

# **RECHTSGUTACHTEN**

zur unionsrechtlichen Beurteilung der

## **Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie und der Geoblockingverordnung auf Seilbahnen**

im Auftrag des

Bundesamts für Eich- und Vermessungswesen

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. Thomas Jaeger, LL.M.

(Wien)

8. Februar 2023

## Inhaltsübersicht

Executive Summary .....	3
1. Sachverhalt .....	6
2. Gutachtensfragen und Aufbau des Gutachtens .....	6
3. Einschlägige Rechtsgrundlagen im Überblick .....	7
3.1. Die VerbraucherbehördenkooperationsVO 2017/2394 .....	7
3.2. Das österreichische Verbraucherbehördenkooperationsgesetz.....	8
3.3. Die DienstleistungsRL 2006/123.....	8
3.4. Die GeoblockingVO 2018/302 .....	9
3.5. Titel VI des Dritten Teils des AEUV .....	10
4. Verkehrsdienstleistungen in der Rsp des EuGH .....	12
4.1. Relevante Urteile .....	12
4.2. Zwischenergebnis .....	14
5. Unionsrechtliche Qualifikation von Seilbahnen .....	15
5.1. Definition von Seilbahnen .....	15
5.2. Subsumtion unter Titel VI des Dritten Teils des AEUV .....	17
5.2.1. Literatur.....	17
5.2.2. Relevanz des Wortlauts.....	18
5.2.3. Gesetzgebungspraxis.....	19
5.2.4. Mitteilung der Kommission zur Finanzierung von Seilbahnen .....	22
5.3. Zwischenergebnis .....	25
5.4. Alternatives Ergebnis .....	25
6. Unterscheidung zwischen Seilbahnen als Teil des ÖPNV und solchen zu wintersportlich-touristischen Zwecken.....	26
6.1. Grundlagen der Unterscheidung.....	26
6.2. Seilbahnen als Teil des ÖPNV .....	27
6.3. Seilbahnen zu touristischen und/oder wintersportlichen Zwecken .....	28
6.4. Zwischenergebnis .....	29
7. Fehlende Nennung von Seilbahnen als planwidrige Lücke? .....	30
7.1. ErwGr 9 GeoblockingVO kein Hinweis auf planwidrige Lücke .....	30
7.2. Beurteilung nach nationalem Recht.....	32
7.3. Ergebnis .....	34
8. Gutachterliches Gesamtergebnis .....	35

## **Executive Summary**

### **Gleichklang zwischen DienstleistungsRL und Verkehrstitel des AEUV**

1. Die Ausnahmebestimmung für Verkehrsdienstleistungen in Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL, auf den Art 1 Abs 3 GeoblockingVO verweist, gilt für Dienstleistungen im Anwendungsbereich von „Titel V des Vertrags“. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist dies als Verweis auf Titel VI des Dritten Teils des AEUV („Der Verkehr“), der Art 90-100 AEUV umfasst, zu verstehen. Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL sind in Einklang mit Art 58 Abs 1 AEUV zu interpretieren, der den Verkehrstitel von den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit ausnimmt.
2. Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, erstens, dass Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL mittels eines vom Verkehrstitel des AEUV erfassten Verkehrsträgers erbracht werden müssen.
3. Zweitens muss der Hauptgegenstand der Dienstleistung in der Beförderung von einem Punkt zum anderen bestehen.

### **Seilbahnen sind vom Verkehrstitel des AEUV erfasst**

4. Gem Art 100 Abs 1 AEUV gilt der Verkehrstitel für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr. Art 100 Abs 2 AEUV enthält eine Rechtsgrundlage für den Erlass von Vorschriften im Bereich der Luftfahrt und der Seeschifffahrt. Alle mittels dieser Verkehrsträger erbrachten Dienstleistungen können Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL sein.
5. Der Wortlaut der in Art 100 AEUV genannten Verkehrsträger kann auch Seilbahnen umfassen.
6. Die Tatsache, dass der Unionsgesetzgeber die VO 2016/424 über Seilbahnen auf die allgemeine Rechtsgrundlage zur Harmonisierung im Binnenmarkt, Art 114 AEUV, gestützt hat, und nicht auf Art 91 Abs 1 AEUV, die spezielle Rechtsgrundlage im Bereich des Verkehrs, ist kein überzeugendes Argument für die Verortung der Seilbahnen außerhalb des Verkehrstitels. Die SeilbahnVO trifft keine verkehrspolitischen Regelungen, sondern ausschließlich Vorschriften über den freien Warenverkehr für Seilbahnen und Teile von

Seilbahnen. Aus der Rechtsgrundlage der SeilbahnVO kann daher nicht abgeleitet werden, ob Seilbahnen dem Verkehrstitel unterfallen oder nicht.

7. Als Argument für eine Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel des AEUV dient die Mitteilung der Kommission zur Finanzierung von Seilbahnen, in der sie ihre Herangehensweise an die Prüfung von Beihilfen für den Betrieb von Seilbahnen skizziert. In diesem Dokument legt die Kommission dar, dass sie die Vereinbarkeit solcher Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs anhand des Art 93 AEUV prüft, was nur möglich ist, wenn sie Seilbahnen dem Verkehrstitel des AEUV zurechnet. Der Ansicht der Kommission ist besonderes argumentatives Gewicht zuzumessen, da sie die zentrale Behörde zur Kontrolle der Anwendung des Unionsrechts darstellt.
8. Da Seilbahnen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dem Verkehrstitel des AEUV zuzurechnen sind, können von Seilbahnunternehmen erbrachte Dienstleistungen grundsätzlich der Definition der Verkehrsdienstleistungen in Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL entsprechen.

### **Unterscheidung zwischen Seilbahnen als Teil des ÖPNV und solchen zu wintersportlich-touristischen Zwecken**

9. Aus dem EuGH-Urteil *Trijber* ergibt sich, dass der Hauptgegenstand einer Verkehrsdienstleistung in der Beförderung von einem Punkt zum anderen besteht.
10. Der Hauptgegenstand von Seilbahndienstleistungen, die Teil des ÖPNV sind, liegt in der Beförderung von einem Punkt zum anderen. Sie sind daher als Verkehrsdienstleistungen zu qualifizieren und von der Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL erfasst. Dies wird durch ErwGr 21 DienstleistungsRL bestätigt.
11. Eine geschlossene sekundärrechtliche Regelungsdecke für Personenverkehrsdienstleistungen im Bereich der Nichtdiskriminierung, wie sie ErwGr 9 GeoblockingVO suggeriert, besteht daher nicht. Da ErwGr nicht bindend sind und ErwGr 9 diese vermeintlich geschlossene Regelungsdecke nur als Mitgrund für den Ausschluss der Verkehrsdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der GeoblockingVO nennt, vermag ErwGr 9 nichts daran zu ändern, dass Seilbahndienstleistungen im ÖPNV nicht in den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL bzw der GeoblockingVO fallen.

12. Im Unterschied dazu liegt der Hauptgegenstand von Seilbahnen zu wintersportlich-touristischen Zwecken nicht in der Beförderung von einem Punkt zum anderen, sondern in der Ermöglichung des Fremdenverkehrs und der Freizeitgestaltung iSd ErwGr 33 DienstleistungsRL. Sie sind nicht als Verkehrsdienstleistungen zu qualifizieren und unterliegen nicht der Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL.

### **Ergebnis**

13. Von Seilbahnunternehmen erbrachte Dienstleistungen fallen in den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL und der GeoblockingVO, wenn sie touristischen und/oder wintersportlichen Zwecken dienen. Seilbahnen als Teil des ÖPNV sind als Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL vom Anwendungsbereich der DienstleistungsRL und der GeoblockingVO ausgenommen.

## 1. Sachverhalt

Der gutachtensgegenständliche Sachverhalt wurde vom Auftraggeber, dem Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen (BEV), wie folgt vorgegeben:

„Seit Ende März 2021 ist das BEV zuständige Behörde gem § 3 Abs 1 Z 3 Verbraucherbehördenkooperationsgesetz (VBKG, StF BGBl. I Nr. 148/2006) und ist für die Vollziehung der Vorschriften zur Umsetzung der im Anhang unter Z 3 des VBKG angeführten Richtlinien sowie Verordnungen und die zu deren Ausführung ergangenen Rechtsakte im Rahmen des europäischen Verbraucherbehördenkooperationsnetzwerks verantwortlich.

In Zusammenhang mit dieser Tätigkeit haben sich ... Rechtsfragen gestellt, deren Abklärung für das BEV mit Blick auf einen anhängigen Fall von entscheidender Bedeutung ist“.<sup>1</sup>

## 2. Gutachtensfragen und Aufbau des Gutachtens

Die Gutachtensfragen wurden von der Auftraggeberin wie folgt vorgegeben:

„Erbringen Seilbahnen für den Personenverkehr, Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) iVm Art 1 Abs 3 [VO] 2018/302/EU (Geoblocking VO)?

Ist dabei zwischen Seilbahnen, die Teil des öffentlichen Personennahverkehrs sind und solchen, die ausschließlich oder überwiegend touristischen oder (winter)sportlichen Zwecken dienen, zu differenzieren und wenn ja, mit welchem Ergebnis?“<sup>2</sup>

Zur Beantwortung der Gutachtensfragen sind hier i.F. nach einander folgende Problemstellungen zu untersuchen:

1. Wie sind Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL 2006/123 bzw Art 1 Abs 3 GeoblockingVO 2018/302 zu definieren?
2. Können Seilbahnen grundsätzlich unter diese Definition fallen?

---

<sup>1</sup> BEV 30. 9. 2022, Anfrage Rechtsgutachten Dienstleistungsrichtlinie GeoblockingVO, Gz 2022-0.695.862.

<sup>2</sup> BEV 30. 9. 2022, Anfrage Rechtsgutachten Dienstleistungsrichtlinie GeoblockingVO, Gz 2022-0.695.862.

3. Wenn Frage 2 bejaht wird: Entsprechen Seilbahnen, die Teil des ÖPNV sind, dieser Definition?

4. Wenn Frage 2 bejaht wird: Entsprechen Seilbahnen, die überwiegend touristischen oder (winter-)sportlichen Zwecken dienen, dieser Definition?

### **3. Einschlägige Rechtsgrundlagen im Überblick**

#### **3.1. Die VerbraucherbehördenkooperationsVO 2017/2394**

Die **Verordnung (EU) 2017/2394** über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden<sup>3</sup> hat gem ihrem Art 1 die Festlegung der Bedingungen zum Gegenstand, „unter denen die zuständigen Behörden, die in den Mitgliedstaaten als für die Durchsetzung des Unionsrechts zum Schutz der Verbraucherinteressen verantwortlich benannt wurden, untereinander und mit der Kommission zusammenarbeiten und Aktionen koordinieren, um die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen und um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu fördern.“

Sie schafft ein Verfahren zur **Koordinierung der mitgliedstaatlichen Behörden**, um Verstöße gegen die im Anhang der VO genannten Unionsrechtsakte bzw zu deren Umsetzung ergangene nationale Gesetze, die mehr als einen Mitgliedstaat betreffen, effektiver zu bekämpfen. Zu diesem Zweck hat gem Art 5 Abs 1 der VO jeder Mitgliedstaat die für die Durchsetzung der betreffenden Rechtsakte zuständigen Behörden zu benennen.

Der Anhang zählt in seiner aktuellen, zuletzt 2019 erweiterten Fassung 28 Unionsrechtsakte auf, darunter die DienstleistungsRL 2006/123<sup>4</sup> sowie die GeoblockingVO 2018/302.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABI L 2017/345, 1 idgF.

<sup>4</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI L 2006/376, 36.

<sup>5</sup> Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABI L 2018/60I, 1.

### 3.2. Das österreichische Verbraucherbehördenkooperationsgesetz

Dem Auftrag der VO zur **Benennung der zuständigen Behörden** kam der österreichische Gesetzgeber mit dem Erlass des Verbraucherbehördenkooperationsgesetzes<sup>6</sup> nach.

§ 3 Abs 1 Z 3 iVm Anhang Z 3 VBKG benennt das **BEV** als **zuständige Behörde** für die Durchsetzung der Vorschriften zur Umsetzung von **Art 20 DienstleistungsRL** 2006/123 (Anhang Z 3 lit d VBKG) bzw zur Durchsetzung der **GeoblockingVO** 2018/302 und der zu ihrer Ausführung ergangenen nationalen Vorschriften (Anhang Z 3 lit h VBKG).

### 3.3. Die DienstleistungsRL 2006/123

Die DienstleistungsRL **konkretisiert** die in den Art 49 ff respektive 56 ff AEUV primärrechtlich verankerte **Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit** für einen großen Teil der im Binnenmarkt angebotenen Dienstleistungen. Gem ihrem Art 2 Abs 1 gilt sie grundsätzlich für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Art 2 Abs 2 DienstleistungsRL zählt jedoch einige Kategorien von Dienstleistungen auf, die vom Anwendungsbereich der DienstleistungsRL ausgenommen sind.

Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL nennt die gutachtensgegenständliche **Ausnahme** der „**Verkehrsdienstleistungen** einschließlich Hafendienste, die in den Anwendungsbereich von Titel V des Vertrags fallen“. Da die DienstleistungsRL vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon erlassen wurde, bezieht sich dieser Verweis noch auf den EG-Vertrag. Gem Art 5 Abs 3 des Vertrags von Lissabon sind Verweise auf den EGV in früheren Sekundärrechtsakten als Verweise auf EUV bzw AEUV gem der den Verträgen beigefügten Übereinstimmungstabelle zu verstehen. Die Vorschriften des Titels V (Art 70-80) des EGV wurden mit 1. Dezember 2009 in Titel VI des Dritten Teils (Art 90-100) des AEUV übernommen. Dementsprechend verweist Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL nunmehr auf Verkehrsdienstleistungen, die in den Anwendungsbereich von Titel VI des Dritten Teils des AEUV fallen.<sup>7</sup> ErwGr 21 DienstleistungsRL erläutert dazu, dass Verkehrsdienstleistungen, einschließlich des Personennahverkehrs, Taxis und Krankenwagen sowie Hafendienste, vom Anwendungsbereich der DienstleistungsRL ausgenommen sein sollten.

---

<sup>6</sup> Bundesgesetz über die Zusammenarbeit von Behörden im Verbraucherschutz (Verbraucherbehördenkooperationsgesetz – VBKG), BGBl I 2006/148.

<sup>7</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 47.

Der in Anhang Z 3 lit d VBKG genannte **Art 20 DienstleistungsRL** mit der Überschrift „**Nicht-Diskriminierung**“ beauftragt die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass dem Dienstleistungsempfänger keine diskriminierenden Anforderungen auferlegt werden, die auf dessen Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz beruhen (Abs 1) bzw dass die vom Dienstleistungserbringer bekannt gemachten allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung keine in diesem Sinne diskriminierenden Bestimmungen enthalten, die nicht objektiv gerechtfertigt sind (Abs 2). Das in § 23 Dienstleistungsgesetz<sup>8</sup> verankerte Gleichbehandlungsgebot setzt diese Bestimmung für das österreichische Recht um.

### **3.4. Die GeoblockingVO 2018/302**

Die GeoblockingVO verfolgt gem ihrem Art 1 Abs 1 Satz 1 das Ziel, ungerechtfertigtes Geoblocking, dh die **territoriale Beschränkung des Zugangs zu einer Dienstleistung** durch den Anbieter,<sup>9</sup> sowie andere Formen der Diskriminierung, die direkt oder indirekt auf der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder dem Ort der Niederlassung des Kunden beruhen, zu **verhindern**.

Gem Art 1 Abs 1 Satz 2 GeoblockingVO ist ein Mittel zur Erreichung dieses Ziels die Präzisierung von Fällen, in denen eine **Ungleichbehandlung nach Art 20 Abs 2 DienstleistungsRL nicht objektiv gerechtfertigt** werden kann. Die GeoblockingVO und die DienstleistungsRL sind also eng miteinander verknüpft. Dementsprechend verweist Art 1 Abs 3 GeoblockingVO für Dienstleistungen, die von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind, auf Art 2 Abs 2 der DienstleistungsRL, mithin auch auf die Ausnahme für Verkehrsdienstleistungen nach Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL.

GeoblockingVO und DienstleistungsRL stehen zu einander in einem **Spezialitätsverhältnis**:<sup>10</sup> In Fällen, die unter die GeoblockingVO fallen, haben deren spezielle Bestimmungen Vorrang vor Art 20 Abs 2 DienstleistungsRL. Gleichzeitig normiert die GeoblockingVO ein stärkeres und rechtssichereres Diskriminierungsverbot: Nach der RL ist die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung von einer Bewertung der Praktiken des Anbieters im Einzelfall abhängig, während die GeoblockingVO in den von ihr erfassten Fällen Diskriminierungen verbietet, ohne dass eine Bewertung der Praxis des Anbieters durchgeführt werden muss.

---

<sup>8</sup> Bundesgesetz über die Erbringung von Dienstleistungen (Dienstleistungsgesetz – DLG), BGBl I 2011/100.

<sup>9</sup> Näher zur Definition vgl ErwGr 1 Geoblocking-VO.

<sup>10</sup> Vgl *Europäische Kommission*, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel (2018), 11.

Der Gleichlauf der Anwendungsbereiche der zwei Rechtsakte wird durch ErwGr 9 GeoblockingVO bestätigt. Dieser erläutert, dass „Diskriminierung [...] auch im Zusammenhang mit Verkehrsdienstleistungen auftreten [kann], insbesondere beim Verkauf von Dokumenten für die Beförderung von Fahr-/Fluggästen. In diesem Bereich enthalten die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008<sup>11</sup>, die Verordnung (EU) Nr. 1177/2010<sup>12</sup> und die Verordnung (EU) Nr. 181/2011<sup>13</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates jedoch bereits umfassende Diskriminierungsverbote, die alle diskriminierenden Praktiken abdecken, gegen die mit der vorliegenden Verordnung vorgegangen werden soll. Darüber hinaus wird beabsichtigt, die Verordnung (EG) Nr. 1371/2007<sup>14</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates in naher Zukunft entsprechend zu ändern. Aus diesem Grund und zur **Wahrung der Kohärenz mit dem Anwendungsbereich der [DienstleistungsRL]** sollten Verkehrsdienstleistungen nicht in den Anwendungsbereich der vorliegenden Verordnung fallen.“

Diesem Kohärenzgebot entsprechend sind **Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL** auch **vom Anwendungsbereich der GeoblockingVO ausgenommen**, ohne dass im Rahmen des letzteren Rechtsakts etwaige Besonderheiten zu berücksichtigen wären.

### **3.5. Titel VI des Dritten Teils des AEUV**

Der Verkehr ist seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in den Art 90-100 AEUV geregelt. Gem Art 90 AEUV, der den Zweck des Verkehrstitels umschreibt, „werden die **Ziele der Verträge im Rahmen einer gemeinsamen Verkehrspolitik** verfolgt“.

Gem Art 100 Abs 1 AEUV gilt der Verkehrstitel für die Beförderungen im **Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr** – die sog Binnenverkehrsträger.<sup>15</sup> Art 100 Abs 2 AEUV

---

<sup>11</sup> Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABI L 2008/293, 3.

<sup>12</sup> Verordnung (EU) Nr. 1177/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABI L 2010/334, 1.

<sup>13</sup> Verordnung (EU) Nr. 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABI L 2011/55, 1.

<sup>14</sup> Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABI L 2007/315, 14.

<sup>15</sup> *Perathoner in Laimer/Perathoner* (Hrsg), *Mobilitäts- und Transportrecht in Europa* (2021) 7; *Martinez in Calliess/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*<sup>6</sup> (2022) Art 100 AEUV Rz 4.

ermöglicht per ordentlichem Gesetzgebungsverfahren eine Ausdehnung der gemeinsamen Verkehrspolitik auf die **Seeschifffahrt und Luftfahrt**.<sup>16</sup>

**Art 91 Abs 1 AEUV** dient als **spezifische Rechtsgrundlage** zum Erlass von Rechtsvorschriften im Rahmen des Verkehrstitels.<sup>17</sup> Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen erlassen Parlament und Rat gemeinsame Vorschriften für den internationalen Verkehr, für die Zulassung von Verkehrsunternehmen, zur Verbesserung der Verkehrssicherheit sowie „alle sonstigen zweckdienlichen Vorschriften“.

**Art 93 AEUV** schafft eine zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit für den Tatbestand des Art 107 AEUV erfüllende **Beihilfen im Verkehrssektor**. Diese sind mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie „den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“. Art 96 AEUV enthält ebenfalls einen beihilferechtlichen Sondertatbestand.<sup>18</sup>

Mit Ausnahme der Dienstleistungsfreiheit, deren Geltung auf dem Gebiet des Verkehrs wegen Art 58 Abs 1 AEUV explizit ausgeschlossen ist, sind alle allgemeinen Bestimmungen der Verträge grundsätzlich auch auf den Verkehrssektor anwendbar. Die Bestimmungen im Verkehrstitel des AEUV sind allerdings als **leges speciales zu den allgemeinen Regeln** zu qualifizieren, sodass sie, soweit sie einen bestimmten Bereich bzw eine bestimmte Frage regeln, den allgemeinen Vertragsvorschriften vorgehen.<sup>19</sup>

Bereits die Ursprungsfassung des EWG-Vertrags aus 1957 enthielt einen eigenen Verkehrstitel, dessen Inhalt und Systematik im Vergleich zur heutigen Version im AEUV nur wenige Änderungen erfahren hat.<sup>20</sup> Über die Ausgestaltung der gemeinsamen Verkehrspolitik divergierten die Auffassungen der Gründerstaaten stark, sodass der Verkehrstitel einen Kompromiss darstellt, der die Richtung der gemeinsamen Verkehrspolitik offenlässt und eine Lösung dem Sekundärrecht vorbehält.<sup>21</sup> Vermutlich weil die Verhandlungen zum EWG-

---

<sup>16</sup> Perathoner in Laimer/Perathoner 7.

<sup>17</sup> Siehe auch EuGH C-253/16, *Flibtravel International und Leonard Travel International*, ECLI:EU:C:2017:211, Rz 23.

<sup>18</sup> Perathoner in Laimer/Perathoner 10 ff.

<sup>19</sup> Muzak in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 90 AEUV Rz 14 (Stand 1. 11. 2019, rdb.at); siehe auch EuGH 167/73, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1974:35, Rz 27/28; Schlussanträge GA Szpunar verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:505, Rz 28.

<sup>20</sup> Maxian Rusche et al in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union Art 90 AEUV Rz 1 ff (Stand 75. EL Jänner 2022, beck-online.beck.de).

<sup>21</sup> Maxian Rusche et al in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 90 AEUV Rz 4, 8.

Vertrag eher grundsätzlicher Natur waren und Seilbahnen im Jahr 1957 jedenfalls in den Gründerstaaten keine übermäßige Bedeutung hatten, findet sich kein Hinweis zur Intention der Vertragsparteien, Seilbahnen in das Konzept des Binnenverkehrsträgers zu inkludieren.

## 4. Verkehrsdienstleistungen in der Rsp des EuGH

### 4.1. Relevante Urteile

Die in Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL enthaltene Ausnahme für „Verkehrsdienstleistungen“ war bereits Gegenstand einiger im Vorabentscheidungsverfahren ergangener Urteile des EuGH.

Im Jahr 2015 setzte sich der EuGH in der Rs *Trijber*<sup>22</sup> erstmals im Detail mit dem Begriff der Verkehrsdienstleistungen auseinander. Gegenständlich war die Frage, ob eine geführte Bootsrundfahrt dem Begriff der Verkehrsdienstleistung entspricht.

Der EuGH stellte zunächst klar, dass der Begriff jene **Dienstleistungen** iSd Titel VI des Dritten Teils des AEUV umfasst, die nach **Art 58 Abs 1 AEUV** vom Anwendungsbereich des freien Dienstleistungsverkehrs ausgenommen sind.<sup>23</sup> Nach den Ausführungen des EuGH enthält der Titel VI keine Definition des Begriffs „Verkehr“. Aus den in Art 100 AEUV genannten Verkehrsträgern lässt sich jedoch ableiten, welche Beförderungsleistungen unter den Verkehrstitel fallen.<sup>24</sup>

Unter Verweis auf ErwGr 21 der DienstleistungsRL, der hervorhebt, dass Dienstleistungen im Personennahverkehr als Verkehrsdienstleistungen zu qualifizieren sind, differenziert der EuGH. **Nicht jeder Ortswechsel**, der mit einem Verkehrsträger iSd Art 100 AEUV durchgeführt wird, fällt automatisch unter den **Begriff des Verkehrs**.<sup>25</sup> Überwiegt ein anderes Merkmal, das zu einem von der DienstleistungsRL erfassten Wirtschaftsbereich gehört – etwa zum von ErwGr 33 ausdrücklich genannten Fremdenverkehr – kann die Dienstleistung auch dann in den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL fallen, wenn damit ein Ortswechsel verbunden ist.<sup>26</sup> Dementsprechend legte der EuGH dem nationalen Gericht nahe, touristische

---

<sup>22</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641.

<sup>23</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 47.

<sup>24</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 48.

<sup>25</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 50.

<sup>26</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 51; vgl bereits Schlussanträge GA Mengozzi C-382/08, *Neukirchinger*, ECLI:EU:C:2010:498, Rz 23.

Bootsrundfahrten als dem Anwendungsbereich der DienstleistungsRL unterfallend zu werten, weil ihr **Hauptgegenstand** nicht in der Beförderung von einem Punkt zum anderen besteht.<sup>27</sup>

Im kurz darauf ergangenen Urteil *Grupo Itevelesa SL*,<sup>28</sup> das die Frage betraf, ob die Dienstleistung der technischen Überwachung von Kraftfahrzeugen in die Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL fällt, bestätigte der EuGH zunächst, dass der Begriff der Verkehrsdienstleistungen in Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL die Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs widerspiegelt, die in Art 58 Abs 1 AEUV normiert ist.<sup>29</sup> Zudem ist der in der deutschen Sprachfassung verwendete Begriff der Verkehrsdienstleistungen nach Ansicht des EuGH zu eng, weshalb der Begriff der „**Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs**“, der sich in den übrigen Sprachfassungen findet, der einzig maßgebliche ist.<sup>30</sup>

Darüber hinaus umfasst der Begriff der Verkehrsdienstleistungen „nicht nur jede körperliche Handlung der **Beförderung von Personen oder Waren** von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs[,] sondern auch **jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer solchen Handlung verbunden ist.**“<sup>31</sup> Damit ist erstens klargestellt, dass nicht nur die Beförderungsdienstleistung als solche unter den Ausnahmetatbestand fällt, sondern auch Tätigkeiten, die eine rechtlich oder tatsächlich **unverzichtbare Bedingung** für die Erbringung der Verkehrsdienstleistung darstellen. Zweitens sind alle in Art 100 AEUV angesprochenen Verkehrsmittel von der Ausnahmebestimmung erfasst, also neben den Verkehrsträgern Straßen-, Eisenbahn- und Binnenschiffsverkehr gem Art 100 Abs 1 AEUV auch der in Art 100 Abs 2 AEUV angesprochene Luft- und Seeschiffsverkehr.

Als weiteres **Argument** für die Subsumtion der streitgegenständlichen Dienstleistung unter die Ausnahmebestimmung führte der EuGH auch die **Praxis des Unionsgesetzgebers** an, der die RL 2014/45 über die technische Überwachung von Kraftfahrzeugen<sup>32</sup> auf Art 91 AEUV, also eine im Verkehrstitel verortete Rechtsgrundlage, gestützt hat.<sup>33</sup> Damit bestätigte der EuGH sein

---

<sup>27</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 54-59; idS auch EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 46.

<sup>28</sup> EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685.

<sup>29</sup> EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 44, 52.

<sup>30</sup> EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 43.

<sup>31</sup> EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 46.

<sup>32</sup> Richtlinie 2014/45/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die regelmäßige technische Überwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/40/EG, ABl L 2014/127, 51.

<sup>33</sup> EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 48 f.

Urteil in der Rs *Neukirchinger*<sup>34</sup> aus dem Jahr 2011, in dem er sich zur Frage äußerte, ob eine gewerbliche Heißluftballonfahrt dem Luftverkehr iSd Art 100 Abs 2 AEUV zugerechnet werden kann. Dies bejahte der EuGH mit Hinweis auf die Praxis des Unionsgesetzgebers, der bereits einige Rechtsakte auf dieser Grundlage erlassen hatte, die auch Regelungen für gewerbliche Heißluftballonfahrten enthielten.<sup>35</sup>

Die folgenden Rs *Asociación Profesional Elite Taxi*,<sup>36</sup> *Uber France SAS*<sup>37</sup> sowie *Star Taxi App*<sup>38</sup> befassten sich mit der Einordnung von Vermittlungsplattformen für Individualverkehrsdienste. In der Rs *Associação Peço a Palavra*<sup>39</sup> bestätigte der EuGH, dass Luftverkehrsdienste ebenfalls der Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL unterliegen. Zur Beantwortung der gutachtensgegenständlichen Fragen tragen sie jedoch nichts Neues bei.

Zu **Art 1 Abs 3 der GeoblockingVO**, der auf Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL verweist, ist noch **kein Urteil des EuGH** ergangen.

#### **4.2. Zwischenergebnis**

Eine Zusammenschau der anwendbaren Rechtsgrundlagen und der Rechtsprechung ergibt, dass sich der Begriff der Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL und Art 1 Abs 3 GeoblockingVO auf **Beförderungen mittels Verkehrsträgern iSd Titels VI des Dritten Teils des AEUV** bezieht. Dies betrifft sowohl den Landverkehr, dh den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, gem Art 100 Abs 1 AEUV, als auch den in Art 100 Abs 2 AEUV genannten Luft- und Seeschiffsverkehr.

Der EuGH legt den **Begriff der Verkehrsdienstleistungen** einerseits **relativ weit** aus. Er will ihn als „Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs“ verstanden wissen, der nicht nur die Beförderung selbst umfasst, sondern auch alle Dienstleistungen, die naturgemäß damit verbunden sind. Ob eine Dienstleistung dem Verkehrstitel unterfällt, ist unter Bezugnahme auf die in Art 100 Abs 1 und 2 AEUV genannten Verkehrsträger festzustellen. Als zusätzliches

---

<sup>34</sup> EuGH C-382/08, *Neukirchinger*, ECLI:EU:C:2011:27.

<sup>35</sup> EuGH C-382/08, *Neukirchinger*, ECLI:EU:C:2011:27, Rz 23; vgl auch Schlussanträge GA *Szpunar* verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:505, Rz 41.

<sup>36</sup> EuGH C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981.

<sup>37</sup> EuGH C-320/16, *Uber France SAS*, ECLI:EU:C:2018:221.

<sup>38</sup> EuGH C-62/19, *Star Taxi App*, ECLI:EU:C:2020:980.

<sup>39</sup> EuGH C-563/17, *Associação Peço a Palavra*, ECLI:EU:C:2019:144.

**Indiz** dient **die Rechtsgrundlage**, auf die der Unionsgesetzgeber einschlägige Rechtsakte stützt.

Andererseits ist der Begriff der Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL insoweit eng, als er nur solche Dienstleistungen erfasst, deren **Hauptgegenstand die Beförderung von einem Punkt zum anderen** ist. Überwiegt ein anderer Zweck, etwa der Fremdenverkehr, wird die Tätigkeit von der DienstleistungsRL erfasst (sofern keine andere Ausnahme einschlägig ist).

Auf dieser Grundlage sind iF die gutachtensgegenständlichen Fragen zu behandeln. Zunächst wird in Abschnitt 5 dargelegt, ob der Seilbahnverkehr unter den Verkehrstitel des AEUV fällt und damit den Begriff der Verkehrsdienstleistung iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL erfüllen kann. Danach wird in Abschnitt 6 auf eine im Rahmen der DienstleistungsRL möglicherweise gebotene Differenzierung zwischen Seilbahnen, die Teil des ÖPNV sind, und solchen mit touristisch-wintersportlichem Nutzungszweck eingegangen.

## **5. Unionsrechtliche Qualifikation von Seilbahnen**

### **5.1. Definition von Seilbahnen**

Zunächst ist danach zu fragen, ob Seilbahnen unionsrechtlich definiert sind. Tatsächlich findet sich eine solche **Definition des unionsrechtlichen Seilbahnbegriffs** in **Art 3 Z 1 VO 2016/424 über Seilbahnen**.<sup>40</sup> Demnach ist eine Seilbahn „ein an seinem Bestimmungsort errichtetes, aus der Infrastruktur und Teilsystemen bestehendes Gesamtsystem, das zum Zweck der Beförderung von Personen entworfen, gebaut, zusammengesetzt und in Betrieb genommen wurde und bei dem die Beförderung durch entlang der Trasse verlaufende Seile erfolgt“.<sup>41</sup> Gem ErwGr 7 dieser VO sind der **Antrieb über Seile** sowie die **Funktion der Fahrgastbeförderung** die wesentlichen Kriterien für die Definition als Seilbahn iSd VO. Sie umfasst daher insb Standseilbahnen, Seilschwebbahnen und Schlepplifte.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Verordnung (EU) 2016/424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über Seilbahnen und zur Aufhebung der Richtlinie 2000/9/EG, ABl L 2016/81, 1 (SeilbahnVO).

<sup>41</sup> Näher Wüstenberg, Das Recht der Beförderung durch Seilbahnen und seine Anwendungsbereiche, NZV 2022, 467 (468 ff).

<sup>42</sup> ErwGr 7 SeilbahnVO.

Die SeilbahnVO löste die SeilbahnRL 2000/9<sup>43</sup> ab. Im österreichischen Recht wurde die SeilbahnRL im Seilbahngesetz<sup>44</sup> umgesetzt, in dem nunmehr auch die notwendigen Bestimmungen zur Ausführung der SeilbahnVO Platz finden. Das **österreichische SeilbG** definiert Seilbahnen als „**Eisenbahnen**, deren Fahrzeuge durch Seile spurgebunden bewegt werden, sowie Schleplifte“.<sup>45</sup> Diese Definition ist aber nur für das österreichische Recht relevant, die SeilbahnVO gilt unmittelbar.<sup>46</sup> Die Qualifikation von Seilbahnen als Eisenbahnen im österreichischen Recht hat kompetenzrechtliche Gründe, weil Seilbahnen in den Kompetenztatbestand des „Verkehrswesens bezüglich der Eisenbahnen“<sup>47</sup> fallen.<sup>48</sup> Gesetzgebung und Vollziehung in diesem Bereich ist Bundessache.

Für die unionsrechtliche Qualifikation der Seilbahnen oder den Anwendungsbereich des Verkehrstitels des AEUV lässt sich aus der Definition der Seilbahnen in österreichischen Rechtsakten allerdings nichts gewinnen: Nach stRsp des EuGH sind die Begriffe einer **Vorschrift des Unionsrechts**, die für die Ermittlung ihres Sinns und ihrer Tragweite nicht ausdrücklich auf das Recht eines Mitgliedstaats verweisen, **autonom und unionsweit einheitlich auszulegen**.<sup>49</sup> Ein Blick auf die in den übrigen Mitgliedstaaten ergangenen Rechtsakte zur Umsetzung der SeilbahnRL zeigt zudem, dass die Qualifikation der Seilbahnen als Eisenbahnen ein österreichisches Spezifikum zu sein scheint.<sup>50</sup>

Auch aus der unionsrechtlichen Definition der Seilbahnen in der SeilbahnVO lässt sich **nicht unmittelbar ableiten, ob Seilbahnen dem Verkehrstitel unterliegen** sollen oder nicht. Der Seilbahnbegriff der SeilbahnVO wurde vom EuGH bisher auch noch nicht ausgelegt. Zur Vorgängerrichtlinie 2000/9 war lediglich ein Vertragsverletzungsverfahren wegen nicht

---

<sup>43</sup> Richtlinie 2000/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über Seilbahnen für den Personenverkehr, ABl L 2000/106, 21.

<sup>44</sup> Bundesgesetz über Seilbahnen (Seilbahngesetz 2003 – SeilbG 2003), BGBl I 2003/103.

<sup>45</sup> § 2 Abs 1 SeilbG.

<sup>46</sup> Unger, Die neue EU-Seilbahnverordnung, de.isr.at (Stand 13. Juni 2016).

<sup>47</sup> Art 10 Abs 1 Z 9 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl I 1999/194.

<sup>48</sup> *Morscher/Christ*, Das neue Seilbahngesetz 2003, ZVR 2004, 343 (343) mit Verweis auf das Erkenntnis des VfGH in VfSlg 2556/1953.

<sup>49</sup> Siehe zB EuGH C-34/10, *Brüstle*, ECLI:EU:C:2011:669, Rz 25.

<sup>50</sup> Für einen etwas älteren Überblick siehe Europäische Kommission, Die Seilbahnrichtlinie – Leitfaden für die Anwendung der Richtlinie 2000/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über Seilbahnen für den Personenverkehr (2006) 116-119; vgl zur Entwicklung der Einordnung der Seilbahnen als Eisenbahnen *Haidlen in Haidlen*, Das österreichische Seilbahnrecht<sup>3</sup> (2019) I.B.1. Anwendungsbereich des Gesetzes.

fristgerechter Umsetzung beim EuGH anhängig, das später aus dem Register gestrichen wurde.<sup>51</sup>

Es ist also weiter danach zu fragen, welche Anhaltspunkte sich aus dem übrigen Unionsrecht für oder gegen die Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel des AEUV ergeben.

## **5.2. Subsumtion unter Titel VI des Dritten Teils des AEUV**

### **5.2.1. Literatur**

Für eine Subsumtion der Seilbahnen unter Titel VI des Dritten Teils des AEUV müsste es sich dabei um einen Verkehrsträger iSd Art 100 Abs 1 oder 2 AEUV handeln,<sup>52</sup> also um Straßen-, Eisenbahn-, Binnenschiffs-, Luft- oder Seeschiffsverkehr. In der **Literatur** zum Anwendungsbereich des Verkehrstitels wird **ganz überwiegend** die **Meinung** vertreten, **Seilbahnen seien keine Verkehrsträger iSd Art 100 AEUV**.<sup>53</sup>

Zur Untermauerung dieser Ansicht wird die Rechtsgrundlage der bereits erwähnten SeilbahnVO ins Treffen geführt, die auf Art 114 AEUV, die allgemeine Rechtsgrundlage zur Harmonisierung des Binnenmarkts außerhalb des Verkehrstitels, gestützt ist. Teilweise wird vertreten, Seilbahnen seien dann als Eisenbahnen von Art 100 Abs 1 AEUV erfasst, wenn sie auf der Rad-Schiene-Technik basieren,<sup>54</sup> was zB bei Zahnradbahnen der Fall ist, nicht aber bei den gängigen Luftseilbahnen.

*Maxian Rusche* und *Kullak* treten für eine Differenzierung ein: Rechtsakte zur Regulierung von Seilbahnen könnten dann auf Art 114 AEUV anstatt auf die speziellere Rechtsgrundlage des Art 91 AEUV gestützt werden, wenn ausschließlich der warenverkehrsrechtliche Aspekt der Seilbahnen geregelt wird, wie dies bei der SeilbahnVO der Fall ist. Die Kommission genehmige aber Beihilfen für den Betrieb der Seilbahnen auf Basis des Art 93 AEUV, was möglich sei, wenn man den Transport von Personen und Gütern mit Seilbahnen als dem Verkehrstitel unterfallend ansehe.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> EuGH C-474/03, *Kommission/Griechenland*.

<sup>52</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht VI (2010) Rz 3111.

<sup>53</sup> Siehe *Bieber* in *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*<sup>14</sup> § 27 Rz 3; *Frenz*, Handbuch Europarecht V Rz 1540; *Khan* in *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>7</sup> (2023) Art 100 Rz 1; *Martinez* in *Calliess/Ruffert*<sup>6</sup> Art 100 AEUV Rz 6; *Perathoner* in *Laimer/Perathoner* 8. Offenlassend *Muzak* in *Jaeger/Stöger* Art 100 AEUV Rz 4.

<sup>54</sup> *Fehling* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup> (2015) Art 90 Rz 32; *Schäfer*, Eisenbahnverkehr / Europäische Eisenbahngagentur, in *Bergmann* (Hrsg), Handlexikon der Europäischen Union<sup>6</sup> (2022) unter Punkt I.

<sup>55</sup> *Maxian Rusche/Kullak* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 100 AEUV Rz 46 (Stand 77. EL September 2022, beck-online.beck.de).

Die angeführten Argumente werden iF einer eingehenden Untersuchung unterzogen und durch weiterführende Überlegungen ergänzt.

### 5.2.2. Relevanz des Wortlauts

Wie bereits erwähnt, sind Seilbahnen nur dann unter den Verkehrstitel des AEUV zu subsumieren, wenn sie als Verkehrsträger iSd Art 100 AEUV qualifiziert werden können. Dieser nennt den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr (Abs 1) sowie die Luft- und Seeschifffahrt (Abs 2).

Nach dem Wortlaut sind Seilbahnen nicht unter den Begriff des **Binnen- und Seeschiffsverkehrs** zu subsumieren, da dieser nur die Beförderung zu Wasser erfasst.<sup>56</sup> Die **Luftfahrt** umfasst die Beförderung in der Luft ohne Bodenkontakt, zB durch Flugzeuge oder Heißluftballone,<sup>57</sup> weshalb **Seilbahnen nicht darunter fallen**.

**Eisenbahnverkehr** ist unionsrechtlich nicht näher definiert. Die Kommentarliteratur sieht darin einen „spurgebundenen Verkehr auf Schienenwegen“<sup>58</sup> unter Verwendung des Rad-Schiene-Systems,<sup>59</sup> bei dem Fahrzeuge mit Rädern auf Gleisen laufen. Dies führt zur vereinzelt Ansicht in der Literatur, schienengebundene Seilbahnen wie zB Zahnradbahnen seien als Eisenbahnen vom Verkehrstitel umfasst, während Seilbahnen, die in der Luft an einem Seil schweben, nicht darunter fielen.<sup>60</sup>

Der **Straßenverkehr** ist weit auszulegen und erfasst jede Beförderung auf Landflächen, die dem Transport dient.<sup>61</sup> Die Kommentarliteratur sieht darin eher den nicht spurgebundenen Landverkehr,<sup>62</sup> was Seilbahnen ausschließen würde. Diese verkehren in aller Regel auch nicht „auf“ einer Straße, sodass der Verkehrsträger Straße für Seilbahnen nicht wirklich passend erscheint.

---

<sup>56</sup> Muzak in Jaeger/Stöger Art 100 AEUV Rz 6.

<sup>57</sup> Muzak in Jaeger/Stöger Art 100 AEUV Rz 7.

<sup>58</sup> Maxian Rusche/Kullak in Grabitz/Hilf/Nettesheim Art 100 AEUV Rz 42; Muzak in Jaeger/Stöger Art 100 AEUV Rz 4.

<sup>59</sup> Schäfer in Bergmann<sup>6</sup> unter Punkt I.; Fehling in von der Groeben/Schwarze/Hatje<sup>7</sup> Art 90 Rz 32.

<sup>60</sup> Fehling in von der Groeben/Schwarze/Hatje<sup>7</sup> Art 90 Rz 32; Schäfer in Bergmann<sup>6</sup> unter Punkt I.; Schäfer in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018) Art 90 AEUV Rz 15.

<sup>61</sup> Muzak in Jaeger/Stöger Art 100 AEUV Rz 5.

<sup>62</sup> Muzak in Jaeger/Stöger Art 100 AEUV Rz 5; Schäfer in Streinz<sup>3</sup> Art 90 AEUV Rz 15.

Die Wortlautinterpretation scheint also zunächst jene Ansicht zu bestätigen, wonach nur Seilbahnen, die auf Schienen laufen, als Verkehrsträger iSd Art 100 AEUV, nämlich als Eisenbahnen, zu qualifizieren sind.<sup>63</sup>

Diese Ansicht kann allerdings nicht überzeugen, weil eine **Unterscheidung** zwischen auf Schienen laufenden und sonstigen Seilbahnen **arbiträr** wäre, wenn die verschiedenen Arten von Seilbahnen grundsätzlich die gleiche Funktion erfüllen. Eine solche Auslegung würde auch der überragenden Stellung der **teleologischen bzw funktionalen Interpretationsmethoden** im Unionsrecht<sup>64</sup> nicht ausreichend Rechnung tragen.

Dementsprechend stellt auch der EuGH bei den erfassten Verkehrsmitteln vereinfachend auf jede „Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs“<sup>65</sup> ab. **Funktional** (und auch nach dem Wortlaut) ist eine Subsumtion der **Seilbahnen** unter den Begriff des **Landfahrzeugs** möglich, ohne dass eine genauere Kategorisierung als Eisenbahn- oder Straßenverkehrsträger nötig wäre. Eine zu stark am Wortlaut des Art 100 Abs 1 AEUV orientierte Auslegung könnte zu künstlichen Differenzierungen führen, weshalb eine solche Wortlautauslegung in der Praxis – wie sogleich gezeigt wird – keine Rolle spielt.

### 5.2.3. Gesetzgebungspraxis

Der Erlass von Rechtsvorschriften im Bereich der gemeinsamen Verkehrspolitik erfordert die Wahl einer im Titel VI des Dritten Teils des AEUV gelegenen Rechtsgrundlage. Wie im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse in Abschnitt 4 erörtert, kann diese Wahl Aufschluss darüber geben, ob der Unionsgesetzgeber einen bestimmten Sachverhalt dem Verkehrstitel oder dem allgemeinen Unionsrecht unterfallend sieht.<sup>66</sup>

Die von der Kommentarliteratur als Argument gegen eine Verortung der Seilbahnen im Verkehrstitel ins Treffen geführte **SeilbahnVO** erging auf Basis des **Art 114 AEUV**, der allgemeinen Rechtsgrundlage zur Harmonisierung im Binnenmarkt. Daraus wird abgeleitet, dass der Unionsgesetzgeber Seilbahnen nicht als Verkehrsträger iSd Art 100 Abs 1 AEUV

---

<sup>63</sup> *Fehling* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*<sup>7</sup> Art 90 Rz 32; *Schäfer* in *Bergmann*<sup>6</sup> unter Punkt I; *Schäfer* in *Streinz*<sup>3</sup> Art 90 AEUV Rz 15.

<sup>64</sup> *Geiger/Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair*<sup>7</sup> Rz 16 mwN.

<sup>65</sup> EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 46.

<sup>66</sup> *Maxian Rusche/Kullak* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 100 AEUV Rz 46; *Martinez* in *Callies/Ruffert*<sup>6</sup> Art 100 AEUV Rz 5; vgl idS EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 48 f.; EuGH C-382/08, *Neukirchinger*, ECLI:EU:C:2011:27, Rz 23.

qualifiziere,<sup>67</sup> da er die VO diesfalls auf die Kompetenz zur Umsetzung der gemeinsamen Verkehrspolitik in Art 91 Abs 1 AEUV hätte stützen müssen.<sup>68</sup>

Diese Ansicht überzeugt bei genauerem Blick auf den Inhalt der SeilbahnVO und im Einklang mit der zuvor erläuterten Meinung von *Maxian Rusche* und *Kullak*<sup>69</sup> aber nicht völlig, weil diese lediglich produktrechtliche, also warenverkehrsbezogene Regelungen trifft und **keinen verkehrspolitischen Gehalt** hat.

Insbesondere regelt die SeilbahnVO **keine die Dienstleistungsfreiheit berührenden Aspekte**. Wie zuvor im Abschnitt 3 zu den Rechtsgrundlagen erwähnt, gelten gem Art 58 Abs 1 AEUV für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs (ausschließlich) die Bestimmungen über den Verkehr, also die Art 90-100 AEUV. Diente die SeilbahnVO der Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs, würde die Wahl der Rechtsgrundlage außerhalb des Verkehrstitels tatsächlich Aufschluss darüber geben, ob der Unionsgesetzgeber Seilbahnen als Binnenverkehrsträger ansieht. Wegen der sogleich näher besprochenen, teilweisen Austauschbarkeit der Rechtsgrundlagen zur Verwirklichung der übrigen Grundfreiheiten im Bereich des Verkehrs ist diese Wahl im Falle von Rechtsakten, die den freien Verkehr und die Konformitätsbewertung von Waren, zB Transportmitteln oder Teilen davon, zum Gegenstand haben, **kein aussagekräftiger Indikator** für oder gegen eine gesetzgeberische Verortung der betreffenden Beförderungsart im Verkehrstitel.

**Bestätigung** findet diese Ansicht durch die Gesetzgebungspraxis bezüglich anderer Verkehrsträger. Zu nennen ist etwa VO 168/2013<sup>70</sup> über die Genehmigung und Marktüberwachung von zwei- oder dreirädrigen und vierrädrigen Fahrzeugen. Die VO 168/2013 weist einen warenverkehrsrechtlichen Schwerpunkt auf und wurde ebenfalls ausschließlich auf Art 114 AEUV gestützt,<sup>71</sup> obwohl diese Materie problemlos auch dem „Straßenverkehr“ iSd Art 100 Abs 1 iVm Art 91 Abs 1 AEUV zugerechnet werden könnte. Andere kraftfahrzeug- bzw straßenverkehrsbezogene Regeln, die nicht lediglich

---

<sup>67</sup> *Maxian Rusche/Kullak* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 100 AEUV Rz 46; *Martinez* in *Calliess/Ruffert*<sup>6</sup> Art 100 AEUV Rz 5; *Bieber* in *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur* (Hrsg), *Die Europäische Union*<sup>14</sup> (2021) § 27 Rz 3.

<sup>68</sup> *Martinez* in *Calliess/Ruffert*<sup>6</sup> Art 91 AEUV Rz 1 ff.

<sup>69</sup> *Maxian Rusche/Kullak* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 100 AEUV Rz 46.

<sup>70</sup> Verordnung (EU) Nr. 168/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Januar 2013 über die Genehmigung und Marktüberwachung von zwei- oder dreirädrigen und vierrädrigen Fahrzeugen, *ABl L* 2013/60, 52.

<sup>71</sup> Vgl zur Wahl dieser Rechtsgrundlage im Bereich technischer Vorschriften für Verkehrsmittel *Bieber/Maiani*, *Europäisches Verkehrsrecht*<sup>2</sup> (2022) Kapitel II Rz 12; *Brenner*, *Die Einführung von Abbiegeassistenten für Lkw im Lichte des Europarechts*, *SVR* 2018, 441 (444).

warenverkehrsbezogene Aspekte regeln, ergingen wiederum sehr wohl auf der Grundlage des Art 91 Abs 1 AEUV.<sup>72</sup> Ein ähnliches Bild zeichnet sich im Bereich der Binnenschiffe: Die rein produktrechtliche RL 2013/53 über Sportboote und Wassermotorräder<sup>73</sup> wurde auf Art 114 AEUV gestützt, während die Einhaltung technischer Vorschriften durch im Betrieb befindliche Schiffe durch die auf Art 91 Abs 1 AEUV basierende RL 2016/1629<sup>74</sup> geregelt wird. Im Bereich der Eisenbahnen<sup>75</sup> wird demgegenüber, auch für eher warenverkehrstechnische Regelungen, konsistent Art 91 Abs 1 AEUV als Rechtsgrundlage herangezogen.

Aus dieser Gesetzgebungspraxis lässt sich die Tendenz erkennen, rein warenverkehrsrechtliche Regelungen auf Art 114 AEUV zu stützen, selbst wenn die so regulierten Transportmittel für den Einsatz im Verkehr bestimmt sind, der von Titel VI des Dritten Teils des AEUV erfasst ist. Da **Art 114 AEUV und 91 Abs 1 AEUV** für die Annahme von Rechtsakten beide das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vorsehen und beide grundsätzlich den Erlass warenverkehrsbezogener Regelungen decken, ist von einer – auf diesen spezifischen Bereich beschränkten – **Austauschbarkeit der Rechtsgrundlagen** anzugehen.<sup>76</sup> Diese Austauschbarkeit, die sich in der eben aufgezeigten Gesetzgebungspraxis widerspiegelt, streitet dafür, die Entscheidung gegen eine im Verkehrstitel angesiedelte **Rechtsgrundlage** bei der Annahme der SeilbahnVO **nicht als Beleg** dafür heranzuziehen, der Unionsgesetzgeber sehe die Seilbahnen nicht als Binnenverkehrsträger.

Neben der SeilbahnVO finden Seilbahnen nur noch in der **RL 2014/25<sup>77</sup> über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber** im Bereich der Wasser-, Energie- und **Verkehrsversorgung** sowie der Postdienste ausdrückliche Erwähnung. In den

---

<sup>72</sup> Richtlinie 2006/126/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über den Führerschein (Neufassung), ABI L 2006/403, 18; Richtlinie 2014/45/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die regelmäßige technische Überwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/40/EG, ABI L 2014/127, 51.

<sup>73</sup> Richtlinie 2013/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 über Sportboote und Wassermotorräder und zur Aufhebung der Richtlinie 94/25/EG, ABI L 2013/354, 90.

<sup>74</sup> Richtlinie (EU) 2016/1629 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2016 zur Festlegung technischer Vorschriften für Binnenschiffe, zur Änderung der Richtlinie 2009/100/EG und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/87/EG, ABI L 2016/252, 118.

<sup>75</sup> Vgl. Richtlinie (EU) 2016/798 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Eisenbahnsicherheit (Neufassung), ABI L 2016/138, 102; Richtlinie (EU) 2016/797 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Europäischen Union (Neufassung), ABI L 2016/138, 44 (auch gestützt auf Art 170 und 171 zur Verwirklichung transeuropäischer Netze).

<sup>76</sup> Vgl. *Brenner*, SVR 2018, 441, 444.

<sup>77</sup> Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABI L 2014/94, 243.

Anwendungsbereich der Richtlinie fallen nach ihrem Art 11 die Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der Bereitstellung oder dem Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn, automatischen Systemen, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder **Seilbahn**. Die RL 2014/25 enthält jedoch keinen Bezug zum Verkehrstitel des AEUV. Sie findet ihre Rechtsgrundlage ausschließlich in den allgemeinen Vertragsbestimmungen der Art 53 Abs 1, 62 und 114 AEUV. Die Wahl dieser Rechtsgrundlagen ist nachvollziehbar, wenn man den Regelungsgehalt der Richtlinie betrachtet, der sich auf Vorschriften zur Durchführung von Vergabeverfahren in mehreren Sektoren beschränkt und keinerlei verkehrsspezifische oder gar verkehrspolitische Bestimmungen umfasst. Dies entkräftet aber auch die Nennung der Seilbahnen bei der Aufzählung der erfassten Verkehrsleistungen in Art 11 RL 2014/25 als Argument für eine Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel des AEUV. Die **RL 2014/25 sagt** über den Anwendungsbereich des Titels VI bzw das Konzept des Verkehrsträgers iSd Art 100 Abs 1 AEUV ebenfalls **nichts aus**.

Aus der Wahl der Rechtsgrundlagen für diejenigen Rechtsakte, die Seilbahnen in ihren Text aufnehmen, lässt sich also kein Argument für oder gegen die Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel des AEUV ableiten.

#### **5.2.4. Mitteilung der Kommission zur Finanzierung von Seilbahnen**

Als Argument für die Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel des AEUV wird in der Kommentarliteratur vereinzelt die **Mitteilung der Kommission** über die staatliche Beihilfe N 376/01 – **Beihilferegulung zugunsten von Seilbahnen**<sup>78</sup> ins Treffen geführt.<sup>79</sup>

Staatliche Unterstützungsleistungen an Unternehmen, die den Beihilfetatbestand des Art 107 AEUV erfüllen, stellen Beihilfen dar, die nach den Art 107 Abs 2 und 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sind bzw von der Kommission als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können. Die **allgemeinen beihilferechtlichen Bestimmungen des AEUV** gelten also grundsätzlich auch für Beihilfen im Bereich des Verkehrs.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten und andere Beteiligte über die staatliche Beihilfe N 376/01 – Beihilferegulung zugunsten von Seilbahnen, ABI C 2002/172, 2.

<sup>79</sup> *Maxian Rusche/Kullak* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 100 AEUV Rz 46.

<sup>80</sup> Vgl etwa EuGH C-409/00, *Spanien/Kommission (Renove)*, ECLI:EU:C:2003:92, insb Rz 58 ff.

**Art 93 AEUV** sieht eine **zusätzliche, verkehrsspezifische Ausnahme vom Beihilfeverbot** vor.<sup>81</sup> Mit dem Binnenmarkt vereinbar sind demnach Beihilfen, wenn sie den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Diensts zusammenhängender Leistungen (iSv Daseinsvorsorge) entsprechen.<sup>82</sup> Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art 93 AEUV ist allerdings, dass die Beihilfe für den Eisenbahn-, Straßen- oder Binnenschiffsverkehr iSd Art 100 Abs 1 AEUV eingesetzt wird.<sup>83</sup> Genehmigt die Kommission eine Beihilfe, weil sie die Voraussetzungen des Art 93 AEUV als erfüllt ansieht, geht sie also von der Anwendbarkeit des Verkehrstitels aus.

Zum ersten Mal setzte sich die Kommission Anfang der 2000er-Jahre mit der Gewährung von Beihilfen an Seilbahnen auseinander.<sup>84</sup> Im Jahr 2002 veröffentlichte sie die bereits erwähnte **Seilbahnmitteilung**. Es handelt sich dabei um eine Mitteilung der Kommission an die übrigen Mitgliedstaaten, in der sie einen Genehmigungsbeschluss vom 27. Februar 2002 bezüglich einer von Italien geplanten Beihilferegulung zugunsten von Seilbahnunternehmen wiedergibt.

Zweck dieser Mitteilung ist es, die übrigen Mitgliedstaaten über die **Herangehensweise der Kommission an die Prüfung von Beihilfen an Seilbahnunternehmen** zu informieren. Mit demselben Datum erging auch der Beschluss *Mutterer Alm* bezüglich einer von Österreich geplanten Beihilfe zugunsten der Revitalisierung des gleichnamigen Skigebiets,<sup>85</sup> der zwar konkret auf die österreichische Beihilfe Bezug nimmt, in dem die Kommission aber die gleichen Prüfkriterien wie für die italienische Beihilfe anwendet.<sup>86</sup> Der Mitteilung zufolge zieht die Kommission neben den Art 107 und 3 AEUV auch **Art 93 AEUV** heran, um zu prüfen, ob die **Gewährung von Infrastrukturbeihilfen an Seilbahnunternehmen** mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Zur ergänzenden Funktion der in Art 93 AEUV verankerten Vereinbarkeitstatbestände siehe EuGH 156/77, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:1978:180, 9/13; dazu *Scharf* in *Hancher/Ottervanger/Slot* (Hrsg), *EU State Aids*<sup>6</sup> (2021) 16-002 f; *Kahl*, Seilbahnen und Beihilferecht, in *Jaeger/Haslinger*, *Jahrbuch Beihilferecht* 2012, 388; *Gleirscher*, Erschließung und Erweiterung von Schigebieten (2015) 243.

<sup>82</sup> *Scharf* in *Hancher/Ottervanger/Slot* 16-003.

<sup>83</sup> Vgl Entscheidung der Kommission vom 12. Oktober 2006 über die staatliche Beihilfe C 11/2005 (ex N 21/2005), die Deutschland für den Bau einer Ethylenpipeline in Bayern gewähren will, ABI L 2007/143, 16 (Rz 50); *Scharf* in *Hancher/Ottervanger/Slot* 16-005; *Schrotz* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg) *Europäisches Beihilfenrecht* (2013) 1-663.

<sup>84</sup> *Haidlen* in *Haidlen*<sup>3</sup> XIII.B.1. Beihilfen für Seilbahnunternehmen.

<sup>85</sup> Beschluss der Kommission vom 27. Februar 2002 über die staatliche Beihilfe N 860/01 – Österreich – Revitalisierungsprojekt "Skigebiet Mutterer Alm", C(2002) 613 final.

<sup>86</sup> Beschluss der Kommission vom 27. Februar 2002 über die staatliche Beihilfe N 860/01, Rz 14-50.

<sup>87</sup> Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 32, 38.

Diese Vorgehensweise wurde zuletzt im Jahr 2012 bestätigt, als die Kommission prüfte, ob die geplanten finanziellen Zuschüsse Großbritanniens für die Londoner Stadtseilbahn (*London Cable Car*) mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Mit Bezug auf die Seilbahnmitteilung genehmigte die Kommission die Zuschüsse an die Stadtseilbahn als Beihilfe zur Koordinierung des Verkehrs iSd Art 93 AEUV.<sup>88</sup> In der Beihilfeentscheidung zur Londoner Stadtseilbahn stellte die Kommission auch klar, dass Seilbahnen ihrer Ansicht nach nicht unter die (nach der Seilbahnmitteilung in Kraft getretene) VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße<sup>89</sup> fallen und Beihilfen an Seilbahnunternehmen deshalb direkt an Art 93 AEUV zu messen sind.<sup>90</sup>

Daraus folgt, dass die **Kommission Seilbahnen** – jedenfalls für die Zwecke des Beihilferechts – unter den Begriff des **Binnenverkehrsträgers iSd Art 100 Abs 1 AEUV subsumiert**, da eine Anwendung des Art 93 AEUV sonst von vornherein ausscheiden würde.<sup>91</sup> Eine argumentative Auseinandersetzung mit der Frage, warum Seilbahnen dem Verkehrstitel unterfallen sollen, lässt die Seilbahnmitteilung allerdings vermissen.

Dennoch ist diese Positionierung der Kommission **besonders wichtig**: Zwar handelt es sich um ihre Einschätzung im Rahmen des Beihilferechts, das auf den ersten Blick keinen unmittelbaren Bezug zur Dienstleistungsfreiheit bzw der DienstleistungsRL aufweist. Die Praxis der Kommission in diesem Bereich kann aber nicht isoliert betrachtet werden, da die Organe der Union, mithin auch die Kommission, dem **Kohärenzprinzip** des Art 7 AEUV verpflichtet sind. Demnach könnte die Kommission etwa eine (zukünftige) Gesetzesinitiative zur Regelung des Betriebs von Seilbahnen nicht widerspruchsfrei auf Art 114 AEUV stützen. Um die Konsistenz ihres Vorgehens zu wahren, müsste sie Art 91 Abs 1 AEUV als Rechtsgrundlage ihres Vorschlags wählen oder das Abgehen von der früheren Praxis begründen und in Zukunft beibehalten.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Beschluss der Kommission vom 27. Juni 2012 über die staatliche Beihilfe SA-34056 (2012/N) – Cable Car for London, C(2012) 4244 final.

<sup>89</sup> Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABL L 2007/315, 1.

<sup>90</sup> Beschluss der Kommission über die staatliche Beihilfe SA-34056 (2012/N) – Cable Car for London, Rz 49.

<sup>91</sup> *Maxian Rusche/Kullak in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 100 AEUV Rz 46.

<sup>92</sup> *Schorkopf in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 7 AEUV Rz 11 ff.

Darüber hinaus ist die Kommission die zentrale Behörde, die die Anwendung des Unionsrechts unter der Kontrolle des Gerichtshofs überwacht,<sup>93</sup> und sie verfügt über Koordinierungszuständigkeiten im Rahmen der einschlägigen VerbraucherbehördenkooperationsVO.<sup>94</sup> All dies spricht dafür, der **Praxis der Kommission**, die Seilbahnen eindeutig innerhalb des Verkehrstitels verortet, bei der Beantwortung der gutachtensgegenständlichen Fragen eine **hohe Relevanz** zuzumessen.

### 5.3. Zwischenergebnis

Die vorstehende Analyse zeigt, dass die **Definition der Seilbahnen in der SeilbahnVO** als solche **keinerlei Aufschluss** über die Verortung der Seilbahnen innerhalb oder außerhalb des Verkehrstitels gibt.

Das in der Literatur zur Untermauerung der herrschenden Meinung ins Treffen geführte Argument, Seilbahnen seien wegen der allgemeinen Rechtsgrundlage der SeilbahnVO nicht im Verkehrstitel anzusiedeln, konnte bei näherer Betrachtung entkräftet werden. Zudem steht der Wortlaut der Verkehrsträger in Art 100 AEUV einer Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel nicht entgegen.

Demgegenüber ist die Praxis der Kommission im Bereich des Beihilferechts ein solides Argument für die Subsumtion der Seilbahnen unter den Verkehrstitel des AEUV. Sowohl in ihrer Seilbahnmitteilung aus dem Jahr 2002, in der sie allgemeine Kriterien für die Prüfung von Beihilfen an Seilbahnunternehmen aufstellt, als auch in der 2012 ergangenen Entscheidung zur Londoner Stadtseilbahn sieht sie den nur auf Verkehrsträger iSd Art 100 Abs 1 AEUV anwendbaren Art 93 AEUV als einschlägig.

Auf dieser Grundlage sprechen die besseren Gründe dafür, Seilbahnen als dem Verkehrstitel des AEUV unterfallend anzusehen. Somit kann die Ausnahmebestimmung für Verkehrsdienstleistungen in Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL grundsätzlich auf die von Seilbahnbetreibern angebotenen Dienstleistungen Anwendung finden.

### 5.4. Alternatives Ergebnis

Sollten **Seilbahnen** entgegen der hier vertretenen Meinung **nicht unter den Verkehrstitel** des AEUV fallen, könnten die von Seilbahnbetreibern erbrachten Dienstleistungen auch **nicht** als

---

<sup>93</sup> Art 17 Abs 1 EUV.

<sup>94</sup> Vgl Art 1 VerbraucherbehördenkooperationsVO.

**Verkehrsdienstleistungen** iSd Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL qualifiziert werden. In diesem Fall würden alle von Seilbahnunternehmen erbrachten Dienstleistungen vollumfänglich in den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL fallen. Eine weitere Unterscheidung zwischen Seilbahnen als Teil des ÖPNV und solchen zur (winter)sportlichen oder touristischen Zwecken wäre entbehrlich.

## **6. Unterscheidung zwischen Seilbahnen als Teil des ÖPNV und solchen zu wintersportlich-touristischen Zwecken**

Seilbahnen unterfallen nach dem Vorstehenden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dem Verkehrstitel des AEUV. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass jede Dienstleistung, die mittels oder im Zusammenhang mit Seilbahnen erbracht wird, als Verkehrsdienstleistung iSd Art 2 Abs 2 lit d AEUV zu qualifizieren ist.<sup>95</sup>

### **6.1. Grundlagen der Unterscheidung**

Wie bereits zuvor erwähnt, hatte der EuGH noch keine Gelegenheit, sich zur unionsrechtlichen Qualifikation von Seilbahnen zu äußern. Das gilt nicht nur für die Frage, ob es sich bei Seilbahnen um Verkehrsträger iSd des Verkehrstitels des AEUV handelt, sondern auch für die Unterscheidung nach Nutzungszwecken bei der Anwendung der Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL. Dennoch finden sich in der **Rsp konkrete Anhaltspunkte für eine Differenzierung** zwischen von Verkehrsunternehmen erbrachten Dienstleistungen im Rahmen des Personennahverkehrs und solchen zu wintersportlich-touristischen Zwecken.

Wie sich aus dem bereits im Abschnitt 4 besprochenen Urteil des EuGH in der Rs *Trijber*<sup>96</sup> ergibt, kann auch eine Dienstleistung, die mittels eines Verkehrsträgers erbracht wird, der eindeutig dem Verkehrstitel zuzurechnen ist (in jenem Fall: die Binnenschifffahrt), in den **Anwendungsbereich der DienstleistungsRL** fallen, wenn die **Beförderung** neben dem touristischen Hauptzweck **nur eine untergeordnete Rolle** einnimmt.<sup>97</sup> In einem solchen Fall handelt es sich nicht mehr um eine Dienstleistung „im Bereich des Verkehrs“ iSd Art 2 Abs 2

---

<sup>95</sup> IdS EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 50 f.

<sup>96</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641.

<sup>97</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 58.

lit d AEUV, deren Hauptgegenstand die Beförderung „von einem Punkt zum anderen“ darstellt.<sup>98</sup>

Im Folgenden wird daher untersucht, welche Konsequenzen sich aus dem Urteil in der Rs *Trijber* für den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL im Hinblick auf Seilbahnen ergeben.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die im Abschnitt 5.2.3. zitierte Mitteilung der Kommission zur Finanzierung von Seilbahnen ebenfalls eine Unterscheidung zwischen Seilbahnen zur Deckung eines alltäglichen Mobilitätsbedürfnisses und solchen zu wintersportlich-touristischen Zwecken trifft.<sup>99</sup> In der letzten Kategorie unterscheidet die Kommission nochmals zwischen großen, internationale Touristen anlockenden Seilbahnen, und solchen, die nur die lokale Bevölkerung ansprechen.<sup>100</sup> Anhand dieser Unterscheidung arbeitet sie jedoch heraus, ob staatliche Unterstützungsmaßnahmen dem Beihilfebegriff entsprechen, also insb die Tatbestandsmerkmale des Vorteils, der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung erfüllen.<sup>101</sup> Zudem ist die Unterscheidung im Rahmen des Art 93 AEUV relevant, da Beihilfen an Seilbahnunternehmen in der Tourismusbranche im Gegensatz zu solchen zur Deckung eines allgemeinen Mobilitätsbedürfnisses in aller Regel nicht der „Koordinierung des Verkehrs“ oder sonstigen öffentlichen Verkehrsinteressen dienen.<sup>102</sup>

Für die hier gegenständliche Abgrenzung des Anwendungsbereichs der DienstleistungsRL und zur Schärfung des Begriffs der Verkehrsdienstleistung ist die Seilbahnmitteilung nur insoweit relevant, als sie die verschiedenen tatsächlichen Nutzungsarten von Seilbahnen kategorisiert und anschaulich beschreibt.

## 6.2. Seilbahnen als Teil des ÖPNV

ErwGr 21 DienstleistungsRL betont, dass Verkehrsdienstleistungen jedenfalls den Personennahverkehr umfassen sollen.<sup>103</sup> Im **Vordergrund** steht beim öffentlichen

---

<sup>98</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 51, 58; idS auch EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 46.

<sup>99</sup> Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 13 ff.

<sup>100</sup> Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 21 ff.

<sup>101</sup> Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 14, 18 ff.

<sup>102</sup> Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 38.

<sup>103</sup> Siehe auch EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 49.

Personennahverkehr die **Beförderung „von einem Punkt zum anderen“**.<sup>104</sup> Damit unterfallen Seilbahnen, deren Hauptgegenstand die Erbringung von Verkehrsleistungen im ÖPNV darstellt, relativ problemlos der Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL.

### **6.3. Seilbahnen zu touristischen und/oder wintersportlichen Zwecken**

Bei Seilbahnen, die wintersportlichen und/oder touristischen Zwecken dienen, ist ebenfalls nach dem Hauptgegenstand der angebotenen Dienstleistungen zu fragen.

Im Urteil in der Rs *Trijber* qualifizierte der EuGH eine touristische Bootsrundfahrt nicht als Verkehrsdienstleistung, weil seiner Ansicht nach der touristische Zweck der Fahrt überwog.<sup>105</sup> Die Besonderheit bestand einerseits darin, dass es sich um eine Rundfahrt handelte, also gewissermaßen um eine Beförderung „von einem Punkt zum selben Punkt“. Andererseits fanden während der Bootsrundfahrt Veranstaltungen und Feiern statt.<sup>106</sup> Der Beförderungszweck trat dabei also in den Hintergrund.

Im Gegensatz dazu dienen Seilbahnen, auch wenn sie touristischer Natur sind, durchaus der Beförderung „von einem Punkt zum anderen“. Im Falle von ganzjährig betriebenen touristischen Seilbahnen, die in der Regel hauptsächlich als Auf- und Abstiegshilfe genutzt werden, um den Genuss des Bergpanoramas oder den Besuch von höhergelegenen Gastronomiebetrieben zu ermöglichen, wird dies besonders deutlich.

Diese Dienstleistung könnte auf den ersten Blick etwa mit einer Zugfahrt in eine Stadt zur dortigen Besichtigung von Sehenswürdigkeiten verglichen werden. Der Hauptgegenstand einer solchen Zugfahrt würde in aller Regel dennoch in der Beförderung „von einem Punkt zum anderen“ und nicht etwa in der Ermöglichung des Fremdenverkehrs bestehen. Der Unterschied zwischen touristischen Seilbahnen und solchen Zugfahrten liegt aber darin, dass städteverbindende Züge nicht ausschließlich oder überwiegend von Touristen genutzt werden, weshalb bei letzteren der Verkehrszweck bzw die Nutzung zur Befriedigung der Mobilitätsbedürfnisse der Allgemeinheit überwiegt.<sup>107</sup> Zusätzlich zum Hauptgegenstand bzw Hauptzweck einer individuellen Dienstleistung, die in der Regel nur dem Nutzer selbst bekannt

---

<sup>104</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 56; idS auch EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 46; vgl idS auch Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 41.

<sup>105</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 56; idS auch EuGH C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, ECLI:EU:C:2015:685, Rz 46.

<sup>106</sup> EuGH verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber*, ECLI:EU:C:2015:641, Rz 19, 43, 59.

<sup>107</sup> Vgl idS auch Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 14 f.

sein wird, scheint es zusätzlich sinnvoll, auf die übliche und überwiegende Nutzungsart einer Seilbahn abzustellen.

**Touristische Seilbahnen** dienen in aller Regel **nicht der Befriedigung allgemeiner Mobilitätsbedürfnisse, sondern dem Fremdenverkehr und der Freizeitgestaltung.**<sup>108</sup>

Solche Dienstleistungen sollen nach ErwGr 33 DienstleistungsRL aber gerade von ihrem Anwendungsbereich erfasst sein, weshalb die besseren Gründe dafür streiten, sie nicht als Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d AEUV zu qualifizieren.

Noch eindeutiger fällt diese Beurteilung für Seilbahnanlagen aus, die auch wintersportlichen Zwecken dienen, weil die Nutzer dort zusätzlich zur Beförderung in aller Regel auch präparierte Pisten und eine geeignete Infrastruktur zur Sportausübung erwarten. Die Beförderung ist in einem solchen Fall nur Teil einer Gesamtdienstleistung, deren Hauptzweck in der Ermöglichung der Wintersportausübung liegt.<sup>109</sup> Der Transportzweck tritt daher neben dem Fremdenverkehrs- und Freizeitzweck in den Hintergrund.

**Seilbahnen zu touristischen und/oder wintersportlichen Zwecken** fallen daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit **nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL.**

#### **6.4. Zwischenergebnis**

Aus der Rsp des EuGH in der Rs *Trijber* ergibt sich, dass für die **Abgrenzung zwischen Verkehrsdienstleistungen** iSd Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL und **sonstigen Dienstleistungen**, die dem Anwendungsbereich der DienstleistungsRL unterfallen, zwischen Seilbahnen als Teil des Personennahverkehrs und solchen mit wintersportlich-touristischem Nutzungszweck zu unterscheiden ist.

Erstere sind als Verkehrsdienstleistungen einzustufen und daher nicht vom Anwendungsbereich der DienstleistungsRL erfasst, was auch von ErwGr 21 DienstleistungsRL bestätigt wird. Im Gegensatz dazu ist Hauptgegenstand touristischer Seilbahndienstleistungen nicht die Beförderung von einem Punkt zum anderen, sondern die Ermöglichung des Fremdenverkehrs und der Freizeitgestaltung, sodass sie im Einklang mit ErwGr 33 DienstleistungsRL ihrem Anwendungsbereich unterfallen.

---

<sup>108</sup> Vgl idS auch Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 17.

<sup>109</sup> Vgl idS auch Mitteilung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 376/01, Rz 17, 50.

## 7. Fehlende Nennung von Seilbahnen als planwidrige Lücke?

Nach der hier vertretenen Rechtsansicht fallen Seilbahnen, deren Hauptzweck in der Bereitstellung touristischer und/oder wintersportlicher Dienstleistungen besteht, in den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL und der GeoblockingVO. Demgegenüber sind Seilbahnen, die Teil des ÖPNV sind, als Verkehrsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der DienstleistungsRL und der GeoblockingVO ausgenommen. Dementsprechend gilt das **Diskriminierungsverbot** des Art 20 DienstleistungsRL (bzw genauer dessen nationale Umsetzung), das durch die GeoblockingVO konkretisiert wird, **nicht für Seilbahnen**, deren Hauptzweck in der Bereitstellung von Verkehrsdienstleistungen **zur Deckung eines alltäglichen Mobilitätsbedürfnisses** besteht.

Diese Befunde ergeben sich allerdings nur aus einer wertenden Zusammenschau der betreffenden Normen und der zugehörigen Rsp und Praxis: Eine **ausdrückliche Nennung der Seilbahnen fehlt** sowohl im genannten Primär- als auch Sekundärrecht. Das führt zur Frage, ob insoweit ggf eine planwidrige **Regelungslücke** vorliegt: Anhand welcher unionsrechtlicher Kriterien sind diskriminierende Praktiken durch Seilbahnunternehmen im ÖPNV zu prüfen?

Im Folgenden ist zunächst auf **ErwGr 9 GeoblockingVO** einzugehen, der für Personenverkehrsdienste im Bereich der Nichtdiskriminierung eine geschlossene sekundärrechtliche Regelungsdecke suggeriert. Im Anschluss wird erläutert, welche **unionsrechtlichen Bestimmungen in Ermangelung sekundärrechtlicher Regelung** einschlägig sein könnten.

### 7.1. ErwGr 9 GeoblockingVO kein Hinweis auf planwidrige Lücke

In ErwGr 9 GeoblockingVO sind jene **Sekundärrechtsakte** aufgezählt, die spezifische **Diskriminierungsverbote für die Personenbeförderung** mittels verschiedener Verkehrsträger iSd Art 100 AEUV enthalten<sup>110</sup> (siehe bereits Abschnitt 3.4.). Der Wortlaut des ErwGr 9 vermittelt, die Existenz dieser speziellen Diskriminierungsverbote sei ein Mitgrund, Verkehrsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der GeoblockingVO auszunehmen. Im Bereich des Verkehrs seien „alle diskriminierenden Praktiken, gegen die mit der vorliegenden

---

<sup>110</sup> Für die Luftfahrt: VO 1008/2008 (Art 23 Abs 2); für den See- und Binnenschiffsverkehr: VO 1177/2010 (Art 1 lit a, 4); für die Beförderung mittels Kraftomnibussen: VO 181/2011 (Art 1 lit a, Art 4); für den Eisenbahnverkehr: VO 2021/782 zur Aufhebung der VO 1371/2007 (Art 1 lit a, Art 5).

Verordnung vorgegangen werden soll“ nämlich bereits durch diese anderen Sekundärrechtsakte abgedeckt.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind Seilbahnen, die Teil des ÖPNV sind, aber weder vom allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art 20 DienstleistungsRL, das durch die GeoblockingVO konkretisiert wird,<sup>111</sup> erfasst, noch besteht ein spezifisches sekundärrechtliches Diskriminierungsverbot. Die von ErwGr 9 GeoblockingVO zitierten Verordnungen, die spezifische Diskriminierungsverbote für den Personenverkehr beinhalten, befassen sich nämlich lediglich mit der Luftfahrt, dem See- und Binnenschiffsverkehr, der Beförderung mittels Kraftomnibussen und dem Eisenbahnverkehr. **Seilbahnen** sind von **keiner der genannten Verordnungen abgedeckt**. Es existiert auch kein in ErwGr 9 nicht genannter Sekundärrechtsakt, der ein Diskriminierungsverbot enthielte, das auf Seilbahnbeförderungen, die überwiegend der Deckung eines allgemeinen Mobilitätsbedürfnisses dienen, anwendbar wäre.

Zunächst ist klarzustellen, dass **ErwGr** für die Erläuterung und Auslegung eines Unionsrechtsakts zweifellos bedeutend, aber **rechtlich nicht bindend** sind und kein neues Recht schaffen können.<sup>112</sup> Dass ErwGr 9 im Bereich des Verkehrs „alle diskriminierenden Praktiken, gegen die mit dieser Verordnung vorgegangen werden soll“, bereits durch die genannten Sekundärrechtsakte abgedeckt sieht, kann also keinesfalls dazu führen, dass Verkehrsdienstleistungen, die nicht von diesen Sekundärrechtsakten erfasst sind, aus diesem Grund dem Anwendungsbereich der GeoblockingVO unterfallen würden. Vielmehr ist hier auf den **klaren Wortlaut der Ausnahmebestimmung für Verkehrsdienstleistungen** in Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL iVm Art 1 Abs 3 GeoblockingVO abzustellen.

Zudem mag für die Formulierung des ErwGr 9 auch bedeutsam sein, dass **rein inländische Sachverhalte**, bei denen sich alle wesentlichen Bestandteile der Transaktion auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränken, gem Art 1 Abs 2 **nicht von der GeoblockingVO** erfasst sind. Der Unionsgesetzgeber wollte mit der GeoblockingVO also primär diskriminierende Praktiken im Zusammenhang mit Dienstleistungen bekämpfen, die für den grenzüberschreitenden Handel von Bedeutung sind. Die in ErwGr 9 genannten Verordnungen gehen ebenfalls gegen diskriminierende Praktiken im Zusammenhang mit Dienstleistungen im Luft-, Schiff-,

---

<sup>111</sup> Vgl Art 1 Abs 1 GeoblockingVO.

<sup>112</sup> *Gumpp*, Stellenwert der Erwägungsgründe in der Methodenlehre des Unionsrechts, ZfPW 2022, 446 (451 ff).

Kraftomnibus- und Eisenbahnverkehr vor, die für den grenzüberschreitenden Verkehr besonders wichtig sind. **Seilbahnen**, die der Deckung eines alltäglichen Mobilitätsbedürfnisses dienen, sind demgegenüber regelmäßig eher **von lokaler Bedeutung**, weshalb sie **nicht prioritärer Regelungsgegenstand** unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote sind. So erscheint die Auffassung des Unionsgesetzgebers nachvollziehbar, wonach „alle diskriminierenden Praktiken, gegen die mit der vorliegenden Verordnung vorgegangen werden soll“ bereits von den in ErwGr 9 genannten Verordnungen abgedeckt sind, auch wenn Seilbahnen des ÖPNV nicht darunter fallen.

Darüber hinaus hätte die GeoblockingVO, weil sie auf die **Rechtsgrundlage des Art 114 AEUV** und nicht auf Art 91 Abs 1 AEUV gestützt ist, **keine Regelungen für Verkehrsdienstleistungen** treffen können. Dies scheint – neben der in ErwGr 9 ebenfalls erwähnten, angestrebten **Kohärenz** mit dem Anwendungsbereich der DienstleistungsRL – der **Hauptgrund für den Ausschluss der Verkehrsdienstleistungen** aus dem Anwendungsbereich der GeoblockingVO zu sein.

## **7.2. Beurteilung nach nationalem Recht**

Dennoch scheint sich für Seilbahnen des ÖPNV eine zunächst **planwidrig anmutende Lücke** aufzutun, da die von ihnen angebotenen Verkehrsdienstleistungen **von keinem sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbot erfasst** sind, wie es für die meisten anderen Verkehrsträger gilt.

Seilbahnen sind jedoch **nicht der einzige Verkehrsträger**, den der Unionsgesetzgeber im Bereich der Dienstleistungsfreiheit bislang nicht sekundärrechtlich erfasst hat. Dasselbe gilt etwa auch für den Straßenverkehr mittels anderer Verkehrsmittel als Kraftomnibussen, etwa Taxis.<sup>113</sup> Mit der für sie geltenden Rechtslage hat sich der EuGH bereits in der Rs *Asociación Profesional Elite Taxi*<sup>114</sup> auseinandergesetzt und dabei klargestellt, dass solche ‚Lücken‘ dem System des AEUV im Bereich des Verkehrs inhärent sind. Der EuGH stellte diesbezüglich zunächst fest, eine von der DienstleistungsRL ausgenommene Verkehrsdienstleistung – im

---

<sup>113</sup> Vgl. EuGH C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981, Rz 43; aus Gründen der Subsidiarität beschränkt sich die unionsrechtliche Durchdringung im Bereich der Taxis und Mietfahrzeuge auf eine rechtlich nicht bindende Bekanntmachung, vgl. Bekanntmachung der Kommission zu einem gut funktionierenden und nachhaltigen lokalen Bedarfsverkehr für die Personenbeförderung (Taxis und private Mietfahrzeuge) ABl C 2022/62, 1.

<sup>114</sup> EuGH C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981.

gegenständlichen Fall ein Vermittlungsdienst für Taxifahrten – unterliege wegen Art 58 AEUV nicht den Art 56 ff AEUV über die Dienstleistungsfreiheit.<sup>115</sup>

Laut EuGH kann die Dienstleistungsfreiheit für Verkehrsdienstleistungen nur durch die Verwirklichung der gemeinsamen Verkehrspolitik, also sekundärrechtlich auf Basis des Art 91 Abs 1 AEUV, umgesetzt werden.<sup>116</sup> Hat der Unionsgesetzgeber keine entsprechenden Maßnahmen getroffen, ist es „beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts **Sache der Mitgliedstaaten, die Bedingungen zu regeln**, unter denen [Verkehrsdienstleistungen] unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften des [AEUV] erbracht werden“<sup>117</sup>.

Diese Erwägungen sind **auf Seilbahnen des ÖPNV übertragbar**. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn solche Seilbahnen (noch) keine Regelung auf Unionsebene erfahren haben. Ob der Unionsgesetzgeber eine bestimmte Verkehrsdienstleistung, etwa die durch Seilbahnen im ÖPNV erbrachte, schlicht übersehen, oder aus Gründen der Subsidiarität von einer Regelung auf Unionsebene abgesehen hat, ist dabei unbeachtlich. Da Seilbahnen des ÖPNV bisher keiner dienstleistungsrelevanten sekundärrechtlichen Regelung zugeführt wurden, bleibt die diesbezügliche **Regelungskompetenz bei den Mitgliedstaaten**. Sie haben dabei das **allgemeine Unionsrecht zu beachten**.

Relevant ist im Hinblick auf Diskriminierungsverbote vor allem **Art 18 AEUV**, wonach „unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge [...] in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten [ist]“. Der Anwendungsbereich der Verträge ist in diesem Zusammenhang nach der Rsp insb schon dann gegeben, wenn ein **rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhältiger Unionsbürger** dort wegen seiner Staatsangehörigkeit **diskriminiert** wird.<sup>118</sup>

Adressaten des Art 18 AEUV sind unzweifelhaft die Mitgliedstaaten.<sup>119</sup> Wird eine Seilbahn, die Teil des ÖPNV ist, von einer **Gebietskörperschaft** oder einem **öffentlichen Unternehmen** betrieben, ist der Anwendungsbereich des Art 18 AEUV jedenfalls eröffnet. Auch bei privaten Seilbahnen könnte dies der Fall sein, wenn die Dienstleistungsempfänger mangels geeigneter alternativer Transportmöglichkeiten vom Seilbahnunternehmen abhängig sind und daher ein

---

<sup>115</sup> EuGH C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981, Rz 44.

<sup>116</sup> EuGH C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981, Rz 45.

<sup>117</sup> EuGH C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981, Rz 43-47.

<sup>118</sup> EuGH C-85/96, *Martinez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217, Rz 63; siehe *Epiney* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>6</sup> Art 18 AEUV Rz 20 mwN.

<sup>119</sup> *Epiney* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>6</sup> Art 18 AEUV Rz 41.

**Machtgefälle zwischen Seilbahnunternehmen und Dienstleistungsempfänger** besteht.<sup>120</sup>  
Auf nationaler Ebene wäre ein möglicher **Kontrahierungszwang** zu berücksichtigen.

### 7.3. Ergebnis

Die Tatsache, dass für Seilbahnen des ÖPNV kein dienstleistungsrelevantes Sekundärrecht und insbesondere kein spezifisches Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit existiert, ist **kein Hinweis auf eine planwidrige Lücke** im Sekundärrecht.

ErwGr 9 GeoblockingVO lässt zwar zunächst eine geschlossene sekundärrechtliche Regelungsdecke in Bezug auf Diskriminierungsverbote im Bereich des Verkehrs vermuten. Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass neben Seilbahnen des ÖPNV auch Taxidienste nicht sekundärrechtlich erfasst sind. Ausschlaggebend für die fehlende sekundärrechtliche Erschließung könnte die eher lokale Bedeutung der beiden Verkehrsträger sein. Da ErwGr darüber hinaus vor allem als Auslegungshilfe dienen und nicht für sich alleine Rechtswirkungen erzeugen können, kann ErwGr 9 GeoblockingVO den Anwendungsbereich des Rechtsakts nicht selbständig ausdehnen oder einschränken.

Nach der Rsp des EuGH ist es zudem nicht zu beanstanden, wenn der Unionsgesetzgeber einen den Art 90 ff unterfallenden Verkehrsträger, wie etwa Taxis, noch keiner sekundärrechtlichen Regelung zugeführt hat. In Ermangelung eines auf Art 91 Abs 1 AEUV gestützten Unionsrechtsakts bleiben die Mitgliedstaaten unter Beachtung des allgemeinen Unionsrechts für die Regelung des Verkehrsträgers zuständig.

---

<sup>120</sup> *Epiney in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>6</sup> Art 18 AEUV Rz 41.

## 8. Gutachterliches Gesamtergebnis

Die gutachtensgegenständlichen Fragen sind daher wie folgt zu beantworten:

1. Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL 2006/123 und 1 Abs 3 GeoblockingVO 2018/302 sind in Einklang mit Art 100 AEUV und dem Anwendungsbereich von Titel VI des Dritten Teils des AEUV zu beurteilen. Erfasst sind daher Dienstleistungen im Bereich des Land-, Luft- und Schiffsverkehrs, deren Hauptgegenstand in der Beförderung von einem Punkt zum anderen besteht.

2. Der Seilbahnbetrieb fällt als Teil des Verkehrstitels mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unter diese Definition. Von Seilbahnbetreibern erbrachte Dienstleistungen können daher dem Begriff der Verkehrsdienstleistung iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL entsprechen, wenn ihr Hauptgegenstand in der Beförderung von einem Punkt zum anderen besteht.

Sollten Seilbahnen entgegen der hier vertretenen Ansicht als nicht unter den Verkehrstitel des AEUV fallend angesehen werden, könnten die von Seilbahnbetreibern erbrachten Dienstleistungen nicht als Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL qualifiziert werden. In diesem Fall würden alle von Seilbahnunternehmen erbrachten Dienstleistungen in den Anwendungsbereich der DienstleistungsRL fallen.

3. Seilbahnen, deren Hauptgegenstand in der Beförderung von einem Punkt zum anderen besteht, die also Teil des ÖPNV sind, unterfallen der Definition des Verkehrs iSd Verkehrstitels und des Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL.

4. Seilbahnen, deren Hauptgegenstand in überwiegend touristischen oder (winter-)sportlichen Zwecken liegt, die also der Ermöglichung des Fremdenverkehrs und der Freizeitgestaltung dienen, sind keine Verkehrsdienstleistungen iSd Art 2 Abs 2 lit d DienstleistungsRL.