

Kurzgutachten
im Auftrag von *Rasmus Andresen*,
Mitglied des Europäischen Parlaments



Vereinbarkeit kontinuierlicher Kontrollen
an der deutsch-dänischen Grenze
mit unionsrechtlichen Vorgaben

Anna Katharina Mangold/Anna Kompatscher

22. Dezember 2022

Inhalt

| | |
|---|-----------|
| A. Gegenstand und Aufbau des Gutachtens | 3 |
| B. Unionaler Rechtsrahmen für Kontrollen an Binnengrenzen | 4 |
| I. Primärrecht (vertragliche Vorgaben): Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 45 Abs. 1 GRCh, Art. 21 Abs. 1 AEUV, Art. 67 Abs. 2 AEUV, Art. 77 AEUV | 4 |
| II. Sekundärrecht: Schengener Grenzkodex, VO 2016/399 (EU)..... | 6 |
| 1. Der Grundsatz: Kontrollen an den Binnengrenzen sind abgeschafft | 6 |
| 2. Die Ausnahme: Der <i>ordre public</i> -Vorbehalt in Art. 25 ff. SGK..... | 6 |
| a) „Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit“: Gefahrbegriff | 7 |
| b) „Vorübergehend“: Zeitliche Begrenzung | 8 |
| c) „Als letztes Mittel“: Verhältnismäßigkeit | 8 |
| d) Notifikationsverfahren | 9 |
| 3. Polizeiliche Kontrollen | 10 |
| C. Praxis von Grenzkontrollen im Schengen-Raum seit 2016..... | 10 |
| I. Grenzkontrollen an der deutsch-dänischen Grenze und Notifikationen Dänemarks | 10 |
| 1. 2016/2017: Migrationsbewegungen | 11 |
| 2. 2017 bis heute: Militanter Islamismus und organisierte Kriminalität..... | 11 |
| 3. März 2020 bis Oktober 2021: Covid-19 kommt dazu..... | 11 |
| 4. 2022: Fluchtbewegungen aus der Ukraine sowie Russland; Situation an der Außengrenze zu Weißrussland; Kriminelle Banden in Deutschland und Schweden | 12 |
| 5. Zusammenfassung..... | 12 |
| II. Grenzkontrollen im Schengen-Raum: Die Praxis anderer Mitgliedstaaten..... | 12 |
| 1. Frankreich | 13 |
| 2. Schweden | 14 |
| 3. Deutschland..... | 14 |
| 4. Österreich | 15 |
| 5. Norwegen | 15 |
| D. Rechtsprechung des EuGH..... | 16 |
| I. Große Kammer des EuGH zu Österreich | 16 |
| II. Polizeiliche Kontrollen in Grenzregionen | 17 |
| 1. EuGH, <i>Melki und Abdeli</i> (2010)..... | 18 |
| 2. EuGH, <i>Strafverfahren gegen A</i> (2017) | 18 |
| 3. Voraussetzungen von Polizeilichen Kontrollen in Grenznähe..... | 18 |

| | |
|--|-----------|
| E. Rechtliche Bewertung der dänischen Grenzkontrollen | 19 |
| I. Die Folgen für die Unionsbürgerschaft..... | 19 |
| II. Von Dänemark vorgebrachte Gründe | 20 |
| 1. Vorwände statt Gefahren? | 21 |
| 2. Gefahr oder Risiko? | 21 |
| a) Vage Risiken..... | 21 |
| b) Absolute Sicherheit | 22 |
| c) Gar keine Gefahr | 23 |
| d) Bewertung | 23 |
| III. Dauer: Kontinuität der Grenzkontrollen seit sieben Jahren (2016-2023)..... | 23 |
| IV. Verhältnismäßigkeit | 24 |
| 1. Legitimer Zweck: „Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit“ | 24 |
| 2. Geeignetheit..... | 25 |
| 3. Erforderlichkeit..... | 25 |
| 4. Angemessenheit..... | 25 |
| V. Rolle der EU-Kommission | 26 |
| F. Aktuelle Reformbestrebungen zum Schengener Grenzkodex..... | 27 |
| G. Knappe Zusammenfassung (<i>executive summary</i>) | 30 |

Anhang: Tabellarische Übersicht dänischer Notifikationen

Dokumente: Dänische Notifikationen an die EU-Kommission (2016 bis 2022)

A. Gegenstand und Aufbau des Gutachtens

Dieses Gutachten untersucht die Praxis flächendeckender und systematischer sowie dauerhafter Kontrollen des EU-Mitgliedstaates Dänemark an den Binnengrenzen zum EU-Mitgliedstaat Deutschland und ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und speziell dem Schengen-Acquis.

Der Schengen-Raum umfasst heute 26 Mitgliedstaaten, darunter 22 EU-Länder (alle EU-Mitgliedstaaten außer Bulgarien, Kroatien, Zypern, Irland und Rumänien) und vier Nicht-EU-Länder, nämlich Island, Norwegen, die Schweiz und Liechtenstein.¹ Der Schengen-Acquis regelt das Fehlen von Binnengrenzen, den Schutz der Außengrenzen, Ausgleichsmaßnahmen (Visumpolitik, Schengener Informationssystem, polizeiliche Zusammenarbeit) sowie Überwachung und Bewertung.

Dänemark ist seit dem 25.03.2001 Mitglied des Schengen-Raumes, hat jedoch aufgrund eines Opt-outs eine Sonderstellung im Europäischen Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts. Der Schengen-Acquis, also die beiden Schengener Abkommen vom 14.6.1985 und vom 19.6.1990 sowie die darauf gestützten Beschlüsse und Rechtsakte, unter diesen besonders die Verordnung (EU) 2016/399 (Schengener Grenzkodex; fortan: SGK),² gilt gemäß Art. 2 des Schengen-Protokolls auch für Dänemark. Dabei ist aber jede Erweiterung des Schengen-Acquis von einem Umsetzungsakt ins dänische Recht abhängig, der innerhalb von 6 Monaten vorgenommen werden muss. Dänemark behandelt Ergänzungen des Schengen-Acquis also nicht wie Unionsrecht, sondern wie gewöhnliches Völkerrecht.³

Kontrollen an den Binnengrenzen sind im Schengen-Raum abgeschafft, doch dürfen die Mitgliedstaaten unter genau bestimmten Umständen, nämlich insbesondere bei ernsthafter Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit, zeitlich begrenzt wieder Grenzkontrollen einführen (*ordre public*-Vorbehalt). Diese Möglichkeit können die Schengen-Staaten nach dem Regelungskonzept des Schengener Grenzkodex nur zeitlich begrenzt nutzen und nur bei außergewöhnlichen Ereignissen, etwa großen Sportveranstaltungen oder G8-Gipfeln. Doch seit 2015 machen Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den Migrationsbewegungen in Folge des syrischen Bürgerkrieges gehäuft von systematischen und dauerhaften Grenzkontrollen Gebrauch.⁴

Dänemark hat am 4.1.2016 Grenzkontrollen an seinen Binnengrenzen eingeführt, auch an den Binnengrenzen zu Deutschland. Diese eigentlich außergewöhnliche und zeitlich begrenzte Maßnahme hat Dänemark seither 18-mal verlängert und damit seit bald sieben Jahren ohne Unterbrechung aufrechterhalten. Dänemark begründet die Verlängerungen mit verschiedenen, teilweise auch gleichzeitig vorkommenden Phänomenen wie erhöhten Migrationsbewegungen, Terrorismusgefahr, Sicherheitsbedenken, organisierter Kriminalität, dem Coronavirus sowie dem Krieg in der Ukraine. Zugleich hat Dänemark in den Jahren 2018/2019 wieder eine physische Barriere errichtet, nämlich einen „Wildschweinzaun“, der auf 70 Kilometer Länge die Übertragung der Afrikanischen Schweinepest dadurch verhindern soll, dass ein 1,50m hoher Zaun den Grenzübertritt für Wildsäue erschwert.⁵ Dieser

¹ Zum 1.1.2023 tritt Kroatien dem Schengen-Raum bei.

² VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.03.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77/1.

³ *Weiß/Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl, 2018, Art. 67 AEUV, Rn. 45.

⁴ Deutschland, Österreich und Slowenien führten bereits im September 2015 Grenzkontrollen ein, kurz darauf folgten Ungarn (im Oktober 2015), Malta, Schweden und Norwegen (November 2015).

⁵ Zu den auch ökonomischen Hintergründen des Schutzbedürfnisses für die wichtige dänische Schweinefleischindustrie und der gleichzeitig widersprüchlichen Praxis der dänischen Tierseuchenschutzbehörden siehe RNA/dpa, Trotz Kritik: Dänemarks Wildschweinzaun ist fast fertig, Kieler Nachrichten Online, 24.11.2019, URL: <https://www.kn-online.de/schleswig-holstein/trotz-kritik-daenemarks-wildschweinzaun-ist-fast-fertig-BWFP5MAIDJW32FKV6LU3Z7R2HU.html>.

„Wildschweinzaun“ ist eine Barriere für die Menschen, die nicht mehr wie vordem problemlos zwischen deutschem und dänischem Staatsgebiet hin- und herwechseln können.⁶

Diese Praxis des EU-Mitgliedstaates Dänemark und besonders die Vereinbarkeit mit dem europäischen Unionsrecht untersucht das vorliegende Kurzgutachten.

In **Abschnitt B** wird die unionsrechtliche Rechtslage dargestellt. Sowohl die primärrechtlichen Regelungen in den Verträgen als auch die Ausgestaltung in den Schengen-Rechtsquellen bilden den normativen Maßstab der Bewertung des Handelns der dänischen Grenzbehörden.

In **Abschnitt C** werden die Grenzkontrollen an der deutsch-dänischen Grenze seit 2015 berichtet. Dabei werden vor allem offizielle Dokumente der europäischen Institutionen ebenso wie offizielle, mediale und wissenschaftliche Quellen herangezogen. Zur Kontextualisierung wird auch die Praxis anderer EU-Mitgliedstaaten in diesem Zeitraum untersucht.

In **Abschnitt D** wird die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vorgestellt und analysiert, wobei sowohl mediale als auch wissenschaftliche Quellen zur Kontextualisierung herangezogen werden.

In **Abschnitt E** erfolgt die rechtliche Bewertung der Situation an der deutsch-dänischen Grenze auf Basis der geltenden Rechtslage. Maßgeblich ist hier die Aufrechterhaltung der eigentlich nur ausnahmsweise gestatteten Grenzkontrollen über einen kontinuierlichen Zeitraum von sieben Jahren seit 2016 mit wechselnden Begründungen auf Basis angeblich wechselnder Bedrohungen.

In **Abschnitt F** werden die aktuellen Bestrebungen zur Änderung der Rechtsgrundlagen im Schengener Grenzkodex in die Betrachtungen miteinbezogen. Sie stellen sich im Kern als Akzeptanz der geschilderten mitgliedstaatlichen Praxis dar, dauerhaft wieder systematische Kontrollen einzuführen. Würden sie umgesetzt, verzichtete die EU auf ein besonders sichtbares und erlebbares Ergebnis der europäischen Integration. Die im Kommissionsentwurf vorgeschlagene Novellierung brächte im Leben vieler Menschen und Unternehmen sehr nachteilige Veränderungen mit sich und bedeutete letztlich einen Rückschritt zur früheren Vielstaaterei mit zahllosen Grenzen in Europa.

In **Abschnitt G** beschließt eine kurze Zusammenfassung (*executive summary*) das Kurzgutachten.

B. Unionaler Rechtsrahmen für Kontrollen an Binnengrenzen

Zunächst soll zum besseren Verständnis der unionsrechtliche Rahmen von Kontrollen an Binnengrenzen im Schengen-Raum erläutert werden. Vorgestellt werden der primärrechtliche Rahmen der Unionsverträge und der sekundärrechtliche Rahmen, vor allem der Schengener Grenzkodex.

I. Primärrecht (vertragliche Vorgaben): Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 45 Abs. 1 GRCh, Art. 21 Abs. 1 AEUV, Art. 67 Abs. 2 AEUV, Art. 77 AEUV

Bereits im „Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes“ der Kommission aus dem Jahr 1985 wird die Relevanz von Freizügigkeit im Binnenmarkt betont – mit Implikationen auch jenseits der rein ökonomischen Freizügigkeit:

⁶ Jung, „Ein Zeichen der Rechtspopulisten“ - Die sichtbare Grenze: Wie der Wildschweinzaun die Menschen bewegt, SHZ online, 27.11.2019, URL: <https://www.shz.de/deutschland-welt/grenzland-daenemark/artikel/die-sichtbare-grenze-wie-der-wildschweinzaun-die-menschen-bewegt-41790390>.

„47. Die Formalitäten, denen sich der einzelne Reisende unterziehen muß, erinnern den Durchschnittsbürger ständig konkret daran, daß die Errichtung einer wahren europäischen Gemeinschaft noch längst nicht vollendet ist.

48. Obgleich diese Kontrollen oft nur aus Stichproben bestehen, werden sie als Kennzeichen einer willkürlichen Verwaltungsbefugnis gegenüber Einzelpersonen und als eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Freizügigkeit in einer einheitlichen Gemeinschaft angesehen“⁷

Seit dieser Initiative der wirkmächtigen Kommission unter *Jacques Delors* hat sich die EWG zur EU weiterentwickelt und dabei das Integrationsprogramm beständig vertieft und ausgebaut. Inzwischen hält der EU-Vertrag gleich zu Beginn in Art. 3 Abs. 2 EUV fest, dass die Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts *ohne Binnengrenzen*“ bietet. Art. 21 Abs. 1 AEUV verbürgt den Einzelnen ein allgemeines Freizügigkeitsrecht, das in Art. 45 Abs 1 GRCh auch als Grundrecht und damit besonders stark formuliert ist.⁸

Dieses Versprechen an die Einzelnen wird operationalisiert, wenn Art. 67 Abs. 2 AEUV der Union zur Aufgabe macht sicherzustellen, dass Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert werden. Diese Norm hat für die Tätigkeit der Union Programmfunktion.⁹ Die Union kommt dieser Aufgabe nach, indem sie Sekundärrecht erlässt. Sekundärrechtlich ausgeformt ist der Verzicht auf Personenkontrollen an den Binnengrenzen vor allem in der Verordnung (EU) 2016/399, besser bekannt als Schengener Grenzkodex (SGK).¹⁰

Artikel 77 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 Buchst. e AEUV ermächtigt die EU, eine Politik zu entwickeln, mit der sichergestellt wird, „dass Personen an den Binnengrenzen für alle Menschen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit nicht kontrolliert werden“. Diese Norm ist im Lichte von Art. 72 AEUV gelesen, wonach die primärrechtlichen Normen über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ nicht berühren.¹¹ Dabei handelt es sich um einen im Unionsrecht üblichen *ordre public*-Vorbehalt, der etwa auch bei mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten zu berücksichtigen ist.¹² Die EU-Gesetzgebung steht stets unter dem Vorbehalt, dass die Mitgliedsstaaten die öffentliche Sicherheit und Ordnung in ihrem Territorium aufrechterhalten dürfen und sollen. Allerdings darf dabei die Funktionsweise der unionsrechtlichen Regelungen nicht grundlegend ausgehebelt und umgangen werden. Der Bezug auf *ordre public*-Vorbehalte kommt deswegen im Unionsrecht insgesamt immer nur als Ausnahme von der Grundregel in Betracht.¹³

Dieser Ausnahmecharakter schlägt sich in expliziten *ordre public*-Vorbehalten bei Begrenzungen der Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV und Art. 45 GRCh nieder in erhöhten inhaltlichen Anforderungen an Gründe für solche Ausnahmen (*Beschränkungen nur zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung*

⁷ Europäische Kommission, Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes v. 14.6.1985, KOM(85) 310 endg.,

⁸ Dabei begründet Art. 21 AEUV ein allgemeines Recht der Unionsbürger:innen sich frei zwischen den Mitgliedsstaaten zu bewegen, und zwar auch unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung oder einem sonstigen Zweck, *Khan/Schäffer*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 21 AEUV [Freizügigkeit], Rn.1.

⁹ *Weiß/Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl, 2018, Art. 67 AEUV Rn. 1.

¹⁰ VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.03.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77/1.

¹¹ Vgl. *Bornemann*, Mitgliedsstaatliche Gestaltungsspielräume im Schengener Grenzkodex – Folgen für einen Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen, *integration* 41 (3), 2018, S. 200.

¹² Vgl. Art. 36 AEUV für die Warenverkehrsfreiheit; Art. 45 Abs. 3 AEUV für die Arbeitnehmendenfreizügigkeit; Art. 52 AEUV für die Niederlassungsfreiheit; Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV für die Dienstleistungsfreiheit; Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV für die Kapitalverkehrsfreiheit.

¹³ Allgemein *Frey/Pfeifer*, Der *ordre public* – die öffentliche Ordnung: derselbe Begriff, verschiedene Funktionen – ein Rechtsprinzip?, *EuR* 2015, S. 721, dort speziell zu den unionsrechtlichen Grundfreiheiten S. 729 f.

und dem Schutz der inneren Sicherheit).¹⁴ Der Ausnahmecharakter von *ordre public*-Vorbehalten zeigt sich gerade hier auch in einer zeitlichen Dimension (*Beschränkungen nur für einen begrenzten Zeitraum*). Solche zeitliche Begrenzung von Grundrechten beschränkenden Maßnahmen ist eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,¹⁵ der im Unionsrecht gilt.¹⁶ Mitgliedstaatliche Beschränkungen der Freizügigkeit sind wie alle Beschränkungen von Grundfreiheiten am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen.¹⁷

II. Sekundärrecht: Schengener Grenzkodex, VO 2016/399 (EU)

Sekundärrechtlich ist der Schengen-Raum vor allem durch den Schengener Grenzkodex geregelt. Der Schengener Grenzkodex legt dabei die Regeln für das Überschreiten der Außengrenzen durch Personen sowie jene Bedingungen fest, unter denen die Mitgliedstaaten vorübergehend doch wieder Kontrollen an den Binnengrenzen einführen können. Titel III SGK („Binnengrenzen“) sieht in Kapitel I eine grundsätzliche Aufhebung von Kontrollen an den Binnengrenzen innerhalb des Schengen-Raums vor (1.). Von dieser Grundregel sind in Titel III Kapitel II verschiedene Ausnahmen vorgesehen,¹⁸ für die inhaltliche Bedingungen und zeitliche Höchstgrenzen sowie spezielle Notifikationsverfahren vorgesehen sind (2.). Von Grenzkontrollen unterschieden sind im Schengener Grenzkodex Polizeiliche Kontrollen, die nach Art. 23 SGK erlaubt bleiben (3.).

1. Der Grundsatz: Kontrollen an den Binnengrenzen sind abgeschafft

Nach Art. 77 Abs. 1 lit. a) AEUV entwickelt die EU eine Politik, mit der „sichergestellt werden soll, dass Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden“. Die Mitgliedschaft im Schengen-Raum hat folglich als zentrale Konsequenz, dass Kontrollen an den Binnengrenzen abgeschafft sind. Dies ist im Schengener Grenzkodex in der Grundregel des Art. 22 SGK formuliert:

„Die Binnengrenzen dürfen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle *ohne Personenkontrollen* überschritten werden.“

Art. 22 SGK enthält die direkt anwendbare Ausgestaltung des primärrechtlichen Programms aus Art. 67 Abs. 2 und Art. 77 Abs. 1 Buchst. a) AEUV.¹⁹

2. Die Ausnahme: Der *ordre public*-Vorbehalt in Art. 25 ff. SGK

Wie jede Grundregel des europäischen Binnenraumes unterliegt auch diese jedoch einem *ordre public*-Vorbehalt. Titel III Kapitel II des Schengener Grenzkodex ermöglicht in Art. 25 ff. unter explizit benannten Voraussetzungen als *ultima ratio* die vorübergehende Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen. „Vorübergehend“ und nur „als letztes Mittel“ dürfen die Mitgliedstaaten ausnahmsweise doch

¹⁴ Kuth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 21 AEUV Rn. 24 (m.w.N. in Fn. 104).

¹⁵ Dieser Zusammenhang wurde zuletzt in der Corona-Pandemie deutlich: Nicht nur die Eingriffstiefe, sondern auch die Dauer von Eingriffen in Grundrechte ist relevant für die Entscheidung, ob ein Eingriff verhältnismäßig ist, vgl. Mangold, Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, VVDStRL 80 (2021), S. 7 (20 und ausf. 26).

¹⁶ Allgemein zum (auch unionsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017.

¹⁷ Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 21 AEUV Rn. 24.

¹⁸ Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis explizit EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, Landespolizeidirektion Steiermark, ECLI:EU:C:2022:298, Rn. 63.

¹⁹ EuGH, 22.06.2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, Melki und Abdeli, Rn. 64 ff., ECLI:EU:C:2010:363.

wieder Grenzkontrollen einführen, und zwar nur, wenn „die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat *ernsthaft bedroht* sind“, so die allgemeine Ausnahmeregel in Art. 25 Abs. 1 SGK. Der einschlägige Titel III Kapitel II des Schengener Grenzkodex ist überschrieben „*Vorübergehende* Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen“, regeln also die zeitlich befristete, nicht jedoch dauerhafte Wiedereinführung von Kontrollen.

**a) „Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit“:
Gefahrbegriff**

Grenzkontrollen dürfen nach dem Ausnahmetatbestand des Art. 25 Abs. 1 SGK wiedereingeführt werden bei „*ernsthafter Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit eines Mitgliedstaats*“. Art. 28 SGK erlaubt die Wiedereinführung von Grenzkontrollen aufgrund einer „*ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat*“, wenn deswegen „*sofortiges Handeln erforderlich*“ ist. Während Art. 25 SGK vorhersehbare Gefahrenlagen im Blick hat, geht es in Art. 28 SGK um unvorhersehbare.²⁰

Wenn so „*außergewöhnliche Umstände*“ vorliegen, dass das Funktionieren des Schengen-Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist „*aufgrund anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen*“, sieht Art. 29 ein anderes Verfahren vor. Nach Art. 29 Abs. 2 SGK kann der Rat der EU „*zum Schutz der gemeinsamen Interessen im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen*“ auf Vorschlag der Kommission empfehlen, dass Mitgliedsstaaten wieder Kontrollen an den Binnengrenzen einführen. Die Mitgliedstaaten können die Kommission bitten, dem Rat einen solchen Vorschlag vorzulegen. Diese Regelung reagiert auf große Migrationsbewegungen durch Unterlassen von Kontrollen an den Außengrenzen. Im Verhältnis zu jenem Verfahren, das für Art. 25 SGK vorgesehen ist, sind die Mitgliedsstaaten bei Art. 29 SGK an die Empfehlung des Rates gebunden, können also weniger unabhängig entscheiden.²¹

In dem Verfahren nach Art. 29 SGK hat der Rat der EU den Durchführungsbeschluss 2016/894 erlassen.²² Mehrere Staaten, nämlich Österreich, Deutschland, Dänemark, Schweden und Norwegen, haben im Zusammenhang mit dem erhöhtem Migrationsaufkommen seit dem Sommer 2015 im Frühjahr 2016 auf Basis dieses Durchführungsbeschlusses des Rates dann Kontrollen an ihren Grenzen zeitweise oder kontinuierlich wiedereingeführt.

Wichtig ist in diesem Kontext daran zu erinnern, dass es bei den *ordre public*-Vorbehalten um konkrete Gefahrenabwehr geht und nicht um allgemeine Risikoregulierung.²³ Mag auch der Übergang von gefahrenabwehrrechtlichem auf ein risikoorientiertes Denken insgesamt im Sicherheitsrecht zu beobachten sein, so ist demgegenüber doch schon aus rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Gründen an präzisen Gefahrenabwehrtatbeständen festzuhalten. In einer rein risikoorientierten Perspektive wäre es nämlich der Fluchtpunkt, dass überhaupt niemand mehr irgendeine Grenze überquert, weil das „*am sichersten*“ wäre. Deswegen dürfen Grenzkontrollen nur als „*letztes Mittel*“ eingesetzt werden.

²⁰ Salomon/Rijpma, A Europe Without Internal Frontiers: Challenging the Reintroduction of Border Controls in the Schengen Area in the Light of Union Citizenship, German Law Journal 2021, S. 1 (4).

²¹ Vgl. Salomon/Rijpma (Fn. 20), S. 1 (5).

²² Rat der EU, Durchführungsbeschluss 2016/894 des Rates vom 12. Mai 2016 (Fn. 38).

²³ Die Unterscheidung zwischen *Gefahr* auf der einen, *Risiko* auf der anderen Seite füllt juristische Bibliotheken. Die Verschleifung zwischen beiden Begriffen ist ein im Sicherheitsrecht immer wieder aufs Neue zu beobachtendes Phänomen, siehe exemplarisch zur Erfindung des Begriffes „*Gefährder*“ in Abgrenzung zum polizeirechtlichen „*Störer*“ bei Mangold, Der verweigerte Grundrechtsschutz für sog. *Gefährder*, in: Grundrechtreport 2018, 2018, S. 170-174. Grundlegend zur epistemologischen Dimension der Unterscheidung Rusteberg, Wissensgenerierung in der personenbezogenen Prävention – Zwischen kriminalistischer Erfahrung und erkenntnistheoretischer Rationalität, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 233.

b) „Vorübergehend“: Zeitliche Begrenzung

Nicht nur die Bezeichnung von Titel III Kapitel II: „*Vorübergehende* Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen verweist auf die zeitliche Beschränkung der Ausnahmetatbestände. Die Normen selbst legen genaue Obergrenzen für die Zeiträume von wiedereingeführten Grenzkontrollen fest. So dürfen die Grenzkontrollen nach dem Ausnahmetatbestand des Art. 25 Abs. 1 SGK nur aufrechterhalten werden „für einen *begrenzten* Zeitraum von höchstens 30 Tagen oder für die vorhersehbare Dauer der ernsthaften Bedrohung, wenn ihre Dauer den Zeitraum von 30 Tagen überschreitet“. Der Zeitraum darf um weitere 30 Tage verlängert werden, Art. 25 Abs. 3 SGK. Eine Aneinanderreihung solcher Zeiträume darf nach Art. 25 Abs. 4 S. 1 SGK höchstens sechs Monate betragen. In den Eilfällen des Art. 28 SGK beträgt der Zeitraum höchstens zehn Tage, Art. 28 Abs. 1 SGK, und ist um höchstens jeweils 20 Tage zu verlängern, Art. 28 Abs. 3 SGK, wobei die maximale Verlängerung höchstens zwei Monate beträgt, Art. 28 Abs. 4 SGK.

Nach Art. 29 Abs. 1 SGK darf der Rat eine Verlängerung der Grenzkontrollen empfehlen für höchstens drei Mal um einen weiteren Zeitraum von jeweils höchstens sechs Monaten, wenn die außergewöhnlichen Umstände fortauern. Doch auch auf der Basis einer Empfehlung des Rates nach Art. 29 SGK ist die Höchstdauer insgesamt zwei Jahre, vgl. Art. 25 Abs. 4 S. 2 SGK.

Die rechtlichen Regelungen könnten, so scheint es, eigentlich nicht klarer sein: Kontrollen an Binnengrenzen sollen nur für klar definierte und in ihrer Höchstdauer begrenzte Zeiträume wiedereingeführt werden. Die gesamte Anlage der Art. 25 ff. SGK und insbesondere die detaillierten Vorgaben für erste Zeiträume, Verlängerungszeiträume und Höchstdauern²⁴ legt ein Konzept nahe, das einer unendlichen Aneinanderreihung von Zeiträumen diametral entgegengesetzt ist.

c) „Als letztes Mittel“: Verhältnismäßigkeit

Die relevanten Normen betonen wiederholt, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen „*das letzte Mittel*“ sein müssen.²⁵ Art. 25 Abs. 1 S. 2 SGK hält zudem explizit fest:

„Die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen darf *in Umfang und Dauer* nicht über das Maß hinausgehen, das zur Bewältigung der ernsthaften Bedrohung unbedingt erforderlich ist.“

In dieser Formulierung findet sich der oben bereits angesprochene enge Zusammenhang von Eingriffsintensität und Dauer eines Eingriffs.²⁶

Art. 26 S. 1 SGK verpflichtet denn auch einen Mitgliedstaat, der vorübergehend wieder Grenzkontrollen einführen möchte, die „Verhältnismäßigkeit zwischen der Maßnahme und der Bedrohung“ zu bewerten. Dabei sind nach Art. 26 S. 2 SGK zwei Seiten abzuwägen: einerseits die voraussichtlichen Auswirkungen der Bedrohung (einschließlich etwaiger Folgen von terroristischen Zwischenfällen oder

²⁴ Vgl. auch EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, E-CLI:EU:C:2022:298, Rn. 58: Zur Interpretation von Art. 25 SGK sei „darauf hinzuweisen, dass Art. 25 des Schengener Grenzkodex die Höchstdauer sowohl für die ursprüngliche Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen als auch für jede Verlängerung dieser Kontrollen, einschließlich der für solche Kontrollen geltenden Gesamthöchstdauer, klar und präzise festlegt.“

²⁵ Vgl. Art. 25 Abs. 2 S. 1 SGK: „Kontrollen an den Binnengrenzen werden nur *als letztes Mittel* und im Einklang mit den Artikeln 27, 28 und 29 wiedereingeführt.“; Art. 26 S. 1 SGK: „Beschließt ein Mitgliedstaat gemäß Artikel 25 oder Artikel 28 Absatz 1 *als letztes Mittel* die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an einer oder an mehreren seiner Binnengrenzen [...]“; Art. 29 Abs. 2 SGK: Empfehlung des Rates der EU zur Wiedereinführung von Binnenkontrollen „*als letztes Mittel*“.

²⁶ Siehe oben Fn. 15.

organisierter Kriminalität), andererseits die Auswirkung der Wiedereinführung von Grenzkontrollen auf den freien Personenverkehr.

Damit ist der stets zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angesprochen: Das Mittel der temporären Grenzkontrollen muss überhaupt geeignet sein, das erstrebte Ziel zu erreichen, also die behauptete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verringern oder auszuschließen, und ein milderes, gleich effektives Mittel darf nicht ersichtlich sein.²⁷ Schließlich müssen die Beschränkung der Freizügigkeit durch Grenzkontrollen und das mit dieser Beschränkung verfolgte Ziel (etwa: Verhinderung der Einreise von Terroristen oder organisierter Kriminalität) in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Hierzu findet sich in der Literatur die Ansicht, dass Grenzkontrollen in Zeiten globaler Mobilität selten geeignet seien, Gefahren etwa durch Terrorismus oder organisierte Kriminalität wirksam zu begegnen.²⁸ Diese Argumentation stellt die Geeignetheit von Grenzkontrollen zur Abwehr der avisierten Gefahren selbst in Frage, was freilich im Widerspruch insbesondere zum insoweit klaren Wortlaut von Art. 26 S. 2 SGK steht, der durchaus Grenzkontrollen zulässt in besonderen Gefahrensituationen.

Dennoch deutet die wiederholte und eindrückliche Formulierung „als letztes Mittel“ darauf hin, dass Grenzkontrollen als Maßnahme zur Gefahrenabwehr nicht standardmäßig eingesetzt werden sollen. Durch die Mitgliedschaft im Schengen-Raum haben sich die Mitgliedstaaten vielmehr in ihrem Antwortrepertoire auf Gefahren beschränkt und vertrauen nun auf die Zusammenarbeit in der gemeinsamen Gefahrenabwehr im Schengen-Raum.

Auf die hohe Bedeutung der Verhältnismäßigkeit deutet hin, dass nicht nur nach Art. 26 S. 2 SGK *ex ante* eine Abwägung vorzunehmen ist, also *vor* einer Wiedereinführung von Grenzkontrollen, sondern gemäß Art. 33 SGK auch *ex post* ein Bericht zu erstellen ist mit einer Bewertung der Verhältnismäßigkeit *nach* Abschluss der Maßnahmen.

d) Notifikationsverfahren

Nach Art. 27 SGK muss ein Mitgliedstaat, der die Wiedereinführung von Grenzkontrollen beabsichtigt, dies den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission mitteilen. Diese Notifikation muss nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 folgende Angaben enthalten:

- „a) 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;
- b) den Umfang der geplanten Wiedereinführung mit Angabe des Abschnitts/der Abschnitte der Binnengrenzen, an dem/denen die Kontrollen wieder eingeführt werden sollen;
- c) die Bezeichnungen der zugelassenen Grenzübergangsstellen;
- d) den Zeitpunkt und die Dauer der beabsichtigten Wiedereinführung;
- e) gegebenenfalls die von den anderen Mitgliedstaaten zu treffenden Maßnahmen.“

²⁷ Allgemein zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Einschränkungen der Freizügigkeit im Gefahrenabwehrrecht siehe EuGH, 21.06.2022, Rs. C-817/19, *Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2022:491, Rn. 280: „Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Beschränkung der Freizügigkeit nur gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven Erwägungen beruht und in angemessenem Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht in legitimer Weise verfolgten Ziel steht. Eine Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was dafür notwendig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Juni 2018, Coman u. a., C-673/16, EU:C:2018:385, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

²⁸ *Magiera*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 21 AEUV Rn. 38.

Selbst in besonders dringlichen Fällen sofortigen Handelns nach Art. 28 SGK hat eine solche Notifikation zu erfolgen, die zusätzlich erläutern muss, warum der Mitgliedstaat sofort handeln zu müssen glaubt, wie Art. 28 Abs. 2 SGK statuiert. Selbiges gilt für eine Wiedereinführung von Grenzkontrollen, wenn der Rat der EU nach Art. 29 Abs. 1 SGK das Funktionieren des Schengen-Raums ohne Kontrollen für insgesamt gefährdet ansieht und die Wiedereinführung von Grenzkontrollen gemäß Art. 29 Abs. 2 SGK empfiehlt: Auch dann müssen die Mitgliedstaaten notifizieren, dass sie solche Kontrollen wieder einführen, so Art. 29 Abs. 2 UAbs. 4 SGK.

Schon im Vorfeld möglicher Wiedereinführung von Grenzkontrollen haben die Kommission und die Mitgliedstaaten das Europäische Parlament und den Rat der EU nach Art. 31 SGK zu unterrichten. Auch nach Aufhebung der Kontrollen an den Binnengrenzen muss der Mitgliedstaat gemäß Art. 33 SGK dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission einen Bericht über diese Kontrollen vorlegen mit einer *ex-post*-Bewertung ihrer Verhältnismäßigkeit.

3. Polizeiliche Kontrollen

Trotz Abschaffung systematischer und dauerhafter Grenzkontrollen dürfen die Mitgliedsstaaten weiterhin polizeiliche Kontrollen durchführen. Nach Artikel 23 SGK darf das Fehlen von Kontrollen an den Binnengrenzen die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach nationalem Recht nicht beeinträchtigen, sofern die Ausübung dieser Befugnisse keine Grenzkontrollen gleichwertige Wirkung hat. Der SGK enthält eine Liste von Kriterien, anhand derer beurteilt werden kann, ob solche Maßnahmen mit Grenzkontrollen gleichzusetzen sind oder nicht. Insbesondere verdachtsunabhängige Personenkontrollen sind für sich genommen auf Grundlage des SGK nicht rechtswidrig, doch kommt es auf Ausgestaltung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts an.²⁹ Fließend ist der Übergang von Grenzkontrollen auf der einen Seite und polizeilichen Kontrollen in einem Grenzgebiet, wie sich etwa an den polizeilichen Kontrollen im Flensburger Bahnhof und in Zügen nach und aus Dänemark durch die Bundespolizei beobachten lässt.

C. Praxis von Grenzkontrollen im Schengen-Raum seit 2016

Basis der rechtlichen Analyse in diesem Gutachten sind die Notifikationen der dänischen Regierung an die Kommission über die Wiedereinführung von Grenzkontrollen (I.). Die Lage wird kontextualisiert, indem auch die Wiedereinführung in weiteren Mitgliedstaaten des Schengen-Raumes dargelegt wird (II.)

I. Grenzkontrollen an der deutsch-dänischen Grenze und Notifikationen Dänemarks

Von Januar 2016 bis Ende 2022 hat Dänemark 25 Notifikationsschreiben an die dänische Regierung gesandt.³⁰

²⁹ EuGH, 21.6.2017, Rs. C-9/16 *Deutschland gegen A*, ECLI:EU:C:2017:483. – Siehe dazu D.II.2.

³⁰ Diese sind dem Gutachten beigelegt und in einem Anhang tabellarisch aufbereitet. Hier sollen nur die zentralen Inhalte wiedergegeben werden. Für genauere Analyse sei insbesondere auf den tabellarischen Anhang verwiesen.

1. 2016/2017: Migrationsbewegungen

Von Januar bis Juni 2016 hat Dänemark in sieben Notifikationsschreiben die Grenzkontrollen mit dem erhöhten Migrationsaufkommen infolge des syrischen Bürgerkrieges und der Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch Schweden gerechtfertigt. Als Rechtsgrundlage zog Dänemark anfänglich neben Art. 25 SGK auch Art. 23 SGK heran, der polizeiliche Kontrollen gestattet, was verdeutlicht, wie eng diese mit Grenzkontrollen zusammenhängen.

Am 12.05.2016 verabschiedete der Rat der EU auf Grundlage von Art. 29 SGK einen Durchführungsbeschluss mit der „Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden“ und verlängerte diese Empfehlung am 11.11.2016, am 7.2.2017 und am 11.05.2017.³¹ Auf dieser Basis verlängerte Dänemark die Grenzkontrollen mehrfach bis zum 11.11.2017.

2. 2017 bis heute: Militanter Islamismus und organisierte Kriminalität

Ab November 2017 verlängerte Dänemark weiterhin die Grenzkontrollen und stützte sich zur Begründung auf terroristische Anschläge in den Jahren 2016 und 2017, wobei irreguläre Migration Terrorismus und organisierte Kriminalität ermögliche. An dieser Argumentation hält Dänemark mit geringen Variationen bis heute fest. Besonders der Topos vom „militanten Islamismus“ taucht in jeder (!) Notifikation auf, ohne je konkreter substantiiert zu werden. So findet sich in jedem Notifikationsschreiben dreimal das Wort „militant“ in Verbindung mit Islamismus – ein bemerkenswert populistisches Framing bei gleichzeitiger völliger Abwesenheit von belegenden Fakten.

Zu diesen beiden Haupttopoi militanter Islamismus und organisierte Kriminalität traten in der Folge lediglich weitere Begründungen hinzu.

Als Rechtsgrundlage führt Dänemark stets Art. 25 und 27 SGK an.

3. März 2020 bis Oktober 2021: Covid-19 kommt dazu

Zur terroristischen Bedrohung und der organisierten Kriminalität trat im März 2020 das Coronavirus COVID-19 als Rechtfertigungsgrund hinzu. Auf die Verhinderung der Ausbreitung des Virus wurden Grenzkontrollen bis zum 25. Oktober 2021 gestützt.

Diese Begründung ist insoweit überraschend, als Gesundheitsgefahren im Schengener Grenzkodex gerade nicht als Grund für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen geregelt sind.³² Wenig überraschend nennt denn das dänische Notifikationsschreiben vom 13.3.2020 auch gar keine konkrete Rechtsgrundlage.

³¹ Rat der EU, Durchführungsbeschluss 2016/894 des Rates vom 12. Mai 2016 mit einer Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. 2016 L 151/8; später: Fortsetzungsbeschluss 2016/1989 des Rates vom 11. November 2016, ABl. 2016 L 306/13, und Fortsetzungsbeschluss 2017/818 des Rates vom 11. Mai 2017, ABl. 2017 L 122/73.

³² Man vergleiche etwa Art. 25 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 SGK einerseits, Art. 6 Abs. 1 lit. e) und Art. 8 Abs. 2 lit. b) SGK andererseits, sowie Art. 36, Art. 45 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 1 AEUV. Zum Ganzen *Thym/Bornemann*, Schengen and Free Movement Law during the First Phase of the COVID-19 Pandemic: of Symbolism, Law and Politics, in: *European Papers* 5 (2020), S. 1143, die allerdings auf S. 1148 großzügig mit diesem normativen Befund umgehen, obgleich sie zugeben, dass es sich wohl um den bewussten Verzicht auf die Auflistung der öffentlichen Gesundheit als Grund für eine Wiedereinführung von Grenzkontrollen handelt.

4. 2022: Fluchtbewegungen aus der Ukraine sowie Russland; Situation an der Außengrenze zu Weißrussland; Kriminelle Banden in Deutschland und Schweden

Nach Ausbruch der russischen Invasion in die Ukraine bezog sich Dänemark seit April 2022 zur Rechtfertigung der Fortsetzung von Grenzkontrollen auf Auswirkungen des Krieges in der Ukraine. Im Notifikationsschreiben vom 13.4.2022 heißt es, unter den Fliehenden könnten sich auch Personen befinden, die eine Terrorgefahr darstellten. Zudem könnten Terroristen die Fluchtsituation nutzen, um nach Europa zu gelangen. Im April 2022 hatte das dänische Zentrum für Terrorismusanalyse des polizeilichen Nachrichtendienstes PET eine Bewertung veröffentlicht, derzufolge Personen, die mit der Flüchtlingswelle aus der Ukraine leichter nach Dänemark gelangten, eine Bedrohung für das dänische Hoheitsgebiet, seine Sicherheit und seine Bürger darstellen könnten, wie SchengenVisaInfo.com berichtete.³³

In Reaktion auf das EuGH-Urteil vom 26. April 2022³⁴ übersandte die dänische Regierung am 11.5.2022 ein Addendum, indem die Grenzkontrollen ausführlicher begründet wurden. Hier finden sich einige bemerkenswerte neue Begründungen. So bringe etwa der Krieg in der Ukraine Probleme mit sich ebenso wie die Situation an der EU-Außengrenze zu Weißrussland.³⁵

Ähnlich problematisch rechtfertigt auch das letzte und damit aktuelle Notifikationsschreiben der dänischen Regierung vom 14.10.2022 die Weiterführung der Grenzkontrollen. Diese Notifikation ist mit 5 Seiten das bei Weitem umfangreichste Dokument (durchschnittlich sind die Notifikation 1 ½ Seiten lang). Neu angeführt werden hier die russische Mobilmachung sowie erhöhte Migrationsbewegungen im Schengen-Raum.³⁶

5. Zusammenfassung

Die Übersicht der angeführten Begründungen durch Dänemark im Einzelnen zeigt, dass erstens Grenzkontrollen seit 2016 nahtlos und kontinuierlich aufrechterhalten wurden, mithin seit bald sieben Jahren. Zweitens wurden die Begründungen an aktuelle politische Ereignisse angepasst, mithin immer wieder neue „Gefahren“ vorgebracht. Drittens nennt die dänische Regierung inzwischen eine lange Liste an Gründen, die kumulativ oder alternativ die Grenzkontrollen rechtfertigen sollen.

In ihren Notifikationsschreiben stützte sich die dänische Regierung vor allem auf Art. 25 SGK,³⁷ was die Frage nach der Einhaltung der Höchstdauer von zwei Jahren in Art. 25 Abs. 4 SGK aufwirft.

II. Grenzkontrollen im Schengen-Raum: Die Praxis anderer Mitgliedstaaten

Mit seiner Wiedereinführung von Grenzkontrollen steht Dänemark nicht allein. Fünf weitere EU-Mitgliedsstaaten führen seit 2016 Kontrollen an den Binnengrenzen durch: Österreich, Frankreich, Deutschland, Norwegen und Schweden. Noch nie seit Aufhebung der Grenzkontrollen im Jahr 1995 gab es im Schengen-Raum über einen so langen Zeitraum wieder dauerhafte Grenzkontrollen.

³³ SchengenvisaInfo.com, Denmark Extends Border Controls With Germany for 8th Year in a Row, 25.11.2022, URL: <https://www.schengenvisaInfo.com/news/denmark-extends-border-controls-with-germany-for-8th-year-in-a-row/>.

³⁴ EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298. Zu diesem Urteil ausführlich unten D.I.

³⁵ Die Aussagen werden ausführlich analysiert in der rechtlichen Bewertung, siehe unten E.II.2.

³⁶ Auch diese Ausführungen werden in der rechtlichen Bewertung näher analysiert, unten E.II.2.

³⁷ Wobei teils statt Art. 25 SGK – offensichtlich irrtümlich – Art. 24 SGK angeführt wurde.

Der Rat der Europäischen Union genehmigte die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch Österreich, Deutschland, Dänemark, Schweden und Norwegen nur für den Zeitraum zwischen Mai 2016 und Oktober 2017.³⁸

Alle fünf Mitgliedsstaaten benachrichtigten die Europäische Kommission von ihren Wiedereinführungen der Grenzkontrollen.³⁹ Dabei nannten sie unterschiedliche Gründe, die zu Sicherheitsbedenken führten, und wechselten ihre Begründungen im Zeitverlauf.⁴⁰ Mehrere dieser fünf Mitgliedsstaaten hielten sich zudem nicht an die vom Schengener Grenzkodex vorgesehene Maximallänge für wieder eingeführte Grenzkontrollen.⁴¹ Die Lage in den EU-Mitgliedstaaten Frankreich, Schweden, Deutschland und Österreich sowie im Nicht-EU-Mitgliedstaat Norwegen wird hier vorgestellt.

1. Frankreich

Der französische Conseil d'État beschäftigte sich mehrfach mit der Frage, ob die Verlängerungen auch nach Ablauf der im EU-Recht vorgesehenen Fristen rechtmäßig sei.⁴² Wiederholt befand das höchste französische Gericht, dass neue Bedrohungen es erlaubten, Grenzkontrollen auch nach Ende der genannten Fristen zu verlängern.⁴³ Zuletzt entschied der Conseil d'État, dass die französischen Kontrollen an den Grenzen zu Belgien, Luxemburg, Deutschland, der Schweiz, Italien und Spanien zwischen dem 1.5.2022 und dem 31.10.2022 rechtmäßig waren.⁴⁴ Die französische Regierung hatte die europäische Kommission gemäß Art. 25 SGK benachrichtigt, dass die Grenzkontrollen aufgrund anhaltender terroristischer Bedrohung und Sekundärmigration verlängert wurden.⁴⁵ Der Conseil d'État befand, wenn auch Sekundärmigration keine neue Bedrohung darstellte, so reichten doch die anderen genannten Gründe für sich genommen aus, um eine erneute Verlängerung der Grenzkontrollen zu rechtfertigen.⁴⁶ Der Conseil d'État urteilte, ohne dem EuGH vorzulegen und so die Möglichkeit zu geben, darüber zu entscheiden, ob die französische Praxis dem Schengener Grenzkodex entsprachen. Am 1.11.2022 verlängerte Frankreich die Grenzkontrollen erneut bis zum 30.04.2023 aufgrund neuer terroristischer Bedrohungen, organisierter Kriminalität, Aktivitäten organisierter Schleusergruppen, des Risikos, dass mit den Flüchtlingsströmen Personen ankommen, die eine Bedrohung darstellen könnten, irregulärer Migration, Sekundärmigration und der Situation an der EU-Außengrenze im Hinblick auf den Krieg in der Ukraine.⁴⁷

³⁸ Vgl. Rat der EU, Durchführungsbeschluss 2016/894 des Rates vom 12. Mai 2016 mit einer Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. 2016 L 151/8; später: Fortsetzungsbeschluss 2016/1989 des Rates vom 11. November 2016, ABl. 2016 L 306/13, und Fortsetzungsbeschluss 2017/818 des Rates vom 11. Mai 2017, ABl. 2017 L 122/73.

³⁹ Bisher gab es 312 solcher Benachrichtigungen an die Kommission seit dem September 2015 (Stand 07.12.2022): Europäische Kommission, 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, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁴⁰ Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (6).

⁴¹ Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (6).

⁴² Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (6).

⁴³ Conseil d'État, 28.12.2017, Decision No 415291, Rn. 7; Conseil d'État, 16.10.2019, Decision No. 425936, Rn. 7, Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, Rn. 7.

⁴⁴ Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, Rn. 7.

⁴⁵ Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, Rn. 6.

⁴⁶ Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, Rn. 6.

⁴⁷ Europäische Kommission, 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, available at URL:

2. Schweden

Schweden rechtfertigt seine seit Ende 2015 anhaltenden Grenzkontrollen v.a. mit anhaltender Migration und Terrorismusgefahr. Die erste Entscheidung der schwedischen Regierung, Grenzkontrollen wieder einzuführen, erfolgte im November 2015 und führte zur Rechtfertigung die möglichen Belastungen an, die eine große Zahl von Asylbewerbern für die schwedische Gesellschaft in den Bereichen Wohnen, Gesundheit, Schule und soziale Dienste haben könnte.⁴⁸ Die letzte Verlängerung der Kontrollen an allen schwedischen Binnengrenzen vom 12.11.2022 rechtfertigte die schwedische Regierung mit der Gefahr irregulärer Migration, Sekundärmigration sowie der Situation an der EU- der Außengrenze.⁴⁹

3. Deutschland

Auch Deutschland kontrolliert seit September 2015 ohne Unterbrechung an seiner Grenze in Bayern zu Österreich. Der derzeit einzige deutsche Prozess gegen die Wiedereinführung der Grenzkontrollen von Seiten Deutschlands ist am Bayrischen Verwaltungsgerichtshof anhängig.⁵⁰ Der Grüne Abgeordnete *Toni Schuberl* klagte im Juni 2018 gegen die erneute Verlängerung der Grenzkontrollen am 12.05.2018. Deutschland hatte die Grenzkontrollen erneut verlängert, obwohl der Rat der EU unterdessen keine Empfehlungen für Grenzkontrollen mehr ausgesprochen hatte, und Deutschland aufgrund von Terrorgefahr, Defiziten im Schutz der EU-Außengrenzen und illegaler Migration bereits sechs Monate länger als in der Empfehlung des EU-Rates vorgesehen an den Grenzen zu Österreich kontrolliert hatte.⁵¹ Damit, so die Klageschrift, habe Deutschland die zulässige Höchstdauer von Grenzkontrollen von zwei Jahren überschritten und Art. 25 Abs. 4 SGK verletzt.⁵² *Schuberl* argumentierte, dass die maximal erlaubte Dauer der Grenzkontrollen, auch wenn sie auf zwei unterschiedliche Normen gestützt werde (Art. 25 und 29 SGK), zusammengezählt werden müsse, da dies „dem Wortlaut und der Systematik des Ausnahme-Regimes“ der beiden Artikel entspreche.⁵³ Die wechselnden Rechtsgrundlagen könnten ein Überschreiten der Höchstdauer von zwei Jahren nicht rechtfertigen, weil ansonsten bei „stetigen Wechsel der Inanspruchnahme von Art. 25 und 29 SGK ewige Grenzkontrollen“ die Folge seien.⁵⁴

Zuletzt verlängerte Deutschland die Grenzkontrollen zu Österreich bis zum 11.05.2023, um Sekundärbewegungen von Migrant*innen, Schmuggel und Belastungen der nationalen Flüchtlingsaufnahme-

https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁴⁸ Vgl. *Guild/Brouwer/Groenendijk/Carrera*, What is happening to the Schengen borders?, CEPS Paper in Liberty and Security No. 86, 2015.

⁴⁹ Europäische Kommission, „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, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁵⁰ Allgäuer Zeitung, Streit um Grenzkontrollen. Grünen-Politiker klagt gegen Grenzkontrollen zwischen Deutschland und Österreich, 27.04.2022, URL: https://www.allgaeuer-zeitung.de/bayern/gruenen-politiker-klagt-gegen-grenzkontrollen-zwischen-deutschland-und-oesterreich_arid-413494.

⁵¹ *Schuberl*, Klage, 29.06.2018, URL: https://toni-schuberl.de/fileadmin/Speicherplatz/bayern/kv_passau-land/Redaktion/Redaktion/2018/180702_klage_grenzkontrollen/anton_schuberl_klage_grenzkontrollen.pdf, S. 5.

⁵² *Schuberl*, Klage (Fn. 51), S. 5.

⁵³ *Schuberl*, Klage (Fn. 51), S. 5.

⁵⁴ *Schuberl*, Klage (Fn. 51), S. 6.

einrichtungen entgegenzuwirken sowie der Notwendigkeit zur Erhöhung der Sicherheit von kritischen Infrastrukturen Rechnung zu tragen.⁵⁵

4. Österreich

Österreich war nach Deutschland der zweite Mitgliedsstaat, der im Zuge des erhöhten Migrationsaufkommens bereits im September 2015 Grenzkontrollen wieder einführte, damals an den Grenzen zu Italien, Ungarn, Slowenien und der Slowakei.⁵⁶

Zuletzt notifizierte Österreich am 12.11.2022 die Verlängerung der Grenzkontrollen an den Grenzen zu Ungarn und Slowenien aufgrund von Sekundärbewegungen von Migrant*innen, der Zunahme irregulärer Migrationsströme, Schmuggelaktivitäten und der illegalen Einreise potenzieller terroristischer Bedrohungen.⁵⁷

Die Lage in Österreich, wird anlässlich einer EuGH-Entscheidung Österreich betreffend weiter unten genauer dargestellt.⁵⁸

5. Norwegen

Norwegen, einer der vier Nicht-EU-Mitgliedstaaten, die Teil des Schengener Abkommens sind, hat folgende Rechtfertigungsgründe für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen angeführt: Migration, Migration im Zusammenhang mit Terrorismus und die Coronavirus-Pandemie.⁵⁹ Zuletzt bezog sich Norwegen in der Verlängerung der Kontrollen vom 12.11.2022 auf die Notwendigkeit, die Sicherheit der norwegischen Onshore- und Offshore-Gasanlagen zu erhöhen.⁶⁰

⁵⁵ Europäische Kommission, 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, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁵⁶ Erstmals vom 16. bis zum 25.09.2015 mit Verlängerungen bis zum heutigen Tage, vgl. Europäische Kommission (Fn. 39).

⁵⁷ Europäische Kommission, 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, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁵⁸ Unten D.I.

⁵⁹ Europäische Kommission, 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, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁶⁰ Europäische Kommission, 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, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

D. Rechtsprechung des EuGH

I. Große Kammer des EuGH zu Österreich

Am 26.04.2022 entschied die Große Kammer des EuGHs in *Landespolizeidirektion Steiermark* die beiden verbundenen Rechtssachen C-368/20 und C-369/20.⁶¹ Der EuGH stellte fest, dass der Schengener Grenzkodex der Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen durch einen Mitgliedstaat aufgrund einer schwerwiegenden Bedrohung seiner öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit nicht erlaubt, wenn die Dauer der Wiedereinführung die in Art. 25 Abs. 4 SGK maximale Gesamtdauer von sechs Monaten überschreitet.

In dem entschiedenen Fall ging es um Grenzkontrollen der Republik Österreich an der österreichisch-slowenischen Grenze. Der Beschwerdeführer NW war dort zweimal, am 29.08.2019 und 16.11.2019, Grenzkontrollen unterzogen worden, obwohl die Zeitdauer der Durchführungsbeschlüsse des Rates der EU über die zeitweise Wiedereinführung von Grenzkontrollen bereits abgelaufen war. Bei der zweiten Grenzkontrolle war der Beschwerdeführer sanktioniert worden, weil er sich auch nach mehrmaliger Aufforderung vor dem Grenzkontrollorgan nicht auswies. Österreich führte zu jenem Zeitpunkt Grenzkontrollen auf Grundlage von Art. 25 und 27 SGK durch. Die vorliegenden österreichischen Gerichte sollten nun über die Beschwerden der kontrollierten Person entscheiden. Sie legten dem EuGH die Frage vor, ob das Unionsrecht die Aneinanderreihung von innerstaatlichen Verordnungen zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen vom EU-Recht erlaube (insbesondere auf Grundlage von Art. 25 und 29 SGK), wenn die im Schengener Grenzkodex festgesetzten Höchstdauer von zwei Jahren bereits erreicht ist und kein Durchführungsbeschluss des Rates nach Art. 29 SGK mehr vorliegt.

Dies verneinte der EuGH. In Rn. 94 legte der Gerichtshof Art. 25 Abs. 4 SGK aus und befand,

„dass [die Vorschrift] einer vorübergehenden Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen durch einen Mitgliedstaat auf der Grundlage der Art. 25 und 27 des Schengener Grenzkodex entgegensteht, wenn deren Dauer die in Art. 25 Abs. 4 dieses Kodex festgelegte Gesamthöchstdauer von sechs Monaten überschreitet und keine neue Bedrohung vorliegt, die eine erneute Anwendung der in diesem Art. 25 vorgesehenen Zeiträume rechtfertigen würde“.

Der EuGH stellte in seiner Entscheidung insbesondere klar, dass sich die Mitgliedstaaten nicht auf Art. 72 AEUV, den allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt, berufen können, um die Maximalfrist zu umgehen (Rn. 86 und 90). Der EuGH erinnerte die Kommission und die Mitgliedstaaten an ihre Verpflichtung, „die ihnen durch diesen Kodex übertragenen Befugnisse auszuüben ...“ (Rn. 92). Zugleich wies der Gerichtshof das Argument der Mitgliedstaaten zurück, dass die Untätigkeit der Kommission einer Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Kontrollen an den Binnengrenzen gleichkomme (Rn. 93).

Darüber hinaus hatte der EuGH zu beantworten, ob das Unionsrecht mitgliedstaatliche Regelungen erlaubt, wonach Personen gegebenenfalls sanktioniert werden, wenn sie bei Überschreiten der Binnengrenze ihren Reisepass oder Personalausweis nicht vorzeigen, die Verpflichtung aber im Rahmen einer wiedereingeführten Grenzkontrolle auferlegt wird, die gegen Art. 25 Abs 4 SGK verstößt. Auch dies verneinte der EuGH.⁶² Die österreichische Wiedereinführung von Grenzkontrollen war deswegen nicht (mehr) mit dem Unionsrecht vereinbar.

⁶¹ EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298.

⁶² Insoweit im Einklang mit der schon älteren Rechtsprechung zu *carrier sanctions* für Personenbeförderungsunternehmen, die gesetzlich verpflichtet sind, Personenkontrollen beim Grenzübertritt vorzunehmen, was nur dann rechtmäßig sanktionsbewehrt werden darf, wenn die zugrundeliegende Pflicht nicht selbst

Überraschend ist, dass der EuGH die grundrechtliche Dimension gänzlich unbeachtet ließ. Die österreichischen Gerichte hatten nämlich auch gefragt, ob Personenkontrollen an Binnengrenzen gegen das Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV und Art. 45 Abs 1 der Grundrechtecharta verstießen, wenn die Bedingungen der Ausnahmen in den Verträgen und dem SGK nicht eingehalten wurden. Der Gerichtshof interpretierte freilich nur das Sekundärrecht (den Schengener Grenzkodex) und beantwortete die Frage nach der primärrechtlichen Dimension des Falles nicht.

Die Frage der Aneinanderreihung verschiedener Gründe zur Umgehung der jeweiligen Höchstdauern der Wiedereinführung von Grenzkontrollen lag in dem Fall auf der Hand, genauso wie das Umgehungspotential für Mitgliedstaaten. Unklar ist, ob der EuGH im Bereich der Gefahrenabwehr den Mitgliedstaaten lediglich keine allzu engen Fesseln anlegen wollte oder ob der Gerichtshof den Mitgliedstaaten sehenden Auges eine Umgehungsstrategie auf dem Silbertablett serviert hat. In Rn. 71 hielt der EuGH explizit fest, dass ein Mitgliedstaat Maßnahmen auf Art. 25 SGK stützen kann, auch nachdem die zweijährige Höchstfrist einer Empfehlung des Rates der EU nach Art. 29 SGK bereits abgelaufen ist, was in Art. 29 Abs. 5 SGK in der Tat so festgelegt ist.

Lediglich gänzlich neue Gefährdungen sollen ausreichen, um eine neue Frist laufen zu lassen, so der EuGH explizit in Rn. 78:

„Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch, dass ein solcher Zeitraum nur dann erneut angewandt werden kann, wenn der betreffende Mitgliedstaat nachweisen kann, dass eine *neue* ernsthafte Bedrohung für seine öffentliche Ordnung oder seine innere Sicherheit vorliegt.“⁶³

Das war die – unionsrechtlich außerordentlich bedenkliche – Position der Kommission, wie sich aus Rn. 81 des Urteils ergibt. Diese gegenüber den Mitgliedstaaten außerordentlich großzügige Haltung der Kommission zeigt sich auch in dem Verzicht auf jegliche Kontrollen oder Vertragsverletzungsverfahren⁶⁴ sowie in dem Novellierungsvorschlag, der die Praxis der Wiedereinführung von Grenzkontrollen stark erleichtern soll.⁶⁵

In Rn. 77 deutete der EuGH die Sechs-Monats-Höchstfrist für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen auf Basis von Art. 25 GG als ausreichende Zeit, um in Kooperation mit anderen Mitgliedstaaten andere Maßnahmen zu ergreifen als Grenzkontrollen, um die Gefahr zu beherrschen. Der Gerichtshof verweist in Rn. 92 auf den „Austausch von Informationen und Stellungnahmen, die Konsultationen und gegebenenfalls die Zusammenarbeit“ zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission. Denkbar ist, daraus zu folgern, dass ein Mitgliedstaat, der wiederholt Grenzkontrollen fortsetzt, sich erklären muss darüber, welche Maßnahmen er ergriffen hat, um die Gefahr mit anderen Mitteln als Grenzkontrollen abzuwehren, insbesondere durch die Koordination mit anderen Mitgliedstaaten.

II. Polizeiliche Kontrollen in Grenzregionen

Polizeiliche Kontrollen sind gemäß Art. 23 SGK zulässig, doch müssen bestimmte Bedingungen erfüllt sein und die Kontrollen dürfen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen haben.⁶⁶ Der EuGH hat sich in mehreren Entscheidungen damit beschäftigt, wann solche Polizeikontrollen nach Artikel 67

unionsrechtswidrig ist, vgl. EuGH, 13.12.2018, Rs. C-412/17 und C-474/17, *Touring Tours und Travel und Sociedad de Transportes*, EU:C:2018:1005.

⁶³ EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, Rn. 78.

⁶⁴ Dazu unten E.V.

⁶⁵ Dazu unten F.

⁶⁶ Zu Polizeilichen Kontrollen schon oben B.II.3.

AEUV und Artikel 22 und 23 SGK zulässig sind (vor der Reform des Schengener Grenzkodex im Jahr 2016 handelte es sich um Art. 20 und 21 VO Nr. 562/2006).

1. EuGH, *Melki und Abdeli* (2010)

In der Rs. *Melki und Abdeli* untersuchte der EuGH im Jahr 2010 die Vereinbarkeit einer Regelung der französischen Strafprozessordnung mit dem Unionsrecht.⁶⁷ Die französische Strafprozessordnung sah vor, dass die Polizei im französischen Grenzgebiet Strafverfolgung gegen Personen einleiten kann, bei denen „ein oder mehrere plausible Gründe“ für den Verdacht bestehen, dass sie rechtswidrig gehandelt haben. Das Grenzgebiet umfasste hier die Grenze selbst sowie das Gebiet bis 20 km Entfernung von der Grenze.

Der Gerichtshof unterstrich in seinem Urteil, dass Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaats nach Art. 21 Buchst. a [heute Art. 23 Buchst. a] SGK nur dann untersagt sind, wenn sie die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben.⁶⁸

Der EuGH entschied, dass die Normen des EU-Rechts keine nationale Regelungen erlauben, die den Polizeibehörden des betreffenden Mitgliedstaats die Befugnis einräumen, im Schengener Grenzgebiet die Identität jeder Person zu kontrollieren unabhängig von ihrem Verhalten und vom Vorliegen besonderer Umstände, aus denen sich die Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung ergibt, wenn diese Regelung solche Befugnisse nicht begrenzt.⁶⁹ Die Begrenzung muss gewährleisten, dass die tatsächliche Ausübung der Befugnis nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann.⁷⁰

2. EuGH, *Strafverfahren gegen A* (2017)

Die Grenzen von polizeilichen Kontrollen wurden vom EuGH in einem ähnlich gelagerten Fall auf Vorlage des Amtsgerichts Kehl genauer bestimmt. Im Urteil C-9/16 vom 21.06.2017⁷¹ ging es um die Vereinbarkeit mit Unionsrecht, konkret einer Regelung des deutschen Bundespolizeigesetzes, die verdachtsunabhängige Kontrollen in dem Gebiet von 30 km an der Grenze erlaubt.

Der EuGH urteilte, dass ein Rechtsrahmen geschaffen und gewahrt werden müsse, der gewährleistet, dass diese Art von Kontrollen nicht systematischen Grenzkontrollen gleichkommen.⁷² Dieser Rechtsrahmen müsse hinreichend genau und detailliert sein.⁷³ Insofern müssten Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen geregelt sein, um zu verhindern, dass die polizeilichen Kontrollen die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben.⁷⁴

3. Voraussetzungen von Polizeilichen Kontrollen in Grenznähe

Nach dieser Rechtsprechung des EuGH dürfen verdachtsunabhängige Kontrollen in Grenznähe, an Bahnhöfen und in Zügen nicht faktisch zu Grenzkontrollen werden. EU-Mitgliedsstaaten haben in den letzten Jahren verstärkt Gebrauch von polizeilichen Kontrollen in Grenzgebieten gemäß Art. 23 SGK

⁶⁷ EuGH, 22.06.2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, *Melki und Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363

⁶⁸ EuGH, 22.06.2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, *Melki und Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 69.

⁶⁹ EuGH, 22.06.2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, *Melki und Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 75.

⁷⁰ EuGH, 22.06.2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, *Melki und Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 75.

⁷¹ EuGH, 21.06.2017, Rs. C-9/16, *Strafverfahren gegen A*, ECLI:EU:C:2017:483

⁷² EuGH, 21.06.2017, Rs. C-9/16, *Strafverfahren gegen A*, ECLI:EU:C:2017:483, Rn. 37, 38.

⁷³ EuGH, 21.06.2017, Rs. C-9/16, *Strafverfahren gegen A*, ECLI:EU:C:2017:483, Rn. 41.

⁷⁴ EuGH, 21.06.2017, Rs. C-9/16, *Strafverfahren gegen A*, ECLI:EU:C:2017:483, Rn. 59.

gemacht, allen voran die Niederlande und Schweden.⁷⁵ Polizeiliche Kontrollen in Grenzgebieten sind möglich, müssen aber den Anforderungen des EuGH entsprechen, um zu verhindern, dass die Mitgliedsstaaten durch polizeiliche Kontrollen die im Schengenraum grundsätzlich abgeschafften Grenzkontrollen durch die Hintertür wieder einführen.

Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass in den ersten sieben Notifikationsschreiben der dänischen Regierung an die Kommission die Wiedereinführung von Grenzkontrollen (!) auch auf Art. 23 SGK gestützt wurde.⁷⁶

E. Rechtliche Bewertung der dänischen Grenzkontrollen

Die europäische Kommission unterstrich 2021, es sei unbestreitbar, „dass die Schengen-Grundlagen Teil der europäischen DNA sind“.⁷⁷ Zunächst soll deshalb in dieser rechtlichen Bewertung der dänischen Grenzkontrollen verdeutlicht werden, welche Auswirkungen Grenzkontrollen auf den Genuss der Unionsbürgerschaft als „grundlegendem Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“⁷⁸ haben (I.). Sodann werden die von Dänemark angeführten Gründe als Grundlage der rechtlichen Bewertung rekapituliert und näher betrachtet (II.). Rechtlich stellen sich zwei zentrale Fragen: Gibt es eine zeitliche Obergrenze für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen? (III.) Und: Ist die Wiedereinführung von Grenzkontrollen verhältnismäßig? (IV.) Abschließend wird die zweifelhafte Rolle der EU-Kommission ins Licht gerückt, die doch eigentlich als „Hüterin der Verträge“ gilt (V.).

I. Die Folgen für die Unionsbürgerschaft

Grenzkontrollen erinnern an die Zeit vor der Personenfreizügigkeit – sie stellen eine der größten Errungenschaften der EU infrage. Die Überwindung von physischen Grenzen ist ein besonders wichtiges und sichtbares politisches Symbol der europäischen Einigung.⁷⁹ Die Wiedereinführung von Grenzkontrollen hat erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftliche und politische, aber auch die soziale Dimension der Unionsbürgerschaft, die ein „transnationales Angehörigkeitsverhältnis“ begründet hat.⁸⁰

Ökonomisch resultierten verlängerte Transportzeiten in weniger Tourismus und Warenverkehr.⁸¹ Die Studie des Parlaments „The Cost of Non-Schengen“ von 2016 beziffert die einmaligen finanziellen Kosten für wiedereingeführte Grenzkontrollen mit 7,1 Milliarden Euro für den Schengen-Raum als

⁷⁵ Van der Woude, A bridge over Schengen's troubled borders, 07.08.2017, URL: <https://www.leidenlawblog.nl/articles/a-bridge-over-schengens-troubled-borders>.

⁷⁶ Notifikationsschreiben vom 4.1.2016, 13.1.2016, 2.2.2016, 22.2.2016, 3.2016, 31.3.2016 und 29.4.2016.

⁷⁷ Europäische Kommission, 02.06.2021, Mitteilung „Strategy für einen reibungslos funktionierenden und resilienten Schengen-Raum“, COM(2021) 277 final.

⁷⁸ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217, Rn. 62: „Status eines Unionsbürgers“; EuGH, 11.7.2002, Rs. C-224/98, *D'Hoop*, ECLI:EU:C:2002:432, Rn.28: „Unionsbürgerstatus“; EuGH, 20.9.2001, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, Rn. 31: erstmals Formel des „grundlegenden Status“.

⁷⁹ In einer Eurobarometer Umfrage von 2018 empfanden 68% der Befragten Schengen als eines der wichtigsten Errungenschaften der EU. Vgl. Europäische Kommission, Special Eurobarometer 474, *Europeans' perceptions of the Schengen Area*, 2018, S. 39.

⁸⁰ Vgl. Mangold, Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in; *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2. Aufl. 2021, S. 178.

⁸¹ Europäisches Parlament, *The Cost of Non-Schengen: The Impact of Border Controls within Schengen on the Single Market*, 2016, S. 8.

Ganzes.⁸² Grenzgänger*innen, die in einem EU-Land arbeiten und in einem anderen leben, leiden sozial wie privat ganz besonders unter Grenzkontrollen. Diese führen nämlich zu längeren Wartezeiten auf dem Weg zur Arbeit.⁸³ So zeigt eine Studie des ifo- Instituts in München, dass der Grenzübertritt innerhalb zwei Ländern des Schengen-Raums ohne Grenzkontrollen etwa 20 Minuten schneller ist als der Grenzübertritt zwischen zwei Ländern, wenn mindestens ein Land nicht zum Schengen-Raum gehört, und damit Grenzkontrollen stattfinden.⁸⁴

Die politische Dimension wird greifbar, wenn wir an die europäische territoriale Zusammenarbeit von Grenzregionen denken, die stark integriert sind. Ein Beispiel ist die deutsch-dänische Interreg-Zusammenarbeit. Diese unterstützt grenzübergreifende Arbeitsmärkte sowie das interkulturelle Verständnis der Bürger*innen auf beiden Seiten der deutsch- dänischen Grenze.⁸⁵ Die mit Grenzkontrollen verbundenen längeren Wartezeiten bei der Überquerung der Grenzen haben auch Auswirkungen für Personen, die nicht nur arbeitsbedingt häufig über die Grenze pendeln. Betroffen sind an der deutsch-dänischen Grenze etwa Angehörige der deutschen Minderheit in Dänemark bzw. der dänischen Minderheit in Deutschland, die möglicherweise Familie im jeweils anderen Land haben und deshalb häufig über die Grenze reisen.

Zudem ist die soziale Dimension der Grenzkontrollen relevant. Wenn ständige Grenzkontrollen im Schengen-Raum normalisiert werden, so wird das die Art und Weise verändern, mit der Personen auf die Unionsbürgerschaft blicken.⁸⁶ Art. 2 EUV verweist auf eine „europäische Gesellschaft“,⁸⁷ die durch gemeinsame Werte verbunden ist. Damit ist gemeint, so von *Bogdandy*, „die soziale Gesamtheit, die der EU-Vertrag verfasst“.⁸⁸ Der freie Personenverkehr im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, den die EU ihren Unionsbürger*innen gemäß Art. 3 Abs. 2 bietet, ist ein symbolträchtiger Faktor dieser europäischen Gesellschaft. *Salomon* und *Rijpma* bezeichnen diese Freizügigkeit im Binnenmarkt und den grenzenlosen Reiseverkehr im Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts deshalb als „zwei Seiten derselben Medaille: der Unionsbürgerschaft“.⁸⁹ Die große Errungenschaft des Schengenraums, die Abwesenheit von Kontrollen an den Binnengrenzen, in dem sich die Unionsbürger*innen frei bewegen können, gerät durch die langfristige Wiedereinführung von Kontrollen ernsthaft in Gefahr.⁹⁰

II. Von Dänemark vorgebrachte Gründe

Seit Januar 2016 führt Dänemark kontinuierlich Grenzkontrollen durch, mithin seit nunmehr sieben Jahren. Dänemark stützte sich in seinen Notifikationsschreiben an die Kommission auf verschiedene „Gefahren“, um die Wiedereinführung von Grenzkontrollen auf Basis des *ordre public*-Vorbehaltes zu rechtfertigen. Einerseits traten immer neue Gründe hinzu, andererseits nennt Dänemark inzwischen

⁸² Würden die Grenzkontrollen im gesamten Schengenraum für zwei Jahre anhalten, beliefe sich dieser Verlust auf 5 Milliarden Euro, wenn nur wie im Moment sieben Länder, Grenzkontrollen durchführen, auf 51 Milliarden Euro, wenn an allen Grenzen im Schengenraum wieder kontrolliert würde, vgl. Europäisches Parlament, *The Cost of Non-Schengen: The Impact of Border Controls within Schengen on the Single Market*, 2016, S. 9.

⁸³ Europäisches Parlament, *The Cost of Non-Schengen: The Impact of Border Controls within Schengen on the Single Market*, 2016), S. 8.

⁸⁴ *Felbermayr/Gröschl/Steinwachs*, *The trade effects of border controls*, ifo Forschungsbericht 73, 2016, S. 7.

⁸⁵ Interreg Deutschland, Dänemark, *Interreg verbindet*, 2022, URL: <https://www.interreg-de-dk.eu/>.

⁸⁶ Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (24).

⁸⁷ Der Begriff der „europäischen Gesellschaft“ wurde zuletzt auch vom EuG prominent aufgegriffen: EuG, Urteil vom 27.07.2022, Rs. T-125/22, *RT France gegen Rat der europäischen Union*, ECLI:EU:T:2022:483. Rn. 55.

⁸⁸ Vgl. *von Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, 2022, S. 16.

⁸⁹ Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (25).

⁹⁰ Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (28).

in einer langen Liste eine ganze Vielzahl von Gründen, wohl in der Hoffnung, mittels einer Art Gießkannenprinzip jedenfalls einen einschlägigen und akzeptablen Grund aufzuführen.

Die von Dänemark angeführten Gründe sind in zwei Punkten rechtlich zu hinterfragen: Erstens liegt der Verdacht nahe, Dänemark schiebe diese Gründe lediglich vor, um die Grenzkontrollen so oder so weiterzuführen (1.). Zweitens stellt sich die Frage, ob wirklich „Bedrohungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit“, mithin Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angeführt werden oder ob es sich nicht vielmehr um bloße Risiken handelt (2.).

1. Vorwände statt Gefahren?

Die Notifikationen Dänemarks vermitteln den Eindruck, als wolle die dänische Regierung so oder so an Grenzkontrollen festhalten. Dänemark führte immer neue Gründe an, besonders wenn die Zwei-Jahres-Frist des Art. 25 Abs. 4 SGK abzulaufen drohte. Nach dem Urteil des EuGH vom 26. April 2022 übersandte Dänemark ein Addendum, das auf einmal viele neue Gründe nennt. Die Liste an Gefahren wurde zudem immer länger, nach dem Gießkannenprinzip: Einen Grund unter den vielen werden Kommission und andere Mitgliedstaaten am Ende schon akzeptieren.

So entsteht der Eindruck, es gehe gar nicht um wirkliche Gefahren, sondern diese seien lediglich vorgeschoben. Nun ist es rechtlich allerdings notorisch schwierig, zwischen bloßen Vorwänden einerseits und ernsthaften Gründen andererseits zu unterscheiden. Das Recht reagiert auf diese Problematik, indem es das Vorgebrachte beim Wort nimmt: Wenn der Vortrag substantiiert ist, also mit Nachweisen glaubhaft gemacht wurde, und tatsächlich wie inhaltlich eine Rechtfertigung der Verhaltensweise vermittelt, hier also der Grenzkontrollen, so bewertet die Rechtsordnung dies als legales Verhalten.

Dieses Gutachten ist nichts anderes als eine solche Analyse, die die vorgebrachten Gründe der dänischen Regierung „beim Wort“ nimmt und auf ihre tatsächliche und rechtliche Überzeugungskraft untersucht. Es enthält sich deswegen der Spekulation über die wahren Motive der dänischen Regierung.

2. Gefahr oder Risiko?

Rechtlich relevant auch für das Unionsrecht ist die Unterscheidung zwischen einer konkreten „Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit“ und einem bloßen Risikoszenario.⁹¹ Gerade die jüngeren Notifikationen der dänischen Regierung belegen die Verschiebung von Gefahren hin zu vagen „Risikolagen“. Dies wird exemplarisch verdeutlicht an dem Addendum der dänischen Regierung vom 11.5.2022 und der Notifikation vom 14.10.2022.

a) Vage Risiken

Ein Abschnitt aus diesem Addendum der dänischen Regierung vom 11.5.2022 sei wörtlich wiedergegeben, weil hier die Vagheit der Aussagen besonders deutlich wird (*kursiv hervorgehoben*):

„CTA⁹² assesses [sic] that in the short term the larger flow of migrants and displaced persons *could* entail a risk that persons who *could* pose a threat to Denmark would be able to travel into the Schengen area. CTA further assesses [sic] that *in the long term* the presence of an area of conflict in Europe with presumably high accessibility of firearms could potentially attract extremists who could pose a threat to Denmark. Furthermore, it is the assessment of the Danish Special Crime Unit that it is highly probable that weapons from Ukraine will flow towards Danish criminal organizations *once the acts of war have ceased.*“

⁹¹ Zu dieser zentralen Unterscheidung bereits oben B.II.2.a).

⁹² CTA steht für Centre for Terror Analysis. Dieses Zentrum wird vom dänischen Sicherheits- und Nachrichtendienst (PET) verwaltet.

In diesem Abschnitt bleibt der Grad der Gefahr vollkommen unbestimmt. Lediglich mögliche Szenarien werden als angebliche konkrete Gefahr dargestellt. Aus einer gefahrenabwehrrechtlichen Perspektive und durch eine rechtsstaatliche Brille ist diese Passage absolut atemberaubend.

Als weitere Gründe für die Grenzkontrollen führt die dänische Regierung die Situation an der EU-Außengrenze zu Weißrussland auf und verweist auf kriminelle Banden an der deutsch-dänischen Grenze, was beides ausgesprochen vage bleibt.⁹³ Auffällig ist, dass hier auf einen „Bandenkrieg“ Bezug genommen wird, der als Beleg für eine besondere Gefahrenlage angeführt wird, obgleich er bereits beendet zu sein scheint.⁹⁴

b) Absolute Sicherheit

Im aktuellen Notifikationsschreiben der dänischen Regierung vom 14.10.2022 werden die möglichen Konsequenzen der russischen Mobilmachung unter Bezug auf eine Visa-Empfehlung der EU-Kommission in einer Art umgekehrten Beweislast („*it cannot be excluded*“) in düsteren Farben gemalt:

„As also stated by the Commission in the communication of 3 October 2022⁹⁵, *it cannot be excluded* that Russian citizens trying to avoid the mobilisation and entering the EU also constitute a threat to public policy and the internal security. As also stated by the Commission regarding the current geopolitical situation and the military mobilisation in the Russian Federation these events *impact* the stability and security of the Union and its Member States.“

Völlig offen bleibt hier, worin genau eine Gefahr bestehen soll und inwieweit die Stabilität und Sicherheit der EU und der Mitgliedstaaten durch die Flucht von russischen Staatsangehörigen überhaupt beeinflusst wird („*impact*“). Aus gefahrenabwehrrechtlicher Sicht handelt es sich um eine Nicht-Aussage: Es lässt sich dieser Passage rein gar nichts über mögliche Gefahren oder auch nur Risikoprognosen entnehmen, wonach es überhaupt einen Anhaltspunkt gäbe, warum gerade Grenzkontrollen geeignet sein könnten, etwas (was?) abzuwehren.

Erkennbar ist aber das Bedürfnis nach absoluter Sicherheit, denn die Formulierung „*it cannot be excluded*“ legt nahe, dass eine Gefahr nur dann nicht bestünde, wenn sie vollkommen ausgeschlossen werden könnte. Denkt man diesen Ansatz zu Ende, so wäre dies das Ende jeden Freiraums: Dass Einzelne in schädlicher Weise von ihren Freiheitsrechten Gebrauch machen, lässt sich niemals gänzlich ausschließen. Es ist dies das Wagnis, das der freiheitliche Staat eingeht.

⁹³ Situation an der Außengrenze zu Weißrussland: „the migratory pressure on the Schengen area's external border with Belarus in general means that since Russia's invasion of Ukraine, the police have had an increased focus on the risk of human smuggling and human trafficking.“; kriminelle Banden an der deutsch-dänischen Grenze: „The Danish National Police has further stated that after a short period of decline in 2020 and 2021, there is currently an increase in the number of criminal groups crossing the Danish/German landborder.“

⁹⁴ „Throughout the winter of 2021-2022, a violent conflict between a Danish criminal gang and a Swedish criminal network has taken place. The conflict was instigated by a number of violent collisions in Copenhagen and its vicinity as well as in Malmö. From 2-15 December 2021, there were five shootings with four persons killed and additionally four persons injured. The conflict was considered to have ceased on 2 February 2022. Shortly thereafter another person from Sweden was killed in Copenhagen.“

⁹⁵ Nachweis in der Notifikation: „Communication from the Commission (13054/22) of 3 October 2022 on 1) updating guidelines on general visa issuance in relation to Russian applicants following Council Decision (EU) 2022/1500 of 9 September 2022 on the suspension in whole of the application of the Agreement between the European Community and the Russian Federation on the facilitation of the issuance of visas to the citizens of the European Union and the Russian Federation; and 2) providing guidelines on controls of Russian citizens at the external borders.“

c) Gar keine Gefahr

Das gleiche Muster einer Anhäufung von Worten, denen sich keinerlei Gefahr entnehmen lässt, findet sich im aktuellen Notifikationsschreiben vom 14.10.2022 im Absatz zu gestiegenen Migrationsbewegungen:

„Austria is currently experiencing more registrations than during the European migration crisis in 2015. As a consequence, secondary movements of migrants from said countries are seen.

Austria is affected by the movements on the eastern Mediterranean [sic] and Western Balkan route, which traditionally has been the most frequently used route of asylum seekers travelling to Denmark.

There are also indications of secondary flows to Germany, which probably stems from the Eastern Mediterranean [sic] and Western Balkan routes.“

In dieser Passage ist schon der Bezug zu Dänemark ausgesprochen dünn. Erhöhte Zahlen an Asylsuchenden in Österreich (?) und sekundäre Bewegungen nach Deutschland (?) werden als übliche Route nach Dänemark beschrieben. Worin genau die Gefahr besteht, die von fliehenden Menschen ausgeht, mögen es auch mehr sein, wird nicht einmal ansatzweise zu erklären versucht.

d) Bewertung

Soll das Freizügigkeitsrecht nicht zu kleiner Münze verkommen, so steht und fällt sein Schutz mit der Genauigkeit, die an die Kontrolle vorgebrachter Gründe angelegt wird. Wichtig ist, dass angebliche Gefahren konkretisiert und substantiiert werden. Das gelingt den Notifikationsschreiben der dänischen Regierung, auch den jüngsten und gründlichsten, nicht ansatzweise. Sie beziehen sich vielmehr auf imaginierte Gefahren und bemühen seit Beginn die Mär von „militanten Islamisten“, die – so ja die Argumentation – gerade durch Grenzkontrollen an Einreise und Anschlägen gehindert werden sollen können. Rechtlich muss jedoch das Bestehen oder Fortbestehen einer Gefahr substantiiert werden, wie der EuGH in seinem Urteil vom 26. April 2022 klar festgehalten hat.⁹⁶

III. Dauer: Kontinuität der Grenzkontrollen seit sieben Jahren (2016-2023)

Der Europäische Rat erklärte bereits im Februar 2016 in seinen Schlussfolgerungen die Wiederherstellung eines „normal funktionierenden Schengen-Raums“ zum Ziel.⁹⁷ Auch die EU-Kommission empfahl daraufhin die schrittweise Aufhebung der wieder eingeführten Kontrollen an den Binnengrenzen zur Wiederherstellung des Schengen-Raums.⁹⁸ Der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments verurteilte wiederholt,⁹⁹ dass die fortwährenden und immer wieder erneuerten Kontrollen an den Binnengrenzen die Grundprinzipien des Schengen-Raums untergraben. Der Ausschuss kritisierte insbesondere, dass die kontrollierenden Schengen-Staaten die Rechtsgrundlage für die Wiedereinführung immer wieder änderten, um die Kontrollen über den maximal möglichen Zeitraum hinaus zu verlängern, obwohl sich die tatsächlichen Umstände nicht verändert hatten.

⁹⁶ EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, Rn. 78: „wenn der betreffende Mitgliedstaat *nachweisen* kann, dass eine neue ernsthafte Bedrohung für seine öffentliche Ordnung oder seine innere Sicherheit vorliegt“ (Hervorh. nur hier).

⁹⁷ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 18./19.02.2016, Ziffer V, EUCO 1/16.

⁹⁸ Europäische Kommission, 04.03.2016, Mitteilung „Zurück zu Schengen – ein Fahrplan“, KOM(2016) 120 final.

⁹⁹ Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, REPORT on the annual report on the functioning of the Schengen area (2017/2256(INI)), 3.5.2018. 2021: REPORT on the Annual Report on the Functioning of the Schengen Area - (2019/2196(INI)), 1.6.2021.

Dem Gesamtkonzept des Schengener Grenzkodex ist ein fein austariertes Modell von Fristen und zeitlichen Höchstdauern zu entnehmen.¹⁰⁰ Rechtlich stellt sich die Frage, ob die im Schengener Grenzkodex mit jeder (angeblichen) neuen Gefahr neu zu laufen beginnen. Ein Mitgliedstaat wie Dänemark mag auf Basis der dargestellten Entscheidung des Gerichtshofes zu Österreich vom 26. April 2022 auf die Idee verfallen, jeweils neue Gefahren ließen die im Schengener Grenzkodex genannten Zeiträume stets wieder von vorne beginnen. Dänemark hat „neue“ Gefahren bislang immer dann angeführt, wenn das Erreichen der Zwei-Jahres-Höchstfrist aus Art. 25 Abs. 4 SGK drohte. In seiner Entscheidung zollt der Gerichtshof der unabweislichen Tatsache der letzten Jahre Anerkennung, dass es Jahre gibt, da ein Unglück das andere jagt: Migrationsbewegungen infolge des Bürgerkrieges in Syrien, terroristische Anschläge in Frankreich, Corona, Ukraine-Krieg und daran anschließend neuerliche Migrationsbewegungen.

Eine solche Argumentation setzt freilich voraus, dass die Mitgliedstaaten die angeführten „Gefahren“ ernsthaft bekämpfen wollen mit den Grenzkontrollen – und nicht diese lediglich als Vorwand für deren Wiedereinführung nutzen, um zu einem bereits überkommenen Souveränitätsdenken zurückzukehren, dass auch die autonome Entscheidung über Grenzkontrollen mitumfasst. Weil aber solche „Vorwände“ rechtlich nicht leicht ermittelbar sind, muss sich die Rechtskontrolle auf die vorgebrachten Argumente selbst einlassen.

IV. Verhältnismäßigkeit

Weil die angeführten Gefahren tatsächlich bestehen mögen – was aber nach der Rechtsprechung des EuGH nachgewiesen werden muss¹⁰¹ –, rückt der Blick auf die Verhältnismäßigkeit von Grenzkontrollen zur Bekämpfung der „Gefahren“, wobei auch die Einschränkungen der Freizügigkeit abzuwägen sind. Hier spielt inzidenter die Dauer der Grenzkontrollen dann doch wieder eine Rolle, weil eine langanhaltende Freiheitsbeschränkung einen intensiveren Grundrechtseingriff darstellt als eine nur kurzfristige Beschränkung.¹⁰²

Um noch einmal die Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu nennen:

- 1) Die Grenzkontrolle muss ein legitimes Ziel verfolgen, also tatsächlich existierende Gefahren bekämpfen (*legitimer Zweck*);
- 2) das Mittel der temporären Grenzkontrollen muss überhaupt geeignet sein, das erstrebte Ziel zu erreichen, also die behauptete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verringern oder auszuschließen (*Geeignetheit*);
- 3) ein milderes, gleich effektives Mittel darf nicht ersichtlich sein (*Erforderlichkeit*);
- 4) die Beschränkung der Freizügigkeit durch Grenzkontrollen und das mit dieser Beschränkung verfolgte Ziel (etwa: Verhinderung der Einreise von Terroristen oder organisierter Kriminalität) müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (*Angemessenheit*).

1. Legitimer Zweck: „Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit“

Zur Legitimität der verfolgten Zwecke der Grenzkontrollen wurde bereits das Relevante ausgeführt.¹⁰³ Es muss sich um eine substantiiert vorgetragene reale „Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der

¹⁰⁰ Im Einzelnen oben B.II.2.b).

¹⁰¹ Soeben Fn. 96.

¹⁰² Zu diesem Zusammenhang bereits oben bei Fn. 15.

¹⁰³ Siehe soeben E.II.

inneren Sicherheit“ handeln, also um konkrete Gefahren, nicht bloße Risiken, denn absolute Sicherheit ist in freiheitlichen Demokratien nicht erreichbar.¹⁰⁴

2. Geeignetheit

Inwieweit Grenzkontrollen tatsächlich geeignet sind, die angeführten Gefahren zu verhindern, muss ebenfalls substantiiert werden. Die von Dänemark gelegentlich angeführten „Statistiken“ erreichen diesen Zweck nicht, weil völlig kontext- und bezugslos Zahlen genannt werden. Sowohl das Addendum vom 11. Mai 2022 als auch das Notifikationsschreiben vom 14. Oktober 2022 bemühen sich, weitere „Fakten“ vorzulegen, insbesondere zum Ertrag der Grenzkontrollen. Was hier mit welchem Szenario verglichen wird, bleibt völlig offen: Sind zum Beispiel 202 bei Grenzkontrollen im ersten Halbjahr 2022 konfiszierte Waffen viel oder wenig? Wie werden „Waffen“ definiert, zählen auch Jagdmesser dazu? Wie viele Waffen konfisziert die Polizei bei normalen Kontrollen? Hier ist wesentlich mehr Substantiierung zu verlangen, um die Wirksamkeit von Grenzkontrollen gerade zur Abwehr der angeführten Gefahren zu belegen.

3. Erforderlichkeit

Gibt es mildere Mittel als Grenzkontrollen zur Bekämpfung der Gefahren? Die dänische Regierung geht seit dem EuGH-Urteil vom 26. April 2022 in ihren seither zwei Notifikationsschreiben an die Kommission auf mögliche Alternativen zu Grenzkontrollen ein.

Dänemark nennt verschiedentlich in den Notifikationen Polizeiliche Kontrollen nach Art. 23 SGK. Hier stellt sich erstens die Frage, ob Dänemark die einschlägige Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt, derzufolge Kontrollen nach Art. 23 SGK gerade nicht systematisch Grenzkontrollen ersetzen dürfen.¹⁰⁵ Verräterisch ist insoweit, dass Dänemark anfänglich, in der ersten Jahreshälfte 2016, die Grenzkontrollen auch auf Art. 23 SGK stützte. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch ein Prozess des Dazulernens stattgefunden haben kann. Zweitens ist aber jedenfalls zu fordern, dass genauer ausgeführt wird, wie sich Polizeiliche Kontrollen und Grenzkontrollen zueinander verhalten – auch hier gibt es eine rechtliche Forderung nach Substantiierung, der Dänemark bislang nicht in ausreichendem Maße nachkommt.

4. Angemessenheit

Im aktuellen Notifikationsschreiben vom 14. Oktober 2022 wird auf die Nutzung automatischer Kennzeichenerfassung hingewiesen, um die schonende Ausgestaltung der Grenzkontrollen sicherzustellen. Dass auch die automatische Kontrolle durch Kennzeichenerfassung eine Grenzkontrolle im Sinne des Schengener Grenzkodex darstellt, liegt auf der Hand. Allerdings ist diese Praxis im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur automatisierten Datenerfassung¹⁰⁶ keineswegs unproblematisch und wohl für sich genommen eine unionsrechtswidrige Kontrollpraxis, die vor den Gerichten wegen Grundrechtsverstößen und insbesondere Verstößen gegen den Datenschutz angegriffen werden kann.

¹⁰⁴ Im Übrigen auch nicht Autokratien, eine Erfahrung, die Diktatoren immer wieder machen.

¹⁰⁵ Dazu oben D.II.

¹⁰⁶ EuGH, 21.06.2022, Rs. C-817/19, *Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2022:491 : Die Verarbeiten von Fluggastdaten sind innerhalb der EU ausgeschlossen, wenn keine Terrorgefahr besteht (Rn. 291). Diese Rechtsprechung dürfte übertragbar sein auf die automatisierte Kfz-Kennzeichenerfassung. Zur Unzulässigkeit auf Basis der deutschen verfassungsrechtlichen Lage BVerfG, 18. Dezember 2018, Az. 1 BvR 142/15, BVerfGE 150, 244.

Die bereits seit sieben Jahren andauernden Grenzkontrollen bedeuten insbesondere für die Menschen in der Region Nordschleswig und Süddänemark eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres Grundrechts auf Freizügigkeit. Eine Region mit solch wechselvoller Geschichte und gleichzeitig in Jahrzehnten seit 1920 gewachsener tiefer Verbundenheit wird besonders hart getroffen von der Wiedereinführung von Grenzkontrollen und ihrer jahrelangen Fortführung.

Die Verhinderung der reichlich vagen angeblichen Gefahren, die von Dänemark viel zu wenig substantiiert worden sind, vermögen das Gewicht der Beeinträchtigung der Freizügigkeit nicht aufzuwiegen.

Die Grenzkontrollen sind mithin nicht angemessen und damit unverhältnismäßig. Sie verstoßen gegen Unionsrecht.

V. Rolle der EU-Kommission

Als Hüterin der Verträge hat die Europäische Kommission den Auftrag, darüber zu wachen, dass EU-Mitgliedsstaaten sich an die Verträge und das Sekundärrecht halten. Im Fall der Wiedereinführung der Grenzkontrollen agierte die Kommission bisher überhaupt nicht.

Wie oben angeführt, haben fünf Mitgliedsstaaten, darunter Dänemark, seit 2016 wiederholt Grenzkontrollen auf Basis des Schengener Grenzkodex wiedereingeführt und sie dann kontinuierlich verlängert. Dabei verwendeten sie teils immer wieder dieselben Begründungen, teils wechselten sie die Rechtsgrundlagen für die Verlängerung.

Trotz dieser nicht mit dem Sekundärrecht vereinbaren Praxis hat die europäische Kommission bisher in keinem Fall ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV eingeleitet. Einzig die Einführung von Grenzkontrollen durch Deutschland und Österreich im September 2015 untersuchte die Kommission auf ihre Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit.¹⁰⁷ Die Kommission kam damals, während des Höhepunktes der Migrationsbewegungen infolge des syrischen Bürgerkrieges, zu dem Schluss, Deutschland und Österreich hätten den Schengener Grenzkodex nicht verletzt.¹⁰⁸ Seitdem hat die europäische Kommission die einzelnen Benachrichtigungen über die Wiedereinführung bzw. Verlängerung der Grenzkontrollen, welche die EU-Mitgliedstaaten übermittelt haben, nicht mehr überprüft.¹⁰⁹ So intervenierte die Kommission auch nicht, als Mitgliedsstaaten zu Beginn der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 Grenzkontrollen wiedereinführten und sich dabei auf die öffentliche Ordnung und innere Sicherheit beriefen, obgleich die öffentliche Gesundheit derzeit keine normative Rechtfertigung für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen ist.¹¹⁰

Dass die europäische Kommission auch zweifelhafteste Grenzkontrollpraktiken derzeit nicht beanstandet, lässt die Mitgliedsstaaten diese teils als rechtmäßig ansehen. So argumentierte die beklagte Bundesrepublik Deutschland im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichts München, betreffend die Grenzkontrollen an der bayrisch-österreichischen Grenze,¹¹¹ dass „die vorübergehend

¹⁰⁷ Europäische Kommission, 23.10.2015, Commission opinion on the necessity and proportionality of the controls at internal borders reintroduced by Germany and Austria pursuant to Article 24(4) of Regulation No 562/2006 (Schengen Borders Code), C(2015) 7100 final.

¹⁰⁸ Europäische Kommission, 23.10.2015, Commission opinion on the necessity and proportionality of the controls at internal borders reintroduced by Germany and Austria pursuant to Article 24(4) of Regulation No 562/2006 (Schengen Borders Code), C(2015) 7100 final, Rn. 45.

¹⁰⁹ Vgl. *Salomon/Rijpma* (Fn. 20), S. 1 (6).

¹¹⁰ Siehe dazu schon oben Fn. 32. Im Reformvorschlag zum neuen Schengener Kodex ist im neuen Art. 25 Abs. 1 lit. b) SGK vorgesehen, dass „eine gravierende Notlage im Bereich der öffentlichen Gesundheit“ eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit darstelle, siehe sogleich F.

¹¹¹ Siehe dazu oben C.II.3.

wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen an der deutsch-österreichischen Landgrenze im Einklang mit den Bestimmungen des Schengener Grenzkodex“ stünden, da die Europäische Kommission als „Hüterin der Verträge“ diese „bestätigt bzw. nicht beanstandet“ habe.¹¹² Die Nicht-Beanstandung wird hier mit Rechtmäßigkeit gleichgesetzt, was freilich eine aberwitzige Interpretation des Verzichts auf ein Vertragsverletzungsverfahren seitens der EU-Kommission ist.

Die aktuell diskutierte Reform des Schengener Grenzkodex würde voraussichtlich die Rechtsdurchsetzung seitens der Kommission nicht befördern, weil den Mitgliedsstaaten noch mehr Möglichkeiten eingeräumt werden sollen, Grenzkontrollen zu verstetigen.¹¹³ Zuvor hatte die Europäische Kommission bereits im Jahr 2017 einen Reformvorschlag vorgelegt, der wie eine *ex-post* Legitimierung der Praxis der Mitgliedsstaaten erschien, die Grenzkontrollen wiedereingeführt hatten.¹¹⁴ Der Vorschlag zielte darauf ab, die Höchstdauer für die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen für die voraussichtliche Dauer der ernststen Bedrohung auf ein Jahr (statt sechs Monate) anzuheben, und die Höchstdauer der Verlängerungszeiträume von 30 Tagen auf bis zu sechs Monate zu erhöhen.¹¹⁵ Der Vorschlag wurde glücklicherweise nicht angenommen.¹¹⁶

F. Aktuelle Reformbestrebungen zum Schengener Grenzkodex

Die europäische Kommission hat am 14.12.2021 ihren Reformvorschlag zu einem neuen Schengener Grenzkodex vorgelegt.¹¹⁷ Ob die Reform in dieser Gestalt angenommen werden wird, ist noch unklar. Bisher haben der Wirtschafts- und Sozialausschuss¹¹⁸, sowie der Europäische Ausschuss der Regionen¹¹⁹ dazu Stellung genommen. Der Rat hat den Reformvorschlag in mehreren Sitzungen erörtert¹²⁰ und nun liegt er dem Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments vor. Berichterstatterin ist Sylvie Guillaume von der S&D Fraktion.

In ihrer ursprünglichen Strategie hatte die europäische Kommission zwar angekündigt, „systematischer“ Vertragsverletzungsverfahren zu nutzen, wenn Mitgliedsstaaten sich nicht an die Rechtsvorschriften des Schengen-Acquis halten.¹²¹ Der Vorschlag zur Reformierung des Schengener Grenzkodex

¹¹² VG München, Urteil vom 31.07.2019, Schubert gegen Bundesrepublik Deutschland, M 7 k 18.3255, Rn. 3.

¹¹³ Vgl. *Bornemann*, The Commission's proposed reform of the Schengen area – stronger enforcement or conflict aversion?, 31.01.2022, URL: <https://eulawenforcement.com/?p=8157>.

¹¹⁴ *De Somer*, Schengen and internal border controls, in: *De Bruycker/DeSommer/De Brouwer (Hrsg.)*, From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a new European consensus on migration, 2019, S. 123

¹¹⁵ Europäische Kommission, 27.09.2017, 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.

¹¹⁶ *De Somer* (Fn. 114).

¹¹⁷ Europäische Kommission, 14.12.2021, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM/2021/891 final.

¹¹⁸ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, 18.05.2022, Opinion of the European Economic and Social Committee on 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders', EESC 2022/00264, ABl. C 323 vom 26.8.2022, S. 69–76.

¹¹⁹ Europäischer Ausschuss der Regionen, 12.10.2022, Stellungnahme, Überarbeitung der Governance des Schengen-Raums, COR 2022-01129_

¹²⁰ Rat der EU, 13.06.2022, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, Allgemeine Ausrichtung, Interinstitutional File: 2021/0428(COD).

¹²¹ Europäische Kommission, 02.06.2021, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, „Strategie für einen reibungslos funktionierenden und resilienten Schengen-Raum“, COM(2021) 277 final.

enthält nun aber sogar eine Ausweitung der möglichen Gründe für kurzzeitige Wiedereinführungen von Grenzkontrollen. Damit dürfte ein vermehrter Gebrauch des Vertragsverletzungsverfahrens obsolet werden, würden die jetzigen Praktiken damit doch legalisiert.¹²²

Der Vorschlag der Kommission zielt nun unter anderem darauf ab, Art. 25 SGK zu ändern und genauer festzulegen, wann eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit vorliegt. Die Formulierung „kann als gegeben erachtet werden“ scheint die Fälle ernsthafter Bedrohung nicht auf die nachfolgend aufgezählten Situationen zu beschränken, sondern solche Fälle nur beispielhaft anzuführen. Eine Bedrohung kann demnach als gegeben erachtet werden bei:

- „a) Aktivitäten im Zusammenhang mit Terrorismus oder organisierter Kriminalität;
- b) einer gravierenden Notlage im Bereich der öffentlichen Gesundheit;
- c) einer Situation, in der eine sehr hohe Zahl unerlaubter Migrationsbewegungen von Drittstaatsangehörigen zwischen den Mitgliedstaaten stattfindet, die das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet;
- d) großen oder prominenten internationalen Veranstaltungen wie Sport-, Handels- oder politischen Veranstaltungen.“

Ersichtlich schreibt die Kommission damit die Begründungen jener Mitgliedstaaten des Schengen-Raumes ab, die seit 2016 Grenzkontrollen wieder dauerhaft eingeführt haben.

Zudem schlägt die Kommission vor, einen neuen Artikel 25a einzufügen, der das Verfahren regelt für „Fälle, die Maßnahmen aufgrund unvorhersehbarer oder vorhersehbarer Ereignisse erfordern“. Der Vorschlag der Kommission kann einerseits so gedeutet werden, dass in Zukunft die Praxis der Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch die Mitgliedsstaaten nicht nur toleriert, sondern sogar direkt im Schengener Grenzkodex vorgesehen werden soll.¹²³ Andererseits lässt sich dies als Versuch deuten, *ad hoc*-Maßnahmen an rechtliche Bedingungen zu knüpfen; zu einer Begrenzung wird es durch die äußerst vage Formulierung absehbar jedoch nicht kommen können.

Der neue Art. 28 soll hingegen der Kommission die Möglichkeit geben, bei ernsthafter Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in der Mehrheit der Mitgliedsstaaten und bei einer Gefährdung des Funktionierens des Schengen-Raumes insgesamt dem Rat „einen Vorschlag für den Erlass eines Durchführungsbeschlusses zur Genehmigung der Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch die Mitgliedsstaaten zu unterbreiten“. ¹²⁴ Im Unterschied zum Mechanismus des jetzigen Art. 29 SGK, der lediglich eine „Empfehlung“ vorsieht, hätte hier die europäische Kommission gemeinsam mit dem Rat der EU also die Entscheidungsmacht über den Schengen-Raum und insbesondere die Kommission ein unabhängiges Initiativrecht. ¹²⁵ Dennoch wäre dieses Verfahren kein Ersatz für die Initiative zur Wiedereinführung von Seiten der Mitgliedsstaaten gemäß Art. 25 und Art. 29, der unverändert daneben bestehen bleiben soll, sondern schaffte eine weitere Rechtsgrundlage zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen. ¹²⁶

Der Reformvorschlag der Kommission sieht schließlich die Stärkung von „alternativen Maßnahmen“ zu Grenzkontrollen vor. Demnach muss ein Mitgliedsstaat, wenn er Grenzkontrollen verlängert, zuvor prüfen, ob alternative Maßnahmen ausreichen, wie etwa die Ausübung polizeilicher Befugnisse gemäß

¹²² Vgl. Bornemann (Fn. 113).

¹²³ Bornemann (Fn. 113).

¹²⁴ Europäische Kommission, 14.12.2021, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM/2021/891 final.

¹²⁵ Vgl. Bornemann (Fn. 113).

¹²⁶ Bornemann (Fn. 113).

Art. 23 SGK. Freilich wird damit nur eine reichlich lose und unverbindliche Vorbedingung für die Mitgliedsstaaten etabliert.¹²⁷

Problematisch im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuGH¹²⁸ zum Einsatz algorithmenbasierter Datenauswertungsprogramme bei Fluggastdaten ist die Idee, auf automatisierte Grenzkontrollen bei allen Reisen mit kommerziellen Verkehrsmitteln wie Zügen, Bussen, Flügen oder Fähren über die Schengen-Binnengrenzen zurückzugreifen.¹²⁹ Diese würde der Schengener Grenzkodex als polizeiliche Kontrolle definieren, auch wenn damit *de facto* systematisch und invisibilisiert kontrolliert würde, wann und wie die Binnengrenzen überschreitet.¹³⁰

In seiner Allgemeinen Ausrichtung zum Reformvorschlag der Kommission hat der Rat der EU nochmals deutlich gemacht, dass die Personenfreizügigkeit eine der Haupterrungenschaften der EU sei und Grenzkontrollen an den Binnengrenzen deshalb eine Ausnahme bleiben sollten.¹³¹ Insbesondere sollte die Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen aufgrund ein und derselben Bedrohung nicht ohne zeitliche Begrenzung möglich sein.¹³²

In seiner aktuellen Ausgestaltung entspricht der Vorschlag nicht dem primärrechtlichen Regelungsauftrag in Art. 77 Abs. 1 lit. a) AEUV, denn die Politik der EU soll sicherstellen, „dass Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden“.

¹²⁷ Vgl. Züllig, Evolution and Mutation in the EU's DNA. The Proposal for a Reform of the Schengen Borders Code, 12.10.2022, URL: <https://verfassungsblog.de/evolution-and-mutation-in-the-eus-dna/>.

¹²⁸ EuGH, 21.06.2022, Rs. C-817/19, *Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2022:491. Der EuGH urteilte hier, dass die EU-Mitgliedsstaaten das Verarbeiten von Fluggastdaten auf das für den Kampf gegen Terror absolut Notwendige beschränken. Außerdem verstößt die Verarbeitung der Daten bei Flügen innerhalb der EU gegen das EU-Recht, wenn keine Terrorgefahr besteht (Rn. 291).

¹²⁹ Der Vorschlag sieht einige Überwachungs- und Beobachtungstechnologien vor, die nicht mit Grenzkontrollen gleichzusetzen seien. Der neue Artikel 23 soll die Möglichkeit enthalten, Passagierdaten mit Datenbanken zu Sicherheitszwecken abzugleichen, und zwar bei allen Personen, die ohne Kontrollen an den Binnengrenzen reisen. Diese algorithmenbasierten Kontrollen könnten das Risiko rassistischer Diskriminierung an den Grenzen erheblich erhöhen. Vgl. Züllig, (Fn 127).

¹³⁰ Züllig, (Fn. 127).

¹³¹ Rat der EU, 13.06.2022, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, Allgemeine Ausrichtung, Interinstitutional File: 2021/0428(COD), Rn. 43a.

¹³² Rat der EU, Rat der EU, 13.06.2022, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, Allgemeine Ausrichtung, Interinstitutional File: 2021/0428(COD), Rn. 43a.

G. Knappe Zusammenfassung (*executive summary*)

Die Prüfung der von Dänemark wieder eingeführten Grenzkontrollen am Maßstab des geltenden Schengener Grenzkodex hat ergeben, dass diese Grenzkontrollen eine schwerwiegende und tiefgreifende Beschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürger*innen darstellen. Diese Beschränkung kann nicht gerechtfertigt werden, weil die Grenzkontrollen auf Basis der von Dänemark vorgebrachten Gründe nicht als verhältnismäßig bewertet werden können. Dänemark bezieht sich auf vage, nicht näher substantiierte angebliche Gefahren. Nach der Rechtsprechung des EuGH müsste Dänemark das Vorliegen dieser Gefahren jedoch „nachweisen“.¹³³ Der fehlende Nachweis der behaupteten Gefahren ebenso wie die nur oberflächliche Prüfung alternativer Maßnahmen anstelle von Grenzkontrollen bedeutet, dass Dänemark seine unionsrechtliche Pflicht verletzt hat, penibel den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, wenn es durch Grenzkontrollen die Freizügigkeit der Unionsbürger*innen beschränkt. Die Grenzkontrollen sind deshalb unionsrechtswidrig.

¹³³ EuGH, 26.04.2022, Rs. C-368/20 und C-369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, Rn. 78: „wenn der betreffende Mitgliedstaat *nachweisen* kann, dass eine neue ernsthafte Bedrohung für seine öffentliche Ordnung oder seine innere Sicherheit vorliegt“ (Hervorh. nur hier).