

Grenzenloses Europa in Zeiten von Corona

Fällt Schengen dem Virus zum Opfer?

Daniela Gschwindt

1. Einleitung

Schengen, ein Ort, der wie kein anderer für ein grenzenloses Europa steht, wurde letztes Jahr selbst abgeriegelt. Der Schengen-Raum, bestehend aus 22 EU-Mitgliedstaaten (MS) und vier assoziierten Ländern, erfuhr verstärkte Grenzkontrollen und Beschränkungen für interne Bewegungen. Die zentrale unionsrechtliche Verordnung, der Schengener Grenzkodex (SGK), legt gemeinsame Regeln für den Grenzschutz an den Binnen- und Außengrenzen der EU fest, einschließlich Regeln und Verfahren für die außergewöhnliche Einführung von Kontrollen.¹ Laut SGK können die MS bei einer vorhersehbaren sowie unmittelbaren Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit oder bei schwerwiegenden Mängeln der Außengrenzkontrollen vorübergehende Binnengrenzkontrollen einführen.² Seit der ersten Welle im März 2020 drängt Covid-19 viele MS dazu, aufgrund einer „unvorhersehbaren“ Bedrohung der öffentlichen Gesundheit, Kontrollen oder faktische Schließungen vorzunehmen. Die Einführung solcher Maßnahmen stellt einen starken Eingriff in die verfassungsrechtliche Garantie der Mobilität aller EU-Bürger*innen dar. Dies bedeutet nicht, dass die MS in Krisenzeiten nicht auf außerordentliche Maßnahmen zurückgreifen können, sie sind jedoch aus rechtlicher Sicht nicht komplett frei in ihrem Handeln. In jedem Fall muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Es lässt sich jedoch nur schwer argumentieren, dass Grenzschießungen ein effektives, verhältnismäßiges letztes Mittel darstellen. Physische Grenzkontrollen sind in den letzten Jahren wieder zu einem häufigeren Phänomen geworden. Im Jahr 2015 musste die EU mit einem massiven und unvorhergesehenen Zustrom von Geflüchteten umgehen. Laut einem Frontex-Bericht wurden damals mehr als 1,8 Millionen „illegale“ Grenzübertritte verzeichnet.³ Nach der Migrationskrise stellt nun die Covid-19-Pandemie Schengen erneut auf eine harte Probe.

1 VO (EU) 2016/399 des EP und des Rates v 9.3.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABL L 77, 1.

2 Kapitel II SGK.

3 *Frontex*, Risk Analysis for 2016, 5.

2. Unionskompetenz in Krisenzeiten

Nach Art 168 AEUV ergänzt die EU die Politik der MS in Fragen der Gesundheit lediglich. Ihre Kompetenz beschränkt sich auf Maßnahmen der Prävention und nach Art 168 Abs 5 AEUV sind harmonisierende Unionsrechtsakte ausdrücklich ausgeschlossen. Dies verhindert jedoch nicht, dass die EU basierend auf anderen Zuständigkeiten gesundheitsbezogene Regelungen erlassen kann.⁴ Ähnliches geht aus Art 196 AEUV betreffend den Katastrophenschutz hervor. Die Solidaritätsklausel in Art 222 AEUV wurde bislang noch nicht durch den Rat aktiviert.⁵ Insgesamt bedeutet dies, dass die Zuständigkeit für den Kampf gegen Pandemien primär bei den MS liegt. Was die Bewegungsfreiheit innerhalb der Union betrifft, liegen die Zuständigkeiten jedoch anders.

3. Rechtsgrundlage für Kontrollen an den EU-Binnengrenzen

Der Schengenraum ist Bestandteil des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts⁶ und ist Teil der – zwischen Union und MS – geteilten Zuständigkeit.⁷ Nach dem AEUV gibt es drei Hauptkategorien von Zuständigkeiten: die ausschließliche Zuständigkeit der EU, die geteilte Zuständigkeit mit den MS und die Beschränkung der EU auf unterstützende/koordinierende Maßnahmen.⁸ In Angelegenheiten mit ausschließlicher Zuständigkeit kann nur die EU gesetzgeberisch tätig werden und rechtsverbindliche Akte erlassen (zB Zollunion oder gemeinsame Fischereipolitik).⁹ Bei geteilter Zuständigkeit können sowohl die EU als auch die MS in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und rechtsverbindliche Rechtsakte erlassen, soweit die Zuständigkeit nicht bereits vorher ausgeübt wurde (zB Verbraucher*innenschutz oder Verkehr).¹⁰ Unterstützende, koordinierende oder ergänzende Zuständigkeiten ermöglichen es der EU, Maßnahmen zu ergreifen, ohne die Zuständigkeit der MS zu verdrängen (zB Bildung oder Tourismus).¹¹ Der Rat einigte sich im März 2020 auf ein europaweites Reiseverbot ohne verbindlichen Rechtsakt oder Ausführungsverordnung.¹² Daraufhin kündigten 12 Schengen-Länder die

4 Vgl *Schneider* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 5 und 7 (Stand 1.12.2012, rdb.at); siehe bspw Beschl Nr 1082/2013/EU des EP und des Rates v 22.10.2013 zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren und zur Aufhebung der Entscheidung Nr 2119/98/EG, ABl L 293, 1.

5 Siehe auch *Repasi*, Europäische Solidarität in der Wirtschaftskrise nach der Pandemie, *EuZW* 2020, 345 (345 ff); *Mögele*, Die EU und COVID-19: Befugnisse und Initiativen, *EuZW* 2020, 297 (298 ff).

6 Art 67 und 77 AEUV; der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergänzt die Personenfreizügigkeit durch Maßnahmen in Bereichen wie Migration, Asyl, internationaler Betrug, Zollzusammenarbeit und polizeiliche Zusammenarbeit (insb gegen Terrorismus und internationale Kriminalität); siehe auch *Craig/de Búrca*, *EU Law: Text, Cases and Materials* (2020) 995 ff.

7 Art 77 Abs 2 iVm Art 4 Abs 2 lit j AEUV (Rechtsgrundlage des SGK).

8 Art 2 AEUV; siehe auch *Jaeger*, Einführung in das Europarecht (2020) 120 ff.

9 Art 2 Abs 1 iVm Art 3 AEUV.

10 Art 2 Abs 2 iVm Art 4 AEUV.

11 Art 2 Abs 5 AEUV iVm Art 6 AEUV.

12 *EK*, Mitteilung COVID-19: Vorübergehende Beschränkung von nicht unbedingt notwendigen Reisen in die EU, COM(2020) 115 final.

sofortige unvorhersehbare und sieben Länder die vorhersehbare vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen aufgrund der schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit an.¹³ Die Wiedereinführung wurde mit der Dringlichkeit und Notwendigkeit begründet, die Ausbreitung des Virus einzudämmen.¹⁴ In Wirklichkeit handelte es sich jedoch an den meisten Grenzen um Identitäts- und Ausweiskontrollen, und nicht um Gesundheitskontrollen zur Feststellung von Virusträger*innen.¹⁵ In dem (vergeblichen) Versuch, die Maßnahmen der einzelnen MS zu koordinieren, veröffentlichte die Europäische Kommission (EK) im März 2020 rechtsunverbindliche Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen.¹⁶ Das Endergebnis war ein Geflecht dynamischer, vielschichtiger Maßnahmen von Grenzkontrollwiedereinführungen an Land-, See- und Luftgrenzen bis hin zu EU- und auslandweiten Reiseverboten.

Die meisten MS beriefen sich dabei auf den SGK als Rechtsgrundlage. Da die Pandemie als „ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung“ eingestuft werden kann, die sofortiges Handeln erfordert, fallen diese Grenzkontrollen unter Art 25 und 28 SGK. Art 25 legt den allgemeinen Rahmen für die vorübergehende Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen fest, sofern diese erforderlich sind, um vorhersehbaren Ereignissen zu begegnen, die die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit ernsthaft bedrohen. Dazu geht aus der Rsp des EuGH hervor, dass eine Wiedereinführung möglich, aber an genaue Bedingungen geknüpft sein muss und nicht dem Ermessen der MS überlassen wird.¹⁷ Da es sich bei einer solchen Wiedereinführung um eine Ausnahme der Reisefreiheit und Personenfreizügigkeit handelt, ist eine enge Auslegung der Voraussetzungen iSd Art 25 SGK geboten.¹⁸ Art 28 wird in Fällen, die sofortiges Handeln erfordern anwendbar und sieht demnach ein spezielles Verfahren für ernsthaft bedrohliche unvorhergesehene oder unvorhersehbare Situationen vor. Er schreibt vor, dass die Dauer einer solchen Ausnahmemaßnahme auf zehn Tage begrenzt werden muss, wobei die Möglichkeit einer Verlängerung von 20 Tagen bis zu max zwei Monaten besteht. In beiden Fällen muss die EK davon in Kenntnis gesetzt werden und gibt anschließend eine Stellungnahme ab. Nach Art 25 Abs 2 ist eine vorherige Ankündigung erforderlich, während nach Art 28 die Wiedereinführung und Ankündigung simultan erfolgen. In jedem Fall müssen die Grundsätze der Notwendigkeit und

13 *Schengen Visa Info News*, 25. Jahrestag der Abschaffung der Binnengrenzen findet Schengen mit wieder eingeführten Grenzen, www.schengenvisainfo.com/news/de/25-jahrestag-der-abschaffung-der-binnengrenzen-findet-schengen-mit-wieder-eingefuhrten-grenzen/ (23.4.2021).

14 Siehe zB *Deutsche Bundesregierung*, Weitere Einschränkungen an Binnengrenzen: Vorübergehende Grenzkontrollen, www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/kontrollen-an-den-grenzen-1730742 (23.4.2021).

15 Screening-Verfahren durch nationale Polizeibehörden; siehe auch *EP*, Im Namen von COVID-19: Eine Bewertung der Schengen-Kontrollen an den Binnengrenzen und Reisebeschränkungen in der EU, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659506/IPOL_STU\(2020\)659506_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659506/IPOL_STU(2020)659506_EN.pdf) (23.4.2021).

16 *EK*, Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen, C(2020) 1753 final.

17 EuGH 19.3.2019, C-444/17, *Arib ua*, ECLI:EU:C:2019:220, Rn 49.

18 Vgl Erwägungsgründe 21, 23 und 27 SGK; siehe zB EuGH 27.4.2006, C-441/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2006:253, Rn 34 f.

Verhältnismäßigkeit, insb hinsichtlich der Dauer und des territorialen Geltungsbereichs, beachtet werden. Weiters wird präzisiert, dass die MS prüfen müssen, „inwieweit mit einer derartigen Maßnahme der Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit voraussichtlich angemessen begegnet werden kann“.¹⁹

Die meisten Regierungen der MS haben lediglich auf ihrer Webseite darauf hingewiesen, dass auf Grundlage des SGK Binnengrenzkontrollen an den Grenzen zu ihren Nachbarländern eingeführt werden, so zB auch die dt Bundesregierung.²⁰ Es gab keine öffentliche Mitteilung über die Erfüllung der Kriterien und rechtlichen Verpflichtungen des SGK. Was die MS nicht unbeachtet lassen sollten: eine Verordnung wie der SGK ist unmittelbar anwendbar, von allgemeiner Geltung und in all ihren Teilen verbindlich.²¹ Hinzu kommt, dass die Ausübung einer solchen Entscheidung ein Ausnahmerecht darstellt und keine eigenständige Kompetenz der MS.²²

4. Personenfreizügigkeitsbeschränkungen und öffentliche Gesundheit/Ordnung

Während Reiseverbote normalerweise durch exekutives Ermessen gesteuert werden, hat das EU-Recht die Mobilität innerhalb seiner Grenzen und des Schengen-Raums von staatlicher Souveränität abgegrenzt. Die verfassungsrechtliche Garantie dieser Mobilität ist allen EU-Bürger*innen gewährt und unterliegt rechtlicher Kontrolle.²³ Der EuGH wendet eine Zulässigkeitsprüfung für die Behinderung der grundlegenden Freiheiten, wie die Personenfreizügigkeit, an. Demnach müssen solche Hindernisse nichtdiskriminierend, im Allgemeininteresse gerechtfertigt, und geeignet sein, das verfolgte Ziel zu erreichen, und letztlich nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.²⁴ Durch vorübergehende Grenzkontrollen und -schließungen sind hauptsächlich die Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit (Art 45 AEUV), das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht (Art 21 AEUV) und das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV) betroffen.

Laut SGK und EuGH ist jede Abweichung der Freizügigkeit eng auszulegen und der Rückgriff auf „öffentliche Ordnung“ setzt eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein grundlegendes Interesse der Gesellschaft beeinträchtigt.²⁵ Dabei wird zwischen den Begriffen der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Gesundheit unterschieden. Eine klare Trennung ist jedoch unmöglich, wenn eine Situation wie die Corona-Pandemie mehrere grundlegende Interessen der Gesellschaft betrifft. Daher kann der Begriff der öffentlichen Ordnung den der öffentlichen

19 Art 26 SGK.

20 *Deutsche Bundesregierung*, Vorübergehende Grenzkontrollen, bundesregierung.de.

21 Art 288 AEUV; vgl *Gerkrath*, The reintroduction of internal EU border controls: a disproportionate, ineffective and illegal instrument of combating the pandemic, EU Law Live Weekend Edition Nr 47 2020, 2 (5 ff).

22 Art 25 bis 28 SGK; Art 3 Abs 2 und 4 EUV (geteilte Kompetenz); Art 77 Abs 1 AEUV (Grenzpolitik der EU).

23 Art 45 ff AEUV und die Möglichkeit der Beschränkung in Art 45 Abs 3 AEUV.

24 EuGH 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, Rn 37.

25 Erwägungsgrund 27 SGK; EuGH 12.12.2019, C-380/18, *E P*, ECLI:EU:C:2019:1071; EuGH C-380/18 Rn 32; EuGH C-441/02 Rn 34 f.

Gesundheit einschließen. Durch das Stilllegen der Mobilität innerhalb der EU, aber auch eines MS, gewann der Begriff der öffentlichen Gesundheit und Ordnung immer mehr an Bedeutung. Im SGK finden diese Begriffe nur in Bestimmungen zur Außengrenzkontrolle Anwendung (Art 6 Abs 1). Es ist anzunehmen, dass sich die Judikatur auch auf andere Bestimmungen wie Art 25 Abs 1 übertragen lässt, da Binnengrenzkontrollmaßnahmen ebenfalls eine Beschränkung der Freizügigkeit sind.²⁶ Der EuGH hat zuvor betont, dass „die besonderen Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein“ können und dass „den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen ist“.²⁷ Es wird daher keine einheitliche Reaktion aller MS verlangt. In Zeiten schwerwiegender Störungen der öffentlichen Ordnung kann dieser Spielraum durch die Schutzklauseln in Art 72 und 347 AEUV verstärkt werden.²⁸ Es gibt daher gute Gründe dafür, dass Reiseverbote in der Ausnahme der öffentlichen Ordnung und Gesundheit abgedeckt sind. Das Coronavirus, als pandemische Krankheit („mit epidemischem Potenzial“), rechtfertigt zudem Reisebeschränkungen nach Art 29 FreizügigkeitsRL. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss dennoch beachtet werden. Zudem müssen Verfahrensgarantien gegeben sein, um Beschränkungen auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen zu können.²⁹ Die geforderte Bekanntmachung der MS zur Errichtung von Grenzkontrollen erreichte alle MS und die EK, aber nicht diejenigen, deren Freiheit eigentlich eingeschränkt wird.³⁰ Auch wenn FreizügigkeitsRL und SGK den Ausnahmetatbestand der öffentlichen Ordnung und Gesundheit kennen, lässt sich eine Grenzschließung gegenüber Unionsbürger*innen nur schwer argumentieren, vor allem da medizinische Tests und mittlerweile auch Impfnachweise verfügbar sind, die den Gesundheitszustand bescheinigen können.³¹ Da in den meisten bekannten Fällen nur Identitätsnachweise und Arbeitsbescheinigungen kontrolliert wurden und werden, kann die Wiedereinführung von Kontrollen nicht auf Basis der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden. Die Wiedereinführung hat die Verbreitung des Virus nicht verhindert, sondern diente eher der politischen Profilierung. Insb die zweite und nun auch dritte Welle der Pandemie zeigen, dass weniger auf Grenzkontrollen zurückgegriffen wird, die sich offensichtlich zuvor als ineffektiv und unnötig erwiesen haben.

26 Vgl *Klaushofer/Kneib/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZöR 2020, 649 (665 f); *Lukacic*, Vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an Binnengrenzen, *migraLex* 2020, 34 (37 f).

27 EuGH 4.12.1974, C-41/74, *Van Duyn/Home Office*, ECLI:EU:C:1974:133, Rn 18; EuGH 22.5.2012, C-348/09, I, ECLI:EU:C:2012:300, Rn 22.

28 EuGH 13.7.2000, C-423/98, *Albore*, ECLI:EU:C:2000:401, Rn 23; siehe auch *Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal (Part I), *eumigrationlawblog*.eu 18.3.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-i/> (23.4.2021).

29 Art 31 RL 2004/38/EG des EP und des Rates v 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl L 229, 35.

30 Was nicht unbedingt einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle iSd Art 19 EUV und 47 GRC entspricht.

31 Wie auch in der Exit-Strategie der EK bestätigt in EK, Mitteilung COVID-19: Hin zu einem abgestimmten und koordinierten Vorgehen zur Wiederherstellung der Freizügigkeit und zur Aufhebung der Kontrollen an den Binnengrenzen, C(2020) 3250 final.

4.1. Verhältnismäßigkeit und legitime Einreisegründe

Die Einschränkung der Freizügigkeit ist im aktuellen Kontext eine Frage der Abwägung zwischen persönlichen, wirtschaftlichen und gesundheitspolitischen Schutzerwägungen. Einschränkungen müssen verhältnismäßig sein, also zeitlich begrenzt und gerechtfertigt durch das Vorliegen einer Bedrohung der öffentlichen Ordnung.³² Der EuGH besteht hier auf eine individuelle Einzelfallbeurteilung.³³ In keinem Fall sollte den MS eine *carte blanche* gewährt werden. Um an Grenzen eine bestmögliche und rasche Entscheidung über die legitime Einreise einer Person zu fällen, müssen sich die MS um klare Kriterien und Formalitäten bemühen, an denen sich die Entscheidungsfindung orientieren kann. Die Einhaltung EU-rechtlicher Beschränkungen ist „durch Konkretisierungen [...] sicherzustellen“³⁴. Die Rechtssicherheit der Unionsbürger*innen erfordert Standards und verständliche Anforderungen über zB die Art von Unterlagen für den Nachweis legitimer Einreisegründe. Eine gewisse Flexibilität erlaubt es, Beweise mit jedem geeigneten Mittel vorlegen zu können.³⁵ Eine Beweislastumkehr zulasten der Grundrechtsträger*innen ist keineswegs gerechtfertigt. Dennoch forderte die dt Bundespolizei bspw anfangs dazu auf, schriftliche Beweismittel wie einen Arbeitsvertrag oder eine Heiratsurkunde vorzulegen.³⁶ Österreich hingegen beharrte auf das Vorweisen eines ärztlichen Attests und einer elektronischen Einreiseregistrierung.³⁷

Das Europäische Parlament (EP) betonte klar, dass die MS die rechtzeitige und wirksame Einhaltung der bestehenden Rechtsnormen versäumt haben. Es konnten keine stichhaltigen Beweise zur Verhältnismäßigkeit der Kontrollen vorgebracht werden. Zudem haben sie vorübergehende Grenzkontrollen durch eine immer wiederkehrende Verlängerung zu dauerhaften Kontrollen gemacht, indem sie von einer Rechtsgrundlage zur anderen gesprungen sind. Laut EP betreffen polizeiliche Identitäts- und Stichprobenkontrollen bestimmte Personen unverhältnismäßig stark, ebenso wie Überwachungsmaßnahmen. Die MS sollten davon absehen, ex ante Genehmigungen (die eine de facto Visumpflicht entgegen Art 5 Abs 1 FreizügigkeitsRL darstellt) zu verlangen. Letztlich sei zu betonen, dass Geflüchtete und internationale Schutzsuchende besonders stark durch die bestehenden Reisebeschränkungen und Einreiseverweigerungen betroffen sind.³⁸

Es ist umso bedauerlicher, dass die EK, als Hüterin der Verträge, mit einer sehr zurückhaltenden – und unverbindlichen – Mitteilung auf die Wiedereinführung von Kontrollen und

32 Erwägungsgründe 7 und 22, Art 26 und 28 Abs 2 SGK.

33 EuGH 28.4.2004, C-482/01 und C-493/01, *Orfanopoulos und Oliveri*, ECLI:EU:C:2004:262, Rn 94-99.

34 EuGH 21.6.2017, C-9/16, A, ECLI:EU:C:2017:483, Rn 38.

35 EuGH 17.2.2005, C-215/03, *Oulane*, ECLI:EU:C:2005:95, Rn 53; EuGH 5.2.1991, C-363/89, *Roux/Belgischer Staat*, ECLI:EU:C:1991:41, Rn 16.

36 Siehe zB *Luxemburgische Regierung*, Pendlerbescheinigung für Berufspendler (Deutsch-luxemburgische Grenze), https://gouvernement.lu/de/actualites/toutes_actualites/communiqués/2020/03-mars/16-bescheinigung-berufspendler.html (24.3.2021).

37 COVID-19-EinreiseV, BGBl II 2020/445.

38 EP, Bewertung der Schengen-Kontrollen, europarl.europa.eu; vgl *Carrera/Luk*, Love thy neighbour? Coronavirus politics and their impact on EU freedoms and rule of law in the Schengen Area, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe 2020, 1 (22 ff).

Schließungen der MS reagiert hat und diese ohne Überprüfung ihrer Notwendigkeit und Rechtfertigung bewilligte.³⁹ Dadurch versäumte die EK die Angemessenheit, die Einhaltung der formalen Bedingungen, die Beschränkung der Personenfreizügigkeit und die Dauer der Maßnahmen zu prüfen, und ggf Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.⁴⁰ Vor allem während der ersten Welle gab es starke Diskrepanzen in den Handlungen der MS. So führte zB Deutschland Grenzkontrollen an der dt-luxemburgischen Grenze ein, jedoch nicht an der dt-belgischen oder dt-niederländischen Grenze. Dies deutet darauf hin, dass die Notwendigkeit von Grenzkontrollen von Anfang an relativ war, in Anbetracht der Tatsache, dass diese zur Eindämmung des Virus dienen sollten.⁴¹ Ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH würde Aufschluss über die Rechtfertigung der Freizügigkeitsbeschränkung anhand der öffentlichen Ordnung und Gesundheit und die Angemessenheit dieser Maßnahmen bringen. Seit Jahren ist das Grundprinzip der Freizügigkeit von Arbeitnehmer*innen in der Rsp des EuGH fest verankert. Alle Ausnahmeregelungen sind eng auszulegen.⁴² Die MS sollten daher den Leitlinien der EK folgen und Grenzgänger*innen sowie anderen wirtschaftlich aktiven Personen die legitime Einreise gestatten. Transit sollte ebenfalls möglich sein. Es scheint absurd, von Personen auf der Durchreise genügend Treibstoff für die Durchquerung eines Landes zu verlangen, wie anfangs zB von den österreichischen Behörden.⁴³ Das Verbot eines Zwischenstopps für essentielle Grundbedürfnisse kann als unmenschliche Behandlung angesehen werden. Darüber hinaus sollten alle Unionsbürger*innen unabhängig davon, ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, von Art 21 AEUV profitieren können. Familien dürfen nicht auf unbestimmte Zeit getrennt werden und sollten nicht daran gehindert werden, in ihre Ferienhäuser oder Nebenwohnsitze umzusiedeln (was klar von Tourismus unterschieden werden kann). Auch das Einkaufs- oder Besuchsverbot kann auf einen wirtschaftlichen Protektionismus hinauslaufen.⁴⁴ Bei der Aufrechterhaltung eines reibungslosen Warenverkehrs sind sich MS und EK einig: Der freie Warenverkehr ist entscheidend, um die negativen Auswirkungen einer Pandemie auf Unternehmen und Versorgungsketten zu minimieren. Die „green lane“-Initiative bietet eine Lösung zur Überwachung und Erleichterung des freien Güterverkehrs, um die Wartezeiten an den EU-Binnengrenzen zu verringern und den Warentransport zu erleichtern: MS sollen demnach Sonderfahrspuren an ihren Grenzübergängen einrichten.⁴⁵ Dies

39 EK, Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen, Rz 18.

40 Gerkrath, EU Law Live Weekend Edition N 47 2021, 2 (7 ff).

41 Gerkrath, EU Law Live Weekend Edition N 47 2021, 2 (7 ff).

42 EuGH 27.10.1977, C-30/77, *ReginalBouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172, Rn 33.

43 Siehe zB *Demmelhuber/Marks/Bohrer-Glas*, Italien öffnet seine Grenzen: Ohne Tankstopp durch Österreich, br.de 3.6.2020, www.br.de/nachrichten/bayern/italien-oeffnet-seine-grenzen-ohne-tankstopp-durch-oesterreich,S0lgMyE (23.4.2021).

44 EuGH 11.6.1985, C-288/83, *Kommission/Irland*, ECLI:EU:C:1985:251, Rn 28; *Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal (Part II), eumigrationlawblog.eu 19.3.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-ii/> (23.4.2021).

45 EK, Mitteilung zur Umsetzung von „Green Lanes“ im Rahmen der Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen, C(2020) 1897 final.

erinnert an frühere Zeiten, als grüne Aufkleber an Windschutzscheiben die Abschaffung der Grenzkontrollen zwischen Deutschland und Frankreich einleiteten.⁴⁶ Dass in Zeiten von Corona auf längst vergessene Praktiken zurückgegriffen wird, zeigt umso mehr wie gefährdet das Schengen-System eigentlich ist.

5. Mangelnde Kohärenz und Solidarität

Trotz des gemeinsamen europäischen Fahrplans,⁴⁷ geht der Deeskalationsprozess nur schleppend voran. Es scheint, dass Corona nicht nur die EU-Bürger*innen, sondern auch die europäische Solidarität in Mitleidenschaft gezogen hat.⁴⁸ Im Zuge der Migrationskrise hat der EuGH immer wieder darauf hingewiesen, dass Solidarität in Krisensituationen zu einer rechtlichen Verpflichtung nach Art 80 AEUV werden kann.⁴⁹ Laut EuGH müssen interne und grenzüberschreitende Situationen auf vergleichbare Weise behandelt werden.⁵⁰ Die Einschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürger*innen in einem MS kann nicht gerechtfertigt werden, wenn dieser Staat „gegenüber dem gleichen Verhalten, das von eigenen Staatsangehörigen ausgeht, keine Zwangsmaßnahmen oder andere tatsächliche und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergreift“⁵¹. Der EuGH entwickelte daraus ein allgemeines Konzept der Kohärenz, das MS daran hindert, Vorschriften zugunsten ihrer Staatsangehörigen zu erlassen.⁵² Somit kann ein MS die Einreise aus Risikogebieten nur dann legitimerweise einschränken, wenn die inländische Situation vergleichsweise sicher ist. Eine Inkohärenz liegt jedoch vor, wenn Österreich Staatsbürger*innen und Unionsbürger*innen mit dortigem Wohnsitz ohne ärztliches Attest einreisen lässt, aber sonstigen Unionsbürger*innen die Einreise verweigert.⁵³ Es ist außerdem schwierig, Verbote oder Beschränkungen für landesübergreifende Reisen zu rechtfertigen, während die inländische Mobilität wie gewohnt bestehen bleibt. Warum sollten luxemburgische Staatsbürger*innen daran gehindert werden, Bekannte in Saarbrücken zu besuchen, während diese weiterhin zu Freund*innen nach Köln reisen können?⁵⁴

46 Art 3 Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über den schrittweisen Abbau der Kontrollen an der deutsch-französischen Grenze, 13.7.1984; siehe auch *Thym*, Travel Bans (Part II), eumigrationblog.eu.

47 EK, Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures, C 126,1.

48 *Hruschka*, The pandemic kills also the European solidarity, eumigrationlawblog.eu 20.3.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/the-pandemic-kills-also-the-european-solidarity/> (23.4.2021).

49 EuGH 6.9.2017, C-643/15 und C-647/15, *Slowakei und Ungarn/Rat*, ECLI:EU:C:2017:631, Rn 291.

50 EuGH 11.7.2002, C-224/98, *D'Hoop*, ECLI:EU:C:2002:432, Rn 28, 25 und 30 ff; *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht: eine Analyse anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Kontrollkompetenzen (2013) 169 ff.

51 EuGH 18.5.1982, C-115/81 und C-116/81, *Adoui und Cornuaille/Belgischer Staat*, ECLI:EU:C:1982:183, Rn 8; EuGH C-215/03 Rn 34.

52 EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli ua*, ECLI:EU:C:2003:597, Rn 67; EuGH 6.3.2007, C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, ECLI:EU:C:2007:133, Rn 53; *Thym*, Travel Bans (Part I), eumigrationlawblog.eu.

53 *Klaushofer/Kneibs/Palmstorfer/Winner*, ZöR 2020, 649 (676).

54 Siehe *Thym*, Travel Bans (Part I), eumigrationlawblog.eu.

6. Fazit

Eine der größten und symbolträchtigsten Errungenschaften der europäischen Integration stellt die Reisefreiheit und die Abschaffung von Grenzkontrollen dar und dies schon seit 36 Jahren. Covid-19 hat die Debatte über das Reformbedürfnis des Dauerbrenners Schengen neu entfacht. Krisenzeiten sind für die EU und Schengen regelmäßig Prüfsteine. Die Migrationskrise 2015 und die Covid-19-Pandemie veranlassten die Schengen-Staaten zu einer Wiedereinführung von Grenzkontrollen, welche schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte wie Freizügigkeit, Nichtdiskriminierung und Privatsphäre darstellen. In Krisenzeiten ist schnelles Handeln wichtig, es darf dabei jedoch nicht die Rechtsstaatlichkeit untergraben werden. Die aktuelle Krise hat den europäischen Politik- und Rechtsraum auf radikale und erstaunlich schnelle Weise verändert und den Raum der Freizügigkeit und offenen Grenzen stark segmentiert. Die unilateralen und unkoordinierten Maßnahmen der MS haben zu Rechtsunsicherheit für die*den Einzelne*n und zu negativen Auswirkungen auf Rechte und Freiheiten geführt. Die Pandemie weist ähnliche Merkmale zur Migrationskrise auf: eine rasante Beschleunigung, gefolgt von einer späten EU-politischen Reaktion. Ein weiterer konvergenter Punkt ist die unzureichende Nutzung der bestehenden europäischen Instrumente. Im Jahr 2015 nutzten die MS europäische Katastrophenschutzinstrumente nur zögerlich. Im letzten Jahr wurde das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten, welches verantwortlich für die Früherkennung von aufkommenden epidemischen Bedrohungen ist, von den MS nicht ausreichend mit Gesundheitsdaten versorgt.⁵⁵ Dies spiegelt die Prävalenz individueller und unkoordinierter Reaktionen auf Krisen wider. Während ein Teil der Regierungen die Pandemie nutzte, um Schengen weiter anzufechten (zB Ungarn oder Österreich) und sich dabei dem Rechtspopulismus anschließt, sind andere darauf bedacht, zur Solidarität aufzurufen (zB Belgien oder Frankreich, unterstützt durch die EK).⁵⁶ Die mangelnde Kohärenz in Pandemiezeiten zeigt auf, dass Beschränkungen für grenzüberschreitende Reisen beim Bestehen inländischer Mobilität nicht gerechtfertigt sind. Vor allem mit einer steigenden Zahl an Testungen, Genesungen und Impfungen, kann ein derart einschränkender Eingriff nicht mehr gerechtfertigt werden. Während Krisen in der Vergangenheit als Katalysator für Europäisierung dienten, sind sie trotz aller Solidaritätsbestrebungen auch ein Vorwand für Renationalisierung. Ein fehlender politischer Wille zur EU-weiten Kooperation, auf Kosten der Grundfreiheiten von Unionsbürger*innen, gefährdet das Schengen-System und damit eines der wichtigsten Merkmale der europäischen Integration. Noch sind das Virus und Schengen nicht besiegt.

Daniela Gschwindt, LL.M. ist Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; daniela.gschwindt@univie.ac.at

55 *Berthelet*, The Schengen zone in the face of coronavirus, *theconversation.com* 29.4.2020, <https://theconversation.com/the-schengen-zone-in-the-face-of-coronavirus-134422> (26.4.2021).

56 Mehr dazu *Wolff/Servent/Piquet*, Framing immobility: Schengen governance in times of pandemics, *Journal of European Integration* 2020; *Guérot*, Perspektiven für Europa und seine Demokratie(n) nach Corona, in *Volkmer/Werner* (Hrsg), *Die Corona Gesellschaft: Analysen zur Lage und Perspektiven für die Zukunft* (2020) 289 (289 ff).