

**IV 120****Erläuterungen zu den Begriffen****1 Freiberufliche Dienstleistung, geistig-schöpferische Leistung, Wahl der Vergabeordnung****1.1 „Freiberufliche Dienstleistung“**

Beispiele für eine selbstständige Arbeit sind in steuerrechtlicher Sicht nach § 18 Nr. 1 EStG (amtliche Fußnote des § 1 VOL/A) „... die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische und unterrichtende oder erziehende Tätigkeit, die selbstständige Berufstätigkeit u.a. der ... Ingenieure, Architekten, ...“

Alle Rechtsnormen im Vergabebereich betrachten nicht den Freiberufler (Person) selbst, sondern allein die freiberufliche Dienstleistung, unabhängig davon, wer sie erbringt. Deswegen können auch Gewerbetreibende Leistungen erbringen, die üblicherweise von freiberuflichen Selbstständigen erbracht werden.

EU-Recht

Nach Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, grundsätzlich verboten. Art. 57 AEUV beschreibt Dienstleistungen als Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Insofern gelten freiberufliche Tätigkeiten als Dienstleistungen. Der Leistende kann seine Tätigkeit demnach vorübergehend nach den Voraussetzungen des jeweiligen Mitgliedsstaates ausüben, die dieser für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

Nationales Recht

§ 99 Abs. 1 i. V. m. 4 GWB definiert den Dienstleistungsauftrag als einen öffentlichen Auftrag, der weder Liefer- noch Bauauftrag ist. § 99 Abs. 10 GWB ist zusätzlich zu beachten.

§ 5 VgV regelt die Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen.

**1.2 „Geistig-schöpferische Leistung“**

Die geistig-schöpferische Leistung unterscheidet sich in ihrem Wesen grundlegend vom Herstellen eines Bauwerkes, der Lieferung von Waren oder dem Erbringen gewerblicher Dienstleistungen.

Sie ist das Erarbeiten einer noch nicht existierenden Lösung für eine gestellte Aufgabe und somit das Ergebnis von Denkprozessen. Die Kriterien für die Lösung einer solchen Aufgabe können in Bezug auf ihre Erfüllung nicht eindeutig und erschöpfend, also nicht hinreichend genau beschrieben werden. Ihr Ergebnis ist regelmäßig ein Unikat.

Einzelne, zur Aufgabenerfüllung notwendige, beschreibbare Arbeitsschritte (Erstellen von Zeichnungen, Aufmass, Berechnungen u.a.) haben gegenüber der Eigenschaft der geistig-schöpferischen Leistung jedoch untergeordneten Charakter. Sie sind gleichwohl benötigte Mittel, um das gestalterisch-schöpferische Potenzial des Auftragnehmers zur Ausarbeitung einer optimalen Lösung umzusetzen. Dieser untergeordnete Charakter ist auch bei eng vorgegebenen, baurechtlichen Rahmenbedingungen, z. B. Bebauungsplansatzungen, gegeben.

Das OLG München führt in seiner Begründung vom 28.04.2006 (Verg 6/06) zur Frage der Abgrenzung beschreibbarer und nicht beschreibbarer Leistungen u.a. aus, dass im konkreten Einzelfall zu ermitteln sei, wie groß der schöpferische, gestalterische und konstruktive Freiraum des potentiellen AN zur Erfüllung der Zielvorgaben ist. Ist ein solcher Freiraum vorhanden, so mag das planerische Ziel des Auftrags beschreibbar sein, nicht jedoch die planerische Umsetzung (= Lösung).

Art. 30 Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie VKR) definiert z.B. „Bauplanungsdienstleistungen“ als geistig-schöpferische Leistungen.

Verbindung zum Urheberrecht:

Werke im Sinne des Urheberrechtsgesetzes sind nur persönliche, geistige Schöpfungen (§ 2 Abs. 2 UrhG). Werke der Baukunst im Sinne des Urheberrechtsgesetzes sind danach solche Unterlagen und

## **IV 120**

(Erläuterungen zu den Begriffen)

Bauwerke, die eine persönliche, geistige Schöpfung des Auftragnehmers darstellen und einen so hohen Grad individueller ästhetischer Gestaltungskraft aufweisen, dass sie aus der Masse des alltäglichen Bauschaffens herausragen. Nicht jede geistig-schöpferische Leistung unterliegt daher automatisch dem Urheberrecht, vielmehr ist eine Einzelfallbeurteilung anzustellen.