dabei ist der Stand der Technik zu berücksichtigen. Soweit erforderlich, sind die Schutzmaßnahmen bei der Verwendung von Arbeitsmitteln entsprechend anzupassen.“ Das ist aber keine Risikobeurteilung nach Produktsicherheitsrecht, sondern das ist Teil des Arbeitsschutzrechts.
15. Für Maschinen, die älter sind als zehn Jahre, hat sich ohnehin alles Formelle erledigt, weil der *Hersteller* nach Anhang VII A) der EG-Maschinenrichtlinie die technischen Unterlagen, zu denen auch eine Kopie der EG-Konformitätserklärung gehört, nur mindestens zehn Jahre aufbewahren muss. Was schon der Hersteller nicht mehr haben muss, kann der Betreiber nicht nachfertigen müssen.

14.7 Gesamtergebnis zu Altmaschinen ohne Hersteller-CE

Die BetrSichV zwingt den Arbeitgeber zu drei Dokumentationen bzw. „Feststellungen“:

- Erstens müssen auch zu den von „Arbeitsmitteln selbst“ (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 BetrSichV) ausgehenden Gefährdungen die „abgeleiteten“ und zu „ergreifenden“ Schutzmaßnahmen dokumentiert werden (§§ 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 8 Satz 2 Nr. 2 BetrSichV) – aber **keine Konformitätsbewertung gemäß Produktsicherheitsrecht** ist erforderlich.

⁷³⁴ BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 80.

⁷³⁵ TRBS 1111 Gefährdungsbeurteilung Nr. 4.1 Abs. 1.

⁷³⁶ OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 3.2.2017 (Az. 8 U 128/16) – siehe Fall 24 „Rollenhubbühne“.

- Zweitens muss „festgestellt“ werden, „dass die Verwendung der Arbeitsmittel nach dem Stand der Technik sicher ist“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 BetrSichV) – wenn man so will, ist das eine „**Erklärung der Verwendungssicherheit**“, aber **keine EG-Konformitätserklärung** ist erforderlich.
- Drittens muss eine Maschinenprüfung mit der „Feststellung“ abschließen, dass „die getroffenen sicherheitstechnischen Maßnahmen geeignet und funktionsfähig sind“ (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BetrSichV), und das muss aufgezeichnet werden (§ 14 Abs. 7 BetrSichV) – wenn man so will, ist das eine „**Kennzeichnung an der Maschine**“⁷³⁷, aber **keine CE-Kennzeichnung** ist erforderlich.

⁷³⁷ Obwohl „Prüfaufzeichnungen nach der neuen BetrSichV nicht zwingend unmittelbar bei der jeweiligen Anlage vorgehalten werden müssen“ (BR-Drs. 400/14 v. 28.8.2014, S. 69 f.).