



Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt, Standort Konstanz (im Aufbau)
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

7. Mai 2020

Expertise zu den europarechtlichen Vorgaben für Binnengrenzkontrollen und Freizügigkeitsbeschränkungen

Zusammenfassung

Grenzkontrollen gab es im Schengen-Raum immer wieder einmal. Dass mit Ausnahme eng definierter Personengruppen jedoch Unionsbürger daran gehindert werden, die innereuropäischen Grenzen zu überschreiten, ist historisch ohne Vorbild. Rechtlich betrifft die aktuelle Grenzschießung fundamentale Werte des Binnenmarkts und der Unionsbürgerschaft, denen der Europäische Gerichtshof (EuGH) in zahlreichen Urteilen der letzten Jahrzehnte feinmaschige rechtliche Vorgaben entnahm. Innerhalb der Europäischen Union besteht keine staatliche Entscheidungsfreiheit mehr, wer einreisen darf und wer nicht. Für EU-Bürger gelten hierbei deutlich strengere Regeln als für Drittstaatsangehörige. Die vertraglichen Ausnahmeklauseln zugunsten der „öffentlichen Ordnung“ und der „öffentlichen Gesundheit“ sind im Einklang mit der EuGH-Judikatur grundsätzlich eng auszulegen.

Innerhalb Europas gilt dasselbe wie innerstaatlich: Auf eine außergewöhnliche Krise dürfen die Staaten mit exzeptionellen Maßnahmen antworten. So wird man die EuGH-Urteile zum „Normalfall“ der grenzüberschreitenden Freizügigkeit nicht eins zu eins auf die aktuelle Situation übertragen können. Dennoch ergeben sich aus dem EU-Recht materielle Vorgaben, die die Mitgliedstaaten beachten müssen und die von den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern auch eingeklagt werden könnten. Ebenso wie in den ersten deutschen Gerichtsurteilen zu den Corona-Einschränkungen wird man dem Unionsrecht schrittweise zunehmende Begründungspflichten und Kohärenzanforderungen entnehmen können, je länger die Krise dauert.

Was in der unübersichtlichen Situation im März rechtmäßig war, kann sich in der aktuellen Lage dennoch als rechtswidrig erweisen.

Bis zum 15. Mai ist eine Verlängerung der Grenzkontrollen nach den Verfahrensvorschriften des Schengener Grenzkodex vergleichsweise einfach möglich. Nach diesem Zeitpunkt besteht ein erhöhter Koordinations- und Begründungsbedarf, dem die Bundesregierung im Einzelnen nachkommen müsste. Doch selbst wenn man die Grenzkontrollen länger aufrechterhielte, bedeutete dies nicht, dass die strikten Freizügigkeitsbeschränkungen fortgesetzt werden dürften. Zum einen verlangte die Verhältnismäßigkeit, soweit möglich abgestufte Maßnahmen anzuordnen, etwa an den Landgrenzen nur die Straßen und Bahnhöfe zu kontrollieren. Zum anderen müssten die Ein- und Ausreiseverbote abgeschafft oder deutlich eingeschränkt werden – und zwar insbesondere für Personen, die hiervon besonders betroffen sind. Neben Berufspendlern, für die schon jetzt Ausnahmen greifen, sind dies vor allem Menschen, die im grenznahen Bereich leben oder anderweitig persönliche und familiäre Kontakte über die Binnengrenzen hinweg pflegen. Eindeutig europarechtswidrig wären protektionistisch motivierte Ausnahmen, die die deutsche Wirtschaft dadurch stützen sollen, dass Urlaubstage vorrangig im Inland verbracht werden.

Nach Unionsrecht besitzen die Regierungen gerade in unsicheren Zeiten einen Beurteilungsspielraum. Allerdings verlangt die Rechtsprechung schrittweise ansteigende Begründungslasten und kombiniert vor allem auch Beurteilungsspielräume mit einem inhaltlichen Kohärenzgebot. Ohne sachlichen Grund dürfen externe Einschränkungen nicht deutlich strenger sein als interne Restriktionen. Aus der Sicht des Europarechts muss daher die interne Öffnung zwangsläufig mit einer externen Flexibilisierung einhergehen, soweit die Situation in den Nachbarstaaten der deutschen Lage prinzipiell entspricht. Aus diesem Grund verstieße eine unveränderte Fortsetzung der aktuellen Ein- und Ausreiseverbote bei einer gleichzeitigen internen „Lockerung“ vergleichsweise eindeutig gegen das Kohärenzgebot des Freizügigkeitsrechts und wäre damit als rechtswidrig einzustufen. Das gilt allerdings nur für die Binnengrenzen; an den Außengrenzen darf man strenger sein.

Es steht nicht zu erwarten, dass die Europäische Kommission derzeit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik anstrengen würde, obgleich dies möglich wäre. Auch Klagen betroffener Bürgerinnen und Bürger sind zwar jederzeit zulässig, dürften sich zeitlich jedoch in die Länge ziehen. Dies befreit die Bundesrepublik jedoch nicht von der Verpflichtung, die grundlegenden Binnenmarktregeln zu beachten. Hierbei mag ein abgestimmtes Vorgehen mit den Nachbarländern politisch zweckmäßig sein. Bilaterale Absprachen befreien jedoch nicht von der rechtlichen Verpflichtung, darauf zu achten, dass die interne Öffnung und die externe Flexibilisierung miteinander Schritt halten.

Die nachfolgende Fachexpertise erstellte ich aufgrund eines Gesprächs mit dem Konstanzer Bundestagsabgeordneten Andreas Jung. Sie behandelt die aus Sicht des Verfassers wichtigsten rechtlichen Argumente für folgende Themenfelder:

I. „Grenzkontrollen“ heißt nicht „Grenzschießung“	3
1. Verlängerung der Grenzkontrollen	3
2. Rechtmäßigkeit der Grenzkontrollen	5
II. Beschränkung des Freizügigkeitsrechts	6
1. Die Pandemie als Gesundheitsgefahr	6
2. Beurteilungsspielraum bei der Verhältnismäßigkeit	8
3. Fehlende „Kohärenz“ künftiger Grenzschießungen.....	9
4. Freizügigkeitsrechte verschiedener Personengruppen	10
III. Ausblick.....	13

I. „Grenzkontrollen“ heißt nicht „Grenzschießung“

In der öffentlichen Debatte wird derzeit häufig auf Artikel 25 bis 28 des Schengener Grenzkodex verwiesen, die vorgeben, wann die Mitgliedstaaten die Grenzkontrollen im Schengen-Raum vorübergehend wieder einführen dürfen. Dies stimmt und dennoch ist zu beachten, dass der Grenzkodex nur regelt, wann die Bundesrepublik die Bundespolizei an die Grenzübergangsstellen senden darf. Eine andere Frage ist, wer die Grenzen überschreiten darf. Dies richtet sich für Unionsbürger nach den Freizügigkeitsregeln, die sehr viel älter sind als der Grenzkodex und auch schon zu beachten waren, als es an den Binnengrenzen noch regelmäßige Kontrollen gab. Aus diesem Grund ist es zweckmäßig, gedanklich **zwischen verlängerten Binnengrenzkontrollen und den Ein- und Ausreiseverboten** für deutsche und andere Unionsbürger zu unterscheiden, die derzeit nur einigen wenigen eng definierten Personengruppen erlauben, die Grenze zu überschreiten.¹

1. Verlängerung der Grenzkontrollen

Nach dem Schengener Grenzkodex ist zu unterscheiden zwischen dem Verfahren, das die Staaten beachten müssen, wenn sie die Binnengrenzen vorübergehend wieder kontrollieren möchten, und den inhaltlichen Vorgaben, ob dies erlaubt ist. Aktuell kann sich die Bundesregierung auf das Eilverfahren nach Artikel 28 berufen, das **periodische Verlängerungen von insgesamt bis zu zwei Monaten** erlaubt.² Dieser Zeitraum läuft Mitte Mai aus und damit endet auch die Möglichkeit, die Kontrollen auf Grundlage des Artikels 28 erneut zu verlängern.

¹ Hiervon zu unterscheiden ist die Rechtslage für Drittstaatsangehörige unter Einschluss von Asylbewerbern, die nachfolgend ausgeklammert wird; ich beziehe mich einzig auf Unionsbürger, deren Freizügigkeit die Ausreise aus dem Heimatstaat ebenso umfasst wie die Einreise in andere Mitgliedstaaten.

² Siehe Art. 28 Abs. 4 Verordnung (EU) 2016/399 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) vom 9.3.2016 ([ABl. 2016 L 77/1](#)).

Eine nochmalige Anwendung derselben Norm würde dem Sinn und Zweck der Vorschrift widersprechen.³ Ein Rückgriff auf die Ausnahmeklausel des Artikels 72 AEUV, der für den Grenzkodex – anders als für die Freizügigkeitsregeln – gilt, scheidet aus, soweit die EU-Gesetzgebung das Anliegen abschließend regelt.⁴

Ab Mitte Mai könnte die Bundesregierung **erneute Grenzkontrollen nur noch aufgrund von Artikel 25 bis 27 des Grenzkodex** rechtfertigen. Prozedural fordert dieser, dass die Kommission und das Europäische Parlament vier Wochen im Vorfeld informiert werden, wobei diese Notifikation mit Informationen zu verbinden ist, warum die Grenzkontrollen notwendig erscheinen.⁵ Auf dieser Grundlage erfolgen sodann Konsultationen, in denen die Kommission in die Entscheidungsfindung eingebunden wird, ohne die angekündigten Kontrollen genehmigen zu müssen. Die Kommission kann die Kontrollen nach dem Verfahren des Artikels 27 also nicht verhindern.⁶ Sie könnte allenfalls vor dem EuGH klagen.

Nun wird man in der aktuellen Situation die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit einer kürzeren Frist nutzen können, also die geforderten Informationen nicht schon vier Wochen im Vorfeld senden müssen.⁷ Auch mag es sein, dass die Verpflichtung zur detaillierten Information in den letzten Jahren nicht immer beachtet wurde und man, politisch jedenfalls, auch staatliche Notifikationen akzeptierte, die nur schwer mit den rechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen waren.⁸ All dies ändert jedoch nichts daran, dass bereits ein cursorischer Blick auf die Rechtsnormen zeigt, dass die **Einführung der Binnengrenzkontrollen nicht im freien Ermessen der Mitgliedstaaten** steht. In Urteilen zur sogenannten Schleierfahndung verdeutlichte der EuGH, dass die Mitgliedstaaten rechtswidrig handeln, wenn sie die detaillierten Vorgaben des Schengener Grenzkodex missachten.⁹

Bislang nicht abschließend geklärt ist, was unter „Grenzkontrollen“ zu verstehen ist. Problematisch könnte dies insofern sein, als man staatliche Quarantänevorschriften nach einem

³ Für eine andere Vorschrift des Schengener Grenzkodex hatte die Kommission die erneute Berufung auf dieselbe Vorschrift wegen einer *neuen* Gefahrenlage (etwa: erst Migrationsgeschehen, dann Terrorismus) akzeptiert; vgl. Empfehlung (EU) 2017/1804 der Kommission vom 3. Oktober 2017 zur Durchführung der Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes über die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen im Schengen-Raum ([ABl. 2017 L 259/125](#)), Erwägung 2; Rechtsprechung besteht hierzu freilich nicht; vorliegend liegt jedoch schon keine neue Gefahr vor.

⁴ Dies unterscheidet die Binnengrenzkontrollen von der Debatte über die Zurückweisung von Asylbewerbern, wo ich in extremen Notlagen eine Ausnahme für prinzipiell möglich hielt, die sodann freilich weiteren Grenzziehungen unterliegt; siehe *Kay Hailbronner/Daniel Thym*, Grenzenloses Asylrecht?, [Juristenzeitung 2016, 753 \(761-763\)](#); zum Vorrang der sekundärrechtlichen Regeln gegenüber Artikel 72 AEUV explizit EuGH, *Kommission/Polen u.a.*, C-715/17, C-718/17 & C-719/17, [EU:C:2020:257](#), Rn. 144-153, wo in Rn. 143 zugleich ausgeführt wird, dass Art. 72 AEUV für die Migrationspolitik die Funktion der Ausnahmeklauseln der Grundfreiheiten etwa zu Gunsten der öffentlichen Gesundheit übernimmt, die in Abschnitt II analysiert wird.

⁵ Vgl. Art. 27 Abs. 1 Schengener Grenzkodex.

⁶ Siehe Art. 27 Abs. 4 f. Schengener Grenzkodex.

⁷ Vgl. Art. 27 Abs. 1 Schengener Grenzkodex.

⁸ Im Überblick siehe *Marie De Somer*, Schengen and Internal Border Controls, in: Philippe De Bruycker/Marie De Somer/Jean-Louis De Brouwer (Hrsg.): *From Tampere 20 to Tampere 2.0. Towards a new European Consensus on Migration (EPC, 2019)*, S. 119 (120-122); und *Elsbeth Guild* u.a.: *Internal Border Controls in the Schengen Area: Is Schengen Crisis-Proof?*, [PE 571.356, June 2016](#), S. 38 ff.

⁹ Zur deutsch-französischen Grenze siehe EuGH, A, C-9/16, [EU:C:2017:483](#), insb. Rn. 38-41; grundlegend EuGH, *Melki & Abdeli*, C-188/10 & C-189/10, [EU:C:2010:363](#), Rn. 66-75.

Auslandsaufenthalt als faktische Grenzkontrolle einstufen könnte, die – ähnlich wie eine exzessive Schleierfahndung – die geltenden Regeln unterlaufen, wenn diese eine „gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen“¹⁰ besitzen. Doch selbst wenn man dies verneint, weil es nicht um die Kontrollen der Identität sowie von Einreiserechten geht,¹¹ sind **Quarantänevorschriften rechtlich problematisch**. Sie beschränken die Freizügigkeit und müssen mithin nach den Vorschriften des Binnenmarktrechts gerechtfertigt werden.¹²

2. Rechtmäßigkeit der Grenzkontrollen

Während das Verfahren das „Wie“ der Verlängerung regelt, richtet sich das „Ob“ der Rechtmäßigkeit danach, ob „die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat ernsthaft bedroht (ist).“¹³ Nun werden Kenner des Europarechts einwenden, dass diese Klausel nur auf die **öffentliche Ordnung** und Sicherheit verweist, nicht aber die Gesundheit umfasst, wie dies bei vergleichbaren Ausnahmetatbeständen der Fall ist. Allerdings dürfte dies kein großes Hindernis sein, weil die Standarddefinition der öffentlichen Ordnung in der EuGH-Judikatur darauf verweist, dass „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“¹⁴ Hierunter dürfte eine Pandemie – anders als individuelle Gesundheitsgefahren, die von Personen mit einer ansteckenden Krankheit ausgehen¹⁵ – grundsätzlich fallen.¹⁶

Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Grenzkontrollen unproblematisch verlängert werden könnten. Vielmehr zeigt bereits der Wortlaut des Grenzkodex, dass die Mitgliedstaaten bei der Notifikation „sämtliche sachdienlichen Daten zu den Ereignissen“¹⁷ mitteilen müssen. Notwendig ist eine **Bewertung, „inwieweit mit (den Kontrollen) der Bedrohung ... voraussichtlich angemessen begegnet werden kann und ob die Verhältnismäßigkeit zwischen der Maßnahme und der Bedrohung gewahrt ist.“**¹⁸ Für die Grenzkontrollen gelten insofern die nachfolgenden Ausführungen zur Freizügigkeit entsprechend.

Hierbei kann man durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass Grenzkontrollen weiterhin notwendig sind, weil die Verhältnismäßigkeitsprüfung sich insoweit „nur“ auf die Frage bezieht, ob die Bundespolizei an den Übergängen stehen darf. Damit wäre jedoch nicht zugleich gesagt, dass weiterhin nur sehr wenige Personen über die Grenzen gelassen werden dürfen.

¹⁰ EuGH, *Melki & Abdeli* (Fn. 9), Rn. 74.

¹¹ Innerstaatliche Polizeimaßnahmen müssen sich nach Art. 23 Buchst. a Schengener Grenzkodex von systematischen Personenkontrollen unterscheiden, was angesichts der anderen Struktur von Quarantänevorschriften der Fall sein dürfte; das Problem der Quarantäne ist nicht die „Kontrollähnlichkeit“, sondern die in ihnen liegende Beschränkung der Freizügigkeitsrechte, die der Grenzkodex nicht regelt.

¹² Hierzu Abschnitt II.

¹³ Art. 25 Abs. 1 S. 1 Schengener Grenzkodex.

¹⁴ EuGH, *Bouchereau*, 30/77, [EU:C:1977:172](#), Rn. 33/35.

¹⁵ Letztere rechtfertigt ggfls. eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts, nicht aber die generelle Einführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen.

¹⁶ Ebenso *Stefano Montaldo*, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area*, [European Papers Forum of 25.4.2020](#), S. 5.

¹⁷ Siehe im Detail Art. 27 Abs. 1 UAbs. 1 Schengener Grenzkodex.

¹⁸ Art. 26 Schengener Grenzkodex.

Die Rechtmäßigkeit der Grenzkontrollen ist als abstrakte Rechtsfrage zu trennen von der Legitimität einer jeden Beschränkung des Freizügigkeitsrechts. Hinzu kommt, dass auch Grenzkontrollen nicht notwendig systematisch durchgeführt werden müssen. Ebenso wie in den letzten Jahren gegenüber Österreich könnte auch künftig die **grüne Grenze wieder geöffnet und nur die offiziellen Übergänge kontrolliert werden**. Dies gilt exemplarisch für den Grenzzaun, der derzeit die Nachbarstädte Konstanz und Kreuzlingen trennt und über den zwischenzeitlich selbst die Washington Post berichtete.¹⁹

II. Beschränkung des Freizügigkeitsrechts

Seit den Römischen Verträgen ist der frühere Gemeinsame Markt und heutige Binnenmarkt das Herzstück der europäischen Einigung, den die europäischen Verträge emphatisch als „Raum ohne Binnengrenzen“ definieren, „in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital ... gewährleistet ist.“²⁰ Hierzu gehört neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht. Alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.“²¹ Einzelheiten sind in der **Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG** niedergelegt, die auch Ausnahmenvorschriften enthält.²² Zu diesen gibt es Dutzende an EuGH-Urteilen, die mehrfach auch die deutsche Rechtslage als europarechtswidrig einstufen und denen auch Vorgaben für die aktuelle Situation zu entnehmen sind.²³ Diese betreffen Einreiseverbote für Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten ebenso wie für Ausreise aus dem Heimatstaat, die die Freizügigkeitsrichtlinie explizit gestattet.²⁴

1. Die Pandemie als Gesundheitsgefahr

Artikel 29 der Freizügigkeitsrichtlinie bestimmt ausdrücklich, dass eine Gefahr für die „öffentliche Gesundheit“, die eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts zu rechtfertigen vermag,

¹⁹ Siehe *Rick Noack*, The coronavirus has brought back border barriers in Europe, dividing couples, families and communities, [The Washington Post am 1. Mai 2020](#); zwar ist die Schweiz kein EU-Mitgliedstaat, allerdings gilt der Schengener Grenzkodex aufgrund des Vertrags vom 26.10.2004 ([ABl. 2008 L 53/52](#)); gleiches gilt für die Personenfreizügigkeit aufgrund des Vertrags vom 21.6.1999 ([ABl. 2002 L 114/6](#)), das nur in einigen Punkten schwächer ausgestaltet ist als das Unionsrecht.

²⁰ Art. 26 Abs. 2 AEUV.

²¹ Art. 20 Abs. 2 Buchst. a, Art. 21 AEUV.

²² Siehe Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 29.4.2004 ([ABl. 2004 L 158/77](#)).

²³ Wenn teilweise auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. e Schengener Grenzkodex verwiesen wird, übersieht dies, dass die Norm schon nach der Überschrift nur für Drittstaatsangehörige gilt, während für Unionsbürger nach Art. 3 i.V.m. Art. 2 Nr. 5 Buchst. a Schengener Grenzkodex die Freizügigkeitsregeln greifen; anders jedoch ohne Begründung *Julia Weitensteiner*, Absence Makes the Heart Grow Fonder. Pandemiebedingte Einreisebeschränkungen für nichtdeutsche Lebenspartner*innen, [VerfBlog am 6.5.2020](#); zum notwendigen Abgleich von den Einreiseregeln im Schengenraum und dem Freizügigkeitsrecht siehe EuGH, *MRAX*, C-459/99, [EU:C:2002:461](#), Rn. 60 f. mit Blick auf drittstaatsangehörige Familienmitgliedern von Unionsbürgern.

²⁴ Siehe Art. 4 Abs. 1 RL 2004/38/EG, die insoweit die Grundfreiheiten verstärkt; vgl. EuGH, *Jipa*, C-33/07, [EU:C:2008:396](#), Rn. 18 f.

(nur) bei „**Krankheiten mit epidemischem Potenzial**“ nach Maßgabe der Weltgesundheitsorganisation in Betracht kommt.²⁵ Es dürfte niemand ernsthaft bestreiten wollen, dass dies bei der Corona-Pandemie der Fall ist, zumal sich insofern das epidemische Potenzial bereits realisierte und auch dann fortbesteht, wenn die Infektionszahlen derzeit zurückgehen. Die Bundesrepublik kann sich für die Ein- und Ausreiseverbote derzeit mithin auf die Ausnahmeklausel berufen. Die Betroffenen können gegen solche Verbote klagen, dürfen – anders als Asylbewerber – aber nicht vorläufig einreisen.²⁶

Normalerweise verlangt der EuGH bei Unionsbürgern – anders als bei Drittstaatsangehörigen²⁷ – eine individuelle Gefahrenprognose. Die Mitgliedstaaten müssen in jedem Einzelfall dartun, warum eine konkrete Person eine Gefahr darstellt und daher das Land nicht betreten darf oder nicht verlassen soll. Für die öffentliche Ordnung gibt dies die Freizügigkeitsrichtlinie explizit vor.²⁸ Soweit man dies auf die öffentliche Gesundheit übertrüge, wären die deutschen Maßnahmen eindeutig rechtswidrig.²⁹ Dies wäre allerdings zu einfach. Zum einen verlangt Artikel 29 für Gesundheitsverfahren gerade nicht, dass nur das persönliche Verhalten maßgeblich ist. Zum anderen sprechen systematische Überlegungen dafür, dass „**Krankheiten mit epidemischem Potenzial**“ **durch generalisierte Einschränkungen bekämpft werden dürfen**.³⁰ Dies gilt vor allem dann, wenn eine Epidemie bereits ausbrach.³¹ Verstärkt wird dies dadurch, dass die Europäische Union und die Mitgliedstaaten nach Artikel 35 der Grundrechtecharta auf ein „hohes Gesundheitsschutzniveau“ hinarbeiten.³²

Doch selbst wenn man – entgegen der Vorgaben der EuGH-Judikatur für den „Normalfall“ – aktuell generalisierte Einschränkungen prinzipiell für möglich hält, bedeutet dies keinen Freibrief für die Mitgliedstaaten. Vielmehr ist es ständige EuGH-Rechtsprechung, dass alle Beschränkungen mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** vereinbar sein müssen. Wie wichtig eine konsequente Anwendung dieses Standards ist, bekräftigte jüngst das BVerfG in seinem Urteil zum EZB-Anleiheankaufprogramm, in dem es vom EuGH gegenüber der EZB für Krisenmaßnahmen eine konsequente Verhältnismäßigkeitsprüfung forderte, die jenseits

²⁵ Art. 28 RL 2004/38/EG konkretisiert insoweit die Ausnahmen in Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62, Art. 21 AEUV und verbietet Einreiseverbote wegen einfachen Krankheiten ohne epidemisches Potenzial.

²⁶ Dies ergibt sich aus der letzten Variante des Art. 28 Abs. 4 RL 2004/38/EG.

²⁷ Zu dieser Abstufung bei der Auslegung des an sich identischen Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ siehe *Daniel Thym*, EuGH-Judikatur zum Migrationsrecht aus der Vogelperspektive, [ZAR 2019, 1 \(5 f.\)](#); jüngst bekräftigt von EuGH, *E.P. (Menace pour l'ordre public)*, C-380/18, [EU:C:2019:1071](#), Rn. 31 ff.

²⁸ Siehe Art. 27 Abs. 2 S. 1 RL 2004/38/EG; sowie die etablierte EuGH-Judikatur, exemplarisch in einem Urteil zu Deutschland EuGH, *Orfanopoulos & Olivieri*, C-482/01 & C-493/01, [EU:C:2004:262](#), Rn. 67 f.

²⁹ In diesem Sinn die oberflächliche Analyse von *Sergio Carrera/Ngo Chun 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 No. 2020-04, [April 2020](#), S. 24 f.

³⁰ Dies gilt umso mehr, als der EuGH auch im sonstigen Freizügigkeitsrecht teilweise generalisierte Rechtfertigungen anerkennt; vgl. die Nachweise bei *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 24. Juni 2019 über den Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes, [Ausschuss-Drs. 19\(4\)315 D](#), S. 14-16.

³¹ In diesem Sinn bereits *Daniel Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal (Part I), [EU Immigration and Asylum Law and Policy on 18 March 2020](#).

³² Die Grundfreiheiten können Beschränkungen nach EuGH, *Schmidberger*, C-112/00, [EU:C:2003:333](#), Rn. 74 rechtfertigen, die sodann natürlich noch verhältnismäßig sein müssen, wobei man Prinzipien nach Art. 52 Abs. 5 GRCh wohl jdfils. verstärkend in andere Rechtfertigungsgründe hineinlesen kann.

formaler Erwägungen ausdrücklich auch die jeweiligen ökonomischen, politischen und sozialen Konsequenzen einer Maßnahme berücksichtigt.³³

2. Beurteilungsspielraum bei der Verhältnismäßigkeit

Krisen verlangen schnelle Reaktionen, die häufig auf einer unsicheren Informationsgrundlage beruhen. Es wäre insofern verfehlt, in einer akuten Krisensituation die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach denselben Standards durchzuführen, wie die Gerichte es von den Behörden unter regulären Umständen fordern. Krisenzeiten sind auch aus Rechtsgründen eine Zeit der Exekutive, der insofern ein **Einschätzungsspielraum** zuzubilligen ist. Nichts Anderes gilt für das Unionsrecht, das allgemein bei den Grundfreiheiten kein europaweit einheitliches Schutzniveau vorgibt. Wie man die öffentliche Ordnung oder Gesundheit schützt, kann „von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein“³⁴; die Mitgliedstaaten besitzen beim Gesundheitsschutz einen „Beurteilungsspielraum.“³⁵

Eine Einschätzungsprärogative wird man den Mitgliedstaaten bei der Annahme einer Gesundheitsgefahr ebenso zugestehen müssen wie bei der Verhältnismäßigkeit, soweit es hierbei auf eine **Bewertung von Wirkungszusammenhängen** ankommt, deren Annahme und Wechselspiel unklar sein mag. Erneut ist der Spielraum freilich kein Freibrief. So verlangte der EuGH etwa, dass ein deutsches Rabattverbot für Medikamente, das dem Gesundheitsschutz dienen sollte, „mit Hilfe statistischer Daten, (punktuelle) Daten oder anderer Mittel objektiv (daraufhin zu) prüfen (ist), ob die ... vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung der verfolgten Ziele geeignet sind.“³⁶ Dass man dies auch in Krisenzeiten erwarten kann, zeigt das BVerfG-Urteil zu den EZB-Anleihekäufen während der Eurokrise.

Nun wird man schon aus demokratietheoretischen Gründen nicht verlangen können, dass eine Regierung alle ihre Entscheidungen mit wissenschaftlicher Evidenz belegt, zumal sich die Staaten bei unsicheren Wirkungszusammenhängen nach dem Vorsorgeprinzip für die gesundheitsfreundlichere Maßnahme entscheiden dürfen.³⁷ Allerdings wird man **mit fortschreitender Krisendauer strengere Maßstäbe anwenden** können. Eben dies machten zuletzt auch die deutschen Gerichte, die innerstaatliche Maßnahmen kippten, weil sie zu streng waren oder ähnliche Sachverhalte ungleich behandelten.³⁸

Die Marschroute hatte das BVerfG vorgegeben, als es die Behörden verpflichtete, fortlaufend „zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des

³³ Siehe BVerfG, Urt. v. 5.5.2020, [2 BvR 859/15](#) u.a., insb. Rn. 146 ff. m.w.N. zur EuGH-Rechtsprechung.

³⁴ Ständige Rechtsprechung siehe EuGH, *Van Duyn*, 41/74, EU:C:1974:133, [Slg. 1974, 1337](#), Rn. 18.

³⁵ Exemplarisch EuGH, *I.*, C-348/09, [EU:C:2012:300](#), Rn. 22.

³⁶ EuGH, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15, [EU:C:2016:776](#), Rn. 36.

³⁷ Siehe EuGH, *Kommission/Frankreich*, C-333/08, [EU:C:2010:44](#), Rn. 93; und die Nachweise bei *Aike Würdemann*, *The Corona Crisis and the Overall Imperative of Precaution*, [European Law Blog of 6 April 2020](#).

³⁸ Im letzteren Sinn exemplarisch zu unterschiedlichen Verkaufsflächen der Verwaltungsgerichtshof München, Beschl. v. 27.4.2020, [20 NE 20.793](#).

Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortlich werden kann, das Verbot ... zu lockern.“³⁹ Während das Gericht im April die Ostergottesdienste nicht erlaubte, war im Mai eine Beschwerde gegen Moscheeschließungen im Ramadan erfolgreich.⁴⁰ Ganz in diesem Sinn wird man auch die **Grenzschließungen mit zunehmender Dauer anders bewerten** müssen als noch im März, als nicht nur die tatsächliche Situation eine andere war, sondern auch ein größerer Beurteilungsspielraum bestand. Dies gilt für Ausreiseverbote ebenso wie für Einreisebeschränkungen.⁴¹

3. Fehlende „Kohärenz“ künftiger Grenzschließungen

Aus dem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten folgt ganz konkret, dass die Grundfreiheiten in der Handhabung durch den Gerichtshof, **einem Land nicht generell vorschreiben, wie streng oder großzügig es generell sein darf**. Man kann sich gegen die derzeit noch strenge französische Ausgangssperre nicht mit dem Argument wehren, dass in Schweden ein liberaleres Modell greift. Italienern muss umgekehrt nicht Schweden die Einreise gestatten, während es eigene Staatsangehörige dazu verpflichtet, die eigene Wohnung nur ausnahmsweise zu verlassen. Doch selbst wenn der EuGH die Grundfreiheiten nicht nutzt, um – ähnlich wie bei Grundrechten – eine einheitliche Leitlinie vorzugeben, muss im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung dennoch darauf geachtet werden, dass die Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Sachverhalte vergleichbar behandeln.⁴²

So kombinieren grundlegende EuGH-Urteile den mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielraum mit der Vorgabe, dass Beschränkungen dann rechtswidrig sind, wenn ein Land „gegenüber dem gleichen Verhalten, das von (inländischen Sachverhalten) ausgeht, keine Zwangsmaßnahmen oder andere tatsächliche und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergreift.“⁴³ Der Gerichtshof etablierte mit anderen Worten ein materielles **Kohärenzgebot, wonach inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte gleich zu behandeln sind**, das in der Judikatur zu einem wohletablierten Korrektiv nationaler Beurteilungsspielräume ausgebaut wurde.⁴⁴ Diese Kohärenzvorgabe entspricht der grundlegenden Bedeutung des Diskriminierungsverbots für die europäische Rechtsordnung.⁴⁵ Gemäß den vorstehenden

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020, [1 BvQ 28/20](#), Rn. 14.

⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.4.2020, [1 BvQ 44/20](#), wobei der Beschluss hervorhebt, dass die Entscheidung alle Religionsgemeinschaften gleichermaßen betrifft.

⁴¹ Für erstere mit Blick auf das deutsche Passgesetz ähnlich Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Ausreiseuntersagungen nach § 10 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 3. Alt. Passgesetz zur Eindämmung der Infektionen mit SARS-CoV-2, WD 3 – 3000 – 108/20 v. 30.4.2020, S. 7; neben dem Passgesetz sind zusätzlich die Grundfreiheiten zu prüfen, weil diese gemäß Fn. 24 auch für ausreisende Deutsche gelten und das nationale Recht mit Anwendungsvorrang überlagern.

⁴² Zur Unterscheidung von absoluten Standards aufgrund der Grundrechte und dem insoweit relativen Maßstab der Grundfreiheiten siehe *Thorsten Kingreen*, Grundfreiheiten, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage (Springer, 2009), S. 705 (718 ff).

⁴³ EuGH, *Oulane*, C-215/03, EU:C:2005:95, [Slg. 2005 I-1215](#), Rn. 8; zuvor bereits EuGH, *Adoui*, 115/81 & 116/81, EU:C:1982:183, [Slg. 1982, 1665](#), Rn. 34.

⁴⁴ Grundlegend EuGH, *Gambelli*, C-243/01, [EU:C:2003:597](#), Rn. 67; und EuGH, *Placanica u.a.*, C-338/04 u.a., [EU:C:2007:133](#), Rn. 53.

⁴⁵ Dogmatisch wird Art. 18 AEUV durch die spezielleren Grundfreiheiten verdrängt, die als Beschränkungsverbot nicht nur (aber auch) Diskriminierungen verbieten und über das Kohärenzgebot den Gleichheitsgedanken bei der Rechtfertigung von unterschiedslosen Beschränkungen mittelbar aufgreifen.

Anforderungen sind hierbei erhöhte Anforderungen an die Kohärenz nationaler Regelungen zu stellen, je länger die Krise andauert.

Nun darf der Kohärenzgedanke nicht blind angewandt werden. Selbstverständlich können grenzüberschreitende Sachverhalte anders geregelt werden, wenn es hierfür sachliche Gründe gibt. Hiernach dürfte das **strenge Grenzregime gegenüber Österreich, der Schweiz und Frankreich im März im Wesentlichen europarechtskonform** gewesen sein.⁴⁶ Erstens zeigten seinerzeit statistische Daten und anderweitige Informationen, dass die Infektionszahlen im Elsass sehr hoch waren und das Virus von Personen verbreitet wurde, die aus dem Skiurlaub zurückkehrten. Zweitens besaß die Bundesregierung in der damals unübersichtlichen Situation einen weiten Beurteilungsspielraum. Drittens stand die Grenzschließung am 16. März in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit scharfen innerstaatlichen Restriktionen, die in derselben Woche beschlossen wurden.

In der aktuellen Situation ist dies nicht mehr der Fall, sodass nach meiner festen Überzeugung eine **Fortsetzung der generalisierten Freizügigkeitsbeschränkungen europarechtswidrig** wäre.⁴⁷ Dies gilt selbst dann, wenn man der Bundesregierung weiterhin einen Beurteilungsspielraum zubilligt, der mit zunehmendem Zeitablauf freilich enger wird. So hat sich die Infektionslage in den Nachbarländern an die Situation in den grenznahen Bundesländern angenähert und ist teilweise niedriger. Vor allem jedoch beschloss die Bundesregierung gemeinsam mit den Ministerpräsidenten am 6. April eine nachhaltige „Lockerung“ der innerstaatlichen Restriktion. Wenn in Deutschland die Geschäfte, Restaurants, Hotels, Schulen, Freizeitparks und vereinzelt auch die Freibäder öffnen, ist es inkohärent, wenn gegenüber Nachbarländern in einer insgesamt vergleichbaren Lage weiterhin das Freizügigkeitsrecht nur für einige ausgewählte Personengruppen gelten soll. Europarechtlich muss die interne Öffnung zwangsläufig mit einer externen Flexibilisierung einhergehen.

4. Freizügigkeitsrechte verschiedener Personengruppen

Es ist positiv hervorzuheben, dass die Bundesrepublik **von Anfang an gewisse Ausnahmen von den Ein- und Ausreiseverboten** anerkannte, die Berufspendler ebenso umfassten wie das Studium und den Schulbesuch sowie essenzielle familiäre Gründe.⁴⁸ Gewiss wurden diese Ausnahmen streng gehandhabt, wenn nichtverheiratete Lebenspartner und Eltern ohne Sorgerecht vielfach an der Ein- bzw. Ausreise gehindert wurden und Pendlern vereinzelt sogar der Einkauf des Mittagessens verwehrt wurde, was bei einer juristischen Betrachtung wohl

⁴⁶ Für bestimmte Personengruppen oder Sachverhalte mag man dies anders sehen, soweit etwa die behördliche Praxis nichteheliche Partner trennte oder Pendler in Deutschland nicht einkaufen durften.

⁴⁷ Ähnlich für das nationale Recht, wenn auch mit vorsichtiger Sprachwahl die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 41), S. 7: „zweifelhaft.“

⁴⁸ So die Definition „dringender Gründe“ auf der [Webseite der Bundespolizei](#) (Stand: 7. Mai 2020), die offenbar auf einer innerbehördlichen Weisung beruhen, was in den Anfangstagen akzeptabel war, nach beinahe zwei Monate aber kaum noch als transparente Einschränkung subjektiver Rechte im Einklang mit EuGH, *Kommission/Deutschland*, C-96/95, [EU:C:1997:165](#), Rn. 35; und EuGH, A (Fn. 9), Rn. 14-16 gewertet werden kann; die Ausnahmeregelungen gelten ebenso wie für die Quarantänvorgaben, die nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 der [Muster-VO](#) für Ein- und Rückreisende bei kurzfristigen Übertritten nicht greifen.

als unverhältnismäßiger Exzess gedeutet werden muss. Dennoch zeugen die Ausnahmen von der grundsätzlichen Bereitschaft, die europarechtlich gebotene Abwägung der Gefahrenlage mit den Grundfreiheiten durchzuführen.

Die vorstehenden Einschränkungen gelten wohlgerne bereits seit März 2020 und dürfen nicht dahingehend missverstanden werden, dass es rechtskonform wäre, auch in Zukunft weiterhin nur eng begrenzten Personengruppen den Grenzübertritt zu erlauben. Nichtsdestotrotz zeigt die bisherige Praxis, dass auch **in akuten Gefahrenlagen eine Güterabwägung rechtlich geboten und politisch machbar** ist, die weitgehende Einschränkungen im Innern und Äußeren mit einem Respekt für den „wesentlichen Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ durch berufsbedingte Ein- und Ausreisen verband.⁴⁹ Gleiches gilt für familiäre Interessen, deren Bedeutung der EuGH bei der Güterabwägung mehrfach betonte.⁵⁰ Diese fundamentalen Werte auch während der Hochzeit der Krise anerkannt zu haben, verdient Anerkennung, zumal einige andere Mitgliedsländer, insbesondere in Mittel- und Osteuropa, noch deutlich drastischere Grenzregime etablierten.⁵¹

Künftig reichen punktuelle Ausnahmen freilich nicht mehr aus. Vielmehr entspricht es dem Kohärenzgebot, dass die interne Öffnung grundsätzlich mit einem parallelen Ende der externen Restriktionen einhergehen muss. Wenn dies umfassend passierte, erfolgte eine Gleichbehandlung allein dadurch, dass Unionsbürger, die die Grenzen überschreiten, im jeweiligen Aufenthaltsstaat vollumfänglich an die örtlich jeweils geltenden Einschränkungen gebunden sind. So **praktizieren einige Mitgliedstaaten bis heute keine speziellen Reisebeschränkungen, nur innerstaatliche Maßnahmen**, die sodann für Personen mit und ohne inländischen Wohnsitz gleichermaßen gelten.⁵² Auf diesem Weg kann man die legitimes Sicherheitsinteressen mit einer umfassenden Kohärenz interner und externer Fragen verbinden – ganz ebenso wie in Deutschland die Freizügigkeit nach Artikel 11 des Grundgesetzes derzeit nicht beschränkt wird, obwohl einige Bundesländer deutlich großzügigere Öffnungen vorsehen als andere. Dies ist ein Modell auch für Europa.

Für den Fall, dass die Bundesregierung diesen Weg nicht zu gehen bereit sein sollte und weiterhin nur gruppenbezogene Ausnahmen zulassen möchte, müssen diese, wie dargelegt, deutlich großzügiger ausfallen als bisher, um dem Kohärenzgedanken zu genügen. Rechtlich ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Freizügigkeitsrechte unterschiedlicher Personengruppen in der Güterabwägung ein abgestuftes Gewicht besitzen. Mit Blick auf die **universelle Garantie des Freizügigkeitsrechts** können sich grundsätzlich jedoch alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger darauf berufen, sich frei in der EU zu bewegen und aufzuhalten. Dies

⁴⁹ EuGH, *Bouchereau* (Fn. 14), Rn. 33.

⁵⁰ Exemplarisch EuGH, *Carpenter*, C-60/00, [EU:C:2002:434](#), Rn. 41-44; und EuGH, O & S, C-356/11 & C-357/11, [EU:C:2012:776](#), Rn. 52-59; wobei der EuGH leider etwas konfus die Grundrechte und Grundfreiheiten verbindet, obwohl erstere gemeinhin ein niedrigeres Schutzniveau besitzen.

⁵¹ Siehe die Übersicht bei *Carrera/Chun Luk* (Fn. 29), S. 2-13.

⁵² Siehe die grafische Übersicht interner und externer Beschränkungen des Globalcit-Forschungsprogramms, online unter <https://public.tableau.com/profile/andreas.perret#!/vizhome/MobilityandBorders/MobilityandBorder> (letzter Zugriff am 7.5.2020).

gilt auch für den Tourismus und grenzüberschreitende Einkäufe, die als sogenannte passive Dienstleistungsfreiheit vom EuGH bereits in den 1980er Jahren den Binnenmarktregeln unterstellt wurden.⁵³ Damit gelten für den Tourismus und grenzüberschreitende Einkäufe nicht nur die Urteile zu den Grundfreiheiten in prinzipiell gleicher Weise; auch ökonomisch beruhte der Binnenmarkt immer auf einer Arbeitsteilung, von der die deutsche Volkswirtschaft in den letzten Jahrzehnten immens profitierte.

Die Angst vor einem „Einkaufstourismus“ kann rechtspolitisch nachvollzogen werden, wenn aufgrund abweichender Kontaktbeschränkungen in benachbarten Regionen plötzlich deutlich mehr Ausländer einkaufen als sonst.⁵⁴ In vielen grenznahen Regionen leben die Supermärkte jedoch von der nichtdeutschen Kundschaft. Gleiches gilt umgekehrt auch für den österreichischen Tourismus. Wenn nun weiterhin die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit unterbunden würde, die sich zuvor jahrzehntelang eingespielt hatte, ist dies eine Form von Protektionismus – und der auch rechtspolitisch einer Exportnation wie der Bundesrepublik dauerhaft wohl nicht nutzt. Aussagen oder Grenzregelungen die darauf hinausliefen, dass man in Deutschland seinen Urlaub verbringen solle, um die hiesige Wirtschaft zu stützen, wären rechtswidrig.⁵⁵ Damit ist nicht gesagt, dass **grenzüberschreitende Einkäufe oder Urlaubsaufenthalte** in der Güterabwägung dasselbe Gewicht besitzen wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder familiäre Interessen. Allerdings kann ein kohärenter Politikansatz, der inländische und ausländische Beschränkungen anzugleichen sucht, diese Gesichtspunkte nicht generell ausblenden. Nach der etablierten EuGH-Judikatur ist auch die passive Dienstleistungsfreiheit ein hohes Gut, das den Binnenmarkt auszeichnet.

Eine besondere Lage besteht für grenznahe Regionen, die nach dem Willen des Grundgesetzes transnational zusammenarbeiten sollen⁵⁶ und die in den letzten Jahrzehnten im Bodenseeraum, im bayerisch-österreichischen Grenzgebiet, zwischen Lothringen sowie dem Saarland und Rheinland-Pfalz sowie zwischen dem Elsass und Baden florierete. Die aktuellen Freizügigkeitsbeschränkungen drohen das wirtschaftliche, gesellschaftliche und identifikatorische Fundament zu beschädigen, auf dem diese **grenzüberschreitende regionale Zusammenarbeit** beruht. Gleiches gilt auch für die bilateralen Beziehungen zu Frankreich, wenn sich der symbolische Mehrwert der abgeschafften Binnengrenzkontrollen, der seinerzeit der Hauptgrund für die Schengen-Kooperation war, umkehrt.⁵⁷ Hierbei dürfte es sich vorrangig um politische Argumente handeln, die allerdings die rechtliche Bewertung beeinflussen, wenn man

⁵³ Vgl. EuGH, *Luisi & Carbone*, 286/82 & 26/83, EU:C:1984:35, Rn. 10; zur Einordnung dieses damals sehr wichtigen Wandels siehe *Andrew Evans*, *European Citizenship*, *Modern Law Review* 45 (1982), 497-515.

⁵⁴ Eben dies war Anfang März in Südbaden wohl teilweise der Fall, als Frankreich bereits restriktive Ausgangsregeln beschlossen hatte, Deutschland jedoch noch nicht.

⁵⁵ So erklärte der EuGH früher bereits die damals staatliche Werbung für „Markenqualität aus deutschen Landen“ oder eine „Buy Irish“-Kampagne für rechtswidrig; vgl. EuGH, *Kommission/Deutschland*, C-325/00, [EU:C:2002:633](#); und EuGH, *Kommission/Irland*, 249/81, [EU:C:1982:402](#).

⁵⁶ Vgl. Art. 24 Abs. 1a GG; und

⁵⁷ Zur damaligen Motivationslage siehe *Angela Siebold*, *ZwischenGrenzen*. Die Geschichte des Schengen-Raums aus deutschen, französischen und polnischen Perspektiven (Ferdinand Schöningh, 2013), Kap. 1; allgemein zum symbolischen Gehalt von Grenzen, die kollektive gesellschaftliche Selbstbilder von Gesellschaften mitprägen siehe *Wendy Brown*, *Mauern* (Suhrkamp, 2018), Kap. 4.

den Anliegen von Menschen, die im grenznahen Raum leben, bei der Abwägung ein größeres Gewicht zukommt.⁵⁸ So ist es durchaus denkbar, die generelle Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen für Personen, die im Grenzbereich leben, schneller zu realisieren.⁵⁹ Auch die mögliche Öffnung der „grünen Grenze“ käme faktisch vor allem den Einwohnern der grenznahen Städte und Gemeinden entgegen.⁶⁰ All dies wären allerdings nur kurzfristige Zwischenschritte zur europarechtlich vorgeschriebenen Kohärenz interner und externer Beschränkungen, die derzeit nicht gewährleistet wird.

III. Ausblick

Die Lage bleibt fragil und es ist daher richtig, dass die Bundesregierung vorsichtig handelt. Aus diesem Grund mag es auch zweckmäßig sein, das weitere Vorgehen mit den Nachbarstaaten abzusprechen, um im Geist der loyalen Zusammenarbeit gemeinsam darauf hinzuwirken, dass die fundamentalen Prinzipien des Binnenmarkts und der Unionsbürgerschaft wieder beachtet werden.⁶¹ Auf derartige **bilaterale Absprachen** drängt nicht nur der Rat; auch die Kommission empfiehlt ein kooperatives Vorgehen,⁶² das sicherstellt, dass die aus Sicht des Europarechts zwingende Aufhebung der Freizügigkeitsverbote praktisch funktioniert. Allerdings können weder bilaterale Absprachen noch politische Positionierungen der EU-Organe das Freizügigkeitsrecht ändern.⁶³ Die europäischen Verträge erlauben der Politik eine adäquate Krisenreaktion, solange hierbei innerstaatliche und grenzüberschreitende Sachverhalte vergleichbar behandelt werden.

⁵⁸ In der EuGH-Judikatur ist die Figur des Grenzgängers fest etabliert, auch wenn diesbezügliche Urteile bisher immer nur Arbeitnehmer betrafen; sinngemäß kann man das sonstige Freizügigkeitsrecht von Personen stärker gewichten, die regelmäßig die Grenzen überschreiten.

⁵⁹ Bei den einhergehenden Nachweisprobleme dürfen nach der EuGH-Judikatur nicht bestimmte Dokumente verlangt werden; visa-ähnliche Passierscheine dürfen nicht alternative Nachweisformen ersetzen; vgl. EuGH, *Oulane*, C-215/03, [EU:C:2005:95](#), Rn. 16; und EuGH, *Roux*, C-363/89, [EU:C:1991:41](#), Rn. 53.

⁶⁰ Hierzu bereits Abschnitt I.2.

⁶¹ Vgl. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV.

⁶² Vgl. die Pressemitteilung der kroatischen Ratspräsidentschaft vom [24. März 2020](#); und Commission, COVID-19 Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services, [C\(2020\) 1753](#) v. 16.3.2020, Nr. 25.

⁶³ Dies ist ständige EuGH-Rechtsprechung; vgl. die bilateralen Verträge EuGH, *Matteucci*, 235/87, [EU:C:1988:460](#); und EuGH, *Pringle*, C-370/12, [EU:C:2012:2493](#), Rn. 77 ff.; und für das Organhandeln EuGH, *Vereinigtes Königreich/Rat*, 68/86, [EU:C:1988:85](#), Rn. 24.