
Grenzkontrollen im Schengen-Raum – Aktuelle Rechtsfragen

SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Professorin für Europarecht und Migrationsrecht, Co-Direktorin des Zentrums für Migrationsrecht, Universität Freiburg

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	563
II.	Grenzkontrollen im Schengen-Raum.....	564
III.	Die Möglichkeiten, Grenzkontrollen wieder einzuführen.....	566
IV.	Offene Rechtsfragen	568
	A. Die Gründe: Öffentliche Gesundheit eingeschlossen?	569
	B. Die qualitativen Anforderungen an die Begründung.....	570
	C. Die Auswechselbarkeit der Rechtsgrundlagen bei gleichbleibender Bedrohung.....	571
	D. Die Maximaldauer bei überlappenden Gründen.....	572
	E. Die Berufung auf Primärrecht zur Rechtfertigung von Abweichungen vom Grenzkodex	573
	F. Die Rolle der Kommission	574
V.	Ausblick	574
VI.	Literaturverzeichnis	575

I. Einleitung

Während der «Flüchtlingskrise» von 2015/2016, aber insbesondere auch in der Covid-19-Pandemie von 2020/2021 haben zahlreiche Schengen-Staaten Personenkontrollen an den Binnengrenzen des Schengen-Raumes wiedereingeführt.¹ Dabei stellten sich verschiedene Rechtsfragen, die bislang noch ungeklärt sind. Der folgende Beitrag geht diesen auf den Grund und versucht, Licht in das Dunkel der teilweise unübersichtlichen Regelungen zu bringen, die die Wiedereinführung von Grenzkontrollen erlauben.

¹ Eine Liste aller Grenzkontrollen findet sich unter <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control> (letzter Besuch am 15.9.2021).

II. Grenzkontrollen im Schengen-Raum

Seit 2006 regelt der Schengener Grenzkodex² (SGK) den Grenzübertritt von Personen. Nach dessen Art. 22 dürfen Binnengrenzen des Schengen-Raums unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Die Ausübung polizeilicher Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Massgabe des nationalen Rechts wird gemäss Art. 23 SGK durch das Ausbleiben der Binnengrenzkontrollen nicht berührt, sofern die Ausübung dieser Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat; dies gilt auch in Grenzgebieten.³

Die Aussengrenzen des Schengen-Raums dürfen im Gegensatz zu Binnengrenzen nach Art. 5 SGK nur über zugelassene Grenzübergangsstellen überschritten werden. An den Grenzübergangsstellen erfolgt eine Kontrolle der Einreisevoraussetzungen.

Der Schengener Grenzkodex unterscheidet bei den Kontrollen an den Aussengrenzen zwischen Personen, die nach Unionsrecht Anspruch auf freien Personenverkehr haben (Art. 8 Abs. 2 SGK), und Drittstaatsangehörigen (Art. 8 Abs. 3 SGK).

Personen, die nach Unionsrecht Anspruch auf freien Personenverkehr haben⁴, werden nach Art. 8 Abs. 2 SGK einer Überprüfung ihrer Identität und ihrer

² Aktuell in Form der VO (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. L 77 vom 23.3.2016, S. 1–52; zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/817 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, ABl. L 135 vom 22.5.2019, S. 27–84.

³ Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, Melki und Abdeli, ECLI:EU:C:2010:363; EuGH, C-278/12 PPU, Adil, ECLI:EU:C:2012:508.

⁴ D.h. in erster Linie Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, vgl. RL 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 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77–123. Auch Staatsangehörige assoziierter Staaten wie der Schweiz geniessen ein Recht auf Freizügigkeit.

Staatsangehörigkeit sowie der Echtheit des Reisedokuments und seiner Gültigkeit für den Grenzübertritt, u.a. durch Abfrage der einschlägigen Datenbanken, unterzogen. Zudem wird geprüft, ob die Person nicht als Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines der Mitgliedstaaten angesehen wird, unter anderem durch Abfrage der einschlägigen Unionsdatenbanken. Die Pflicht zu einer derartigen Prüfung wurde erst 2017 in den SGK aufgenommen, da sich auch Unionsbürger als Sicherheitsrisiken erwiesen hatten («Djihad-Touristen», etc.).⁵

Drittstaatsangehörige werden nach Art. 8 Abs. 3 SGK eingehend kontrolliert. Dies umfasst die Überprüfung der in Artikel 6 Abs. 1 SGK festgelegten Einreisevoraussetzungen sowie gegebenenfalls der für den Aufenthalt und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erforderlichen Erlaubnisse und ggf. eine Verifizierung des Visums.

Die Einreisevoraussetzungen, die Drittstaatsangehörige nach Art. 6 Abs. 1 SGK bei der Einreise über eine Aussengrenze in den Schengen-Raum erfüllen müssen, sind folgende: Sie müssen im Besitz eines gültigen Reisedokuments sein, das sie zum Überschreiten der Grenze berechtigt, während der letzten zehn Jahre ausgestellt wurde und mindestens noch drei Monate gültig ist, falls nötig im Besitz eines gültigen Visums sein und den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthalts belegen. Weiterhin müssen Drittstaatsangehörige über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für die Durchreise in einen Drittstaat, in dem ihre Zulassung gewährleistet ist, verfügen oder in der Lage sein, diese Mittel rechtmäßig zu erwerben. Zudem dürfen sie nicht im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein oder eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen. Ein Drittstaatsangehöriger darf insbesondere nicht in den nationalen Datenbanken der Mitgliedstaaten zur Einreiseverweigerung aus denselben Gründen ausgeschrieben worden sein. Die Einhaltung dieser Kriterien wird bei der Einreise über eine Aussengrenze geprüft.

Einem Drittstaatsangehörigen, der nicht alle Einreisevoraussetzungen des Artikels 6 Abs. 1 SGK erfüllt und der nicht zu dem in Artikel 6 Abs. 5 SGK genannten Personenkreis gehört, wird die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verweigert (Art. 14 SGK). Ein Mitgliedstaat kann (bzw. muss im Falle internationaler Verpflichtungen) jedoch Drittstaatsangehörigen, die

⁵ VO (EU) 2017/458 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 hinsichtlich einer verstärkten Abfrage von einschlägigen Datenbanken an den Aussengrenzen, ABl. L 74 vom 18.3.2017, S. 1–7.

eine oder mehrere der in Art. 6 Abs. 1 SGK aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllen, die Einreise in sein Hoheitsgebiet aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen gestatten (Art. 6 Abs. 5 SGK). Internationalen Verpflichtungen ergeben sich insbesondere aus dem Non-Refoulement-Gebot, das auf Art. 3 EMRK und anderen internationalen Menschenrechtsverträgen beruht.⁶

Bei der Ausreise über eine Aussengrenze wird nur noch geprüft, ob der Drittstaatsangehörige über ein für den Grenzübertritt gültiges Dokument verfügt, ob das Reisedokument Fälschungs- oder Verfälschungsmerkmale aufweist und ob der Drittstaatsangehörige nicht als eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit oder die internationalen Beziehungen eines der Mitgliedstaaten angesehen wird. Weitere Kontrollen sind aber möglich, insbesondere die Überprüfung, ob die Person nicht die zulässige Höchstdauer des Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten überschritten hat.

Die Grenzkontrollen können sich auch auf die Fortbewegungsmittel der die Grenze überschreitenden Personen und die von ihnen mitgeführten Sachen erstrecken (Art. 8 Abs. 1 S. 2 SGK).

III. Die Möglichkeiten, Grenzkontrollen wieder einzuführen

Die Regelungen zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen finden sich in Art. 25 ff. SGK. Bei Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen finden nach Art. 32 SGK die einschlägigen Bestimmungen des Titels II entsprechend Anwendung. Die Binnengrenzen werden damit zwar nicht zu Aussengrenzen, aber wie solche behandelt.⁷

Während vor 2015/2016 Grenzkontrollen vor allen Dingen im Zusammenhang mit punktuellen Ereignissen wie Sport-Grossveranstaltungen oder Gipfeltreffen wiedereingeführt wurden, lässt sich seit Ende 2015 beobachten, dass viele Mitgliedstaaten nahezu permanent von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und dies vor allem mit einem hohen Migrationsdruck⁸ recht-

⁶ MCADAM, S. 203 ff.; MOLNAR, S. 51 ff.

⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-444/17, Arib, ECLI:EU:C:2019:220.

⁸ Die Formulierungen, die in diesem Zusammenhang gebraucht wurden, waren u.a. «shortcomings at the external borders», «situation at the external borders», «continuous significant secondary movements», «severe threat to public order and internal security», «security situation in Europe and continuous significant secondary movements», «big influx of persons seeking international protection» oder «unexpected migratory flow».

fertigten. Seit März 2019 wurde dann die Coronavirus-Pandemie als Grund für die Beibehaltung bzw. Einführung von Grenzkontrollen genannt.

Insgesamt sind für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen drei verschiedene Verfahren vorgesehen:

- Art. 25 bis 27 SGK regeln den «Normalfall»: Falls eine ernsthafte Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit eines Mitgliedstaates vorliegt, können Grenzkontrollen für 30 Tage oder die Dauer der Bedrohung wiedereingeführt werden. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz muss dabei gewahrt werden. Besteht die Bedrohung weiter fort, können die Grenzkontrollen für weitere Zeiträume von 30 Tagen verlängert werden. Der Höchstzeitraum beträgt 6 Monate (Art. 25 Abs. 4 Satz 1 SGK). Das Verfahren im Normalfall regelt Art. 27 SGK: Beabsichtigt ein Mitgliedstaat die Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, so teilt er dies den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission spätestens vier Wochen vor der geplanten Wiedereinführung mit, oder innerhalb einer kürzeren Frist, wenn die Umstände, welche die Wiedereinführung der Kontrollen an den Binnengrenzen erfordern, weniger als vier Wochen vor der geplanten Wiedereinführung bekannt werden. Der Mitgliedstaat muss verschiedene Angaben zu seinen Gründen, dem Umfang der Kontrollen und den betroffenen Grenzübergangsstellen machen. Die Informationen sind gleichzeitig dem Europäischen Parlament und dem Rat zu übermitteln. Im Anschluss daran können Kommission und Mitgliedstaaten eine Stellungnahme abgeben. Diese sind dann Gegenstand einer Konsultation, die mindestens 10 Tage vor der Einführung der geplanten Kontrollen stattfinden muss.
- Art. 28 SGK sieht ein besonderes Verfahren für Fälle einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat, die sofortiges Handeln erfordern, vor. Die Kontrollen können danach für maximal 10 Tage sofort wiedereingeführt werden. Führt ein Mitgliedstaat an den Binnengrenzen danach wieder Kontrollen ein, so teilt er dies gleichzeitig den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission mit; er macht dieselben Angaben wie im Verfahren nach Art. 27, einschliesslich der Gründe, die eine Inanspruchnahme des Verfahrens nach Art. 28 SGK rechtfertigen. Nach Erhalt einer solchen Mitteilung kann die Kommission die anderen Mitgliedstaaten sofort konsultieren. Dauert die ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit über den in Art. 28 Abs. 1 genannten Zeitraum an, so kann der Mitgliedstaat beschließen, die Kontrollen an den Binnengrenzen für verlängerbare Zeiträume von höchstens 20 Tagen zu verlängern. Der Gesamtzeitraum darf zwei Monate nicht überschreiten. Die Kommission unterrichtet das Europäische Parlament.
- Art. 29 und 30 SGK schliesslich regeln ein besonderes Verfahren im Fall aussergewöhnlicher Umstände, unter denen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist. Dann dür-

fen Grenzkontrollen für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten wieder eingeführt werden. Dieser Zeitraum kann höchstens dreimal um einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Monaten verlängert werden. Nach Art. 29 Abs. 1 SGK können aber selbst bei diesen aussergewöhnlichen Umständen die Grenzkontrollen nur für maximal zwei Jahre wiedereingeführt werden. Der Rat kann als letztes Mittel und als Massnahme zum Schutz der gemeinsamen Interessen im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen und wenn alle anderen Massnahmen die festgestellte ernsthafte Bedrohung nicht wirksam verringern können, empfehlen, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten beschliessen, an allen oder bestimmten Abschnitten ihrer Binnengrenzen Kontrollen wieder einzuführen. Die Empfehlung des Rates stützt sich auf einen Vorschlag der Kommission. Die Mitgliedstaaten können die Kommission ersuchen, dem Rat einen solchen Vorschlag für eine Empfehlung vorzulegen. Die Empfehlung des Rates enthält zumindest die Angaben nach Art. 27 Abs. 1 lit. a bis e. Der Rat kann unter denselben Bedingungen und Verfahren eine Verlängerung empfehlen. Bevor ein Mitgliedstaat nach diesem Absatz Kontrollen an allen oder bestimmten Abschnitten seiner Binnengrenzen wieder einführt, teilt er dies den anderen Mitgliedstaaten, dem Europäischen Parlament und der Kommission mit. Bei Dringlichkeit kann die Kommission erforderliche Empfehlungen im Wege sofort geltender Durchführungsrechtsakte erlassen. Innerhalb von 14 Tagen nach der Annahme solcher Empfehlungen legt die Kommission dann aber dem Rat einen Vorschlag für eine Empfehlung vor.

Nach Art. 31 SGK müssen Parlament und Rat in allen Fällen so bald wie möglich unterrichtet werden. Nach Aufhebung der Kontrollen muss der betroffene Mitgliedstaat bei Parlament, Rat und Kommission einen Bericht einreichen (Art. 33 SGK). Auch die Öffentlichkeit muss unterrichtet werden (Art. 34 SGK).

IV. Offene Rechtsfragen

Die Art. 25 ff. SGK werfen verschiedene Rechtsfragen auf, die bisher noch keiner abschliessenden Klärung zugeführt werden konnten.⁹

⁹ Ein Hoffnungsschimmer am Horizont ist allerdings das beim EuGH anhängige Verfahren in den verb. Rs. C-368/20 und C-360/20. Die Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe wurden am 30. September 2021 veröffentlicht. Da der Abgabetermin des vorliegenden Beitrags mit diesem Datum zusammenfiel, konnten die Aussagen des Generalanwalts nicht analysiert bzw. darauf Bezug genommen werden.

A. Die Gründe: Öffentliche Gesundheit eingeschlossen?

Die Art. 25 ff. SGK sehen als Grenzkontrollen auslösende Umstände eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat vor.

Die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung setzt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Eine einfache Störung der öffentlichen Ordnung, wie sie jede Gesetzesverletzung darstellt, reicht nicht aus.¹⁰ Der EuGH legt den Begriff der öffentlichen Ordnung allerdings je nach Kontext weiter aus, z.B. im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 lit. e SGK (Einreisevoraussetzungen für Drittstaatsangehörige), für den laut EuGH bereits jegliche Bedrohung ausreicht.¹¹ Der Kontext der Grenzkontrollen, die ja nur als *ultima ratio* wieder eingeführt werden sollen, sowie die Kombination mit dem Begriff der «ernsthaften Bedrohung» sprechen hier für eine enge Auslegung.

Die innere Sicherheit ist Teil der öffentlichen Sicherheit, die ausserdem auch die äussere Sicherheit umfasst.¹² Die öffentliche Sicherheit wird allgemein verstanden als Faktoren umfassend, die wesentlich sind für die Existenz eines Staates, das Aufrechterhalten seines Gewaltmonopols, das Funktionieren seiner Wirtschaft, seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben seiner Bevölkerung.¹³

Die Begriffe der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit werden gepaart mit einer «ernsthaften Bedrohung». «Ernsthaft» bedeutet, dass es sich dabei nicht nur um eine einfache Bedrohung handelt, sondern dass diese einen gewissen Schweregrad erreichen muss.

Eine Frage, die sich insbesondere im Rahmen der Corona-Pandemie gestellt hat, ist diejenige, ob auch eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit, wie im Falle einer Pandemie, Grenzkontrollen rechtfertigen kann. Interessant ist, dass das Motiv der öffentlichen Gesundheit als Rechtfertigungsgrund für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen in Art. 25 ff. SGK nicht ausdrücklich genannt wird, obwohl dies an anderen Stellen im SGK durchaus der Fall ist (z.B. in Art. 6 Abs. 1 lit. e, Art. 8 Abs. 3 lit. a (vi) und lit. g (ii) sowie Art. 8

¹⁰ EuGH, Rs. C-30/77, Regina/Bouchereau, ECLI:EU:C:1977:172, Rn. 33/35; EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, Orfanopoulos und Oliveri, EU:C:2004:262, Rn. 66 und 67.

¹¹ EuGH, Rs. C-380/18, E.P., ECLI:EU:C:2019:1071, Rn. 29 ff.

¹² EuGH, Rs. C-367/89, Richardt, ECLI:EU:C:1991:376, Rn. 22.

¹³ EuGH, Rs. C-72/83, Campus Oil, ECLI:EU:C:1984:256, Rn. 34.

Abs. 2 lit. b and 2a) und die öffentliche Gesundheit auch Teil der sogenannten Schranken-Trias ist, mit deren Hilfe Eingriffe in Grundfreiheiten des freien Personenverkehrs gerechtfertigt werden können (vgl. Art. 45 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 1 AEUV). Es ist also von einer bewussten Entscheidung des Unionsgesetzgebers auszugehen.¹⁴

Daraus zu schliessen, dass Gründe der öffentlichen Gesundheit generell nicht geeignet sind, um die Wiedereinführung von Grenzkontrollen zu rechtfertigen, griffe jedoch zu kurz. Es ist vielmehr so, dass Gründe der öffentlichen Gesundheit, die gleichzeitig auch die öffentliche Ordnung beeinträchtigen, die also etwa öffentliche Infrastrukturen wie Krankenhäuser stark belasten oder staatliche Abläufe und Leistungen stark stören können, wie dies bei COVID-19 der Fall war, durchaus geeignet sind, um die Wiedereinführung von Grenzkontrollen zu rechtfertigen. Es muss sich dabei jedoch um qualifizierte Gründe der öffentlichen Ordnung handeln; einfache Gründe rechtfertigen keine kollektive Reaktion, sondern höchstens eine individuelle, an die kranke Person gerichtete Massnahme.¹⁵

B. Die qualitativen Anforderungen an die Begründung

In allen drei Varianten der Art. 25 ff. SGK müssen bestimmte Angaben gemacht werden, bevor Grenzkontrollen wiedereingeführt werden: Die Gründe für die geplante Wiedereinführung, einschliesslich sämtlicher sachdienlichen Daten zu den Ereignissen, die eine ernsthafte Bedrohung seiner öffentlichen Ordnung oder seiner inneren Sicherheit darstellen; der Umfang der geplanten Wiedereinführung mit Angabe des Abschnitts/der Abschnitte der Binnengrenzen, an dem/denen die Kontrollen wieder eingeführt werden sollen; die Bezeichnungen der zugelassenen Grenzübergangsstellen; der Zeitpunkt und die Dauer der beabsichtigten Wiedereinführung; gegebenenfalls die von den anderen Mitgliedstaaten zu treffenden Massnahmen. Bei Art. 28 SGK muss zusätzlich argumentiert werden, warum ein sofortiges Handeln nötig ist.

Zumindest während der Corona-Krise wurde die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, «sämtliche sachdienliche Daten» einzureichen, jedoch eher lax gehandhabt.¹⁶ Das Europäische Parlament hat dies zwar beanstandet, weitere

¹⁴ Ebenso THYM/BORNEMANN, S. 1148. Vgl. auch European Parliament, Resolution P9_TA(2020)0175, Situation in the Schengen area following the Covid-19 outbreak, 19. Juni 2020, Ziffer 7.

¹⁵ So auch THYM/BORNEMANN, S. 1148 f.

¹⁶ Vgl. THYM/BORNEMANN, S. 1148; CARRERA/LUK, S. 23 f.

Konsequenzen hatte dies jedoch nicht.¹⁷ Theoretisch könnte bei Missachtung der Vorgaben des Sekundärrechts ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV eingeleitet werden.

C. Die Auswechselbarkeit der Rechtsgrundlagen bei gleichbleibender Bedrohung

Die Praxis der Mitgliedstaaten der vergangenen Jahre hat gezeigt, dass diese oft zwischen den verschiedenen Rechtsgrundlagen der Art. 25 ff. SGK hin- und herspringen. Beispielsweise wurde bei der Corona-Krise zunächst auf das Verfahren nach Art. 28 SGK zurückgegriffen (sofortiges Handeln) und anschliessend auf Art. 25–27 SGK. Im Zuge der «Flüchtlingskrise» stützte Österreich nach dem Ablauf der letzten 6-Monats-Frist¹⁸ nach Art. 29 SGK seine Grenzkontrollen wieder auf Art. 25 SGK.¹⁹

Der Auslegung der Kommission zufolge lassen sich zumindest die Zeiträume nach den Artikeln 28 (maximal zwei Monate) und 25 (maximal sechs Monate) bei ein und demselben Ereignis kumulieren.²⁰ Dies ist allerdings nicht ausdrücklich im SGK erwähnt. Es erscheint jedenfalls mit dem Sinn und Zweck des Grenzkodex nicht vereinbar, bei gleichbleibender Bedrohungslage ständig zwischen Art. 28 und Art. 25 SGK zu wechseln und dadurch die Grenzkontrollen ins Unendliche zu dehnen. Als Richtschnur sollte bei einem Wechsel zwischen Art. 28 und Art. 25 SGK die Zweijahresfrist nach Art. 25 Abs. 4 SGK, die ja nur für die besonders gravierenden Fälle des Art. 29 SGK gilt, analog herangezogen werden.

Eine Kumulierung von Art. 29 SGK mit Art. 25 oder Art. 28 SGK ist schliesslich nur innerhalb des Zweijahreszeitraums von Art. 25 Abs. 4 SGK möglich; alles andere würde ebenfalls dem Sinn und Zweck des Grenzkodex

¹⁷ European Parliament, Resolution P9_TA(2020)0175, Situation in the Schengen area following the Covid-19 outbreak, 19. Juni 2020, Ziffer 3 und 5.

¹⁸ Vgl. Durchführungsbeschluss (EU) 2017/818 des Rates vom 11. Mai 2017 mit einer Empfehlung zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. L 122 vom 13.5.2017, S. 73–75.

¹⁹ Vgl. Rechtssache C-369/20, NW v Bezirkshauptmannschaft Leibnitz, Vorabentscheidungsersuchen, Ziffer 9.

²⁰ Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 in Bezug auf die Vorschriften über die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, COM(2017) 571 final vom 27.9.2017, S. 3 oben.

entgegenstehen, nachdem Grenzkontrollen ja grundsätzlich abgeschafft sind und nur vorübergehend wiedereingeführt werden sollen.

D. Die Maximaldauer bei überlappenden Gründen

Eine sich unmittelbar an die Auswechselbarkeit der Rechtsgrundlagen anschliessende Frage, ist die, ob die Gesamtdauer des Art. 25 Abs. 4 SGK (sechs Monate in Fällen des Art. 25 SGK, bei Art. 29 maximal zwei Jahre) auch gilt, wenn sich verschiedene Gründe für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen zeitlich überlappen (z.B. zuerst die «Flüchtlingskrise», dann zeitlich parallel auch noch die Corona-Krise).

Der Maximalzeitraum gilt, wenn stets ein und derselbe Grund für die Grenzkontrollen vorliegt (s. C.). Wenn sich vor Ablauf der Frist bereits eine neue Bedrohung ergibt, auf die die Grenzkontrollen (ebenfalls) gestützt werden, ist dies hingegen umstritten.²¹

Wenn eine Zäsur, d.h. eine kontrollfreie Zeit zwischen zwei unterschiedlichen Ereignissen liegt, beginnt die Maximalfrist ohne Zweifel wieder neu zu laufen.

Wenn aber keine Zäsur eingetreten ist, wird einerseits unter Berufung auf den Wortlaut des Kapitels II des SGK, der klar das Wort «vorübergehend» enthält, argumentiert, dass eine unendliche Fortführung von Grenzkontrollen – auch bei einer neuen Bedrohungslage – nicht mit dem Sinn und Zweck bzw. dem Geiste des Schengen-Raums vereinbar sei.²²

Andererseits scheint es nicht zielführend, dass ein neues Ereignis nach einer zeitlichen Unterbrechung einen neuen Fristlauf auslösen kann, nicht aber ein neues Ereignis, das zeitlich nahtlos an eine andere Bedrohung anknüpft, aufgrund dessen bereits Grenzkontrollen bestehen.

Letztlich spricht vieles dafür, dass bei Auftreten neuer, d.h. völlig anderer Gründe ab dem Zeitpunkt ihres erstmaligen Auftretens die Frist von Art. 25 Abs. 4 SGK erneut ausgelöst wird. Grenzkontrollen können dann also den Zweijahreszeitraum überschreiten. Dann ist aber eine neue Risikobewertung und eine ausführliche Begründung der neuen Situation durch den betroffenen Mitgliedstaat nötig. Im Zweifel ist das Datum der Mitteilung des Mitgliedstaates ausschlaggebend, an dem erstmals (auch) die neue Bedrohung erwähnt wird. Empfehlenswert wäre jedoch, die Mitgliedstaaten vollzögen eine klare qualitative Trennung der verschiedenen Gründe und lieferten keine schwam-

²¹ Vgl. CEBULAK/MORVILLO.

²² Vgl. CEBULAK/MORVILLO.

migen Begründungen, zumal ohnehin eine neue Verhältnismässigkeitsprüfung durchgeführt werden muss.

Bei einer fortbestehenden, identischen Bedrohung, bei der sich nur die Intensität verändert hat, ist hingegen die zeitliche Grenze des Art. 25 Abs. 4 SGK beachtlich. Damit beträgt in Fällen einer fortgesetzten Bedrohung die Maximalfrist für unter Art. 25 SGK fallende Situationen sechs Monate, bei unter Art. 29 SGK fallenden Situationen zwei Jahre.

Im Falle der Flüchtlingskrise bedeutet dies, dass nach Ablauf von zwei Jahren Österreich nicht erneut bzw. nahtlos die Situation an den Aussengrenzen anführen durfte, um Grenzkontrollen – dann gestützt auf Art. 25 SGK – durchzuführen, wohl aber die Corona-Krise.

E. Die Berufung auf Primärrecht zur Rechtfertigung von Abweichungen vom Grenzkodex

Ein weiterer, offener Punkt ist die Frage, ob Primärrecht, insbesondere Art. 72 AEUV (i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EUV), als Rechtfertigungsgrund für Abweichungen von den in Art. 25 ff. SGK vorgesehenen Verfahren angeführt werden kann. Teilweise argumentieren Mitgliedstaaten, die Zweijahresfrist des Art. 25 Abs. 4 SGK dürfe gestützt auf ihre Zuständigkeit für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit (Art. 72 AEUV) unbeachtet bleiben.

Hier kann allerdings die Rechtsprechung des EuGH²³ aus dem Jahr 2020 zur Anwendung von Art. 72 AEUV im Fall des Umsiedelungsbeschlusses²⁴ herangezogen werden: Klar ist seitdem, dass Art. 72 AEUV als Ausnahmebestimmung eng ausgelegt werden muss. Es ist daher den Mitgliedstaaten nicht möglich, durch bloße Berufung auf ihre Zuständigkeiten von den Bestimmungen des Sekundärrechts abzuweichen. Der Schengener Grenzkodex sieht zudem (ebenso wie der angegriffene Umverteilungsbeschluss) in seinen Art. 25 ff. SGK ja gerade Ausnahmen vom Grundsatz der nicht stattfindenden Grenzkontrollen vor, die sich auf exakt dieselben Gründe stützen, nämlich die öffentliche Ordnung und die innere Sicherheit. Bei Erlass des SGK wurde

²³ EuGH, verb. Rs. C-715/17, C-718/17 und C-719/17, Kommission/Polen, Tschechische Republik und Ungarn, ECLI:EU:C:2020:257. Vgl. PROGİN-THEUERKAUF/ZUFFEREY, S. 92 ff.

²⁴ Konkret ging es um eine Umverteilung von Schutzsuchenden aus Italien und Griechenland, vgl. Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Massnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. L 248 vom 24.9.2015, S. 80–94.

damit den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und dem Gedanken des Art. 72 AEUV bereits hinreichend Rechnung getragen und dies in die Art. 25 ff. integriert. Es besteht somit kein Grund für eine weitergehende Ausnahme. Für eine Anwendung von Art. 72 AEUV bleibt kein Raum.

F. Die Rolle der Kommission

Schliesslich ist anzumerken, dass sich aus einem Nichtreagieren der Kommission bei Missachtung der Regeln der Art. 25 ff. SGK keine Rechtsfolgen ableiten lassen. Obschon Art. 27 Abs. 4 SGK ausdrücklich vorsieht, dass die Kommission bei Bedenken eine Stellungnahme abgeben muss, ist sie nicht dazu verpflichtet, zuzugeben, dass diese Bedenken bestehen. Auch muss sie nicht zwingend ein Vertragsverletzungsverfahren eröffnen. Zwar ist die Kommission die Hüterin der Verträge, es gilt jedoch das Opportunitätsprinzip (vgl. Art. 258 AEUV, der eine Kann-Bestimmung ist). Die Kommission darf sich also für ein rein politisches Vorgehen, wie das Bemühen um eine Revision des SGK (dazu sogleich), entscheiden.

V. Ausblick

Die bestehenden Auslegungsprobleme zeigen: Eine Revision der Art. 25 ff. SGK wäre sinnvoll. Im September 2017 hat die Kommission denn auch eine erneute Revision des Schengener Grenzkodex vorgeschlagen.²⁵

Der Vorschlag sieht folgende Punkte vor:

Die Frist des Art. 25 Abs. 1 SGK, der die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen bei einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat erlaubt, soll von 30 Tagen auf sechs Monate verlängert werden. Die maximale Frist nach Art. 25 Abs. 4 Satz 1 soll von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert werden.

Der Gesamtzeitraum, innerhalb dessen Kontrollen an den Binnengrenzen eingeführt werden können, soll aber weiterhin höchstens zwei Jahre betragen.

²⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 in Bezug auf die Vorschriften über die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, COM (2017) 571 final.

Nach einem neuen Art. 27a sollen Grenzkontrollen unter aussergewöhnlichen Umständen noch einmal um 6 Monate verlängert werden können. Eine Verlängerung kann dreimal um einen Zeitraum von jeweils bis zu sechs Monaten empfohlen werden.

Die oben aufgezeigten Probleme kann der Vorschlag von 2017 leider nicht zufriedenstellend lösen. Deutschland und Frankreich scheinen auch ein Interesse an einer Überarbeitung des SGK verloren zu haben.²⁶ Eine Neuregelung der Art. 25 ff. SGK bleibt dennoch dringend angezeigt, damit der Schengen-Raum auch in Zukunft bleibt, was er ursprünglich sein wollte: Ein Raum *ohne* Grenzkontrollen an den Binnengrenzen.

VI. Literaturverzeichnis

- CARRERA SERGIO/LUK NGO CHUN, Love Thy Neighbour? Coronavirus Politics and Their Impact on EU Freedoms and Rule of Law in the Schengen Area, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe 4 2020
- CEBULAK POLA/MORVILLO MARTA, The Guardian is Absent - Legality of Border Controls within Schengen before the European Court of Justice, Verfassungsblog, 25.6.2021, <https://verfassungsblog.de/the-guardian-is-absent/>
- MCADAM JANE, Human rights and forced migration, in: Fiddian-Qasmiyeh et al., The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, 203 ff.
- MOLNAR TAMAS, The principle of non-refoulement under international law: It's inception and evolution in a nutshell, COJOURN 1:1(2016)
- PROGIN-THEUERKAUF SARAH/ZUFFEREY VINCENT, Umsiedelung von Asylsuchenden innerhalb der EU - Eine unendliche Geschichte?, EuZ 2020
- THYM DANIEL/BORNEMANN JONAS, Schengen and Free Movement Law during the first phase of the Covid-19 pandemic: Of symbolism, law and politics, European Papers Vol. 5 No. 3 2020, 1143-1170

²⁶ CEBULAK/MORVILLO.