



Saar Blueprints

Nadja Guida

Vereinbarkeit deutscher
Einreisebeschränkungen und
Grenzkontrollen anlässlich der Corona-
Pandemie mit dem Unionsrecht

Zum Autor

Nadja Guida hat den Masterstudiengang „*Master's Programm (LL.M.) European and International Law*“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes in Saarbrücken absolviert. Die vorliegende Arbeit ist eine überarbeitete Version ihrer Masterarbeit.

Vorwort

Diese Veröffentlichung ist Teil einer elektronischen Zeitschriftenserie (Saar Blueprints), welche von Jean-Monnet-Saar, einem Lehrstuhlprojekt von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. am Europa-Institut der Universität des Saarlandes herausgegeben wird. Die weiteren Titel der Serie können unter https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67 abgerufen werden.

In den Veröffentlichungen geäußerte Feststellungen und Meinungen sind ausschließlich jene der angegebenen Autoren.

Herausgeber

Lehrstuhl Prof. Dr. Thomas Giegerich
Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50
66041 Saarbrücken
Germany

ISSN

2199-0050 (Saar Blueprints)

Zitierempfehlung

Guida, Nadja, Vereinbarkeit deutscher Einreisebeschränkungen und Grenzkontrollen anlässlich der Corona-Pandemie mit dem Unionsrecht, Saar Blueprints, 12/2022 DE, online verfügbar unter: https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Grenzkontrollen und Einreisebeschränkungen in der COVID-19-Pandemie.....	1
II. Problemstellung und Prüfungsaufbau	3
B. Materiell-rechtliche Überprüfung der Grenzkontrollen und Einreisebeschränkungen am Maßstab des Unionsrechts.....	4
I. Unionsrechtlicher Rahmen.....	4
II. Materiell-rechtliche Überprüfung der Einreisebeschränkungen	5
1. Vereinbarkeit mit der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG)	5
a) Eingriff in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Richtlinie	5
b) Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen nach Maßgabe des Ordre-public- Vorbehalts in Art. 27 FZRL.....	6
aa) Rechtfertigungsgrund: Zum Begriff der Gesundheit	6
bb) Vorliegen einer Diskriminierung	7
(1) Relevanz des Bestehens einer Diskriminierung.....	7
(2) Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung	8
(3) Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung oder Beschränkung.....	8
cc) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung.....	10
(1) Das Schutzgut der Gesundheit und Anforderungen der Freizügigkeitsrichtlinie.....	10
(2) Legitimer Zweck und Geeignetheit der Beschränkungen.....	11
(a) Geeignetheit der Einreisebeschränkungen als solches.....	11
(b) Kohärenz der Maßnahmen	12
(aa) Herleitung	12
(bb) Kohärenz als Pflicht zu koordiniertem mitgliedstaatlichem Handeln? ..	12
(cc) Folgerungen für die Überprüfung nationaler Einreisebeschränkungen 14	
(dd) Kohärenz hinsichtlich innerstaatlicher Maßnahmen in Deutschland ..	14
(ee) Handlungsleitende Parameter.....	16
(ff) Kohärenz bei vergleichbarer Gefährdungslage im In- und Ausland und anzuwendender räumlicher Maßstab	17
(3) Erforderlichkeit	20
(a) Zulässigkeit der Fallgruppenbildung bei der Einteilung von Reisenden ..	20
(b) Wahl des mildesten Mittels (gebietsbezogene Betrachtung).....	21
(4) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021.....	22
(a) Gruppe aller Einreisenden.....	22

(aa)	Grundsatz: Anknüpfung an Einreisen aus Risikogebieten	22
(bb)	Die Pflichten im Einzelnen	23
(b)	Ausnahmen für bestimmte Personengruppen.....	24
(c)	Zwischenergebnis.....	27
c)	Ergebnis zur Überprüfung der Einreisebeschränkungen am Maßstab der Freizügigkeitsrichtlinie.....	27
2.	Überprüfung der Einreisebeschränkungen am Maßstab der Grundfreiheiten	27
a)	Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit	27
b)	Eingriffe in Form von Beschränkungen oder Diskriminierungen	28
c)	Vorliegen einer Diskriminierung oder Beschränkung.....	28
aa)	Unmittelbare Diskriminierung	29
bb)	Vorliegen einer Beschränkung	29
d)	Rechtfertigung	30
aa)	Legitimer Zweck	30
bb)	Geeignetheit	30
cc)	Erforderlichkeit.....	30
(1)	Zulässigkeit einer generalisierenden Betrachtungsweise	30
(2)	Würdigung der Verhältnismäßigkeit der in der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021 normierten Maßnahmen	31
(a)	Ausnahmen von der Anmeldepflicht des § 3 EinreiseVO.....	31
(b)	Ausnahmen von der Absonderungspflicht des § 4 EinreiseVO	32
(c)	Ausnahmen von der Nachweispflicht des § 5 EinreiseVO.....	32
(d)	Bewertung der Sachgerechtigkeit der gewählten Differenzierungen	33
(3)	Anpassung der Beschränkungen im Zeitverlauf am Beispiel der Bundes-Einreiseverordnung vom 30.07.2021	35
(a)	Klassifikation der Gebiete.....	35
(b)	Modifikation der Absonderungs- und Nachweispflichten.....	35
(c)	Ergebnis	36
d)	Ergebnis zur Vereinbarkeit der Einreisebeschränkungen mit Grundfreiheiten	36
III.	Grenzkontrollen.....	37
1.	Begriff der Grenzkontrolle und Abgrenzung zu Begleit- und Folgemaßnahmen.....	37
2.	Zulässigkeit von Grenzkontrollen nach Maßgabe des Grenzkodex	38
a)	Ausnahmsweise Zulässigkeit von Grenzkontrollen nach Art. 28 i.V.m. Art. 26 SGK 38	
b)	Reichweite des Ordre-public-Vorbehalts des Art. 28 SGK	39
c)	Beurteilungsspielraum bei der Ausgestaltung von Maßnahmen.....	41
d)	Verhältnismäßigkeit der konkret durchgeführten Grenzkontrollen	42
e)	Fristwahrung.....	44
3.	Ergebnis zur Unionsrechtsmäßigkeit der Grenzkontrollen	45

C. Fazit und Ausblick.....	45
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	45
II. Gegenwärtige und zukünftige Möglichkeiten der Union zu harmonisierenden Maßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitspolitik.....	46

A. Einleitung

I. Grenzkontrollen und Einreisebeschränkungen in der COVID-19-Pandemie

Mit Beginn der Verbreitung des Coronavirus im Jahre 2020¹ wurden in der gesamten Europäischen Union seitens der einzelnen Mitgliedstaaten Maßnahmen eingeführt, welche es zum Ziel hatten, die weitere Verbreitung des noch unbekanntes Virus zu verhindern und die öffentliche Gesundheit zu schützen. Zu diesen Maßnahmen zählten auch die Einführung von Binnengrenzkontrollen² und Einreisebeschränkungen durch die Mitgliedstaaten.

In Deutschland wurden anlässlich der Ausbreitung des Coronavirus im März 2020 *Grenzkontrollen* unter Berufung auf Art. 28 des Schengener Grenzkodex³, der das Verfahren für sofortiges Handeln regelt, wieder eingeführt⁴ und durch die Bundesregierung gemäß Art. 28 Abs. 2 SGK notifiziert. Die Einführung der Grenzkontrollen galt zunächst bezüglich der Binnengrenzen zu Österreich, Frankreich, Luxemburg und Dänemark⁵ sowie der Grenze zur Schweiz als Drittstaat. Kurz darauf wurden die Kontrollen auf die Luftgrenzen zu Italien und Spanien ausgeweitet sowie auf die Seegrenze zu Dänemark.⁶ Durch weitere Notifizierungen⁷ wurden die Grenzkontrollen zu den genannten Staaten bis zum 16.06.2020 verlängert. Die Grenzkontrollen zielten dabei nicht darauf ab, die Einreise unmöglich zu machen. Vielmehr sollte der grenzüberschreitende Warenverkehr gewährleistet bleiben und auch Berufspendler

¹ *Robert-Koch-Institut*, Beschreibung des bisherigen Ausbruchsgeschehens mit dem neuartigen Coronavirus Sars-Cov-2 in Deutschland, Epidemisches Bulletin 7/2020 vom 13.02.2020, S. 3, URL: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/07_20.pdf?__blob=publicationFile0 (letzter Abruf am 26.7.2022); *Deutsche Welle* vom 23.06.2021, Chronologie: Ausbreitung des Coronavirus in Deutschland, URL: <https://www.dw.com/de/chronologie-ausbreitung-des-coronavirus-in-deutschland/a-58003172> (letzter Abruf am 26.07.2022).

² Member States` notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, URL: <https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2022-07/full%20list%20of%20notifications%2015072022.pdf> (letzter Abruf am 26.07.2022).

³ Verordnung (EU) 2016/399 des europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) ABL L77/1, 23.03.2016.

⁴ *Bundesministeriums des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 15.03.2020: Vorübergehende Grenzkontrollen an den Binnengrenzen zu Österreich, der Schweiz, Frankreich Luxemburg und Dänemark, URL: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/grenzschliessung-corona.html> (letzter Abruf am 26.07.2022).

⁵ Member States` notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code (Fußn. 2), Notifizierung Nr. 133.

⁶ Ebd., Notifizierung Nr. 144.

⁷ Ebd., Notifizierungen Nr. 153, 175, 189, 203, 218.

sollten die Grenzen gegen Vorlage eines entsprechenden Nachweises weiter überqueren dürfen. Ohne einen „triftigen Grund“⁸ sollten dagegen Reisende die Grenzen nicht mehr passieren dürfen. Zur Durchführung der Kontrolle der Landgrenzen wurden ab dem 20.03.2020 Grenzübergangsstellen ausgewiesen, an denen der Grenzübertritt weiterhin möglich war.⁹ Bereits vor dem Auslaufen der Notifizierung dieser Grenzkontrollen im Juni 2020 wurden diese aber wieder gelockert, zudem wurden weitere Gründe als „triftiger Einreisegrund“ angesehen, z.B. Reisen aus familiären Gründen.¹⁰ Im Juni 2020 endeten die Grenzkontrollen zunächst. Sie wurden dann im Februar 2021 zum Teil wieder eingeführt,¹¹ am 14.04.2021 endeten sie wieder.¹²

Als weiteres Instrument des Gesundheitsschutzes wurden Einreisenden durch Verordnung bestimmte Mitteilungs-, Nachweis- und Absonderungspflichten auferlegt, um eine Gefährdung zu reduzieren. Diese an die Einreise anknüpfenden Pflichten werden im Folgenden aufgrund ihrer die Einreise erschwerenden Wirkung im Folgenden als „*Einreisebeschränkungen*“ bezeichnet. Diese wurden zunächst durch die Bundesländer getroffen, wie z.B. durch die Niedersächsische Quarantäneverordnung,¹³ welche Regelungen für die Einreise nach Niedersachsen aus bestimmten (ausländischen) Risikogebieten traf. Seit Januar 2021¹⁴ erließ der Bund Einreiseverordnungen, die ab Mai 2021 (vollständig) die Landesverordnungen ablösten. Überwacht wurden die Einreisebeschränkungen auch nach Fortfall der Grenzkontrollen durch stichprobenartige Kontrollen¹⁵. Im Gegensatz zu den zahlreichen operativen Maß-

⁸ Bundesministeriums des Inneren und für Heimat, Pressemitteilung vom 15.03.2020 (FuBn. 4).

⁹ Bundesministeriums des Inneren und für Heimat, Pressemitteilung vom 19.03.2020: Grenzübertritt nur noch an bestimmten Grenzübergangsstellen, URL: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/festlegung-grenzuebergangsstellen.html> (letzter Abruf 26.07.2022).

¹⁰ Bundesministeriums des Inneren und für Heimat, Pressemitteilung vom 13.05.2020: Seehofer: Infektionslage erlaubt vorsichtige Lockerung der Grenzkontrollen, URL: www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2020/05/pk-grenzkontrollen.html (letzter Abruf am 26.07.2022).

¹¹ Member States` notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code (FuBn. 2), Nr. 261 der Notifizierungen; sie betraf die Land- und Luftgrenzen zu Tschechien und Luftgrenzen zu Österreich.

¹² Member States` notifications (FuBn. 2), Nr. 276 und 286 der Notifizierungen.

¹³ Z.B. sah § 1 der Niedersächsischen Verordnung zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Eindämmung der Corona-Pandemie v. 22.01.2021, Nds. GVBl. S. 16, eine Quarantänepflicht nach Einreise aus einem Risikogebiet vor.

¹⁴ Verordnung zum Schutz vor einreisebedingten Infektionsgefahren in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag (Coronavirus-Einreiseverordnung – CoronaEinreiseV) vom 13.01.2021, BAnz AT 13.01.2021 V1.

¹⁵ *Der Spiegel* vom 02.11.2020, Bundespolizei verstärkt Corona-Kontrollen, URL: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-bundespolizei-verstaerkt-kontrollen-an-grenzen-und-in-zuegen-a-bc404032-7424-4caa-8d0f-816eca8106ca> (letzter Abruf am 26.07.2022); *Redaktionsnetzwerk Deutschland* vom 22.04.2021: Reise über die Grenze: Strenge Kontrollen in Dänemark,

nahmen seitens der Mitgliedstaaten beschränkte sich die Union auf den Erlass von Leitlinien und Empfehlungen.¹⁶

II. Problemstellung und Prüfungsaufbau

Dass Deutschland und andere Mitgliedstaaten auf die neuartige Bedrohungslage zunächst kurzfristig mit strengen Maßnahmen wie einem – wenn auch nicht absoluten – Einreiseverbot reagierten, mag nachvollziehbar sein. Allerdings zeigt bereits der kurze Überblick nicht nur, dass ein ganzes Maßnahmenpaket getroffen wurde, sondern auch – in wechselnder Intensität – über einen langen Zeitraum aufrechterhalten wurde. Im folgenden Hauptteil dieser Untersuchung (B.) werde ich im Anschluss an eine kurze Darlegung des rechtlichen Rahmens (I.) der Frage nachgehen, ob die oben skizzierten Einreisebeschränkungen (II.) sowie Grenzkontrollen (III.) mit dem Unionsrecht vereinbar waren. Die *Einreisebeschränkungen* trafen sowohl Personen bei der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als auch verschiedene Gruppen von Reisenden, die keine wirtschaftlichen Motive hatten. Prüfungsmaßstäbe sind die Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie)¹⁷ (II. 1.) und die Grundfreiheiten (II. 2.). Zu prüfen wird dabei nicht nur sein, ob die staatlichen Maßnahmen angemessen berücksichtigten, welches Interesse die Personen an der Einreise hatten und welche Gefährdungen von ihnen ausgingen. Auch wird zu klären sein, welche Bedeutung den parallel im Inland getroffenen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung für die Rechtfertigung der Einreisebeschränkungen zukam. Im Anschluss daran werden die *Grenzkontrollen* unionsrechtlich am Maßstab des Grenzkodex geprüft, der diese Kontrollen grundsätzlich verbietet (III. 1.). Die Untersuchung wird sich dabei auf die bis zum Juni 2020 notifizierten, umfassenden Grenzkontrollen konzentrieren. Die im Hauptteil gefundenen Erkenntnisse erschöpfen sich dabei nicht in der rechtlichen Würdigung der getroffenen Maßnahmen, sondern können auch als Orientierung für die Ausgestaltung und Bewertung zukünftiger Maßnahmen dienen. Abschließend

freie Fahrt in Deutschland, URL: <https://www.rnd.de/reise/danemark-unterschiedliche-einreisebeschränkungen-anstieg-der-corona-zahlen-in-deutschland-befurchtet-MYTVEYVJRVC5HOUZ6Y2EUHGLGQ.html> (letzter Abruf am 26.07.2022).

¹⁶ Andreas Müller, in: Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 80, S.105, 111, mit Beispielen der Leitlinien und Empfehlungen in Fußn. 30.

¹⁷ Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABL L 158/77, 30.4.2004.

(C.) werden kurz mögliche Ansätze für harmonisierende Maßnahmen in den Blick genommen werden.

B. Materiell-rechtliche Überprüfung der Grenzkontrollen und Einreisebeschränkungen am Maßstab des Unionsrechts

I. Unionsrechtlicher Rahmen

Das Ergreifen operativer Maßnahmen durch Deutschland und andere Mitgliedstaaten entspricht im Ausgangspunkt dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV), wonach von einer Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auszugehen ist, sofern nicht der Union eine Kompetenz für den betreffenden Bereich übertragen wurde (Art. 5 Abs. 2 EUV).¹⁸ Kompetenzen der Union im Bereich der Gesundheit finden sich insb. in Art. 168 AEUV, dessen Abs. 2, 3 und 5 der Union allerdings lediglich Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen¹⁹ für den Bereich der Gesundheit und damit auch des Gesundheitsschutzes übertragen.²⁰ Eine umfassende Kompetenzübertragung sieht Art. 168 AEUV aber nicht vor. Mangels Unionskompetenz (für operative Maßnahmen) bleibt es daher bei der grundsätzlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die ergriffenen Maßnahmen.²¹ Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Mitgliedstaaten beim Gebrauchmachen ihrer Kompetenz primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht beachten müssen. Vorliegend betrifft dies aufgrund der Freizügigkeitsbeschränkungen insbesondere den Schengener Grenzkodex (im Folgenden auch nur als Grenzkodex oder kurz SGK bezeichnet), die Freizügigkeitsrichtlinie, im Folgenden auch kurz als FZRL bezeichnet, und die Grundfreiheiten²². Den darin normierten Anforderungen an Beschränkungen, insb. den ein-

¹⁸ Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist eine primärrechtlich verankerte Anforderung an jedes Unionshandeln (*Georg Lienbacher*, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker et al (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5 EUV Rn. 2).

¹⁹ Diese treten aber nicht an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, Art. 2 Abs. 5 AEUV.

²⁰ Art. 168 Abs. 4 AEUV normiert spezielle Rechtssetzungsbefugnisse im Rahmen der geteilten Zuständigkeit, siehe hierzu *Werner Berg/Steffen Augsburg*, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker et al (Hrsg.), EU-Kommentar Art. 168 AEUV, Rn. 22. Diese sind hier nicht einschlägig.

²¹ Die Mitgliedstaaten sind daher die „Herren der Gesundheitspolitik“ (*Berg/Augsberg* [Fußn. 20], Art. 168 AEUV Rn. 16; *Rudolf Mögele*, Die EU und COVID-19: Befugnisse und Initiativen, in *EuZW* 2020, S. 297.

²² Art. 26-66 AEUV; für Sachverhalte ohne wirtschaftlichen Bezug gilt Art. 21 AEUV.

schlägigen Ordre-public-Vorbehalten, kommt bei der Rechtfertigung des die Freizügigkeit beschränkenden Handelns entscheidende Bedeutung zu.²³

II. Materiell-rechtliche Überprüfung der Einreisebeschränkungen

Im Folgenden werden die in Deutschland geltenden Einreisebeschränkungen auf ihre Unionsrechtskonformität überprüft. Die Prüfung erfolgt zunächst anhand des speziellen, das Primärrecht konkretisierenden sekundären Rechts sowie des primären Rechts selbst. Art. 45 GRCH, welcher im Rahmen der Charta Freizügigkeit garantiert, gewährt gemäß Art. 52 Abs. 2 GRCH keine über die hier primär- und sekundärrechtlich geschützten Rechte und Freiheiten hinausgehenden Rechte. Es erfolgt daher keine gesonderte Prüfung am Maßstab dieses Grundrechts.

1. Vereinbarkeit mit der Freizüigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG)

Die im Folgenden am Maßstab der Freizüigkeitsrichtlinie zu überprüfenden Einreisebeschränkungen schließen alle Maßnahmen ein, welche im Zuge des Verlaufs der Pandemie im Zusammenhang mit der Einreise nach Deutschland getroffen wurden, also insb. Meldepflichten, Testpflichten und Absonderungspflichten sowie Einreiseverbote. Diese Maßnahmen wurden zunächst durch den Bundesminister des Inneren, für Bau und Heimat (im Folgenden: Bundesinnenminister und im weiteren Verlauf durch die Landes- und Bundes-Einreiseverordnungen geregelt. Die Voraussetzungen der Freizüigkeitsrichtlinie gelten dabei nach ihrem Art. 5 Abs. 1 unbeschadet der an den nationalen Grenzen geltenden Vorschriften für Kontrollen von Reisedokumenten. Hinsichtlich der Unionsrechtskonformität der Grenzkontrollen wird daher auf die Ausführungen zum Schengener Grenzkodex (unter B. III.) verwiesen. Hinsichtlich der erfolgten stichprobenartigen Kontrollen ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 FZRL festzustellen, dass diese ebenfalls nicht am Maßstab der Freizüigkeitsrichtlinie geprüft werden; auch insoweit verweise ich auf die Ausführungen zum Grenzkodex.

a) Eingriff in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Richtlinie

Durch die Freizüigkeitsrichtlinie wurden verschiedene Sekundärrechtsakte zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit zusammengefasst und auf nicht

²³ Ordre-public-Vorbehalte finden sich insb. in Art. 45 Abs. 3 und 52 Abs. 1 AEUV für den Bereich des Binnenmarktes und sekundärrechtlich in Art. 25, 28 SGK sowie Art. 27 FZRL.

wirtschaftliche Sachverhalte erstreckt.²⁴ Sie regelt für Unionsbürger, die sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, begeben oder dort aufhalten, sowie für bestimmte Familienangehörige die Bedingungen der Freizügigkeit und des Aufenthalts innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten.²⁵ Sie gestaltet das Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV auf sekundärrechtlicher Ebene aus²⁶ und knüpft die Berufung auf Freizügigkeit nicht an eine wirtschaftliche Betätigung,²⁷ sondern setzt allein die Unionsbürgerschaft voraus.²⁸ Voraussetzung der Einreise in einen Mitgliedstaat ist dann lediglich das Mitführen eines gültigen Reisepasses oder Personalausweises.²⁹ Das Knüpfen der Berechtigung zur Einreise für Angehörige eines Mitgliedstaates an das Vorliegen eines triftigen Grundes sowie die Auferlegung von Maßnahmen durch die Landesverordnungen³⁰ und später durch die bundeseinheitliche Einreiseverordnung³¹, wie z.B. die Meldepflicht mit Übermittlung bestimmter Reisedaten, die Pflicht eines Nachweises über einen negativen Test bei Einreise und die Absonderungspflicht nach Einreise,³² gehen über das Mitführen eines gültigen Reisepasses oder Personalausweises hinaus, das gänzliche Einreiseverbot unterbindet eine Einreise sogar gänzlich. Die genannten Maßnahmen greifen daher sämtlich in das Freizügigkeitsrecht ein.

b) Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen nach Maßgabe des Ordre-public-Vorbehalts in Art. 27 FZRL

aa) Rechtfertigungsgrund: Zum Begriff der Gesundheit

Die Richtlinie lässt es zu, Eingriffe in das Recht auf Freizügigkeit zum Schutz bestimmter Rechtsgüter zu rechtfertigen. Der Ordre-public-Vorbehalt in Art. 27 Abs. 1 FZRL nennt neben der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als Schutzgüter aus-

²⁴ *Winfried Kluth*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar Art. 21 AEUV Rn. 2.

²⁵ Art. 1, 2 und 3 FZRL.

²⁶ *Rudolf Streinz*, Europarecht, S. 415 Rn. 1027; gemäß der Präambel der FZRL wurde diese insb. gestützt auf Art. 18 EGV, den heutigen Art. 21 AEUV.

²⁷ *Streinz* (Fußn. 26), Europarecht, S. 414 Rn. 1027, spricht zutreffend von „Grundfreiheit ohne Markt“.

²⁸ Art. 3 Abs. 1 FZRL.

²⁹ Art. 5 Abs. 1 FZRL.

³⁰ Z.B. die Niedersächsische Verordnung zu Quarantänemaßnahmen, Fußn. 13.

³¹ Siehe zur Rechtsentwicklung die Übersicht des Bundesministeriums für Gesundheit, URL: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/coronavirus-einreiseverordnung-coronaeinreisev.html> (letzter Abruf am 26.07.2022).

³² Eine Absonderungspflicht nach Einreise regelt eher die Bedingungen des Aufenthalts nach bereits erfolgter Einreise innerhalb des Mitgliedstaates, was jedoch gemäß Art. 1a, Art. 6 FZRL auch vom Schutzbereich der allg. Freizügigkeitsrichtlinie erfasst ist, wonach bis auf das Beisichführen eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses in den ersten drei Monaten keine weiteren Bedingungen an den Aufenthalt gestellt werden dürfen.

drücklich auch die Gesundheit. Danach dürfen die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken. Krankheiten, welche eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit darstellen, werden in Art. 29 FZRL näher bestimmt. Danach meint „Krankheit“ eine solche mit epidemischem Potenzial i.S. der einschlägigen Rechtsinstrumente der WHO sowie sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten. Die Einschätzung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 (im Folgenden: Coronavirus) als Pandemie erfolgte durch die WHO im März 2020.³³ Die Verbreitung des Coronavirus ist somit als Gesundheitsgefahr i.S.d. Art. 27 FZRL anzusehen.

bb) Vorliegen einer Diskriminierung

(1) Relevanz des Bestehens einer Diskriminierung

Fraglich ist, ob die Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbots anhand des Art. 18 AEUV durch die Einschlägigkeit der Freizügigkeitsrichtlinie eröffnet wird³⁴ oder ob diese selbst das Diskriminierungsverbot konkretisiert,³⁵ sodass sich die Prüfung auf die Vorgaben des Art. 29 FZRL beschränkt, wonach im Hinblick auf den Gesundheitsschutz (lediglich) vorausgesetzt wird, dass gegen dort genannte Krankheiten Maßnahmen zum Schutz der Staatsangehörigen getroffen werden. Im zuletzt genannten Fall wäre die Prüfung nach dem Wortlaut des Art. 29 FZRL auf eine Überprüfung der Kohärenz beschränkt und eine Ungleichbehandlung erlaubt, solange ein Staat Maßnahmen zum Schutze der eigenen Staatsangehörigen trifft.³⁶ Es erscheint allerdings vorzugswürdig, aufgrund der Nähe zu Art. 21 AEUV eine Prüfung der Diskriminierung am Maßstab des Art. 18 AEUV durchzuführen. Zudem kann sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs jeder Unionsbürger in allen Situationen, die in

³³ Bereits am 11.03.2020 erachtete die WHO COVID-19 als Pandemie, Listings of WHO response to COVID-19, URL: <https://www.who.int/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline> (letzter Abruf am 27.07.2022). Bei einer Epidemie breitet sich eine Krankheit schnell regional aus und führt zu einer überdurchschnittlich großen Zahl von Erkrankten, bei einer Pandemie erfolgt diese Ausbreitung global (URL: <https://www.drk.de/hilfe-weltweit/wann-wir-helfen/katastrophe/epidemien-pandemien/#c66233>; letzter Abruf am 27.7.2022).

³⁴ So wohl *Streinz* (Fußn. 26), S. 324 Rn. 832 und S. 415 Rn. 1028 f. unter Bezugnahme auf Art. 21 AEUV, welcher durch die FZRL konkretisiert wird.

³⁵ In diesem Sinne wohl unter Bezug auf Art. 29 FZRL *Reinhard Klaushofer et al*, ZÖR 2020, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung des COVID-19-Virus, S. 649, 674.

³⁶ Art. 24 FZRL kann vorliegend nicht herangezogen werden, da dieser nur Fälle erfasst, in denen sich die Person bereits im Aufnahmemitgliedstaat aufhält.

den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, auf Art. 18 AEUV berufen. Dieser verbietet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, wobei zu diesen Situationen auch die Ausübung der durch Art. 21 AEUV verliehenen Freiheit gehört, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten.³⁷ Die Beschränkung der Prüfung auf die Voraussetzungen des Art. 29 FZRL würde hingegen viele Aspekte einer möglichen Diskriminierung ausklammern. Im Folgenden erfolgt daher die Prüfung am Maßstab des Art. 18 AEUV.

(2) Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn als Anknüpfungskriterium für eine Beschränkung die Staatsangehörigkeit der betroffenen Person herangezogen wird (Art. 18 Abs. 1 AEUV). In Fällen eines Einreiseverbots, sei es, dass es zu Beginn der Pandemie an einem „triftigen Reisegrund“³⁸ fehlte, oder dass Voraussetzungen der bundesweiten Einreiseverordnung wie bspw. das Verfügen über einen erforderlichen Testnachweis³⁹ nicht erfüllt wurden, ist eine unmittelbare Diskriminierung anzunehmen. Zu beachten ist hier jedoch der in Art. 3 Abs. 2 4. ZPEMRK bekräftigte völkerrechtliche Grundsatz, wonach nur dem Ausländer die Einreise verweigert werden darf, nicht aber dem eigenen Staatsangehörigen. Diesbezüglich hat der EuGH festgestellt, dass das Unionsrecht diesen Grundsatz berücksichtigen wird.⁴⁰ Gemäß dieser Rechtsprechung dürfen daher Mitgliedstaaten gegenüber den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, die sie gegenüber ihren eigenen Staatsangehörigen nicht anwenden könnten.⁴¹ Die Diskriminierung muss daher als gerechtfertigt angesehen werden. Diese Konstellation muss dann jedoch im Hinblick auf den Gedanken der Kohärenz zu einer ähnlich wirkenden Maßnahme gegenüber dem eigenen Staatsangehörigen führen, bspw. einer Quarantänepflicht.⁴²

(3) Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung oder Beschränkung

Die Beantwortung der Frage, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, hängt davon ab, an welches Kriterium die Maßnahme angeknüpft und welche Personen durch diese Anknüpfung betroffen sind. Anknüpfungspunkt der genannten Einreisebe-

³⁷ EuGH, Urteil vom 13.04.2010, Rs. C- 73/08, Rn. 31 m.w.N.

³⁸ *Bundesministerium des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 15.03.2020 (Fußn. 4).

³⁹ § 5 Abs. Nr. 2 S. 3 der Coronavirus-Einreiseverordnung des Bundes vom 12.05.2021.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 05.05.2011, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, Rn. 29.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 04.12.1974, Rs. 41/74 – van Duyn, Rn. 21, 23; EuGH, Urteil vom 26.11.2002, Rs. C-100/01, Rn. 40.

⁴² Siehe dazu sogleich cc) (2) (b)).

schränkungen ist die Einreise aus einem anderen Mitgliedstaat. Hierin könnte eine mittelbare Diskriminierung liegen, wenn der Anknüpfungspunkt die gleiche Wirkung entfaltet wie das Kriterium der Staatsangehörigkeit.⁴³ Dass auch Staatsangehörige des eigenen Mitgliedstaates betroffen sind, schließt eine Diskriminierung dabei nicht aus.⁴⁴ Bei der Bewertung des Anknüpfungspunkts sind ein quantitativer oder ein inhaltlicher Ansatz denkbar. Eine eher inhaltliche Bewertung stellt darauf ab, ob der betreffende Anknüpfungspunkt typischerweise von Ausländern erfüllt wird; dagegen wird bei einem quantitativen Ansatz danach gefragt, ob eine mehrheitliche Betroffenheit von Angehörigen aus einem anderen Mitgliedstaat vorliegt.⁴⁵ Der EuGH stellt in seiner Rechtsprechung teilweise zumindest auch auf quantitative Merkmale ab,⁴⁶ hat in jüngster Zeit dagegen aber auch ausschließlich auf den Inhalt der Regelung abstellt, indem er fragt, ob diese sich „ihrem Wesen nach“ eher auf Angehörige aus anderen Staaten auswirkt, als auf Inländer.⁴⁷

Folgte man einem (rein) quantitativen Ansatz, so wäre es kaum möglich, verlässlich festzustellen, ob das Merkmal des Grenzübertritts (Einreise) mehrheitlich Ausländer betrifft oder nicht: Gibt es mehr Urlaubsrückkehrer oder mehr Ausländer, welche in Deutschland ihren Urlaub verbringen wollen? Müssen Transitreisende berücksichtigt werden? Sind saisonale Besonderheiten zu berücksichtigen?

Vorzugswürdig ist daher ein inhaltlicher Ansatz, wobei mit *A. Epiney*⁴⁸ davon auszugehen ist, dass Personen einer bestimmten Staatsangehörigkeit das Kriterium grundsätzlich leichter erfüllen können, wenn dieses einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat herstellt. Dies ist etwa bei Anknüpfungskriterien wie dem Wohn- oder Ausbildungsort in einem bestimmten Mitgliedstaat der Fall,⁴⁹ wobei es genügt, wenn diese Wirkung eintreten kann.⁵⁰ Im Gegensatz dazu liegt bei der Einreise aus einem bestimmten Mitgliedstaat der Schwerpunkt der Regelung nicht auf dem Bezug zu einem Mitgliedstaat, auch wenn dieser formaler Anknüpfungspunkt der Einreisebeschränkungen ist, sondern auf der Tatsache, dass eine Reise angetreten wurde

⁴³ *Michael Holoubek*, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker et al (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 7.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 16.01.2003, Rs. C-388/01, Rn. 13 f.

⁴⁵ Siehe hierzu die Nachweise bei *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 13.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 30.05.1989, Rs. 33/88 – Allue, Rn. 12.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 13.04.2010, Rs. C-73/08, Rn. 46.

⁴⁸ *Epiney* (Fußn. 45), Art. 18 AEUV Rn. 13.

⁴⁹ Siehe hierzu die Nachweise bei *Epiney* (Fußn. 45), Art. 18 AEUV Rn. 13.

⁵⁰ *Ulrich Forsthoff*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, Art. 45 AEUV Rn. 253 m.w.N.

bzw. beendet wird. Dieses „Mobilitätskriterium“, welches den (Wesens-)Kern der Regelung ausmacht, ist aber nicht leichter von Ausländern als von Inländern zu erfüllen, sondern davon unabhängig – Reisetätigkeit können Aus- und Inländer gleichermaßen ausüben und tun das regelmäßig auch. Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher nicht von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen.⁵¹

cc) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung

(1) Das Schutzgut der Gesundheit und Anforderungen der Freizügigkeitsrichtlinie

Die Freizügigkeitsrichtlinie konkretisiert die Ordre-public-Vorbehalte der Grundfreiheiten.⁵² In ihrer Präambel nimmt sie Bezug auf die Art. 40, 44 und 52 EGV (heute 46, 50 und 59 AEUV), sodass die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung des EuGH, wonach dem Leben und der Gesundheit der höchste Rang gebühren,⁵³ zu berücksichtigen ist. Dabei räumt der EuGH hinsichtlich des Schutzes der Gesundheit den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen großen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum ein, wonach die Mitgliedstaaten selbst über das Niveau des Gesundheitsschutzes entscheiden und darüber, auf welche Weise es erreicht werden soll.⁵⁴ Dieser Wertungsspielraum führt zwangsläufig dazu, dass es zu Unterschieden zwischen den in den einzelnen Mitgliedstaaten zulässigerweise ergriffenen Maßnahmen kommt. Er wird durch Art. 168 Abs. 1 AEUV und Art. 35 GRCH bekräftigt.⁵⁵ Zieht man nun die Freizügigkeitsrichtlinie heran, so fällt auf, dass deren Art. 27 Abs. 2 nur die Schutzgründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterwirft, der Begriff der öffentlichen Gesundheit findet dagegen keine ausdrückliche Erwähnung. Nach dem Wortlaut des Art. 27 Abs. 2 FZRL findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz somit bei der Bewertung von Eingriffen zum Schutze der Gesundheit keine Anwendung. Als allgemeiner unionsrechtlicher Grundsatz ist das Prinzip der

⁵¹ Doch selbst wenn man aufgrund der Anknüpfung der Einreisebeschränkungen an den Ausreisestaat von einer mittelbaren Diskriminierung ausginge, könnte auch diese grds. aus Gründen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden (vgl. EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C- 29/95, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 16.1.2003, Rs. C-388/01, Rn. 21). Auch in diesem Fall müssten die Wahrung des öffentlichen Interesses und die Diskriminierung in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht worden sein (vgl. EuGH, Urteil vom 25.01.2011, Rs. C-382/08, Rn. 35).

⁵² *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar Art. 45 AEUV Rn. 97 (bzgl. der RL 2004/38/EG); *Jürgen Bröhmer*, a.a.O., Art. 52 AEUV Rn. 3 (bzgl. der vorangehenden RL 64/221/EWG).

⁵³ EuGH, Urteil vom 21.06.2012, Rs. C-84/11, ECLI:EU:C2012:374, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 21.09.2017, Rs. C-125/16, ECLI:EU:C:2017:707, Rn. 60.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 11.09.2008, Rs. C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492, Rn. 46.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 05.12.2013, Rs. C-159-C-101/12, ECLI:EU:C2013:791, Rn. 41.

Verhältnismäßigkeit jedoch auch hier zu beachten,⁵⁶ sodass auch im Rahmen der Freizügigkeitsrichtlinie ein Eingriff geeignet und erforderlich⁵⁷ sein muss und in einem angemessenen Verhältnis zum durch die Maßnahme verfolgten legitimen Zweck stehen muss.⁵⁸ Zudem ist die Kohärenz als Teil der Geeignetheit auch hier zu prüfen.⁵⁹ Der Verzicht auf eine ausdrückliche Nennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann aber dahingehend verstanden werden, dass der Unterschied im Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten im Vergleich zu Eingriffen aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betont werden soll.

(2) Legitimer Zweck und Geeignetheit der Beschränkungen

(a) Geeignetheit der Einreisebeschränkungen als solches

Die zu prüfenden Maßnahmen müssen zunächst geeignet sein, das durch sie verfolgte Ziel des Gesundheitsschutzes⁶⁰ zu erreichen. Bzgl. des Einschätzungsspielraums der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Geeignetheit sind die obigen Ausführungen zum Wertungsspielraum zu beachten. Die an die Einreise anknüpfenden Maßnahmen dienen zum einen der Erkenntnisgewinnung bzgl. des Gesundheitszustands, insb. des Übertragungs- oder Infektionsrisikos, das von einer Person ausgeht (Testpflicht, Nachweis über Gesundheitsstatus), der Kontaktverfolgung (Meldepflichten) und der Kontaktvermeidung bzw. -reduzierung (Absonderungspflichten, Einreiseverbote). Sämtliche Maßnahmen sind, auch nach Einschätzung des Robert-Koch-Instituts als zentraler Einrichtung der Bundesregierung auf dem Gebiet der Krankheitsüberwachung und -prävention, *grundsätzlich geeignet*, um einer Verbreitung des Virus entgegenzuwirken und dienen somit dem Gesundheitsschutz.⁶¹ Von einer

⁵⁶ Art. 52 der GRCH verlangt die Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei Einschränkungen der Freiheiten; auf die Charta bezieht sich auch die FZRL ausdrücklich in Erwägungsgrund Nr. 31, siehe hierzu auch *Ulrich Becker*, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker et al (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 36 AEUV Rn. 64. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist tragender Grundsatz des Unionsrechts, welcher seine Bedeutung im Rahmen der unionsrechtlichen Grundrechte und auch in allen Grundfreiheiten entfaltet.

⁵⁷ *Streinz* (Fußn. 26), S. 340 Rn. 877.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 19.03.2002, Rs. C-224/00, ECLI:EU:C:2002:1856, Rn. 20.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 10.03.2009, Rs. C-169/09 – Hartlauer, Rn. 55.

⁶⁰ Art. 27 Abs. 1 FZRL nennt die Gesundheit als Rechtfertigungsgrund staatlicher Maßnahmen ausdrücklich. Als Teil des öffentlichen Interesses ist sie ebenso Rechtfertigungsgrund hinsichtlich einer evtl. mittelbaren Diskriminierung.

⁶¹ *Robert-Koch-Institut*, Nationaler Pandemieplan (Teil I) vom 02.03.2017, URL: https://www.gmkonline.de/documents/pandemieplan_teil-i_1510042222_1585228735.pdf (letzter Abruf 26.07.2022). Danach zählt zu den infektionshygienischen Maßnahmen u.a. das Erkennen und Melden der pandemischen Krankheit, Testungen und kontaktreduzierende Maßnahmen sowie Absonderungsmaßnahmen (Ziff. 4.1 ff.).

grundsätzlichen Geeignetheit ist somit – vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen zur Kohärenz – auszugehen.

(b) Kohärenz der Maßnahmen

(aa) Herleitung

Nach der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten ist eine mitgliedstaatliche Maßnahme nur dann geeignet, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu erreichen, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematische Weise zu erreichen.⁶² Die Relevanz dieses Grundsatzes auch für die Anwendung der Freizügigkeitsrichtlinie folgt – wie auch bei der Rechtsprechung bzgl. des Wertungsspielraums – zum einen aus der Bezugnahme der Präambel der Freizügigkeitsrichtlinie auf Art. 40, 44 und 52 EGV. Außerdem greift Art. 29 FZRL auch selbst den Gedanken der Kohärenz auf, indem beschränkende Maßnahmen zum Zwecke der Bekämpfung von Krankheiten, also zum Zwecke des Gesundheitsschutzes, nur unter der Voraussetzung getroffen werden dürfen, dass gegen diese Krankheiten Maßnahmen zum Schutz der eigenen Staatsangehörigen getroffen werden.⁶³ Schließlich folgt das Erfordernis kohärenten Verhaltens aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 2 EUV), denn es wäre rechtsmissbräuchlich, wenn sich ein Mitgliedstaat auf den Schutz eines Gutes beriefe, sich jedoch tatsächlich gar nicht im Ganzen – namentlich gegenüber Inländern – konsequent um den Schutz dieses Gutes bemühte.⁶⁴

(bb) Kohärenz als Pflicht zu koordiniertem mitgliedstaatlichem Handeln?

Es ist zu erwägen, dass bei einer Pandemie das Treffen unkoordinierter Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund der gesetzlichen Vorgaben des Unionsrechts stets als *inkohärent* (und ineffektiv) gewertet werden muss und somit per se unverhältnismäßig ist.⁶⁵ So ist es – insbesondere mit Blick auf die wirtschaftlichen und gesamtgesellschaftlichen engen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten

⁶² EuGH, Urteil vom 10.03.2009, Rs. C-169/09 – Hartlauer, Rn. 55; EuGH, Urteil vom 06.11.2003, Rs. C-243/01 – Gambelli, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 67.

⁶³ Dabei ist Art. 29 FZRL so zu verstehen, dass die „beschränkenden Maßnahmen“ nicht zugleich die „Maßnahmen zum Schutze der Staatsangehörigen des Aufnahmestaates“ sind, sondern dass es sich um unterschiedliche Arten von Maßnahmen handelt. Die Formulierung ist so zu verstehen, dass „gegen diese Krankheiten *auch* Maßnahmen gegen die Staatsangehörigen getroffen werden“ müssen (so wohl auch *Klaushofer et al* (Fußn. 35), S. 649, 677.

⁶⁴ Nach der Einordnung von *Ulrike Schuster*, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, S. 74, ist hier das Kohärenzprinzip als Wertungskohärenz zu verstehen, verlangt wird also die Stimmigkeit einer Maßnahme in sich.

⁶⁵ *Christian Calliess*, Braucht die Europäische Union eine Kompetenz zur (Corona-) Pandemiebekämpfung?, NVWZ 2021, S. 505, 506.

bzw. ihren Einwohnern – naheliegend, dass sich eine instabile Situation in einem Mitgliedstaat schnell auf andere Mitgliedstaaten auswirkt. Bei einer grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahr, so wird erwogen, könnte die Wirkung von Schutzmaßnahmen gerade durch koordiniertes Handeln maximiert werden.⁶⁶ Jedoch würde bei einer solchen Auslegung des Merkmals der Kohärenz über den Umweg der Verhältnismäßigkeitsprüfung die vertragliche Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten in Frage gestellt bzw. geändert: Die Primärzuständigkeit für den Bereich der Gesundheit liegt bei jedem einzelnen Mitgliedstaat. Auch wenn sich aus einer Pflicht zu einem abgestimmten Verhalten keine *formale* Kompetenzzuweisung an die Union ergäbe, so wäre der verbleibende Spielraum der Mitgliedstaaten doch ganz erheblich reduziert. Denn außerhalb und entgegen der primärrechtlichen Regelungsstrukturen zu den Kompetenzverteilungen würde eine dritte Kompetenz-Ebene geschaffen, in welcher die Entscheidungskompetenz zwar nicht direkt bei der Union läge, diese aber angesichts eines Konsenszwangs der Mitgliedstaaten untereinander zwangsläufig Koordinierungsfunktionen übernehmen würde und so die Einzelkompetenz der Mitgliedstaaten zumindest *de facto* übergehen könnte. Konsequenterweise verlangt Kohärenz – im Einklang mit der Primärverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten⁶⁷ – daher kein einheitliches Verhalten der Mitgliedstaaten. Das Bestehen einer Kohärenz ist vielmehr allein anhand des jeweiligen Schutzniveaus zu beurteilen, welches der einzelne Mitgliedstaat anstrebt.⁶⁸

Der den Mitgliedstaaten eingeräumte weite Einschätzungsspielraum hinsichtlich des Schutzniveaus bezieht sich dabei nicht nur auf die Überprüfung der Maßnahme anhand unionalen Rechts, sondern *auch in Abgrenzung* zu den jeweiligen Einschätzungen anderer Mitgliedstaaten sowohl hinsichtlich der Einschätzung der Bedrohungslage für die Gesundheit als auch hinsichtlich der Wahl der Schutzmaßnahmen. Dies wäre nicht möglich, würde man ein abgestimmtes Verhalten verlangen. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Umstände, welche zur Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Gesundheit führen, von Land zu Land und im zeitlichen

⁶⁶ So auch die *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion: Die Resilienz der EU gegenüber grenzüberschreitenden gesundheitsgefahren stärken, COM (2020) 724, S.1.

⁶⁷ *Daniel Thym/Jonas Bornemann*, Binnenmarktrechtliche Grundlagen des Infektions- und Gesundheitsschutzrechts, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, S. 65, 79.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 08.09.2009, C- 42/07 – *liga portuguesa*, Rn. 58 f.

Wechsel unterschiedlich sind,⁶⁹ weshalb ein fortdauernder komplexer Abstimmungsprozess erforderlich wäre, zumal wenn es sich um eine neue und daher unerforschte Situation handelt, die von den Regierungen der Mitgliedstaaten auch angesichts der unterschiedlichen sozialen und ökonomischen Bedingungen im Land nicht einheitlich beurteilt wird.

(cc) Folgerungen für die Überprüfung nationaler Einreisebeschränkungen

Es bleibt damit festzuhalten, dass sich auch bei einer grenzüberschreitenden Pandemie aus dem Gesichtspunkt der Kohärenz kein Zwang zu abgestimmtem Handeln der Mitgliedstaaten ergibt. Bei der Überprüfung dieses Verhältnismäßigkeitskriteriums ist zu beachten, dass den Mitgliedstaaten ein erheblicher Einschätzungsspielraum zukommt. Allerdings müssen die Maßnahmen der Mitgliedstaaten und damit auch Deutschlands zum Schutz vor der Verbreitung des Corona-Virus für sich betrachtet kohärent und systematisch sein, d.h. die (grenzüberschreitende) Freizügigkeit muss hinsichtlich der Intensität der beschränkenden Regelungen ähnlich behandelt werden wie vergleichbare innerstaatliche Sachverhalte.⁷⁰ Inkohärentes Verhalten läge somit vor, wenn Einreisebeschränkungen eines Mitgliedstaates zwar geeignet wären, die Verbreitung des Virus im Einreise-Mitgliedstaat zu mindern, dieser aber gleichzeitig solche Maßnahmen trifft bzw. unterlässt, die dazu führen, dass das angestrebte Ziel nicht erreicht wird,⁷¹ etwa indem innerstaatlich geringere Beschränkungen bei gleicher Gefahrenlage gelten. Das Einreiseregime Deutschlands muss somit hinsichtlich der Eingriffsintensität der Maßnahmen und auch hinsichtlich der Parameter, welche zur Bewertung der Gefahrensituation herangezogen werden, mit den innerstaatlichen Reglementierungen im Wesentlichen übereinstimmen.⁷²

(dd) Kohärenz hinsichtlich innerstaatlicher Maßnahmen in Deutschland

Parallel zu den genannten Einreisebeschränkungen galten in Deutschland auch innerstaatlich zahlreiche und teils sehr einschneidende Einschränkungen zur Vermeidung der Verbreitung des Virus, und zwar auch schon vor Wiedereinführung der

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 04.12.1974, Rs. C-41/74, Rn. 4, 18, 19, hinsichtlich des Schutzguts der öffentlichen Ordnung. Diese Einschätzung gilt auch hinsichtlich des Schutzguts der Gesundheit und erst recht im Hinblick auf die wellenförmige Entwicklung der Pandemie.

⁷⁰ *Thym/Bornemann* (Fußn. 67), S. 65, 79 Rn. 38.

⁷¹ *Klaushofer et al* (Fußn. 35), S. 649, 675.

⁷² Vgl. insoweit auch die Rspr. des EuGH zum Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung in EuGH, Urteil vom 18.03.1982, Rs. 116/81 – Adoui, Rn. 8.

Grenzkontrollen am 15.03.2020.⁷³ So schlug der Krisenstab des Bundes bereits im Februar 2020⁷⁴ zum Schutz vor der Verbreitung des Coronavirus Hygieneauflagen bei Großveranstaltungen vor. Ab März 2020 wurden bei regelmäßigen Treffen von Vertretern der Bundesregierung mit den Ministerpräsidenten und -präsidentinnen der Länder Leitlinien vereinbart, nach denen in den jeweiligen Bundesländern Maßnahmen zur Vermeidung der Verbreitung des Coronavirus getroffen werden sollten.⁷⁵ Die Bundesländer orientierten sich an diesen Beschlüssen. Das Beispiel Niedersachsens⁷⁶ zeigt, dass auf Empfehlung der „Ministerpräsidentenrunde“ u.a. Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen geschlossen wurden, ebenso kam es zu Schließungen von Kultureinrichtungen und Spielplätzen, später auch von Gastronomiebetrieben. Ende März 2020 wurden soziale Kontakte beschränkt. Orientiert am Verlauf des Infektionsgeschehens⁷⁷ wurden diese Maßnahmen wieder gelockert und im Winter 2020/21 im Hinblick auf die steigenden Infektionszahlen innerhalb Deutschlands wiederum drastisch verschärft, wobei es im Dezember 2020 zu einem „harten Lockdown“⁷⁸ kam. Mit Abfallen der Inzidenzwerte bis Mitte des Jahres 2021 kam es dann wiederum zu deutlichen Erleichterungen.⁷⁹ Dies erfolgte im späteren Verlauf der Pandemie differenziert nach den in den jeweiligen Landkreisen und kreisfreien Städten herrschenden Inzidenzwerten.⁸⁰ Insgesamt betrachtet herrschten somit auch in-

⁷³ Bereits im Februar 2020 gab es erste Quarantäneanordnungen, siehe hierzu *Bundesministerium der Gesundheit*, Chronik: Coronavirus-Pandemie: Was geschah wann?, URL: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html> (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁷⁴ *Bundesministerium der Gesundheit*, Krisenstab des BMI und BMG beschließt Maßnahmen zur Gesundheitssicherheit gegen Corona-Infektionen, URL: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/2020/1-quartal/krisenstab-bmg-bmi.html> (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁷⁵ *Bundesregierung*, Corona-Regelungen: Basis-Schutz und Hotspot-Maßnahmen, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regeln-und-einschrankungen-1734724> (letzter Abruf am 26.7.2022).

⁷⁶ *Landeshauptstadt Hannover*, Chronik: Corona-Verordnungen März 2020 bis März 2021, URL: <https://www.hannover.de/Service/Presse-Medien/Hannover.de/Aktuelles/Service-2020/Chronik-Corona-Verordnungen-M%C3%A4rz-2020-bis-M%C3%A4rz-2021> (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁷⁷ *Robert-Koch-Institut*, Aktuelle Situationsberichte, Wochenberichte und COVID-19-Trends im Überblick, URL: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-02-de.pdf?__blob=publicationFile (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁷⁸ *Redaktionsnetzwerk Deutschland* vom 15.12.2020, Gilt ab Mittwoch – das müssen Sie über den Lockdown wissen, URL: <https://www.rnd.de/politik/harter-lockdown-ab-16-dezember-was-andert-sich-welche-corona-regeln-gelten-uber-weihnachten-und-silvester-GMEUPN2DHFA7HDTD4XCTKYPC24.html> (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁷⁹ *Bundesregierung*, Die nächsten Schritte klug gehen, URL: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bund-laender-beschluss-1872126>; *dieselbe*, Weitere Lockerungen treten in Kraft, URL: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/weitere-lockerungen-1757154> (letzter Abruf 27.07.2022).

⁸⁰ *Landeshauptstadt Hannover*, Chronik: Corona-Verordnungen März 2020 bis März 2021, Eintrag vom: 08.03.2021: Neue Corona-Verordnung bringt regionale Unterschiede, URL:

nerhalb Deutschlands empfindliche Einschränkungen von Freiheitsrechten zur Kontaktvermeidung, immer orientiert am innerstaatlichen Infektionsgeschehen.

(ee) Handlungsleitende Parameter

Die beschriebenen innerstaatlichen Einschränkungen orientierten sich im gesamten Verlauf der Pandemie in erster Linie am Parameter der Inzidenz⁸¹, und zwar bereits ganz zu Beginn,⁸² später auch in Gestalt des R-Wertes⁸³. Hinzu trat später auch die besondere Beachtung von Virusvarianten sowie der Hospitalisierungsrate.⁸⁴ Auch die bundeseinheitliche „Notbremse“ orientierte sich an der Inzidenz⁸⁵, ebenso die Corona-Verordnungen der Länder.⁸⁶ Entscheidender Faktor hinsichtlich des Ergreifens oder Unterlassens beschränkender Maßnahmen blieb somit durchgehend das Infektionsgeschehen. Dabei orientierten sich Bundesregierung und Länderregierungen an den Feststellungen und Bewertungen des Robert-Koch-Instituts,⁸⁷ das drei Parameter zur innerstaatlichen Risikobewertung in Deutschland anführt: die Fallzahlen, das Schwereprofil der Krankheitsverläufe und die Ressourcenbelastung des Ge-

<https://www.hannover.de/Service/Presse-Medien/Hannover.de/Aktuelles/Service-2020/Chronik-Corona-Verordnungen-M%C3%A4rz-2020-bis-M%C3%A4rz-2021> (letzter Abruf 27.07.2022).

⁸¹ Dies ist die Neuerkrankungsrate innerhalb einer bestimmten Gruppe in einem bestimmten Zeitraum (nach Fachwörterbuch des Robert-Koch-Instituts S. 77, URL: https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 27.07.2022]).

⁸² In seiner Pressemitteilung vom 15.03.2020 (Fußn. 4) bezog sich der Bundesinnenminister auf die rasche „Ausbreitung“ des Corona-Virus und stellte die täglich steigende Anzahl gemeldeter Erkrankungen fest.

⁸³ Dies ist die Zahl der Sekundärfälle, die ein Infizierter in der Periode seiner Ansteckungsfähigkeit erzeugt (Fachwörterbuch des Robert-Koch-Instituts (Fußn. 81), S. 20.

⁸⁴ Die sog. Bund-Länder Beschlüsse orientierten sich am Infektionsgeschehen und den Erkrankungszahlen, somit an der Inzidenz: Beispielhaft hierfür ist der Beschluss vom 14.10.2020, URL: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1798920/9448da53f1fa442c24c37abc8b0b2048/2020-10-14-beschluss-mpk-data.pdf?download=1> (letzter Abruf 27.07.2022). Im weiteren Verlauf wurde dann das Auftreten von Mutanten in den Blick genommen und der R-Wert herangezogen (Beschluss vom 22.03.2021, URL: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1879672/6059d343a54df7da465f93a4af2e2af6/2021-03-22-mpk-data.pdf?download=1> [letzter Abruf 27.07.2022]).

⁸⁵ Diese ließ bundeseinheitliche Beschränkungen ab einem bestimmten Inzidenzwert gelten; sie galt von April 2021 bis Sommer 2021, hierzu *Bundesregierung*, Das regelt die bundeseinheitliche Notbremse, URL: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/bundesweite-notbremse-1888982> (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁸⁶ Beispielhaft ist hier die Niedersächsische Coronaverordnung (vom 30.10.2020, gültig vom 15.03.-27.03.2021, Nds. GVBl. 2020, S. 368) zu nennen, welche in Bezug auf die Betreuung in Kindertagesstätten und Schulen flexible Regelungen enthielt, die den Betrieb dieser Einrichtungen und den zulässigen Umfang der betreuten Kinder vom Inzidenzwert in den letzten drei aufeinanderfolgenden Tagen abhängig machte.

⁸⁷ Das Robert-Koch-Institut ist zuständige nationale Behörde zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten und arbeitet als solche mit den zuständigen Landes- und Bundesbehörden zusammen (s. auch § 4 IfSG).

sundheitswesens.⁸⁸ Diese Parameter wurden auch zur Bewertung der Gefahrenlage in den *anderen Mitgliedstaaten* herangezogen: So verweist die Bundesregierung hinsichtlich der Bewertung eines Einreisestaates als Risikogebiet auf die Internetseite des Robert-Koch-Instituts⁸⁹ und erläutert, dass die Einstufungen sowohl von den Inzidenzzahlen abhängig gemacht werden als auch von anderen qualitativen Kriterien hinsichtlich eines erhöhten Infektionsrisikos. Die Einteilung in Risikogebiete wird in der Bundes-Einreiseverordnung nach Feststellung des Robert-Koch-Instituts seitens des Bundesministeriums für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt vorgenommen. Festzustellen ist somit, dass die Parameter, welche für die Bewertung der Pandemiesituation im Inland und die Parameter, welche für die Bewertung der Pandemiesituation im Ausland herangezogen wurden, weitgehend gleich waren. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass mit dem Robert-Koch-Institut jeweils dieselbe nationale Behörde maßgeblich zur wissenschaftlichen Einschätzung der Gefährdungslage beitrug.

(ff) Kohärenz bei vergleichbarer Gefährdungslage im In- und Ausland und anzuwendender räumlicher Maßstab

Es stellt sich ferner die Frage, ob es inkohärent wäre, wenn Deutschland einen Mitgliedstaat als Risikogebiet einstuft – mit der Folge einschränkender Regelungen für die Einreise aus diesem Staat –, wenn sich die Parameter, nach denen sich diese Einstufung bemisst, in Deutschland ebenso hoch sind wie im Ausland oder im Ausland sogar niedriger sind.

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob Einreisebeschränkungen in einem solchen Fall überhaupt geeignet sind, die Verbreitung des Virus zu begrenzen. Im Schrifttum wird hierzu teilweise vertreten, dass Einreisebeschränkungen keine schützende Wirkung entfalteteten, wenn die Inzidenzzahlen im Ausreise- und Einreisestaat gleich sind;⁹⁰ den Beschränkungen wird hier eine nur symbolische Wirkung beigemessen. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass auch bei gleicher Inzidenzzahl durch unbe-

⁸⁸ *Robert-Koch-Institut*, Risikobewertung zu COVID-19, URL: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung_Grundlage.html (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁸⁹ *Bundesregierung*, Ausnahmen für Geimpfte und Genesene bei der Einreise, URL: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/coronavirus-einreiseverordnung-1913466> (Abruf am 18.07.2022).

⁹⁰ So *Daniel Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal, Part I, 19.03.2020 unter Punkt (4), URL: <https://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-i> (letzter Abruf 27.07.2022).

schränkte Einreise die Gefahr besteht, dass die absolute Zahl der sich in Deutschland aufhaltenden infizierten Personen steigt und so die Verbreitung des Virus gesteigert wird. Denn es geht unzweifelhaft von jeder Person, die mit dem Virus infiziert ist, eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit aus. An die Einreise anknüpfende beschränkende Maßnahmen sind daher grundsätzlich geeignet, die Verbreitung des Virus in absoluten Zahlen zu begrenzen.

Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass eine Gesundheitsgefährdung auch dadurch entsteht, dass ab einer bestimmten – absoluten – Zahl an Infizierten die (insbesondere: intensiv-)medizinische Versorgung nicht mehr gewährleistet ist und das Gesundheitssystem insgesamt an seine Grenzen gerät⁹¹ (dies gilt im Übrigen auch hinsichtlich der Nachverfolgungsmöglichkeiten der Kontakte durch die Gesundheitsämter⁹²). Von einer nur symbolischen Abschottung bei gleicher Inzidenzlage kann somit nicht die Rede sein. Bei gleich oder ähnlich hohen Inzidenzwerten im In- und Ausland ist der Staat daher nicht gezwungen, seine Schutzmechanismen fallen zu lassen und ungehindert noch weitere potenziell infizierte Personen einreisen zu lassen. Mitgliedstaaten, welche nach den heranzuziehenden Parametern hinsichtlich der Gefahrenlage das gleiche oder sogar ein niedrigeres Gefahrenpotenzial aufweisen als Deutschland, können daher ggf. auch als Risikogebiete eingestuft werden, mit entsprechenden Folgen für den Erlass von Einreisebeschränkungen.

Es stellt sich daneben weiterhin die Frage, welcher *räumliche Maßstab* der Vergleichbarkeit der Gebiete zu Grunde zu legen ist. Ein Beispiel mag diese Problematik verdeutlichen: Sind etwa nach den einschlägigen Parametern zur Gefahrenbewertung nur einige Gebiete innerhalb Deutschlands (Bundesländer oder Landkreise) als Hochrisikogebiete einzustufen, wird aber der Ausreisestaat insgesamt als Hochrisikogebiet eingestuft – mit der Folge von Einreisebeschränkungen –, setzt Kohärenz dann voraus, dass für Bewohner der inländischen Hochrisikogebiete Mobilitätsbeschränkungen gelten müssen, um die Kohärenz von Einreisebeschränkungen für Einreisende zu gewährleisten? Oder ist eine staatenbezogene Betrachtungsweise anzulegen, bei der z.B. darauf abzustellen ist, dass Deutschland im Beispielsfall nur

⁹¹ Internetauftritt des ZDF vom 28.10.2021, Appell an Impfunwillige: Kliniken überlastet - Experten schlagen Alarm, URL: <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-krankenhausgesellschaft-warnet-ueberlastung-krankenhaus-100.html> (letzter Abruf am 27.07.2022).

⁹² *Redaktionsnetzwerk Deutschland* vom 24.12.2021, Keine Kontaktverfolgung mehr möglich: Gesundheitsämter über dem Limit – und jetzt kommt Omikron, URL: www.rnd.de/politik/omikron-kontaktverfolgung-nicht-mehr-moeglich-gesundheitsaemter-am-limit-IM72SM7ELZC3NKU4ZCOC7MXGWU.html (letzter Abruf am 27.07.2022).

„einfaches“ Risikogebiet ist – mit der Folge, dass die innerstaatlichen Maßnahmen in ihrer Intensität hinter den Einreisebeschränkungen zurückbleiben dürfen? Ebenso stellt sich umgekehrt die Frage, auf welchen Wert bzgl. der Einordnung des Mitgliedstaats abzustellen ist, in dem sich der Einreisende zuvor aufgehalten hat: auf den Mittelwert oder auf den im konkreten Aufenthaltsgebiet geltenden Wert?

Die Kommission⁹³ neigt hier einer gebietsbezogenen Betrachtungsweise zu, indem sie vorschlägt, Beschränkungen zwischen den Gebieten mit ähnlicher epidemiologischer Lage aufzuheben.⁹⁴ Zu Ende gedacht bedeutete dies, dass innerstaatliche Beschränkungen zwischen den Ländern oder gar Landkreisen stattfinden müssten, um Einreisebeschränkungen durchführen zu dürfen – es entstünde ein „Flickenteppich“, bei dem landkreisspezifisch zu differenzieren wäre, wie Personen zu reisen hätten.

Auch innerhalb Deutschlands gab es regionale Unterschiede. Dabei bezogen sich die sog. „Hot-Spot“⁹⁵-Regelung, aber auch zuvor getroffene, gebietsspezifische Maßnahmen primär auf das ortsgebundene Verhalten von Personen innerhalb eines bestimmten Gebiets, indem sie Hygieneauflagen oder die Begrenzung von Personenzahlen bei Zusammenkünften anordneten.⁹⁶ Derartige Einschränkungen sind aber von anderer Qualität als Mobilitätseinschränkungen. Letztere würden die Mitgliedstaaten vor kaum überwindbare Herausforderungen stellen, die Umsetzbarkeit dürfte abhängig von der Staats- und Verwaltungsorganisation in den Mitgliedstaaten erheblich divergieren. Darüber hinaus bedeuteten Mobilitätsbeschränkungen innerhalb eines Mitgliedstaates noch wesentlichere Einschnitte in das tägliche Leben der Menschen, als dies für Mobilitätsbeschränkungen an Staatsgrenzen gilt, da eine Vielzahl von Wegen des täglichen Lebens – nicht zuletzt abhängig von der Größe des gewählten Gebiets – nicht mehr oder nur unter erheblichen Einschränkungen zurückgelegt werden könnten.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass von fehlender Kohärenz nicht gesprochen werden kann, solange innerhalb Deutschlands an die jeweilige Gefähr-

⁹³ Vorschlag für eine Empfehlung des Rates für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie vom 04.09.2020, COM (2020) 499 final.

⁹⁴ Gemäß dem Vorschlag für eine Empfehlung des Rates (Fußn. 93), S. 10, sollten die Mitgliedstaaten die zugrundeliegenden Schwellenwerte auf regionalen Ebenen anwenden, sodass der freie Personenverkehr aus anderen Regionen des betreffenden Staates nicht beeinträchtigt würde.

⁹⁵ § 28a Abs. 8 InfSG.

⁹⁶ Vgl. Bund-Länder-Beschluss vom 03.03.2021, S. 6 Nr. 4, wonach Lockerungen je nach Inzidenz der jeweiligen Region schrittweise ermöglicht werden, URL: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf?download=1> (letzter Abruf am 27.07.2022).

dungslage angepasste Maßnahmen getroffen werden, um die Verbreitung des Virus auch innerhalb der Staatsgrenzen zu mindern oder möglichst zu vermeiden. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass Maßnahmen, welche innerstaatlich Personen gegenüber getroffen werden, die in Deutschland ihren Wohnsitz haben, sich in ihrer Eigenart häufig von Maßnahmen unterscheiden, welche anlässlich einer Einreise erfolgen. Bei Personen, welche an ihrem Wohnsitz gemeldet sind, erübrigt sich beispielsweise eine Anmeldepflicht wie sie teilweise bei der Einreise besteht. Dieser Pflicht entspricht innerstaatlich dagegen etwa die Verpflichtung, bei dem Besuch von Großveranstaltungen seine Daten zu hinterlassen.

Der bereits beschriebenen Gefahr der Überschreitung der Kapazitäten der medizinischen Versorgung durch Einreisende, welche selbst schwer erkranken und versorgt werden müssen (dies betrifft insbesondere solche, die sich länger in einem Land aufhalten), ist unter Notstandsgesichtspunkten (vgl. den Gedanken des Art. 347 AEUV) zu begegnen. Bei Bewertung der Kohärenz von Maßnahmen ist somit ein größerer Spielraum zu gewähren.⁹⁷ Dieser Gedanke trägt aufgrund der Möglichkeit der symptomfreien Übertragung des Virus und des sprunghaften Anstiegs der Infektionszahlen auch im Hinblick auf Einreisende, welche symptomfrei und nur für einen kurzen Zeitraum einreisen.⁹⁸

(3) Erforderlichkeit

(a) Zulässigkeit der Fallgruppenbildung bei der Einteilung von Reisenden

Im Hinblick auf die in Deutschland getroffenen Maßnahmen ist festzustellen, dass durchgehend nach Personengruppen differenziert wurde. Dies gilt bereits für die anfänglichen Beschränkungen durch den Bundesinnenminister, welcher Berufspendler und Personen mit „triftigen Gründen“ von vornherein von Beschränkungen ausnahm⁹⁹ und später um Personen erweiterte, welche zwecks eines Familienbesuchs die Grenze überschreiten wollten.¹⁰⁰ Im weiteren Verlauf wurde die Unterscheidung nach bestimmten Personengruppen in den Einreiseverordnungen der Länder und

⁹⁷ Ähnlich *Thym/Bornemann* (FuBn. 67), S. 78 Rn. 37 zur Frage der Beurteilung von Gesundheitsgefährdungen.

⁹⁸ A.A. wohl *Thomas Giegerich*, Faktische Auslandsreiseverbote in der Pandemie, 23.11.2020, URL: https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2956 (letzter Abruf am 16.12.2022), unter Hinweis auf das Äquivalenzprinzip.

⁹⁹ *Bundesministeriums des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 15.03.2020 (FuBn.4).

¹⁰⁰ *Bundesministeriums des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 13.05.2020 (FuBn. 10).

des Bundes nachgeschärft.¹⁰¹ Diese Einteilung in Personengruppen genügt den Anforderungen der Freizügigkeitsrichtlinie, denn Art. 27 Abs. 2 FZRL setzt eine Beschränkung staatlicher Maßnahmen auf individuelles Verhalten nur in Bezug auf den Schutz der Ordnung und Sicherheit voraus, nicht aber hinsichtlich des Schutzgrunds der Gesundheit. Generalisierende Reisebeschränkungen sind vor diesem Hintergrund grundsätzlich zulässig.¹⁰² Dabei muss aber auch hier, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen, eine soweit wie möglich auf den konkreten Fall bezogene Betrachtungsweise angelegt werden,¹⁰³ die Gruppen müssen also möglichst spezifisch gebildet werden und es müssen – soweit möglich – den Einzelfall beachtende Lösungen für Ausnahmesituationen geschaffen werden.

(b) Wahl des mildesten Mittels (gebietsbezogene Betrachtung)

Spiegelbildlich zur im Rahmen der Kohärenz angesprochenen Frage der Notwendigkeit der Einteilung Deutschlands in unterschiedliche Risikogebiete¹⁰⁴ zur Ermittlung der heranzuziehenden Parameter stellt sich auch bzgl. der Wahl des mildesten Mittels die Frage, ob es dieser Grundsatz¹⁰⁵ nicht verlangt, dass der Mitgliedstaat, aus welchem die betroffene Person einreist oder in dem sie sich zuvor aufgehalten hat, als weniger belastende, gleich geeignete Alternative in möglichst kleine Gebiete unterteilt werden muss (wie es die Formulierung *Risikogebiet* nahelegt). Hieraus folgen könnte dann, dass die Einreisebeschränkung nur für die Personen gelten darf, welche aus bestimmten Regionen eines Staates einreisen wollen. Insoweit ist auf obige Ausführungen zu verweisen und darauf hinzuweisen, dass sich die Gefahrensituation innerhalb eines Landes sehr schnell verändern kann und daher eine derartige Unterteilung kaum praktikabel wäre.

¹⁰¹ So sah z.B. die Niedersächsische Verordnung zu Quarantänemaßnahmen (Fußn. 13) in § 1 Abs. 5 Ausnahmen von einer Quarantänepflicht nach Einreise bspw. für die Gruppe der Durchreisenden oder Personen in bestimmten Berufsgruppen vor. Zu den Ausnahmen der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021 siehe ausführlich sogleich cc) (4).

¹⁰² A.A. wohl *Sergio Carrera/Ngo Chun Luk*, Love thy neighbours, CEPS Paper in Liberty and Security 2020-04, S. 24, URL: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/love-thy-neighbour> (letzter Abruf am 27.07.2022).

¹⁰³ Ähnlich in den Wertungen auch der EuGH, welcher eine Bewertung danach vornimmt, ob eine Regelung ein möglichst abgestuftes System enthält und individuelle Faktoren berücksichtigt (Urteil vom 15.09.2015, Rs. C-67/14, Rn. 60).

¹⁰⁴ Siehe oben b) cc) (2) (b) (ff).

¹⁰⁵ *Becker* (Fußn. 56), Art. 36 AEUV Rn. 67.

(4) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021

Nach obiger Darstellung der Vorgaben der Verhältnismäßigkeit wird im Folgenden exemplarisch die Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021¹⁰⁶ (im Folgenden EinreiseVO) als erste umfassende Bundes-Einreiseverordnung herangezogen.¹⁰⁷

(a) Gruppe aller Einreisenden

(aa) Grundsatz: Anknüpfung an Einreisen aus Risikogebieten

Die EinreiseVO statuierte in ihren §§ 3, 4 und 5 einen Kanon an Pflichten, dem Einreisende – zumeist abhängig von der Verwirklichung bestimmter personen- und gebietsbezogener Merkmale – unterworfen wurden.¹⁰⁸ Die Mehrzahl der Pflichten erfasste dabei nur solche Personen, die sich in den letzten 10 Tagen vor der Einreise in einem Risikogebiet aufgehalten hatten. Je nachdem, ob es sich beim Risikogebiet um ein „einfaches“ Risikogebiet¹⁰⁹, ein Hochinzidenzgebiet oder ein Virusvariantengebiet handelte, unterlag die Einreise unterschiedlich strengen Voraussetzungen. Bei Einreisen auf dem Luftweg galten derartige Pflichten teilweise allerdings unabhängig von der Klassifikation des Gebiets, in dem sich der Einreisende zuvor aufgehalten hatte, d.h. auch bei Einreisen aus Nicht-Risikogebieten. Teilweise recht weitreichende Ausnahmen sah die EinreiseVO für bestimmte Personengruppen vor. Unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe enthielt die EinreiseVO zudem zwei flexibel gestaltete Ausnahmenvorschriften.¹¹⁰

¹⁰⁶ Verordnung zum Schutz vor einreisebedingten Infektionsgefahren in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag (Coronavirus-Einreiseverordnung – CoronaEinreiseVO) vom 12.05.2021, BAnz AT 12.05.2021 V1.

¹⁰⁷ Die einleitend in Bezug genommene erste Bundes-Einreiseverordnung vom 13.01.2021 (Fußn. 14) eignet sich als Untersuchungsgegenstand dagegen nicht, da sie zum einen in ihrem Regelungsgehalt hinter der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021 deutlich zurückblieb, insb. keine Quarantänpflicht vorsah (hier galten weiterhin die Landesverordnungen), in letzterer aber auch die wegweisende Regelungsstruktur (insb. die separate Regelung von Ausnahmen für alle Pflichten in § 6) erstmalig enthalten war.

¹⁰⁸ Ich beziehe mich vorliegend nur auf die Pflichten, welche sich an Einzelpersonen richten und lasse die Pflichten für Verkehrsunternehmen und Mobilfunknetzbetreiber außer Betracht.

¹⁰⁹ Gemäß § 2 Nr. 3 EinreiseVO sind *Risikogebiete* Gebiete außerhalb der Bundesrepublik, für welche vom Bundesministerium für Gesundheit in Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesinnenministerium ein erhöhtes Risiko für eine Infektion mit Coronavirus Sars-Cov-2 festgestellt wurde, wobei die Einstufung sich an den Veröffentlichungen des Robert-Koch-Instituts orientiert. Als ein *Hochinzidenzgebiet* ist gem. § 2 Nr. 3a EinreiseVO ein Risikogebiet mit besonders hoher Inzidenz anzusehen, als *Virusvariantengebiet* ist gem. § 2 Nr. 3b EinreiseVO ein Risikogebiet, in welchem bestimmte Varianten des Coronavirus aufgetreten sind, anzusehen.

¹¹⁰ § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 1 EinreiseVO.

(bb) Die Pflichten im Einzelnen

Gemäß der in § 3 EinreiseVO normierten *Anmeldepflicht* mussten Personen bei Einreise aus einem Risikogebiet nach Deutschland vor der Einreise bestimmte Angaben wie Datum der Einreise, genutzte Reisemittel u.ä. machen.

Bei Einreise aus einem Risikogebiet bestand nach § 4 EinreiseVO eine *Absonderungspflicht* für grundsätzlich 10 Tage, deren Ausgestaltung von der Klassifikation des Ausreisegebiets abhing; die Dauer der Absonderung und insb. die Möglichkeit des sogenannten Freitestens waren für Einreisende aus Risikogebieten vergleichsweise mild ausgestaltet, da die Absonderung mit Vorlage eines Genesenennachweises, Impfnachweises oder Testnachweises¹¹¹ beendet werden konnte (§ 4 Abs. 2 S. 2 EinreiseVO), während bei Einreisenden aus Hochinzidenzgebieten die absonderungsbeendende Testung frühestens fünf Tage nach der Einreise erfolgen durfte (§ 4 Abs. 2 S. 3 EinreiseVO). Bei Einreisen aus Virusvariantengebieten war dies noch deutlich strenger ausgestaltet, hier betrug der Absonderungszeitraum immer 14 Tage (§ 4 Abs. 1 S. 4 EinreiseVO).

Auch die *Nachweispflicht* (§ 5 EinreiseVO) differenzierte nach dem Aufenthaltsgebiet vor Einreise. Danach mussten Personen zum Zeitpunkt der Einreise aus einem Hochinzidenzgebiet über einen Testnachweis¹¹², einen Genesenennachweis oder einen Impfnachweis verfügen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 EinreiseVO). Zum Zeitpunkt der Einreise aus einem Virusvariantengebiet musste die Person zwingend über einen Testnachweis verfügen (§ 5 Abs. 1 S. 3 EinreiseVO). Bei Einreisen aus einem Risikogebiet, das weder ein Hochrisiko- noch ein Virusvariantengebiet ist, mussten Einreisende dagegen nur über einen Testnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Impfnachweis verfügen (§ 5 Abs. 2 EinreiseVO), wobei es aber ausreichte, dass dieser Nachweis binnen 48 Stunden nach der Einreise vorlag und nicht bereits bei Einreise.

Im Gegensatz zu den vorstehenden Regelungen für die Einreise auf dem Landweg wurde die Einreise über den *Luftweg* strenger reglementiert, da das Erfordernis eines „3G“-Nachweises immer galt, unabhängig vom Gebiet des vorangehenden Aufenthalts. Die für Virusvariantengebiete bei Einreisen auf dem Landweg geltende Verschärfung (Testnachweis) galt auch für Einreisen aus solchen Gebieten auf dem

¹¹¹ Im Folgenden „3G“-Nachweis.

¹¹² Unter einem Testnachweis ist nach § 2 Nr. 6 EinreiseVO ein Nachweis über das Nichtvorliegen einer Infektion zu verstehen.

Luftweg. Eine Begründung für diese Sonderbehandlung von Einreisen auf dem Luftweg dürfte darin zu sehen sein, dass die Gefahr der Verbreitung des Virus aufgrund der Enge und der fehlenden Frischluftzirkulation im Flugzeug als höher eingestuft wurde, als in anderen Transportmitteln. Andererseits ist bei Reisen mit der Bahn aufgrund ähnlicher Reisebedingungen eine ähnlich hohe Gefahr der Virusverbreitung anzunehmen. Zudem dürfte sich der Aufenthaltsort der einreisenden Person in den vergangenen 10 Tagen bei Einreise mit dem Flugzeug weniger verlässlich feststellen lassen (bzw. kommt typischerweise eine größere Anzahl an Gebieten in Betracht), als bei Einreisen auf dem Landweg.

(b) Ausnahmen für bestimmte Personengruppen

Von den oben genannten Pflichten existierten Ausnahmen nicht nur für solche Personen, deren Grenzübertritt ein wirtschaftliches Interesse zugrunde lag, sondern auch für Personengruppen, deren Einreise nicht (notwendigerweise) mit einem wirtschaftlichen Interesse verbunden war.

Diese nicht-wirtschaftsbezogenen Sonderregelungen betrafen insb. *Durchreisende*, Personen, welche zwecks *Verwandtschaftsbesuch* einreisten, und *Tagesausflügler*. Die nähere Betrachtung der Behandlung dieser Gruppen lohnt auch deshalb, weil sich hieran exemplarisch darlegen lässt, welche Abwägungsentscheidungen getroffen wurden und ggf. hätten getroffen werden müssen, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen.

Da die Gruppe der Einreisenden mit wirtschaftlichem Interesse auch von der Freizügigkeitsrichtlinie erfasst wird, bildet die Richtlinie auch hinsichtlich der in der EinreiseVO für diese Gruppe getroffenen Abwägungsentscheidungen den Prüfungsmaßstab. Dass der EuGH die sekundärrechtlichen Regelungen über erwerbsbezogene Freizügigkeit als die Grundfreiheiten konkretisierend ansieht¹¹³, ändert nichts daran, dass die entsprechenden Grundfreiheiten zur Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie heranzuziehen sind. Um diesen Wertungen Raum zu geben, bewerte ich die in der EinreiseVO normierten Ausnahmen für Angehörige dieser Personengruppe innerhalb meiner Ausführungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit (siehe sogleich unter 2.).

¹¹³ Kluth (Fußn. 24), Art. 45 AEUV Rn. 4.

Personen, welche nach Deutschland einreisen und auf schnellstem Weg wieder verlassen, um die Durchreise abzuschließen (*Durchreisende*), sind von der Anmelde- und der Absonderungspflicht (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EinreiseVO) befreit. Einen Nachweis gemäß § 5 EinreiseVO müssen sie nur bei Einreise aus einem Virusvariantengebiet führen (§ 6 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 EinreiseVO). Diese Erleichterungen sind sachgerecht, da von Durchreisenden, von denen generell kaum Kontakte zu anderen Personen zu erwarten sind, eine nur geringe Gefahr der Verbreitung des Virus ausgeht. Da das Gefährdungspotential bei einer Einreise aus einem Virusvariantengebiet – nicht nur zu Beginn der Pandemie – besonders schwer einzuschätzen ist, ist es ebenso sachgerecht, Durchreisenden aus solchen Gebieten die vergleichsweise geringe Anforderung des Verfügens über einen Testnachweis (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 3 EinreiseVO) aufzuerlegen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ist es dabei geboten, dass kurzfristige Unterbrechungen der Reise zum Tanken und Rasten nicht ausgeschlossen werden können und dürfen,¹¹⁴ zumal hiervon nur eine geringe Gefahr der Virusverbreitung durch Kontaktaufnahme besteht.

Will eine Person aus einem Virusvariantengebiet zwecks Durchreise nach Deutschland einreisen, kann sie aber keinen Nachweis eines negativen Tests führen, so ist sie nicht zur Ein- und Durchreise berechtigt. Diese Rechtsfolge ist angemessen, denn im Fall eines positiven Testergebnisses geht von Person mit nicht unerheblicher Wahrscheinlichkeit eine konkrete Gefahr der Verbreitung des Virus aus. Für den Fall, dass die Person die vergleichsweise geringe Einschränkung der Testung nicht auf sich nehmen möchte, scheint das Interesse an der Einreise dagegen nicht allzu schützenswert.

Entsprechend Art. 7 der GrCh, welcher den Anspruch auf Achtung des Familienlebens normiert, gebührt der Möglichkeit von *Besuchen bei (nahen) Verwandten* besonderer Schutz. Dementsprechend sah die EinreiseVO für Personen, die sich zum Besuch von Verwandten ersten Grades für weniger als 72 Stunden in einem Risikogebiet oder in Deutschland aufhielten (§ 6 Abs. 1 Nr. 11 EinreiseVO), eine Anmelde- und Absonderungspflicht nur vor, soweit die Einreise aus einem Virusvariantengebiet erfolgte (§ 6 Abs. 1 S. 2 EinreiseVO). Eine Nachweispflicht oblag ihnen nur insoweit, als sie aus einem Virusvarianten- oder Hochrisikogebiet einreisen (§ 6 Abs. 4 EinreiseVO), wobei bei Einreise aus einem Hochinzidenzgebiet ein „3G“-Nachweis ausrei-

¹¹⁴ *Klaushofer et al* (Fußn. 35), S. 649, 680.

chend war (§ 5 Abs. 1 S. 3 EinreiseVO). Wie auch bzgl. der Gruppe der Durchreisenden ist hier festzustellen, dass die Einreise aus einem Virusvariantengebiet die intensiveren Einschränkungen rechtfertigt.

Personen, die zum Zwecke eines Besuchs von Verwandten ersten Grades für 72 Stunden oder länger und von Verwandten zweiten Grades einreisten, wurden im Unterschied zur zuvor genannten Gruppe zwar nicht von der Anmeldepflicht befreit, jedoch von der Absonderungspflicht, wenn sie über einen Testnachweis verfügten (§ 6 Abs. 2 S. 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa EinreiseVO). Dies galt nicht bei Einreise aus einem Virusvariantengebiet (§ 6 Abs. 2 S. 2 EinreiseVO).

Es ist hier somit festzustellen, dass eine differenzierte Abwägung unter Berücksichtigung individueller Interessen und dem allgemeinen Interesse an einer Eindämmung des Virus erfolgte. So wurde einerseits bei Ausgestaltung der Maßnahmen der Grad der verwandtschaftlichen Beziehungen (und damit das typischerweise bestehende Interesse an einem Besuch) berücksichtigt, andererseits auch die Dauer des Besuchs, da anzunehmen ist, dass mit steigender Dauer die Gefahr der Verbreitung des Virus steigt. Zudem erfolgte wiederum die berechtigte Unterscheidung bzgl. Einreisen aus Virusvariantengebieten.

Tagesausflügler waren von der Anmelde- und Absonderungspflicht befreit (§ 6 Abs. 1 Nr. 6 EinreiseVO) und mussten lediglich die Nachweispflicht des § 5 Abs. 1 EinreiseVO erfüllen, d.h. bei Einreise aus einem Hochinzidenzgebiet reichte ein „3 G“-Nachweis aus, bei einer Einreise aus einem Virusvariantengebiet war ein negativer Test erforderlich und bei der Einreise aus einem „einfachen“ Risikogebiet bestand gar keine Nachweispflicht (§ 6 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 4 EinreiseVO). Diese Ausnahme überzeugt in ihren Wertungen nicht: Der Tagesausflügler durfte sich bis zu 24 Stunden in Deutschland aufhalten, unterlag aber sehr geringen Pflichten, zumal im Vergleich zu den kurzfristigen Verwandtschaftsbesuchen nach § 6 Abs. 1 Nr. 11 EinreiseVO, da für diese im Gegensatz zu Tagesausflüglern bei Einreise aus einem Virusvariantengebiet keine Ausnahme von der Anmeldepflicht bestand (§ 6 Abs. 1 S. 2 EinreiseVO galt für die Tagesausflügler nicht). Diese Besserstellung erfolgte ohne dass ein besonders schützenswertes Interesse der Tagesausflügler zu erkennen war. Rechtfertigen ließe sich diese Sonderbehandlung nur, wenn sicher davon auszugehen wäre, dass bei Tagesausflüglern eine Kontaktaufnahme zu im Inland ansässigen

Personen unwahrscheinlich ist. Auch hier sind jedoch z.B. eintägige Familienbesuche denkbar. Eine strengere Regelung wäre daher zumindest gut begründbar gewesen.

(c) Zwischenergebnis

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass Gruppen mit besonderen insb. familiärem Interesse an der Einreise angemessene Beachtung fanden.

c) Ergebnis zur Überprüfung der Einreisebeschränkungen am Maßstab der Freizügigkeitsrichtlinie

Die vorliegend geprüften Einreisebeschränkungen sind grundsätzlich als mit der Freizügigkeitsrichtlinie vereinbar anzusehen; bzgl. der Behandlung der Tagesausflügler ist dies allerdings zweifelhaft.

2. Überprüfung der Einreisebeschränkungen am Maßstab der Grundfreiheiten

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Einreisebeschränkungen mit den Grundfreiheiten als primärem Recht vereinbar sind.¹¹⁵ Dabei beschränken sich die Ausführungen auf die Prüfung der Situation der besonders betroffenen Gruppen der Arbeitnehmer und Dienstleister.

a) Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit

Im Gegensatz zur Freizügigkeitsrichtlinie ist die Eröffnung der Schutzbereiche der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) nicht nur an die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats¹¹⁶ gekoppelt, notwendige Voraussetzung ist darüber hinaus, dass die ausgeübte Tätigkeit einen Teil des marktgängigen Wirtschaftslebens ausmacht.¹¹⁷ In der vorliegenden Situation sind also Arbeitnehmer und Dienstleister, welche nach Deutschland zwecks Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit einreisen, in den Blick zu nehmen. Da in diesem Fall (Binnen-)Grenzen zwischen Mitgliedstaaten überschritten werden, weist dieser Sachverhalt räumlichen Bezug zum Gebiet der Union auf. Es liegt daher ein für die

¹¹⁵ Im Verhältnis zu Art. 21 AEUV als primärrechtliche Regelung sind die Grundfreiheiten bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Bezuges spezieller.

¹¹⁶ Darüber hinaus gibt es für Familienangehörige Möglichkeiten sich auf die Grundfreiheiten zu berufen, s. hierzu näher: *Streinz*, (Fußn. 26) S. 321 Rn. 827.

¹¹⁷ *Streinz*, (Fußn. 26) S. 319 Rn. 822.

Anwendung der Grundfreiheiten notwendiger grenzüberschreitender Sachverhalt vor.¹¹⁸

b) Eingriffe in Form von Beschränkungen oder Diskriminierungen

Zu klären ist zunächst, ob in den Einreisebeschränkungen Beschränkungen oder Diskriminierungen liegen könnten. Soweit die anfänglichen Einreiseverbote Berufspendler nicht betrafen,¹¹⁹ stellten sie keinen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit dar. Zwar mussten sich die Pendler einer Grenzkontrolle unterziehen, diese sind aber als so niedrighschwellig anzusehen, dass sie nicht als Eingriff gewertet werden können. Dies gilt auch für die Pflicht, einen Nachweis über die Tätigkeit bei sich zu führen. Bzgl. übermäßiger Wartezeiten durch Staus sowie Umwege aufgrund begrenzter Grenzkontrollpunkte könnte im Einzelfall von einer Beschränkung ausgegangen werden. Hierzu verweise ich auf die Ausführungen im Rahmen des Grenzkodex.¹²⁰ Auch hinsichtlich der stichprobenartig erfolgten Kontrollen¹²¹ ist nicht von einem Eingriff auszugehen.¹²²

Soweit für Arbeitnehmer und Dienstleister Einreisebeschränkungen durch die jeweiligen Verordnungen der Bundesländer oder die Bundes-Einreiseverordnung grundsätzlich vorgesehen wurden, behinderten diese Arbeitnehmer und Dienstleister, welche die Landesgrenze zur Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit überschreiten müssen. Sie stellten Hürden da, welche es zu überwinden galt, um der beruflichen Tätigkeit nachgehen zu können. Darin sind grundsätzlich Eingriffe zu sehen. Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob diese Diskriminierungen darstellen oder als Beschränkungen zu werten sind. Sodann sind die Parameter einer möglichen Rechtfertigung zu bewerten.

c) Vorliegen einer Diskriminierung oder Beschränkung

Soweit die Grundfreiheiten tatbestandlich einschlägig sind, verdrängen sie als spezielle Diskriminierungsverbote das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV.¹²³ Etwaig bestehende Diskriminierungen sind daher am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen. Über ihren Anwendungsbereich als spezielle Diskriminierungs-

¹¹⁸ *Hartmut Schneider/Nina Wunderlich*, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker et al (Hrsg.) EU-Kommentar, Art. 45 AEUV Rn. 30; *Holoubek* (Fußn. 43), Art. 56, 57 Rn. 23.

¹¹⁹ *Bundesministeriums des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung des vom 15.03.2020 (Fußn. 4).

¹²⁰ Siehe unten III. 2. d).

¹²¹ Siehe Fußn. 15.

¹²² Siehe unten III. 1.

¹²³ *Streinz*, (Fußn. 26), S. 323.

verbote hinaus wurden die Grundfreiheiten durch die Rechtsprechung des EuGH – mit unterschiedlichen Nuancen¹²⁴ –, zu Beschränkungsverboten fortentwickelt.

aa) Unmittelbare Diskriminierung

Regelungen, die an die Staatsangehörigkeit als Merkmal anknüpfen, sind nach Art. 45 Abs. 2 („auf der Staatsangehörigkeit beruhen“) bzw. Art. 57 Abs. 3 AEUV („für seine eigenen Angehörigen“) verboten. In den seltenen Konstellationen, in denen ein Einreiseverbot EU-Ausländern gegenüber ausgesprochen wird, dem eigenen Staatsangehörigen die Einreise jedoch nicht verwehrt werden kann, wird anhand der Staatsangehörigkeit unterschieden. Insoweit aber ist – wie bereits dargelegt – Art. 34 ZPEMRK zu beachten, der durch den EuGH anerkannt ist.¹²⁵ Von einer Rechtfertigung der diskriminierenden Regelung ist auch hier auszugehen.

bb) Vorliegen einer Beschränkung

Als spezielle Diskriminierungsverbote erfassen die Grundfreiheiten auch mittelbare Diskriminierungen.¹²⁶ Wie bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Freizügigkeitsrichtlinie ausgeführt, stellt sich auch hier die Frage, ob in der Anknüpfung der Einreisebeschränkungen an die Einreise aus einem anderen Mitgliedsstaat eine mittelbare Diskriminierung liegt.¹²⁷ Im Rahmen einer inhaltlichen Betrachtung ist auf das Wesen der Regelung abzustellen.¹²⁸ Da die Maßnahme an die Mobilität anknüpft, ist auch hier nicht von einer – auch nicht mittelbaren – Diskriminierung auszugehen, sondern von einer Beschränkung.¹²⁹

¹²⁴ Hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird eine Beeinträchtigung angenommen, wenn deren Ausübung behindert oder weniger attraktiv gemacht wird (EUGH, Urteil vom 31.03.1993, Rs C-19/92, Rn. 32); vgl. auch EuGH, Urteil vom 03.12.1974, Rs. 33/74, Rn. 10 u. 12, zur Dienstleistungsfreiheit, wobei der EuGH in der Nuance abweicht, dass geprüft wird, ob die Regelung geeignet ist, die Tätigkeit zu unterbinden oder zu behindern.

¹²⁵ Siehe hierzu die Nachw. zur Rspr. des EuGH in den Fußn. 40 und 41.

¹²⁶ *Schneider/Wunderlich* (Fußn. 118), Art. 45 AEUV Rn. 37; *Holoubek* (Fußn. 43), Art. 56, 57 AEUV Rn. 87.

¹²⁷ Siehe oben II. 1. b) bb) (3).

¹²⁸ Siehe etwa für die Arbeitnehmerfreizügigkeit *Brechmann* (Fußn. 52), Art. 45 AEUV Rn. 47.

¹²⁹ Verfolgte man einen quantitativen Ansatz, so wäre zu erwägen ob innerhalb der Gruppe aller Einreisenden zwischen Einreisenden mit wirtschaftlicher Motivation und Einreisenden ohne solche Motivation zu differenzieren ist. In diesem Fall könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass in der Gruppe der mit wirtschaftlicher Motivation Einreisenden mehrheitlich Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates betroffen sind. Wäre dies zu bejahen, müsste im Hinblick auf (nur) diese Gruppe eine mittelbare Diskriminierung angenommen werden. Dies führte zu einer unterschiedlichen Einordnung derselben Maßnahme abhängig von den Beweggründen des Einreisenden. Anzumerken ist, dass auch bei Annahme einer mittelbaren Diskriminierung eine Rechtfertigung der Einreisebeschränkungen grundsätzlich aus Gründen des Allgemeinwohls, insb. der Gesundheit, möglich wäre (siehe etwa *Brechmann* [Fußn. 52], Art. 45 AEUV Rn. 38).

d) Rechtfertigung

aa) Legitimer Zweck

Nach den Ordre-public-Vorbehalten können Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sein (Art. 45 Abs. 3, Art. 62 i.V.m. 52 Abs. 1 AEUV). Dieser Begriff ist synonym mit dem Begriff in Art. 27 FZRL verwendeten Begriff zu verstehen.¹³⁰ COVID-19 ist somit als Krankheit auch im Rahmen der Prüfung der Grundfreiheiten grundsätzlich als Bedrohung für die Gesundheit einzustufen.¹³¹

bb) Geeignetheit

Hinsichtlich des Einschätzungsspielraums, welcher den Mitgliedstaaten bzgl. Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit zugesprochen wird, ist auf obige Ausführungen zur Freizügigkeitsrichtlinie zu verweisen.¹³² Zu betonen ist auch hier, dass der Einschätzungsspielraum aufgrund der bestehenden wissenschaftlichen Unsicherheiten¹³³ weit gefasst werden muss. Hinsichtlich der grundsätzlichen Geeignetheit der Maßnahmen und der Bewertung unter dem Blickwinkel der Kohärenz ist ebenso auf obige Ausführungen Bezug zu nehmen.¹³⁴

cc) Erforderlichkeit

(1) Zulässigkeit einer generalisierenden Betrachtungsweise

Aus dem Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes¹³⁵ ergibt sich u.a., dass diese bei Ausgestaltung beschränkender Regelungen nicht auf die konkreten in einer Person liegenden Umstände bzw. deren konkretes Verhalten abstellen müssen, sondern grundsätzlich eine generalisierende Betrachtungsweise anstellen und insb. auch Fallgruppen bilden dürfen.¹³⁶ Dies gilt hier insb. angesichts des Bestehens einer Pandemie mit einem neuartigen Virus, dessen Übertragbarkeit zu Beginn und im weiteren Verlauf schwer einzuschätzen war und bereits zu Beginn nicht auszuschließen war, dass die Übertragbarkeit schon vor

¹³⁰ *Schneider/Wunderlich* (Fußn. 118), Art. 45 Rn. 133; *Martin Schlag*, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker et al (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 52 Rn. 9.

¹³¹ Siehe hierzu auch die Ausführungen zu Art. 27 FZRL unter II. 1. b) aa).

¹³² Siehe oben II. 1. b) cc) (1),

¹³³ *Iris Goldner Lang*, *Laws of fear in the EU: Precautionary Principle and Public Health Restrictions to free movement of Persons in the time of COVID-19* in: EJRR 2021, S. 10 f., erklärt die Handlungen der Mitgliedstaaten mit Hinweis auf diesen hohen Unsicherheitsfaktor.

¹³⁴ Siehe oben II. 1. b) cc) (2) (a).

¹³⁵ Siehe oben II.1.b) cc) (1)

¹³⁶ *Streinz* (Fußn. 26), S. 341 Rn. 879; diese Wertungen spiegeln sich wie oben dargestellt in der Freizügigkeitsrichtlinie wider.

Ausbruch einer Symptomatik besteht, was sich im späteren Verlauf bestätigte.¹³⁷ Aus letztgenanntem Grund war und ist es insb. nicht möglich, Maßnahmen allein daran zu knüpfen, ob eine Person entsprechende Symptome aufweist.

(2) Würdigung der Verhältnismäßigkeit der in der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021 normierten Maßnahmen

Im Folgenden soll exemplarisch anhand der Bundes-Einreiseverordnung vom 12.05.2021 die Verhältnismäßigkeit der Ausgestaltung von Einreisebeschränkungen durch Auferlegung bestimmter Pflichten geprüft werden, allerdings im Hinblick auf die für bestimmte Berufstätige vorgesehenen Ausnahmetatbestände. Was die Grundkonzeption der Verordnung sowie die einzelnen Pflichten anbelangt, so gelten die Ausführungen zur Freizügigkeitsrichtlinie entsprechend. Zudem ist in den Blick zu nehmen, ob der Verordnungsgeber die Verordnungen an eine sich verändernde Sach- und Gefährdungslage anpasste.

(a) Ausnahmen von der Anmeldepflicht des § 3 EinreiseVO

Die Anmeldepflicht galt nicht für Grenzpendler und Grenzgänger, deren Tätigkeit für die Aufrechterhaltung betrieblicher Abläufe dringend erforderlich und unabdingbar ist (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und S. 3 EinreiseVO). Unter Grenzpendlern und -gängern sind dabei nach § 2 Nr. 11 EinreiseVO nicht etwa alle Personen zu verstehen, welche regelmäßig zum Zwecke der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit eine Grenze überqueren. Vielmehr wurden nur solche Personen erfasst, die sich zwingend notwendig zur Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit von dem Ort ihres Wohnsitzes über die Grenze in nach Deutschland hinein oder aus Deutschland heraus in ein *Risikogebiet* begeben mussten. Dabei musste der Grenzübertritt zurück zum Ort des Wohnsitzes mindestens einmal wöchentlich erfolgen. Mit dieser Begriffsdefinition wurden Berufstätige, welche ihre Erwerbstätigkeit vom Wohnsitz aus betreiben konnten („Home-office“), von den für Grenzpendler und -gänger geltenden Erleichterungen ausgenommen.

Durch § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und S. 3 EinreiseVO wurde innerhalb der Gruppe der Berufstätigen, welche von der Anmeldepflicht befreit sein sollen, eine weitere Voraussetzung normiert. Es wurden nur diejenigen Grenzpendler und -gänger erfasst, deren

¹³⁷ Robert-Koch-Institut, Ständiger Arbeitskreis der Kompetenz- und Behandlungszentren für Krankheiten durch hochpathogene Erreger, Hinweise zur Erkennung, Diagnostik und Therapie von Patienten mit COVID-19 (Stand 06.04.2022), S. 4.

Tätigkeit für die Aufrechterhaltung betrieblicher Abläufe dringend erforderlich und unabdingbar ist. Durch das Abstellen auf betriebliche Abläufe wurde hier die Perspektive des Betriebes eingenommen, für welche die Person tätig war, und nicht auf das individuelle Interesse der Beschäftigten abgestellt. Die Anmeldepflicht bestand somit innerhalb der Gruppe der Träger der Arbeitnehmer bzw. Dienstleistungsfreiheit nur für die (Unter-)Gruppe derer, welche von ihrem Wohnsitz aus arbeiten konnten und die Gruppe derer, welche nicht von besonderer Wichtigkeit für die betrieblichen Abläufe waren.

(b) Ausnahmen von der Absonderungspflicht des § 4 EinreiseVO

Die Absonderungspflicht nach § 4 EinreiseVO galt nicht für die Grenzpendler und -gänger, welche zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Abläufe dringend erforderlich und unabdingbar waren (§ 6 Abs. 1 Nr. 7 S. 3 EinreiseVO). Die Absonderungspflicht traf somit – ebenso wie die Meldepflicht – innerhalb der Gruppe der Berufstätigen nur diejenigen, welche von zu Hause aus arbeiten konnten oder dies nicht konnten, aber nicht die Voraussetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 7 S. 3 EinreiseVO erfüllten, also nicht von besonderer Wichtigkeit für die betrieblichen Abläufe waren. Ergänzend dazu befreite § 6 Abs. 2 EinreiseVO von der Absonderungspflicht Personen, welche in Berufsfeldern von besonderer Wichtigkeit für die Aufrechterhaltung des Staates als solches tätig waren (im Folgenden als „systemrelevante“ Berufe bezeichnet), sofern die Personen zur Aufrechterhaltung dieser Bereiche unabdingbar waren. Dies galt unabhängig davon, ob es sich um Grenzpendler oder -gänger handelte. Bedingung war stets das Vorliegen eines Testnachweises. Die in der Einreiseverordnung genannten Regelbeispiele für die Gruppe der eine „systemrelevante“ Tätigkeit ausübenden Personen erleichterten die Führung des Nachweises der „Erforderlichkeit und Unabdingbarkeit“, da dieser bei den dort genannten „systemrelevanten“ Gruppen erfüllt war. Über die konkrete Stellung im Betrieb sagten die Beispiele aber – jedenfalls bei wörtlicher Auslegung – nichts aus.

(c) Ausnahmen von der Nachweispflicht des § 5 EinreiseVO

Von der Nachweispflicht des § 5 EinreiseVO ausgenommen waren nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 EinreiseVO Grenzpendler und -gänger aus Hochinzidenz- und Virusvariantengebieten, welche stattdessen zweimal je Woche einen Testnachweis führen mussten. Bei Einreisen aus einem „einfachen“ Risikogebiet galt nach § 6 Abs. 4 EinreiseVO keine Nachweispflicht für Grenzpendler und -gänger. Für Personen, die in systemre-

levanten Berufen „unabdingbar“ waren, war eine solche Erleichterung bzw. Befreiung nicht vorgesehen. Waren diese Personen als Grenzpendler oder -gänger anzusehen, unterfielen aber auch sie den vorgenannten Erleichterungen. Fehlte es hieran, galten die Erleichterungen zwar nicht, da diese Personen aber zur Vermeidung einer Absonderung ohnehin bei jeder Einreise über einen Testnachweis verfügen mussten (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Satzteil 1 EinreiseVO), dürfte diese Bestimmung aber ohnehin ohne Bedeutung gewesen sein. Insgesamt bestanden damit erhebliche Erleichterungen für Berufstätige: Lediglich solche Erwerbspersonen, die aus einem Hochinzidenz- oder Virusvariantengebiet einreisten und keine Grenzgänger oder -pendler waren, mussten bei (jeder) Einreise einen Nachweis führen. Bei Einreise aus einem einfachen Risikogebiet mussten sie über einen „3G“-Nachweis innerhalb von 48 Stunden verfügen. Hinsichtlich der Besonderheiten betreffend die Einreise auf dem Luftweg verweise ich auf obige Ausführungen¹³⁸.

(d) Bewertung der Sachgerechtigkeit der gewählten Differenzierungen

Festzustellen ist, dass der Ordnungsgeber bzgl. der Träger der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit in einem ersten Schritt danach differenzierte, ob die berufliche Tätigkeit von zu Hause aus ausgeübt werden konnte. Erwerbstätigen, welche dieser Gruppe zuzuordnen waren, wurden – mit Ausnahme der in „systemrelevanten“ Berufen tätigen Personen i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 EinreiseVO – von vorneherein von Erleichterungen ausgenommen. Konnten Personen ihre Erwerbstätigkeit von zu Hause aus ausüben, so war ihr berufliches Interesse am Grenzübertritt allerdings auch nicht als allzu hoch einzustufen, sodass diese Differenzierung gerechtfertigt ist. Zudem wurde die Stellung im Betrieb als Differenzierungskriterium herangezogen (§ 6 Abs. 1 S. 3 EinreiseVO) sowie im Hinblick auf die Gruppe der „systemrelevanten“ Berufe die Bedeutung der Tätigkeit für die Funktionsfähigkeit des Staates (§ 6 Abs. 2 EinreiseVO). Auch dies sind sachgerechte Kriterien, da ersteres sicherstellte, dass Betriebe trotz der Beschränkungen fortgeführt werden konnten und so die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen gesichert blieb. Dass „systemrelevante“ Tätigkeiten von hervorgehobener Bedeutung für die Allgemeinwohlverwirklichung sind, ergibt sich von selbst.

¹³⁸ Siehe oben II. 1. b) cc) (4) (a) (bb).

Mit der Kommission¹³⁹ ist davon auszugehen, dass Differenzierungen auch innerhalb der Berufsgruppen zulässig sind (und damit weitere Untergruppen gebildet werden durften) und auch die Bedeutung der Einreisenden für die Aufrechterhaltung der Versorgung im Einreisestaat berücksichtigt werden darf.¹⁴⁰ Dies gilt im Hinblick auf Deutschland unter dem Gesichtspunkt der Kohärenz insb. auch unter dem Aspekt, dass innerstaatlich ähnliche Differenzierungen nach dem Innehaben einer betriebsnotwendigen Stellung in einem Berufszweig von allgemeinem öffentlichen Interesse vorgenommen wurden.¹⁴¹

Eine Ausnahmeregelung, welche nicht an bestimmte Berufe anknüpfte, war in § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c EinreiseVO enthalten. Danach waren Personen von der Absonderungspflicht ausgenommen, welche sich bis zu fünf Tagen zwingend notwendig und unaufschiebbar beruflich veranlasst in einem Risikogebiet aufgehalten haben, oder nach Deutschland einreisen, sofern sie über einen Testnachweises verfügten. Diese Regelung milderte somit die Folgen der Einteilung innerhalb der Berufsgruppen ab.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass zumindest § 6 Abs. 2 Nr. 3 EinreiseVO für Ausnahmen von der Absonderungspflicht (§ 4 EinreiseVO) eine flexible Möglichkeit für individuelle, verhältnismäßige Bewertungen bot, wonach in einzelnen Fällen bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“ weitere Ausnahmen erteilt werden konnten. Da die Meldepflicht nicht derart einschneidend ist wie die Pflicht zur Absonderung, war es auch sachgerecht, dass diese Flexibilität hinsichtlich der Meldepflicht nicht bestand. Ferner wurde danach unterschieden ob die Einreise aus einem „einfachen“ Risikogebiet erfolgte oder aus einem Hochinzidenz- bzw. Virusvariantengebiet. Dadurch wurden die Unterscheidungen dynamisch an die jeweilige Einstufung durch das Bundesinnenministerium geknüpft.

Für die Gruppe der Grenzgänger, welche sich bei Einreise nach Deutschland in Absonderung begeben mussten, weil ihre Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Abläufe *nicht* unabdingbar war, ist festzuhalten, dass dieser erhebliche Eingriff

¹³⁹ Im Vorschlag für eine Empfehlung des Rates für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie (Fußn. 93), wird auf S. 11 Nr. 32 vorgeschlagen, dass insb. die Freizügigkeit solcher Personen geschützt werden muss, die bspw. in systemrelevanten Berufsfeldern tätig sind.

¹⁴⁰ Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Ausübung der Freizügigkeit der Arbeitskräfte während des COVID-19-Ausbruchs vom 30.03.2020 (2020/C 102 I/03), S. 1 Abs. 4.

¹⁴¹ Siehe z.B. Art. 1 der Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 9. April 2021.

an den Inzidenzzahlen und der Einstufung der Ausreisegebiete gemessen werden muss. Diese Unterscheidung innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmer nach Maßgabe der Bedeutung der Person für die Aufrechterhaltung des Betriebs war – wie gesehen – mit der Kommission als grundsätzlich zulässig anzusehen.

(3) Anpassung der Beschränkungen im Zeitverlauf am Beispiel der Bundes-Einreiseverordnung vom 30.07.2021

Wie auch im nationalen Recht¹⁴² hängt die (fortdauernde) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen, welche unter Unsicherheit zu Beginn der Pandemie getroffen wurden, davon ab, dass diese im Zeitverlauf unter Berücksichtigung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse und des Pandemiegeschehens geprüft und ggf. angepasst werden. Ob der Verordnungsgeber dem nachgekommen ist, soll im Folgenden am Beispiel der nachfolgenden Bundes-Einreiseverordnung vom 30.07.2021 geprüft werden.

(a) Klassifikation der Gebiete

Auffällig ist insoweit, dass die Einreisegebiete (nur noch) in Virusvarianten- und Hochrisikogebiete unterteilt wurden; das „einfache“ Risikogebiet fiel als Gebietstyp fort. Dabei wurde das Hochrisikogebiet als ein Gebiet definiert, welches eine besonders hohe Inzidenz aufweist *oder* andere Anhaltspunkte für eine erhöhte Gefahr bestehen.

(b) Modifikation der Absonderungs- und Nachweispflichten

Eine *Absonderungspflicht* sah auch die EinreiseVO vom 30.07.2021 vor. Allerdings wurde die Pflicht zur Absonderung bei Einreisen aus Virusvariantengebieten im Unterschied zur EinreiseVO vom 12.05.2021, die ausnahmslos eine 14tägige Absonderung vorschrieb, differenzierter geregelt. So unterschied die EinreiseVO vom 30.07.2021 danach, ob das Gebiet, aus dem die Einreise erfolgte, während der Dauer der Absonderung als Hochrisikogebiet eingestuft wurde – mit der Folge, dass die Absonderung ggf. gem. § 4 S. 2-4 vorher beendet werden konnte. Zudem eröffnete sie die Möglichkeit der Ausnahme von der Absonderungspflicht bei Vorliegen einer vollständigen Impfung (§ 4 Abs. 2 S. 5 Nr. 2) und sah in § 4 Abs. 2 S. 6 ein Ende der Absonderung vor, wenn die Einstufung des Ausreisegebietes als Hochrisiko- bzw.

¹⁴² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.04.2022 - 1 BvR 2649/21 -, Rn. 159, wonach (dort näher bezeichnete) wissenschaftlich aufbereitete und bewertete Daten zu berücksichtigen und auf dieser Grundlage auch bisherige Maßnahmen zu hinterfragen und gegebenenfalls anzupassen sind; vgl. auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 178.

Virusvariantengebiet endete. Es ist daher zu konstatieren, dass die Beschränkungen den voranschreitenden wissenschaftlichen Erkenntnissen angepasst wurden, indem die ausdifferenzierte Unterausnahme (§ 4 Abs. 2 Nr. 2) aufgenommen wurde, welche Erleichterungen an einen bestehenden Impfschutz knüpfte. Zudem wurden die Beschränkungen noch enger an die aktuelle Einordnung eines Gebiets als Hochrisiko- oder Virusvariantengebiet gekoppelt, wobei Änderungen der Klassifikation sich auf die Dauer einer laufenden Absonderung auswirken konnten.

Parallel wurde die *Nachweispflicht* grundsätzlich auf alle Einreisenden ausgedehnt und insoweit verschärft, als der geforderte Nachweis immer bereits bei Einreise vorliegen musste. Auch hier ist eine differenzierte Anpassung der Beschränkungen zu erkennen: Zum einen war im Zeitverlauf infolge des wachsenden Impfangebots eine immer höhere Anzahl an Personen geimpft oder genesen. Die Führung eines „3G“-Nachweises war dadurch erleichtert, der Testnachweis verlor dagegen etwas seine ursprüngliche Bedeutung. Die weiterhin bestehende Voraussetzung eines Testnachweises als einzige zulässige Nachweisart wurde in § 5 dagegen nur noch für die Einreise aus einem Virusvariantengebiet verlangt. Dies lässt sich – wie auch in der EinreiseVO vom 12.05.2021 – damit begründen, dass bei neuen Varianten die Gefahr besteht, dass gegen diese eine schwächere Immunisierung (durch Genesung oder Impfung) gegeben ist und die Schwere der Infektionen sowie die Verbreitungsgeschwindigkeit typischerweise noch unerforscht sind, die Gefahrensituation also ähnlich unbekannt ist wie zu Beginn der Pandemie.

(c) Ergebnis

Die beispielhaft dargestellten Modifikationen der EinreiseVO vom 30.07.2021 zeigen, dass eine differenzierte Anpassung an den voranschreitenden Kenntnisstand und das sich ändernde Infektionsgeschehen stattfand.

d) Ergebnis zur Vereinbarkeit der Einreisebeschränkungen mit Grundfreiheiten

Die vorliegend geprüften Einreisebeschränkungen sind daher grundsätzlich mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar.

III. Grenzkontrollen

1. Begriff der Grenzkontrolle und Abgrenzung zu Begleit- und Folgemaßnahmen

Der Begriff „Grenzkontrolle“ i.S.d. Schengener Grenzkodex meint die Überprüfung von Reisebewegungen an der Staatsgrenze ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts.¹⁴³ Dies legt nahe, dass sie völlig losgelöst von einem Zweck angeordnet werden können und müssen. Da der Grenzkodex aber selbst Vorgaben darüber trifft, zu welchem Zweck Grenzkontrollen wiedereingeführt werden dürfen, ist dies nicht richtig. Vielmehr erfolgt der Akt der Kontrolle, wurde er nach den Vorgaben des Grenzkodex angeordnet, nur anlässlich des Grenzübertritts. Im Rahmen einer solchen Grenzkontrolle wird überprüft, ob die betreffende Person in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ein- oder ausreisen darf.¹⁴⁴ Dabei soll die Grenzkontrolle durch eine einfache und rasche Überprüfung des Reisedokuments erfolgen.¹⁴⁵ Sie ist am Maßstab des Grenzkodex als speziell hierfür einschlägige Regelung rechtlich zu würdigen. Hiervon zu unterscheiden sind etwaige Folge- oder Begleitmaßnahmen wie Quarantäneanordnungen oder Testverpflichtungen, aber auch Einreiseverbote. Letztere knüpfen zwar auch an den Grenzübertritt an, sind jedoch keine Grenzkontrollen i.S.d. Grenzkodex und daher auch nicht an diesem zu messen. Sie dienen in spezifischer Weise dem Schutz der Gesundheit und erfolgen somit nicht ausschließlich aufgrund des Grenzübertritts.

Es stellt sich die zudem die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen *stichprobenartige Kontrollen*¹⁴⁶ als „Grenzkontrollen“ i.S.d. Grenzkodex anzusehen sind. Gemäß Art. 32, 8 SGK werden bei Grenzübertrittskontrollen alle Personen einer Mindestkontrolle unterzogen, was bei der Stichprobe gerade nicht der Fall ist. Solange Stichproben nicht in ihrer Häufigkeit und Dichte Grenzkontrollen entsprechen, sind sie daher nicht als Grenzkontrollen i.S.d. Grenzkodex zu werten. Dem entspricht auch die Formulierung des Art. 23 SGK, wonach der Grenzkodex polizeiliche Befugnisse der nationalen Behörden unberührt lässt, sofern die Ausübung der Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat. Dies gilt danach auch im Grenzgebiet.

¹⁴³ Art. 2 Nr. 10 SGK.

¹⁴⁴ Art. 2 Nr. 11 SGK

¹⁴⁵ Art.8 Abs. 2 SGK; dies gilt auch für den Fall der Anordnung von Binnengrenzkontrollen nach Art. 32 SGK.

¹⁴⁶ Siehe hierzu Fußn. 15.

2. Zulässigkeit von Grenzkontrollen nach Maßgabe des Grenzkodex

a) Ausnahmsweise Zulässigkeit von Grenzkontrollen nach Art. 28 i.V.m. Art. 26 SGK

Der Schengener Grenzkodex schreibt in Art. 1 die Freiheit von Binnengrenzkontrollen als Grundsatz fest, Ausnahmen hiervon sehen die Art. 25-35 SGK vor. Von Bedeutung ist hierbei insb. Art. 28 Abs. 1 SGK, nach dessen Ordre-public-Vorbehalt ein Mitgliedstaat in Fällen, in denen bei Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit ein sofortiges Handeln notwendig ist, ausnahmsweise Kontrollen an den Binnengrenzen wiedereinführen darf. Diese bedürfen dann auch der Notifizierung nach Art. 28 SKG. Zur Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine „Bedrohung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit“ auch in Fällen einer Gesundheitsgefährdung vorliegt, enthält Art. 28 Abs. 1 SGK aber keine ausdrückliche Aussage.

Art. 28 SGK lässt Ausnahmen vom Grundsatz der Grenzkontrollfreiheit vor, wenn sich diese auf die dort aufgezählten/genannten Rechtfertigungsgründe stützen lassen. Bei der konkreten Beurteilung von getroffenen Schutzmaßnahmen sind auch die allgemeinen Wertungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips heranzuziehen.¹⁴⁷ Diese allgemeinen Voraussetzungen werden durch die Formulierung des Grenzkodex verschärft: Art. 26 SGK, welcher allgemeine Kriterien für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen sowohl nach Art. 25¹⁴⁸ als auch nach 28 SGK benennt, setzt voraus, dass diese nur als letztes Mittel unter Bewertung der Bedrohung einerseits und der Auswirkungen auf den freien Personenverkehr andererseits eingesetzt werden dürfen. Diese Abwägung soll auch bei jeder Verlängerung neu vorgenommen werden. Art. 25 SGK reduziert die Möglichkeit der Wiedereinführung auf ein unbedingt erforderliches Mindestmaß, was erst recht bei sofortiger Wiedereinführung nach Art. 28 SGK gelten muss. Art. 28 SGK setzt für die sofortige Wiedereinführung von Grenzkontrollen eine ernsthafte Bedrohung und außergewöhnliche Umstände voraus.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein unionaler Rechtsgrundsatz, siehe hierzu B. I. 1. c) bb) (1).

¹⁴⁸ Art. 25 SGK betrifft die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen, regelt aber in Abgrenzung zu Art 28 SGK *nicht* die sofortige Wiedereinführung der Grenzkontrollen.

¹⁴⁹ Auch die Kommission betont, dass Binnengrenzen nur in einer „äußerst kritischen Situation wiedereingeführt werden dürfen“, siehe Leitlinien für Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen (2020/C 86 I/01), V Nr.18.

b) Reichweite des Ordre-public-Vorbehalts des Art. 28 SGK

Der Umstand, dass der Grenzkodex den Gesundheitsschutz zur Rechtfertigung beschränkender Maßnahmen an *Außengrenzen* ausdrücklich nennt, nicht aber bei der Rechtfertigung von Binnenkontrollen, wirft die Frage auf, ob der Ordre-public-Vorbehalt in Art. 28 SGK Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit durch die Mitgliedstaaten überhaupt erfasst – zumal zu den Gefahren für die öffentliche Gesundheit i.S. der Art. 6 und 8 SGK nach Art. 2 Nr. 21 SGK eine Krankheit mit epidemischem Potenzial im Sinne der Internationalen Gesundheitsvorschriften der WHO zählt.¹⁵⁰ Aufgrund der Nennung in den Art. 6 und 8 SGK kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesundheit als Schutzgut für den Bereich der Binnengrenzen schlicht nicht bedacht wurde. Fraglich ist daher, ob der Ordre-public-Vorbehalt in Art. 28 SGK so auszulegen ist, dass dieser Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit zulässt.

Insoweit ist allerdings zu bedenken, dass der Grenzkodex selbst in seiner Präambel zu einer restriktiven Auslegung anhält, indem er auf die restriktive Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Abweichung vom Prinzip der Freizügigkeit verweist und zu einer restriktiven Handhabung von Ausnahmen in Nr. 21 ermahnt. Zudem macht die Unterteilung zwischen Maßnahmen an Außengrenzen und Maßnahmen an Binnengrenzen deutlich, dass für Ausnahmen von der Freizügigkeit für diese Bereiche unterschiedliche Voraussetzungen gelten sollen. Diese Differenzierung muss beachtet werden, sodass der Schutzgrund der öffentlichen Gesundheit, wie er in Art. 6 und 8 SGK Verwendung gefunden hat, nicht unangepasst vom Bereich der Außengrenzen auf Binnengrenzen übertragen werden darf. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass Gefährdungen des Gesundheitsschutzes für den Bereich der Binnengrenzen selbst dann keinerlei Beachtung finden sollen, wenn hierdurch die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit i.S.d. Art. 28 SGK gefährdet werden. Denn der Gesetzgeber wollte *sämtliche* Bedrohungen für den Bereich der öffentlichen Ordnung erfasst sehen¹⁵¹ und somit auch solche, die ihren Ursprung in einer Bedrohung für

¹⁵⁰ Am 11.03.2020 erachtete die WHO den Ausbruch von COVID-19 als Pandemie (Listings of WHO's response to COVID-19, URL: <https://www.who.int/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline> (letzter Abruf 28.07.2022)). Bei einer Epidemie breitet sich eine Krankheit schnell regional aus und führt zu einer überdurchschnittlich großen Zahl von Erkrankten., bei einer Pandemie erfolgt diese Ausbreitung global, Definition nach URL: <https://www.drk.de/hilfe-weltweit/wann-wir-helfen/katastrophe/epidemien-pandemien/#c66233> (letzter Abruf am 28.07.2022).

¹⁵¹ Der EuGH geht im Zusammenhang mit Art. 6 SGK davon aus, dass der Gesetzgeber sämtliche Bedrohungen erfassen wollte und folgt daher einem weiten Verständnis der Rechtfertigungsgründe (EuGH, Urteil vom 12.12.2019, Rs. C-380/18, ECLI:EU:C:2019:1071, Rn. 45).

die Gesundheit haben. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Gesundheit auch für den Bereich der Binnengrenzen erfassen wollte, dies jedoch in anderer Form als für den Bereich der Außengrenzen. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Außen- und Binnengrenzen kann und muss in der Schwelle der Gesundheitsbedrohung gesehen werden bzw. in der Art ihrer Auswirkungen: Wird das Schutzgut der öffentlichen Gesundheit nicht explizit genannt, werden hiervon lediglich solche Bedrohungen der öffentlichen Gesundheit umfasst, welche auch als Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gesehen werden müssen, andernfalls werden auch geringere bzw. eher abstraktere Gefährdungslagen erfasst.

Aus den vorstehend genannten Erwägungen steht der Annahme, dass der Ordre-public-Vorbehalt des Art. 28 SGK auch Bedrohungen der öffentlichen Gesundheit umfasst, auch Art. 2 Nr. 21 SGK nicht entgegen, welcher den Fall einer Krankheit mit epidemischem Potenzial als Fall der Gefährdung der öffentlichen Gesundheit definiert. Der Schluss, dass diese Krankheiten – insb. epidemische Krankheiten – dann nicht auch noch als Unterfall der Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu sehen sind, kann nicht erfolgen. Der Gesetzgeber hatte insoweit Krankheiten vor Augen, welche zu einer Epidemie – und damit auch zu einer Pandemie – führen *können* und wollte auch diese Fälle unter den Begriff der Gesundheitsbedrohung fassen. Damit sollte gewährleistet sein, dass vom Begriff der öffentlichen Gesundheit Krankheiten umfasst werden, welche ein *epidemisches Potenzial* aufbringen, um das Treffen von Maßnahmen im Vorfeld einer Epidemie und damit vor Überschreiten der Schwelle zur Epidemie zu ermöglichen. Während also der Begriff „Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ i.S.d. Art. 6, 8 SGK alle Krankheiten mit epidemischem Potenzial umfasst, erfasst der Ordre-public-Vorbehalt in Art. 28 SGK nur diejenigen Fälle, in denen durch eben solche Krankheiten eine Situation hervorgerufen wurde, durch welche die öffentliche Ordnung unmittelbar gefährdet wird. Maßnahmen zum Schutze der Gesundheit sind somit grundsätzlich vom Ordre-public-Vorbehalt des Art. 28 SGK als erfasst anzusehen.¹⁵²

¹⁵² So auch *Stefano Montaldo*, The COVID-19 Emergency and the reintroduction of internal border controls in the Schengen Area. Never let a serious crisis go to waste, in *European Papers* 2020, S. 523, 528. Dafür spricht auch, dass in Art. 4 SGK ausdrücklich die Beachtung der Charta der Grundrechte der Union genannt wird und damit auch deren Art. 35, welcher ein hohes Gesundheitsschutzniveau verlangt.

c) Beurteilungsspielraum bei der Ausgestaltung von Maßnahmen

Im Rahmen der Überprüfung der Maßnahmen am Maßstab des Grenzkodex ist zu beachten, dass die vom Mitgliedstaat zu ergreifende Maßnahme als solche bereits definiert ist, nämlich die Wiedereinführung von Grenzkontrollen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist daher zu bewerten, ob die von Deutschland zum Anlass genommene Situation der im Grenzkodex festgelegten Gefahrenschwelle entspricht, ob die konkrete Ausgestaltung der Grenzkontrollen angemessen war und ob der Gefahr nicht durch ein milderes, gleich geeignetes Mittel begegnet werden konnte.

Im Rahmen eines Pandemiegeschehens besteht grundsätzlich die Gefahr, dass viele Menschen in Berufsfeldern erkranken, die wichtig für die Aufrechterhaltung grundlegender Staatsfunktionen sind, zudem droht eine Überlastung des Gesundheitssystems. Hinsichtlich der Einschätzung der Frage, ob die Schwelle zur Annahme einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit durch die Bedrohung der Gesundheit überschritten ist, steht den Mitgliedstaaten ein großer Beurteilungsspielraum zu. Dies folgt aus der Tatsache, dass der Grenzkodex auf Grundlage des Titels V. des AEUV¹⁵³ erlassen wurde und somit Kompetenzen betrifft, welche zu den „klassischen Hoheitsaufgaben“ der Mitgliedstaaten zählen.¹⁵⁴ Daher muss auch hier im Sinne eines Erst-recht-Schlusses die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten zum weiten Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich einer Gefährdung der Gesundheit berücksichtigt werden.¹⁵⁵ Diese weicht von der dort grundsätzlich geltenden engen Auslegung des Ordre-public-Vorbehalts als Ausnahme von den Freiheiten bzgl. des Schutzguts der Gesundheit ab: Als Besonderheit der im Jahr 2020 bestehenden Lage ist dabei zu beachten, dass es sich um eine neuartige Bedrohung handelte und insb. zu Beginn der Pandemie keine gesicherten Erkenntnisse über Verbreitungswege und Schwere von COVID-19-Erkrankungen vorlagen, die Bekämpfung dieser neuartigen Bedrohung wissenschaftlich also noch nicht erprobt war. Angesichts dieser Unsicherheiten ist von einem sehr weiten Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Wahl der Mittel auszugehen, auch kann hier das Vorsorgeprinzip herangezogen werden.¹⁵⁶ Auch in der Mitteilung der Organe, Einrich-

¹⁵³ Art. 77 Abs. 2 Buchst. b und e AEUV.

¹⁵⁴ *Matthias Rossi*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, Art. 73 AEUV Rn. 7.

¹⁵⁵ Siehe oben II. 1. b) cc) (1).

¹⁵⁶ Der EuGH gibt den Mitgliedstaaten im Rahmen der Gefahrenabwehr die Möglichkeit, auch bei wissenschaftlichen Unsicherheiten Vorsorgemaßnahmen zu treffen (Urteil vom 05.02.2004, C- 24/00, ECLI:EU:C:2004:70, Rn. 56). Diese Wertung ist auch hier heranzuziehen; *Sebastian Klaus*, Geschlos-

tungen und sonstigen Stellen der EU vom 17.4.2020 wird betont, dass die rasche Verbreitung und die vielen Unbekannten die Maßnahmen begründen.¹⁵⁷ Dies entbindet die Mitgliedstaaten allerdings nicht davon, bestehende wissenschaftliche Erkenntnisse und Standards zu beachten.¹⁵⁸

d) Verhältnismäßigkeit der konkret durchgeführten Grenzkontrollen

Der Akt der Grenzkontrolle ist ein Instrument, um eine flächendeckende Erfassung der Menschen, welche die Grenze überqueren wollen, zu gewährleisten. Grenzkontrollen sind dabei zugleich auch notwendige vorgelagerte Maßnahmen, welche die effektive Umsetzung weiterer gezielter Maßnahmen wie solche zur Erkenntnisgewinnung (z.B. Testungen) und Maßnahmen der Kontaktreduzierung (z.B. Quarantäneanordnungen) oder aber Einreiseverbote erst ermöglichen. Diese Maßnahmen zur Erkenntnisgewinnung und Kontaktreduktion sind bereits vor der COVID-19-Pandemie von wissenschaftlicher Seite als geeignet eingestuft worden, um ein Pandemiegeschehen einzudämmen.¹⁵⁹

Hinsichtlich der Möglichkeit stichprobenartiger Kontrollen als denkbare mildere Mittel ist festzustellen, dass die Grenzkontrollen i.S.d. Grenzkodex, welche zu Beginn der Pandemie bis in den Sommer 2020 notifiziert wurden (siehe A. I.), damit zu begründen sind, dass die Effektivität bloß stichprobenartiger Kontrollen ungewiss war. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die zu Beginn der Pandemie geltenden Einreiseverbote, die einen recht weiten Personenkreis erfassten. Auch die Einrichtung von Grenzkontrollpunkten lässt sich so begründen. Grenzkontrollen sind somit dem Grunde nach als geeignete und erforderliche Maßnahmen zu bewerten, um daran anknüpfend weitere Schutzmaßnahmen folgen zu lassen, welche gesondert zu bewerten sind.

sene Gesellschaft: Einreisebeschränkungen und andere ausländerrechtliche Maßnahmen infolge der COVID-19 Pandemie, in NVwZ Extra 2020 S. 1, S. 3, betont, dass die Formulierung des Art. 28 Abs. 1 SGK („ernsthafte Bedrohung“) eine entsprechend gesicherte Faktenlage fordert.

¹⁵⁷ Mitteilung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU, Gemeinsamer europäischer Fahrplan für die Aufhebung der Maßnahmen zur Eindämmung von COVID-19 (2020/C126/01).

¹⁵⁸ Der EuGH legt entsprechend als Maßstab bei Prüfung im Rahmen der Art. 34 und 36 AEUV eine „verständige Würdigung“ an (Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-148/15, Rn. 36). Weiterführend zum Vorsorgeprinzip *Goldner Lang* (Fußn. 133).

¹⁵⁹ *Robert-Koch-Institut*, Nationaler Pandemieplan (Teil I) vom 02.03.2017 (Fußn. 61), der in Tabelle 4 kontaktreduzierende Maßnahme in Bezug auf die Gesamtbevölkerung zur Eindämmung des Pandemiegeschehens empfiehlt.

Da Grenzkontrollen durch das Anhalten von Einreisenden und die Erhebung von Daten ihrem Wesen nach Zeit in Anspruch nehmen, sind ihnen etwaige Wartezeiten¹⁶⁰ immanent, zumal die Reisebewegungen im Detail kaum verlässlich vorherzusehen sein dürften. Entsprechendes gilt für Umwege, die sich daraus ergeben, dass die Zahl der Grenzübergangsstellen durch das Erfordernis der Einrichtung von Kontrollstellen beschränkt wird. Der Grenzkodex selbst schweigt zur Zumutbarkeit von Wartezeiten und Umwegstrecken. Die in Art. 8 Abs. 2 SGK¹⁶¹ normierte Forderung nach einer „rasche[n] und einfache[n] Überprüfung der Dokumente“ zeigt aber, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, für eine zügige Abwicklung der Kontrollen zu sorgen. Organisationsdefizite, die zu außergewöhnlich langen Wartezeiten oder außergewöhnlich langen Umwegstrecken führen, welche der Gefahrenlage nicht angemessen sind, sind daher als unverhältnismäßig einzustufen. Insoweit ist im Hinblick auf die in Deutschland durchgeführten Grenzkontrollen festzuhalten, dass es der Bundespolizei erlaubt wurde, neben den wiedereingeführten Grenzkontrollstellen weitere Grenzübergänge zu öffnen, um größere Staus zu vermeiden.¹⁶² Zudem wurden die Grenzkontrollen schon vor ihrem ursprünglich vorgesehenen Ende im Juni 2020 gelockert: die Grenzen zu Frankreich und Österreich (und der Schweiz als Transitland) konnten bereits ab dem 16.05.2020 über alle Verkehrswege passiert werden, die Kontrollen erfolgten seitdem nicht mehr systematisch.¹⁶³ Die Durchführung der Grenzkontrollen wurden somit der nachlassenden Gefährdungslage angepasst.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Grenzkontrollen durch die systematische Ermöglichung weiterer Schutzmaßnahmen *grundsätzlich* als geeignet anzusehen waren (und sind), das Infektionsgeschehen zu begrenzen. Sie sind auch erforderlich, da nur so eine hinreichende Überwachung des Grenzverkehrs sichergestellt werden kann. Die Art der Ausführung im Jahr 2020 ist – vorbehaltlich etwaiger punktueller besonderer Situationen – insbesondere aufgrund der Anpassung an Erkenntnisse zum Pandemiegeschehen – *insgesamt betrachtet* als verhältnismäßig zu bewerten.

¹⁶⁰ *Der Focus*, URL: https://www.focus.de/politik/deutschland/wegen-corona-pandemie-kontrollen-loesen-verkehrschaos-an-deutsch-oesterreichischer-grenze-aus_id_11775992.html (letzter Abruf am 27.7.2022).

¹⁶¹ Art. 32 SGK normiert die entsprechende Anwendung auf den Bereich der Binnengrenzen.

¹⁶² *Bundesministerium des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 19.03.2020 (Fußn. 9).

¹⁶³ *Bundesministerium des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 13.05.2020 (Fußn. 10).

e) Fristwahrung

Die Grenzkontrollen wurden zunächst auf Art. 28 SGK gestützt¹⁶⁴ und vom 16.03.2020 bis zum 16.06.2020 verlängert.¹⁶⁵ Die Höchstgrenze von zwei Monaten des Art. 28 Abs. 4 SGK wurde somit überschritten. Die letzte Notifizierung vor dem Auslaufen der Grenzkontrollen wurde demgegenüber dem Verfahren der Art. 25¹⁶⁶ und 27 SGK unterworfen.¹⁶⁷ Es scheint sehr fraglich, ob in diesem Vorgehen nicht ein Verstoß gegen die Fristen des Art. 28 SGK gesehen werden muss, da die Grenzkontrollen ursprünglich hierauf gestützt wurden. Könnte man beliebig auf das Verfahren nach Art. 25, 27 SGK wechseln, hätten die separat geregelten Fristen keinen Sinn. Im Schrifttum wird dennoch die Möglichkeit der Überschreitung der genannten Frist, begrenzt durch die Verhältnismäßigkeit, in Betracht gezogen. Begründet wird dies damit, dass sich die Erwägungsgründe des Grenzkodex auf vorübergehende Gefährdungslagen bezögen, sodass dieser zu einer andauernden Gefährdungslage keine klare Aussage träge.¹⁶⁸ Gegen diese Auffassung spricht aber zum einen die Differenziertheit der Frist-Regelungen in den Art. 25, 28 und 29 SGK. Zudem ist zwar richtig, dass die Mitgliedstaaten bei Nichtanwendbarkeit der Höchstfrist des Art. 28 Abs. 4 SGK dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterlägen, das Argument, wonach der Grenzkodex auf vorübergehende Gefahren ausgerichtet sei, begründet aber eher die gegenteilige Folgerung, dass Grenzkontrollen auch nur als vorübergehende Maßnahme innerhalb der Europäischen Union ergriffen werden dürfen.

Auch der EuGH geht von einem strengen Verständnis der Fristenregelungen des Grenzkodex aus. Unter Bezugnahme auf den 27. Erwägungsgrund verweist er unter anderem darauf, dass die Ausnahmen und Abweichungen von der Freizügigkeit eng auszulegen sind.¹⁶⁹

¹⁶⁴ *Bundesministerium des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 15.03.2020 (Fußn. 4).

¹⁶⁵ Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code (Fußn. 2), Notifizierungen Nr. 133 bis 218.

¹⁶⁶ Art 25 SGK regelt die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen; für Fälle des Art. 25 SGK ist abweichend von Art. 28 SGK ein anderes Verfahren in Art. 27 SGK normiert, wonach u.a. die Wiedereinführung vier Wochen vorher angekündigt werden muss (Art. 27 Abs. 1 SGK).

¹⁶⁷ *Bundesministerium des Inneren und für Heimat*, Pressemitteilung vom 13.05.2020 (Fußn. 10).

¹⁶⁸ So unter Bezugnahme auf Nr. 22 der Erwägungsgründe des Grenzkodex *Klaushofer et al* (Fußn. 35), S. 649, 670.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298, Rn. 64, zu den Fristen des Art. 25 Abs. 4 SGK.

3. Ergebnis zur Unionsrechtsmäßigkeit der Grenzkontrollen

Die Grenzkontrollen als solche erwiesen sich demnach als mit dem Grenzkodex vereinbar, die wiederholte Verlängerung über die in Art. 28 Abs. SGK genannte Frist hinaus war allerdings unionsrechtswidrig.

C. Fazit und Ausblick

I. Zusammenfassung der Erkenntnisse

Das Handeln der EU-Mitgliedstaaten zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie war bislang weitestgehend heterogen und unilateral.¹⁷⁰ So war zu Beginn der Pandemie das Handeln der Mitgliedstaaten von Abgrenzung geprägt, indem vielfach¹⁷¹ wieder Grenzkontrollen eingeführt wurden. Später kam es zu vereinzelt Formen der Zusammenarbeit wie der Aufnahme von Patienten aus anderen Mitgliedsländern bei unterschiedlicher Kapazitätsauslastung der Krankenhäuser.¹⁷² Ein abgestimmtes Handeln gab es jedoch nicht.¹⁷³ Am Beispiel Deutschlands lässt sich nachzeichnen, dass die zu Beginn eingeführten Grenzkontrollen und Einreisebeschränkungen angesichts des hohen und wenig erforschten Gefährdungspotentials des Virus eher rigide waren, wenngleich eine totale Abschottung zu keiner Zeit erfolgte. Mit zunehmender Erkenntnisgewinnung wurden die getroffenen Maßnahmen immer differenzierter und flexibler ausgestaltet. Dies galt sowohl für die Grenzkontrollen, mehr aber noch für die Einreisebeschränkungen. Insbesondere die differenzierten und regelmäßig angepassten Regelungen der bundeseinheitlichen Einreiseverordnung zeigen dabei, dass die Freizügigkeit in ihrer Wichtigkeit für den Binnenmarkt respektiert wurde. Die Sorge, dass es ohne harmonisierende Regelungen der Union zu gravieren-

¹⁷⁰ So auch die Einschätzung der Kommission, welche zwar eine gewisse Kooperation im Laufe der Zeit feststellt, jedoch eine stärkere für die Zukunft fordert (Mitteilung der Kommission COM (2020) 724 vom 11.11.2020 (Fußn. 66); ebenso Müller (Fußn. 16), S. 111; a.A. offenbar Alberto Alemanno, The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?, EJRR 2020, S. 307.

¹⁷¹ Auch Österreich und Spanien führten diese im März 2020 wieder ein, siehe hierzu Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code (Fußn. 2), Notifizierungen Nr. 125 und 139.

¹⁷² *Deutsches Ärzteblatt* vom 24.03.2020, URL: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/111286/Deutsche-Krankenhaeuser-nehmen-COVID-19-Patienten-aus-Italien-und-Frankreich-auf> (letzter Abruf am 27.07.2022).

¹⁷³ So auch die Kommission (Fußn. 66), S. 5, die feststellt, es habe keine kohärente Risikokommunikation gegeben.

den Verstößen gegen die Freizügigkeitsverbürgungen kommt, hat sich im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand jedenfalls nicht bewahrheitet. Dies bedeutet aber nicht, dass ein harmonisiertes Handeln nicht vorteilhaft sein könnte; die Kommission jedenfalls hat die mangelnde Abstimmung unter den Mitgliedstaaten als erhebliches Defizit identifiziert.

II. Gegenwärtige und zukünftige Möglichkeiten der Union zu harmonisierenden Maßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitspolitik

Wie oben skizziert sind die Mitgliedstaaten kompetenzrechtlich bzgl. des Gesundheitsschutzes zwar die „Herren der Verträge“. Dennoch ist es der Union auch in diesem Bereich nicht gänzlich verwehrt, eine gewisse Angleichung im Bereich des Gesundheitsschutzes unter den Mitgliedstaaten zu schaffen. Dies kann sie, indem sie im Wege der *positiven Integration* auf sekundärrechtlicher Ebene in Form von *nicht bindenden* Leitlinien und Empfehlungen (Art. 288 Abs. 5 AEUV) aktiv tätig wird.¹⁷⁴ Daneben ist aber auch an verbindliche Rechtsakte, wie etwa der Beschluss 1082/2013¹⁷⁵ zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren zeigt, zu denken. Der nach Art. 288 Abs. 4 AEUV verbindliche Beschluss 1082/2013 erlaubt in seinem Art. 6 u.a. die Errichtung eines Netzes zur epidemiologischen Überwachung, geleitet durch die ECDC (European Centre for Disease Prevention and Control) und sieht in Art. 8 die Einrichtung eines Frühwarn- und Reaktionssystem, EWRS (Early Warning and Response System), vor. Dieser Beschluss zeigt aber zugleich auch die Grenzen des Tätigwerdens der Union auf. So darf die Union gemäß Art. 168 Abs. 5 AEUV (nur) *unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung* Maßnahmen betreffend schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren treffen. Verbindliche Rechtsakte – wie der genannte Beschluss – dürfen daher keine Harmonisierungen der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten enthalten (Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 2 AEUV). Die Abgrenzung erfolgt unter dem Gesichtspunkt, dass ein Handeln der Union ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten voraussetzt, welches sie (d.h. die Union) dann ergänzt.¹⁷⁶ Im Rahmen der Erwägungsgründe des Beschlusses wird daher auch die Verantwortung der Mitgliedstaaten betont (Nr. 21, 28) und mit Blick auf das

¹⁷⁴ Siehe hierzu die Aufzählung bei Müller (Fußn. 16), S. 111.

¹⁷⁵ Beschluss Nr. 1082/2013/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 2119/98/EG, Abl. der EU, L 293/1.

¹⁷⁶ Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, Art. 2 AEUV Rn. 34 m.w.N.

Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV das Tätigwerden der Union damit begründet, dass bei diesem grenzüberschreitenden Ziel ein Handeln der Mitgliedstaaten nicht ausreichend ist und es besser auf Unionsebene verwirklicht werden kann. Zudem stellt Art. 1 Abs. 3 des Beschlusses klar, dass durch ihn die Politik der Mitgliedstaaten koordiniert und ergänzt werden soll.

Auch *supranationale Organisationen* wie die EMA (European Medicines Agency), welche die wissenschaftliche Auswertung und Überwachung von Medizinprodukten zur Aufgabe hat, sind eine Form positiver Integration. Im Rahmen ihrer Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) kann die EU ebenfalls auf den Gesundheitsschutz einwirken, indem sie Regelungen trifft, welche in ihrem Schwerpunkt dem Binnenmarkt dienen, aber dennoch Auswirkungen auf den Bereich des Gesundheitsschutzes haben.¹⁷⁷

Im Rahmen der Aufsicht über nationale Maßnahmen kann die Union zudem negativ integrierend tätig werden. Werden durch die Freizügigkeitsrichtlinie gewährte Rechte oder die Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten unter Berufung auf den Schutz der Gesundheit beschränkt, müssen sich diese Einschränkungen insb. am Maßstab der Verhältnismäßigkeit und hierbei insb. der Kohärenz messen lassen. Bei Verstößen kann die Kommission Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) einleiten. Durch die Bewertung mitgliedstaatlichen Handelns anhand dieses unionsweit einheitlichen Kriteriums wird eine gewisse Angleichung des Handelns der Mitgliedstaaten herbeigeführt.

Scheint ein koordinierteres Verhalten erstrebenswert, so stellt sich die Frage, ob es hierzu einer neuen Kompetenzregelung bedarf. In ihrer Mitteilung vom 11.11.2020 stellt die Kommission vor, wie sie ein koordiniertes Vorgehen unter Wahrung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten erreichen möchte. Sie strebt dabei auf Grundlage des Art. 168 AEUV die Errichtung eines Grundgerüsts für eine europäische Gesundheitsunion an.¹⁷⁸ Unter anderem schlägt sie hierzu eine Aktualisierung des Beschlusses 1082/2013 vor, zudem eine Stärkung des ECDC und eine Erweiterung des Mandats der EMA. Im Schrifttum wird hierin teilweise¹⁷⁹ eine Diskrepanz zu Zielen, Aufgaben und Kompetenzen der Union gesehen und eine Änderung auf kompetenzrechtlicher

¹⁷⁷ Dabei wird nach dem Zweck der Maßnahme abgegrenzt (EuGH, Urteil vom 04.05.2016, Rs. C-547714, ECLI:EU:C:2016:325, Rn. 59.

¹⁷⁸ Mitteilung der Kommission (Fußn. 66), S. 3.

¹⁷⁹ *Calliess* (Fußn. 65), S. 511.

Ebene gefordert. Demgegenüber¹⁸⁰ wird zu bedenken gegeben, dass die Organe der Union in einem Mehrebenensystem operieren und die Koordinierungskompetenzen seitens der Union und der Mitgliedstaaten schon jetzt besser ausgeübt und angenommen werden könnten. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob eine kompetenzrechtliche Verlagerung auf EU-Ebene dem Subsidiaritätsgesichtspunkt gerecht würde.

¹⁸⁰ *Thym/Bornemann* (Fußn. 67), S. 84 Rn 56.

Literaturverzeichnis

Alemanno, Alberto, The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?, in: EJRR 2020, S. 307

Berg, Werner/Augsberg, Steffen, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker, Armin Hatje, Johann Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage Baden-Baden 2019, Art. 168 AEUV

Becker, Ulrich, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker, Armin Hatje, Johann Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage Baden-Baden 2019, Art. 36 AEUV

Brechmann, Winfried, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, 6. Auflage München 2022, Art. 45 AEUV

Bröhmer, Jürgen, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, 6. Auflage München 2022, Art. 52 AEUV

Calliess, Christian, Braucht die Europäische Union eine Kompetenz zur (Corona-) Pandemiebekämpfung?, in: NVWZ 2021, S. 505

Carrera, Sergio/Luk, Ngo Chun, Love thy neighbours, CEPS Paper in Liberty and Security 2020-04, S. 1, URL: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/love-thy-neighbour> (letzter Abruf am 29.07.2022)

Epiney, Astrid, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, 6. Auflage München 2022, Art. 18 AEUV

Forsthoff, Ulrich, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, Loseblatt (Stand 01/2022), Art. 45 AEUV

Giegerich, Thomas, Faktische Auslandsreiseverbote in der Pandemie, 23.11.2020, URL: https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2956 (letzter Abruf am 16.12.2022)

Goldner Lang, Iris, Laws of fear in the EU: Precautionary Principle and Public Health Restrictions to free movement of Persons in the time of COVID-19, in: EJRR 2021, S.

Holoubek, Michael, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker, Armin Hatje, Johann Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage Baden-Baden 2019, Art. 56 AEUV

Klaus, Sebastian, Geschlossene Gesellschaft: Einreisebeschränkungen und andere ausländerrechtliche Maßnahmen infolge der COVID-19 Pandemie, in: NVwZ Extra 2020 S. 1

Klaushofer, Reinhard; Kneihls, Benjamin; Palmstorfer, Rainer; Winner, Hannes, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des COVID-19-Virus, in: ZÖR 2020, S. 649

Kluth, Winfried, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, 6. Auflage München 2022, Art. 21, 56 u. 57 AEUV

Lienbacher, Georg, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker, Armin Hatje, Johann Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage Baden-Baden 2019, Art. 5 AEUV

Nettesheim, Martin, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, Loseblatt (Stand 01/2022), Art. 2 AEUV

Mögele, Rudolf, Die EU und COVID-19: Befugnisse und Initiativen, in EuZW 2020, S. 297

Montaldo, Stefano, The COVID-19 Emergency and the reintroduction of internal border controls in the Schengen Area. Never let a serious crisis go to waste, in European Papers 2020, S. 523

Müller, Andreas Th., Europa und die Pandemie. Zuständigkeitsdefizite und Kooperationszwänge, in: Staat und Gesellschaft in der Pandemie, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 80, Berlin/Boston 2021

Rossi, Matthias, in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV und AEUV, Kommentar, 6. Auflage München 2022, Art. 73 AEUV

Schuster, Ulrike, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, Baden-Baden 2017

Streinz, Rudolf, Europarecht, 11. Auflage Heidelberg 2019

Thym, Daniel/Bornemann, Jonas, Binnenmarktrechtliche Grundlagen des Infektions- und Gesundheitsschutzrecht, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München 2021

Schneider, Hartmut/Wunderlich, Nina, in: Jürgen Schwarze, Ulrich Becker, Armin Hatje, Johann Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage Baden-Baden 2019, Art. 45 AEUV