

# Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume im Schengener Grenzkodex – Folgen für einen Raum ohne Kontrollen an Binnengrenzen

Jonas Bornemann\*

*Following the so-called refugee crisis, several Schengen states opted for the reintroduction of border controls. The mere fact that such checks were not just appropriate but equally lawful was beyond doubt when the new German federal government took office. Notably, however, the European Parliament disagrees. It argues that continuous prolongation of such checks would amount to the abolition of the Schengen area altogether. How do these divergent conceptions come about? Which margins of discretion do member states possess in order to reintroduce border controls in line with European Union law? With a view to the evolution of the Schengen regime, this contribution explores the tensions between member states' sovereign choice to reintroduce border controls and the legal framework established by the Schengen acquis, which aims at the abolition of such checks.*

Die Aufrechterhaltung von Personenkontrollen an den Grenzen der Bundesrepublik Deutschland ist ein zentrales Anliegen der neuen Bundesregierung. Bereits kurz nach seiner Vereidigung zum Bundesminister des Innern, für Bau und Heimat erklärte Horst Seehofer, dass „Binnengrenzkontrollen [...] so lange ausgeführt werden [müssten], solange die EU es nicht schafft, die Außengrenzen wirksam zu schützen.“<sup>1</sup> In ähnlicher Weise hatte bereits dessen Vorgänger im Amt, Thomas de Maizière, erklärt, die Aufrechterhaltung der Grenzkontrollen sei angesichts der „andauernde[n] Sicherheits- und Migrationslage angemessen“ und finde „im Rahmen des Schengenrechts in nationaler Souveränität“ statt.<sup>2</sup>

Dieser ministeriale Souveränitätsreflex, ein Phänomen, das bereits durch Funda Tekin an dieser Stelle illustriert wurde,<sup>3</sup> kann aus rechtlicher Warte zulässig sein. Der Schengener Grenzkodex erlaubt Mitgliedstaaten, einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit durch die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen zu begegnen. Von dieser Option hatte die Bundesrepublik angesichts der sogenannten Flüchtlingskrise, die im Herbst 2015 einen Höhepunkt erreichte, Gebrauch gemacht und jene Kontrollen seitdem beibehalten. Die wiederholte Verlängerung von Grenzkontrollen steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zu der Idee des Schengen-Raumes, mithin der Gewähr, „dass Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden“.<sup>4</sup>

\* Jonas Bornemann, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht, Universität Konstanz.

1 Zitiert nach Peter Issig/Jacques Schuster: „In der EU-Kommission schwingt oft Bevormundung mit“, in: Welt am Sonntag, 18. März 2018.

2 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat: Weitere Verlängerung der Binnengrenzkontrollen. Pressemitteilung, 12.10.2017, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2017/10/verlaengerung-grenzkontrollen.html> (letzter Zugriff: 31.5.2018).

3 Siehe Funda Tekin: Differenzierte Integration im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Spannungsfeld von Problemlösungsinstinkt und Souveränitätsreflex, in: *integration* 4/2017, S. 263 ff., hier S. 266 f.

4 Art. 77 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in: Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in: Amtsblatt der EU, Nr. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 1 ff.

Somit wirft die Aufrechterhaltung von Grenzkontrollen zu benachbarten Schengen-Staaten die Frage auf, inwieweit den Mitgliedstaaten im Schengener Grenzkodex die Möglichkeit eingeräumt wird, temporäre Binnengrenzkontrollen einzuführen bzw. diese zu verlängern. Welche materiellen und prozeduralen Einschränkungen des Unionsrechts plafonieren die mitgliedstaatliche Souveränität, auf die die Bundesregierung – zumindest rhetorisch – zurückgreift?

Dieser Frage soll aus der Perspektive unionsrechtlich geschaffener, mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume nachgegangen werden, die nach Thomas Duttler et al. ein wiederkehrendes Merkmal legislativer Unionsrechtsakte darstellen.<sup>5</sup> Dies gelte in besonderer Weise für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, auf den nach Ansicht von Roderick Parkes die „Schatten früherer Kooperationsformate“ nachwirkten, die die Existenz weiter mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume bedingten.<sup>6</sup> Mit Blick auf die Evolution des Schengener Binnengrenzregimes soll diese Darstellung jedoch relativiert werden. Die Entwicklung des Schengener Besitzstandes ging stets mit einer Einengung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume einher. Erst im Zuge intensiver, asymmetrischer Immigration Schutzsuchender, die eine Krise des Schengen-Raumes auslöste, tritt zu dieser Einengung eine „Wiederbestätigung des nationalen Ermessens“, wie Galina Cornelisse darlegt.<sup>7</sup> Die folgende Untersuchung führt den Nachweis, dass diese Gegenentwicklung jedoch weniger den „Schatten“ der Vergangenheit entspringt, sondern ganz unmittelbar durch den Rechtsrahmen des geltenden Primär- und Sekundärrechts geboten ist. Auf Grundlage dieser Analyse wird diskutiert, welche Gestaltungsspielräume den Mitgliedstaaten – wie die Bundesregierung meint – „im Rahmen des Schengenrechts“ kraft „nationaler Souveränität“ offenstehen.

## Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume als Untersuchungsgegenstand

Das Ausmaß mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume im Schengener Grenzkodex berührt die Frage, welche Instanz in einer bestimmten Situation berechtigt ist, über die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen zu entscheiden. Im Zuge der Schaffung des Schengen-Raumes war diese Möglichkeit eine Bedingung sine qua non, die als „starker und traditioneller Ausdruck staatlicher Souveränitätsrechte“<sup>8</sup> von besonderer Bedeutung für das Einverständnis der teilnehmenden Mitgliedstaaten war. Die Persistenz mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume ist jedoch weder – wie Magdalena Forowicz meint – ein „Paradox der Evolution des Unionsrechts“<sup>9</sup> noch auf den Schengener Besitzstand beschränkt. Vielmehr untermauert sie den primärrechtlichen Anspruch der Union, grundle-

5 Siehe Thomas Duttler et al.: The Dynamics of Secondary-Law Differentiation in the European Union. Paper presented at the 3<sup>rd</sup> Annual General Conference of the European Political Science Association, 20-22 June 2013, Barcelona, S. 15.

6 Roderick Parkes: Borders: EU institutions fail to reconcile their agendas despite communitarisation, in: Florian Trauner/Ariadna Ripoll Servent (Hrsg.): Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice. How EU institutions matter, New York 2015, S. 53 ff., hier S. 62, eigene Übersetzung.

7 Galina Cornelisse: What's wrong with Schengen? Border Disputes and the Nature of Integration in the Area without Internal Borders, in: Common Market Law Review 3/2014, S. 741 ff., hier S. 768, eigene Übersetzung.

8 Marcel Kau: Rechtsharmonisierung. Untersuchung zur europäischen Finalität dargestellt am Beispiel des Grenzkontroll-, Ausländer- und Asylrechts, Tübingen 2016, S. 214.

9 Magdalena Forowicz: State Discretion as a Paradox of EU Evolution, European University Institute: Max Weber Programme (MWP) Working Paper 27/2011, S. 1, eigene Übersetzung.

gende Funktionen der Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 2 Vertrag über die Europäische Union (EUV) zu wahren sowie im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV zu handeln.<sup>10</sup> Der Unionsgesetzgeber kann dieser Aufforderung dadurch nachkommen, dass er von der Regelung eines Sachverhaltes absieht, wenn diese etwa eine grundlegende Funktion der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten zu berühren droht.<sup>11</sup> Diese legislative Rücksichtnahme kann im Rahmen mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume innerhalb des Unionsrechts in Erscheinung treten.

Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume entstehen und bestehen somit kraft legislativer Festlegung sowie durch deren gerichtliche Auslegung. Im Kern dieser Vorgänge steht die Verbindlichkeit, mit der sich das Unionsrecht nach Art. 4 Abs. 3 EUV an die Mitgliedstaaten wendet. Sie umfasst alle mitgliedstaatlichen Handlungspflichten, die aus einem Unionsrechtsakt durch anerkannte Auslegungsmethoden ableitbar sind,<sup>12</sup> gewissermaßen dessen „line of conduct“.<sup>13</sup> Ausschlaggebend für die Existenz mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräumen ist demnach der Wille des Unionsgesetzgebers, der in „methodenbestimmter Arbeit am Gesetz“ entscheidet, verbindliche Rechtsnormen zu setzen, die den Mitgliedstaaten mehrere Handlungsoptionen eröffnen.<sup>14</sup>

Dieser legislativen Schaffung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume folgt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), dem letztlich die verbindliche Auslegung der Reichweite jener mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume obliegt. Hierzu ist festzuhalten, dass die Existenz jener Gestaltungsspielräume eine Einschränkung der Kontrolldichte der Rechtsprechung des EuGH zur Folge haben kann. In solchen Fällen folgt die gerichtliche Auslegung lediglich dem Maßstab der Evidenz, also der Frage, ob eine behördliche Maßnahme „mit einem offensichtlichen Irrtum oder einem Ermessensmissbrauch behaftet ist oder ob die betreffende Behörde die Grenzen ihres Ermessens [...] offensichtlich überschritten hat.“<sup>15</sup>

### **Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume als Relikt der Evolution des Schengen-Acquis**

Da die Abschaffung von Grenzkontrollen eine Kernaufgabe moderner Staatlichkeit berührt, nämlich die Sicherheit innerhalb jener Grenzen zu gewährleisten, kann die Existenz von mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen im Schengener Binnengrenzregime nicht überraschen. Diese haben als „Souveränitätsvorbehalte“ im Schengener Besitzstand stets

10 Siehe dazu Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, in: Amtsblatt der EU, Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 206 ff., hier S. 206.

11 Siehe Christian Calliess/Wolfgang Kahl/Adelheid Puttler: Artikel 4 EUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016, Rn. 22.

12 Siehe Rudolf Streinz: Artikel 4 EUV, in: Rudolf Streinz (Hrsg.): EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Rn. 31ff.

13 So Koen Lenaerts/Tim Corthaut: Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law, in: European Law Review 3/2006, S. 287 ff., hier S. 299.

14 Eberhard Schmidt-Aßmann: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, Heidelberg 2004, S. 206.

15 Diese Formulierung entstammt der Rechtsprechung des EuGH, Rs. C-310/04 (*Spanien/Rat*), ECLI:EU:C:2006:521, Rn. 96, welche auf die Kontrolle des Gemeinschaftsgesetzgebers durch den Gerichtshof rekurriert. In Analogie ist es möglich, diese Formel auch zur Beschreibung einer verminderten Kontrollintensität gegenüber den Mitgliedstaaten heranzuziehen.

eine prominente Rolle eingenommen.<sup>16</sup> Insbesondere die Möglichkeit zur vorübergehenden Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen galt den Mitgliedstaaten als Garantie, ihre innere Sicherheit und öffentliche Ordnung zu wahren. Folglich musste die Durchführung jener Kontrollen den betroffenen Mitgliedstaaten jedenfalls hypothetisch offenstehen, selbst wenn diese eine Ausnahme in einem Raum ohne Binnengrenzkontrollen darstellt.

Dieser Souveränitätsanspruch wurde zunächst außerhalb der Gemeinschafts- und Unionsrechtsordnung im Rahmen des Schengener Durchführungsübereinkommens formuliert und mit der Eingliederung des Schengener Besitzstandes in den Vertrag von Amsterdam übernommen. Im Folgenden wird die Kontinuität dieses Anspruchs als Ursprung eines weiten Gestaltungsspielraumes im Schengener Binnengrenzregime nachgezeichnet. Es wird auf dieser Grundlage diskutiert, inwiefern der Schengener Grenzkodex sowie das geltende Primärrecht den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten beschneiden.

### *Schengener Übereinkommen und Schengener Durchführungsübereinkommen*

Die Evolution einer Politik, die auf die Abschaffung von Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft abzielte, beginnt im Wesentlichen mit den politischen Initiativen der 1980er Jahre, insbesondere dem Schengener Übereinkommen im Jahr 1985.<sup>17</sup> Dieses steht in engem historischen und sachlichen Zusammenhang zu den Anstrengungen der Europäischen Kommission, die Vollendung des Binnenmarktes voranzutreiben,<sup>18</sup> was unter anderem ganz praktisch durch die taggleiche Bekanntmachung mit dem Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes deutlich wird.<sup>19</sup> Wenngleich das Schengener Übereinkommen noch keine Bestimmungen über die Abschaffung von Grenzkontrollen per se vorsah, lancierte es einen Prozess, der in die Unterzeichnung des Schengener Durchführungsübereinkommens mündete. In diesem Rahmen gelang es, die langfristigen Absichtserklärungen des Schengener Übereinkommens in eine verbindliche vertragliche Form zu gießen.<sup>20</sup>

Mit Blick auf Kontrollen an den Binnengrenzen zwischen Vertragsstaaten präzisiert und schärft das Durchführungsübereinkommen die langfristigen Vorhaben des Schengener Übereinkommens. Entsprechend legt Art. 2 Abs. 1 des Durchführungsübereinkommens fest, dass die „Binnengrenzen [...] an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden [dürfen].“ Als Ausnahme dieser im Kern des Schengener Besitzstandes stehenden Bestimmung können die Vertragsstaaten gemäß Art. 2 Abs. 2 allerdings „für einen begrenzten Zeitraum an den Binnengrenzen den Umständen entsprechende [nationale] Kontrollen“ durchführen, wenn die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit dies erfordern. Ein solches Vorgehen habe „nach Konsultation der anderen Vertragsparteien“, beziehungsweise in Fällen der Erforderlichkeit sofortiger Maßnahmen „möglichst frühzeitig“ zu erfolgen.

16 So etwa Yves Pascouau: The Schengen Governance Package: The subtle balance between Community method and intergovernmental approach, European Policy Centre: Discussion Paper, 12. Dezember 2013, S. 2, eigene Übersetzung.

17 Vorbehaltlich der Kooperation zwischen den Benelux-Staaten, die bereits 1969 zur Abschaffung von Grenzkontrollen führte.

18 Siehe Kau: Rechtsharmonisierung, 2016, S. 208 f.

19 Europäische Kommission: Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council, COM (85) 310.

20 Siehe Kau: Rechtsharmonisierung, 2016, S. 246.

Die Ausnahmeklausel in Art. 2 Abs. 2 des Durchführungsübereinkommens stellt das Ursprungsmoment mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume im Grenzkontrollregime des Schengen-Acquis dar. In diesem Kontext wurden jene Prinzipien mitgliedstaatlicher Entscheidungsfähigkeit formuliert, die für das Schengener Binnengrenzregime konstituierend wirkten. Art. 2 Abs. 2 des Durchführungsübereinkommens macht somit deutlich, dass die Entscheidung zur Wiedereinführung von nationalen Grenzkontrollen bei den Vertragsparteien selbst liegt. Die Aufforderung, in „Konsultation“ mit anderen Vertragsstaaten zu treten, kann vor diesem Hintergrund nicht als Erfordernis zur Einholung einer Zustimmung durch diese gedeutet werden. In zeitlicher Hinsicht wird jenseits der Bestimmung eines „begrenzten Zeitraumes“ zudem nicht konkretisiert, welche Dauer solcher Grenzkontrollen als zulässig betrachtet werden kann.<sup>21</sup> Letztlich bleiben auch die Tatbestände der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit der unilateralen Deutung der Vertragsstaaten überlassen.<sup>22</sup>

### *Eingliederung des Schengen-Acquis in die Gemeinschaftsrechtsordnung – Vertrag von Amsterdam*

Mit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam im Jahr 1999 wurde das Schengener Grenzregime in den Gemeinschaftsrechtsrahmen integriert. Dieser Schritt autorisierte eine Form der „verstärkten Zusammenarbeit“ zwischen nahezu allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft.<sup>23</sup> Art. 73j Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) hielt in diesem Zusammenhang fest, dass „Personen, seien es Bürger der Union oder Staatsangehörige dritter Länder, beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden“.

Die Eingliederung des Schengener Besitzstandes in das Gemeinschaftsrecht bestätigte die Existenz der mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume, die durch das Schengener Durchführungsübereinkommen geschaffen wurden. Dies galt zum einen für das Schengener Durchführungsübereinkommen selbst, dessen Unbestimmtheit durch die Inkorporation in den Gemeinschaftsrechtsrahmen vorerst unberührt blieb.<sup>24</sup> Zum anderen waren Maßnahmen zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der inneren Sicherheit explizit von der Zuständigkeit der Gemeinschaft ausgenommen und verblieben in den Händen der Mitgliedstaaten.<sup>25</sup> Dies schlug sich auch auf die Auslegungskompetenz des EuGH nieder, der nach Art. 68 Abs. 2 EGV für Maßnahmen zum Schutz der inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung unzuständig war, was auch die mitgliedstaatliche Entscheidung zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen betraf.<sup>26</sup>

21 Siehe auch Kees Groenendijk: Reinstatement of Controls at the Internal Borders of Europe: Why and Against Whom?, in: *European Law Journal* 2/2004, S. 150 ff., hier S. 154.

22 Siehe Ruben Zaiotti: Revisiting Schengen: Europe and the emergence of a new culture of border control, in: *Perspectives on European Politics and Society* 1/2007, S. 31 ff., hier S. 43.

23 Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union, in: *Amtsblatt der EU*, Nr. C 340 vom 10. November 1997, S. 93 ff., hier S. 93.

24 Beschluss des Rates (1999/435/EG) vom 20. Mai 1999 zur Bestimmung des Schengen-Besitzstands zwecks Festlegung der Rechtsgrundlagen für jede Bestimmung und jeden Beschluß, die diesen Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union, in: *Amtsblatt der EU*, Nr. L 176 vom 10. Juli 1999, S. 1 ff., hier Artikel 2a.

25 Art. 64 Abs. 1 EGV.

26 Siehe Kau: *Rechtsharmonisierung*, 2016, S. 409.

### *Bedingte Einhegung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume durch den Schengener Grenzkodex*

Besondere Wirkung auf das Binnengrenzregime der Schengen-Staaten entfaltete der Schengener Grenzkodex.<sup>27</sup> Dessen Titel III hegt den weiten mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum, der dem Schengener Durchführungsübereinkommen entstammte, sowohl in materieller wie prozeduraler Hinsicht ein. Zugleich bestätigt er jedoch auch, dass Mitgliedstaaten weiterhin polizeiliche Kontrollen innerhalb ihres Hoheitsgebiets, etwa im Grenzraum, durchführen können, sofern diese nicht „die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen“ entfalten.

Die sekundärrechtliche Einhegung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume durch den Schengener Grenzkodex resultiert zunächst aus der verfahrensrechtlichen Verschärfung hinsichtlich der Zeiträume zulässiger Binnengrenzkontrollen. In Fällen, die ein sofortiges Handeln erforderten, durften diese höchstens 30 Tage andauern, wenn auch die zulässige Gesamtdauer kumulativer Verlängerung unbestimmt blieb. Für die „Tragweite und Dauer“ jener Kontrollen an den Binnengrenzen wurden zudem Proportionalitätserwägungen ausschlaggebend. Diese durften „nicht über das Maß hinausgehen, das unbedingt erforderlich ist, um gegen die schwerwiegende Bedrohung [der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung] vorzugehen.“<sup>28</sup>

Diesem sekundärrechtlichen Einhegungsmoment des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraumes zur Wiedereinführung von Binnengrenzen steht die Bestätigung mitgliedstaatlicher Handlungsfähigkeit mit Bezug auf polizeiliche Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets in Art. 21 gegenüber.<sup>29</sup> In diesem Rahmen hebt der Schengener Grenzkodex hervor, dass die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen der Ausübung polizeilicher Befugnisse im Grenzgebiet nicht im Wege steht, sofern solche Maßnahmen nicht „die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen“ entfalten.<sup>30</sup> Um dies sicherzustellen, müssten polizeiliche Handlungen „insbesondere“ ein anderes Ziel als Grenzkontrollen verfolgen, auf Grundlage allgemeiner polizeilicher Informationen durchgeführt werden, etwa um grenzüberschreitende Kriminalität zu verhindern, sowie sich von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheiden und lediglich stichprobenhaft stattfinden.<sup>31</sup> Unter Vorbehalt dieser unvollständigen Aufzählung von „Indizien“,<sup>32</sup> die eine „gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen“ negieren, wurden polizeiliche Maßnahmen im Grenzraum als ein probates Mittel der Mitgliedstaaten anerkannt, etwaigen Gefahren zu begegnen, die durch die Abwesenheit von Binnengrenzkontrollen entstehen können. Auf diese Weise bestätigt der Schengener Grenzkodex einen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, innerhalb dessen polizeiliche Kontrollen, etwa im Grenzraum, weiterhin mit dem Unionsrecht vereinbar sein können.

27 Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), in: Amtsblatt der EU, Nr. L 105 vom 13. April 2006, S. 1 ff.

28 Ebenda, Art. 23.

29 Siehe auch den Abschnitt „Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume in der Rechtsprechung des EuGH“.

30 Art. 21 Ziff. B Schengener Grenzkodex.

31 Ebenda.

32 So etwa EuGH, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 (*Melki; Abdeli*), ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 72.

### *Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume nach dem Vertrag von Lissabon*

Die Änderungen des Rechtsrahmens des Schengener Grenzregimes, die durch den Vertrag von Lissabon vorgenommen wurden, bekräftigen zum einen die sekundärrechtliche Ermächtigung des Schengener Grenzkodexes, Binnengrenzkontrollen ausnahmsweise durchzuführen. Vor diesem Hintergrund fordert Art. 77 AEUV die Entwicklung einer Politik, mittels derer die Abschaffung von Grenzkontrollen „sichergestellt werden soll“.<sup>33</sup> Diese Bestimmung wird durch Art. 72 AEUV ergänzt, der wie dessen Vorgängernorm Art. 64 Abs. 1 EGV klarstellt, dass „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ durch die Verträge unberührt bleibt. Um diesem Kompetenzvorbehalt Rechnung zu tragen, muss der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen, jene Zuständigkeiten auszuüben. Zu diesem Zweck kann die Entwicklung einer Politik zur Abschaffung der Binnengrenzen im Sinne von Art. 77 AEUV nicht unbedingt verstanden werden. Vielmehr verlangt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die innere Sicherheit und öffentliche Ordnung zu wahren, die Erhaltung eines dahingehenden Gestaltungsspielraumes im Rahmen des Schengener Grenzkodexes.<sup>34</sup>

Zum anderen sah der Vertrag von Lissabon eine Änderung hinsichtlich der unionsgerichtlichen Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen zum Schutz der inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung vor, die für die Eingrenzung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume von zentraler Bedeutung war. In diesem Zusammenhang wurde die Rechtsprechungskompetenz des EuGH ausgeweitet. Anstatt – wie ex-Art. 68 Abs. 2 EGV – die Justiziabilität solcher Maßnahmen in diesem Bereich explizit einzuschränken, bestimmt Art. 276 AEUV lediglich, dass der EuGH im Rahmen von Kapitel 4 und 5 des Titels V des Dritten Teils über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unzuständig ist.<sup>35</sup> Es kann folglich e contrario die Vermutung angestellt werden, dass die Unionsgerichtsbarkeit zur Kontrolle jener mitgliedstaatlichen Maßnahmen befugt ist, die der Wahrung der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung dienen, zugleich aber nicht in den Anwendungsbereich von Art. 276 AEUV fallen. Die vorübergehende Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen sowie die polizeilichen Kontrollbefugnisse im Grenzgebiet der Mitgliedstaaten stellen per definitionem Maßnahmen zu diesem Zweck dar.

Es können somit kaum Zweifel angemeldet werden, dass die so entstandene „Asynchronität“ zwischen den Anwendungsbereichen von Art. 72 AEUV und Art. 276 AEUV zur Folge hat, dass der EuGH nach dem Vertrag von Lissabon über die Zulässigkeit von Binnengrenzkontrollen sowie polizeiliche Kontrollen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten im Sinne des Titels III des Schengener Grenzkodexes entscheiden kann.<sup>36</sup> Zugleich wird ihm

33 Es kann bereits terminologisch argumentiert werden, dass die Entwicklung einer solchen Politik auch die ausnahmsweise Wiedereinführung von Binnengrenzen umfassen muss: So etwa Daniel Thym: Artikel 77 AEUV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 63. Ergänzungslieferung, München 2017, Rn. 41.

34 Siehe Daniel Thym: AEUV Artikel 72, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, 9. Auflage, München 2015.

35 Welche die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie die polizeiliche Zusammenarbeit betreffen.

36 Dem gegenüber Oliver Suhr: AEUV Artikel 276, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016, Rn. 12, der die Auffassung vertritt, dass der Kompetenzvorbehalt in Art. 72 AEUV auch die Rechtsprechungskompetenz des EuGH erfasst und dieser entsprechend entgegensteht.

in dieser Überprüfung Art. 72 AEUV als „Auslegungshilfe“<sup>37</sup> dienen, um die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung sowie der inneren Sicherheit zu wahren. Dies schränkt die Kontrolldichte jener Prüfung dahingehend ein, als dass den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum darüber beigemessen wird, welche Maßnahmen zur Wahrnehmung dieser Kompetenz notwendig sind.<sup>38</sup> Innerhalb des Titels III des Schengener Grenzkodexes gilt dies neben der Möglichkeit zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen auch für polizeiliche Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten, sofern diese „nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen“ haben.

### *Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume in der Rechtsprechung des EuGH*

Dieses Ergebnis wird durch die Rechtsprechungspraxis des EuGH bestätigt. Dieser hat in drei Urteilen über die Auslegung der Rechtsvorschriften des Schengener Grenzkodexes, insbesondere polizeiliche Maßnahmen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, entschieden.<sup>39</sup> Konkret berühren diese Urteile die Frage, inwiefern Polizeikontrollen zum Zweck der Identitätsfeststellung mit Blick auf den Schengener Grenzkodex im Grenzgebiet zulässig sein können. Zu seiner Rechtsprechungskompetenz stellte der Gerichtshof in diesem Zusammenhang zunächst lapidar fest, dass die betreffenden Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes, „bei der Frage zu berücksichtigen [seien], ob das Unionsrecht einer nationalen Regelung [...] entgegensteht.“<sup>40</sup> Somit scheint für den EuGH entscheidend, dass die Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes als Rechtsakt des Kapitels 2 des Titels V erlassen wurden, der somit seiner Rechtsprechungskompetenz unterliegt. Des Weiteren hebt der Gerichtshof hervor, dass Art. 72 AEUV in Verbindung mit Art. 21 des Schengener Grenzkodexes „bestätigt“, dass die Abschaffung von Binnengrenzkontrollen die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Wahrung der öffentlichen Ordnung sowie der inneren Sicherheit unberührt lässt.<sup>41</sup> Dies deutet darauf hin, dass die Mitgliedstaaten in keinem Fall von den verfahrensrechtlichen und materiellen Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes mit Verweis auf ihre „nationale Souveränität“ abweichen können.

Innerhalb des sekundärrechtlichen Rahmens des Schengener Grenzkodexes weist der EuGH zugleich jedoch in seiner Rechtsprechung auf die Existenz eines mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraumes hin. Dieser betrifft Polizeikontrollen innerhalb des mitgliedstaatlichen Hoheitsgebietes, insbesondere solche, die im Grenzraum durchgeführt werden. Der Schengener Grenzkodex bestimmt in diesem Zusammenhang, dass solche Maßnahmen „nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen“ haben dürfen. Zur Feststellung einer solchen Wirkung hat der Unionsgesetzgeber einen nicht-erschöpfenden Kriterienkatalog erstellt, der festlegt, unter welchen Bedingungen nicht von einer solchen „gleiche[n] Wirkung“ auszugehen ist. Auf dieser Grundlage können Mitgliedstaaten polizeiliche Kontrollen im Grenzraum grundsätzlich durchführen, ohne vorübergehend Binnengrenzkontrollen wieder einzuführen.

37 Thym: AEUV Artikel 72, 2015, Rn. 1.

38 Siehe Matthias Rossi: AEUV Artikel 72, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016, Rn. 7.

39 EuGH, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 (*Melki; Abdeli*), ECLI:EU:C:2010:363; EuGH, Rs. C-278/12 PPU (*Adil*), ECLI:EU:C:2012:508; EuGH, Rs. C-9/16 (*A*), ECLI:EU:C:2017:483.

40 EuGH, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 (*Melki; Abdeli*), ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 65.

41 EuGH, Rs. C-278/12 PPU (*Adil*), ECLI:EU:C:2012:508, Rn. 66.

Da der Unionsgesetzgeber keine abschließende Auflistung von Umständen festgelegt hat,<sup>42</sup> stützt sich die gerichtliche Überprüfung jener polizeilichen Maßnahmen lediglich auf eine Bewertung von Indizien.<sup>43</sup> Im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit erschwert dies die Beurteilung, welche mitgliedstaatlichen Maßnahmen in diesem Rahmen zulässig sein können und welche in ihrer Wirkung Binnengrenzkontrollen gleichzustellen sind. Diesem Umstand begegnet der EuGH, indem er eine Abwägung einfordert. Entsprechend muss der Rechtsrahmen, durch den polizeiliche Kontrollen autorisiert werden, umso strengere „Konkretisierungen und Einschränkungen“ vornehmen, „je zahlreicher die Indizien für eine mögliche gleiche Wirkung“ gemäß Art. 21 des Schengener Grenzkodexes sind.<sup>44</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Abwägung bleibt die Unterscheidung zwischen zulässigen polizeilichen Kontrollen, etwa zum Zwecke der Feststellung der Identität einer Person oder deren Aufenthaltsstatus, und jenen, die zu Binnengrenzkontrollen wirkungsgleich sind, unscharf. Entsprechend hat der EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Melki; Abdeli* den Rechtsrahmen nationaler Polizeikontrollen für mit dem Schengener Grenzkodex unvereinbar erklärt. In der Rechtssache *A* kommt der Gerichtshof zu demselben Ergebnis, überlässt die Tatsachenprüfung allerdings dem vorlegenden nationalen Gericht. Mit großer Aufmerksamkeit wurde außerdem das Urteil in der Rechtssache *Adil* bedacht,<sup>45</sup> da es polizeiliche Kontrollen zur Bekämpfung des illegalen Aufenthalts, die im Grenzraum der Niederlande durchgeführt wurden,<sup>46</sup> als zulässig akzeptierte.

Das letztgenannte Urteil verdeutlicht exemplarisch, dass der Rechtsrahmen des geltenden Primärrechts in Verbindung mit dem Titel III des Schengener Grenzkodexes einen mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum erhält. Neben der vorübergehenden Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen misst dieser den Mitgliedstaaten die Möglichkeit bei, polizeiliche Kontrollen zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung auch im Grenzgebiet und mit dem Ziel der Identitätsfeststellung durchzuführen. Die gerichtliche Überprüfung dieser Maßnahmen im Licht des Schengener Grenzkodexes beschränkt sich auf eine Würdigung von Indizien, die willentlich unvollständig kodifiziert und gegebenenfalls einem strengeren Rechtsrahmen gegenüberzustellen sind.

### **Die Krise als Ausdehnungs- und Einengungsmoment mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen**

Die Krise des Schengen-Raumes, die eine Zäsur in der Evolution des Grenzkontrollregimes darstellt, erfasste diesen im Jahr 2011. Während Aufstände in Ägypten, Libyen und Tunesien Hoffnungen auf einen Arabischen Frühling nährten, sah sich Italien – insbesondere die Insel Lampedusa – einer intensiven Immigrationsbewegung ausgesetzt. Die italienische Regierung bat vor diesem Hintergrund wiederholt um Unterstützung bei der Auf-

42 Ebenda, Rn. 65.

43 EuGH, Rs. C-9/16 (A), ECLI:EU:C:2017:483, Rn. 72.

44 Ebenda.

45 Siehe etwa Empfehlung (EU) 2017/820 der Kommission vom 12. Mai 2017 zu verhältnismäßigen Polizeikontrollen und zur polizeilichen Zusammenarbeit im Schengen-Raum, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 122 vom 12. Mai 2017, S. 79 ff.

46 EuGH, Rs. C-278/12 PPU (*Adil*), ECLI:EU:C:2012:508, Rn. 62.

nahme tunesischer Schutzsuchender.<sup>47</sup> Dieser Forderung wurde jedoch mit Ablehnung begegnet, sodass sich Italien genötigt sah, befristete Aufenthaltstitel für tunesische Schutzsuchende auszustellen, die zur Freizügigkeit im Schengen-Raum autorisierten.<sup>48</sup> Da eine Vielzahl dieser Personen in der Folge versuchte, französisches Staatsgebiet zu erreichen, errichtete Frankreich im April 2011 Binnengrenzkontrollen zu Italien.

Diese Ausgangslage warf elementare Fragen hinsichtlich des Funktionierens des Schengen-Raumes auf. In einer Einschätzung der Kommission zur Rechtmäßigkeit des Vorgehens beider Staaten hielt die damalige EU-Kommissarin für Innenpolitik, Cecilia Malmström, fest, dass „die Schritte der italienischen und französischen Behörden in formeller Hinsicht in Einklang mit dem Unionsrecht“ stehen. Jedoch widersprächen sie dem „Geist Schengens“.<sup>49</sup> Dieser aus rechtspositivistischer Warte nebulösen Formulierung wohnte allerdings die Überzeugungskraft inne, dass der Rechtsrahmen des Schengener Grenzregimes in seiner Form nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon unzureichend für eine solche Krise gewappnet ist.<sup>50</sup> Dies führte zu einem langwierigen Rechtsetzungsprozess, der zwei Jahre später, im Oktober 2013, in das Schengen Governance Package mündete, das entsprechende Änderungen vorsah.

### *Das Schengen Governance Package 2013*

Für die Existenz mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume zeitigte die Novellierung des Grenzkodexes im Rahmen des Schengen Governance Package erhebliche, aber widersprüchliche Folgen.<sup>51</sup> Zunächst können diese Änderungen treffend als „wichtiger Schritt der Vergemeinschaftung“<sup>52</sup> angesehen werden, der durch die Einengung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume sichtbar wird. Diese Änderung trifft eine Klarstellung der Umstände, unter denen Binnengrenzkontrollen eingeführt werden dürfen, und präzisiert diejenigen Rechtsbegriffe, deren Unbestimmtheit zuvor Ursprung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraumes war. Dies betrifft zum einen die Dauer jener Kontrollen, die in vorsehbareren Fällen nun schrittweise bis zu maximal zwei Jahren verlängert werden können, sowie deren Umfang, der einige oder alle Abschnitte der Binnengrenze umfassen kann.<sup>53</sup> Zum anderen nahm die Novelle Konkretisierungen hinsichtlich der Proportionalitätserwägungen der Mitgliedstaaten im Falle der Wiedereinführung von Grenzkontrollen

47 Siehe Stefanie Rieder: Die Wiederaufnahme von Grenzkontrollen – Schengen als Opfer für „die nationale Sicherheit“?, Institut für europäische Integrationsforschung: Working Paper 3/2015, S. 50 ff.

48 Siehe Elspeth Guild et al.: Internal border controls in the Schengen area: is Schengen crisis-proof?, in: Europäisches Parlament (Hrsg.): Studie für den Ausschuss Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Brüssel 2016, S. 23.

49 Europäische Kommission: Statement by Commissioner Malmström on the compliance of Italian and French measures with the Schengen acquis, Pressemitteilung, 25.7.2011, MEMO/11/538, eigene Übersetzung.

50 Siehe Rieder: Wiederaufnahme von Grenzkontrollen, 2015, S. 62.

51 Das Schengen Governance Package entstammt Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Wahrung des Schengen-Systems – Stärkung des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen, KOM (2011) 561.

52 Pascouau: Schengen Governance Package, 2013, S. 7, eigene Übersetzung.

53 Art. 24 Abs. 1 Ziff. B Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) in der Fassung vom 6. November 2013, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 295 vom 6. November 2013, S. 1 ff.

vor. Diese müssen „als letztes Mittel“<sup>54</sup> die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Bedrohung sowie auf den freien Personenverkehr abwägen. Auch die verfahrensrechtliche Einhegung der mitgliedstaatlichen Konsultationspflicht tritt im Schengen Governance Package in den Vordergrund. Zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen müssen Mitgliedstaaten demnach relevante sowie belastbare Informationen vorlegen, um die Notwendigkeit jener Grenzkontrollen zu untermauern, und diese in den vorgesehenen Konsultationsprozess einfließen lassen.<sup>55</sup>

Zugleich schuf die Novellierung des Schengener Grenzkodexes aber auch eine weitere Rechtsgrundlage zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen, die den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum in diesem Kontext erweiterte. Im Falle „außergewöhnlicher Umstände, unter denen [...] das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet [ist]“, kann der Rat auf Vorschlag der Kommission „empfehlen“, dass Binnengrenzkontrollen wiedereingeführt werden.<sup>56</sup> Die Entscheidung, dieser Empfehlung Folge zu leisten, obliegt anschließend wiederum dem adressierten Mitgliedstaat.

Im Kontrast zu den bestehenden Verfahren zur Wiedereinführung solcher Kontrollen müssen zunächst die Kommission und der Rat die Ansicht teilen, dass dieser Tatbestand des Art. 26 des Grenzkodexes erfüllt ist, damit ein Mitgliedstaat auf Grundlage einer „Empfehlung“ Binnengrenzkontrollen durchführen kann. Rechtlich stellen diese Empfehlungen Durchführungsbeschlüsse im Sinne von Art. 291 Abs. 2 AEUV dar, die allerdings mit Blick auf ihre Wortwahl und insbesondere die Bezeichnung als Empfehlung<sup>57</sup> in ihrer Wirkung keine Verbindlichkeit suggerieren. Art. 26 Abs. 5 des Grenzkodexes betont zudem, dass diese Rechtsgrundlage diejenigen Maßnahmen unberührt lässt, die ein Mitgliedstaat zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung gemäß den anderen Verfahren des Grenzkodexes erlässt.<sup>58</sup>

Zusammenfassend zielen die Änderungen des Schengener Grenzkodexes daher auf die Einengung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume, die zum einen den Zuständigkeitsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten nach Art. 72 AEUV wahren und zum anderen sicherstellen sollen, dass der „Geist von Schengen“ durch das betreffende Recht gewahrt wird. Die Einführung einer weiteren Rechtsgrundlage zur Durchführung von Grenzkontrollen widerspricht dieser Deutung nicht: Art. 26 des Grenzkodexes kann durch Mitgliedstaaten nur dann angewendet werden, wenn die Kommission und der Rat die Ansicht teilen, dass „das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet“ ist. Es war kaum vorherzusehen, dass ein solcher „außergewöhnlicher Umstand“ schon kurze Zeit später vorliegen würde.

### *Die sogenannte Flüchtlingskrise als Krise des Schengen-Raumes*

Die Balance,<sup>59</sup> die durch das Schengen Governance Package zwischen der mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Wahrung der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung so-

54 Ebenda, Art. 23a.

55 Ebenda, Art. 24.

56 Ebenda, Art. 26.

57 Irreführend in der Abgrenzung zu „Empfehlungen“ im Sinne von Art. 288 Abs. 5 AEUV.

58 Schengener Grenzkodex in der Fassung vom 6. November 2013.

59 Pascouau: Schengen Governance Package, 2013.

wie dem Prinzip der Abwesenheit von Binnengrenzkontrollen hergestellt werden sollte, erschien durch die sogenannte Flüchtlingskrise, die im Jahr 2015 einen Höhepunkt erreichte, in Frage gestellt. Die Bundesrepublik Deutschland hat vor diesem Hintergrund, wie zahlreiche weitere Mitgliedstaaten,<sup>60</sup> von der Möglichkeit des Schengener Grenzkodexes Gebrauch gemacht, Binnengrenzkontrollen wiedereinzuführen. Am 13. September 2015 fiel der Beschluss, solche Kontrollen auf Grundlage von Art. 25 und anschließend Art. 23 des Grenzkodexes in der Fassung des Jahres 2013 wiedereinzuführen, um zunächst unvorhersehbar, dann vorhersehbar, einem „großen Zustrom von Schutzsuchenden“ zu begegnen. Nachdem die Sachlage bis Mai 2016 im Wesentlichen unverändert erschien, eröffnete Art. 29 (ex-Art. 26) des Grenzkodexes in dessen novellierter Fassung<sup>61</sup> die Möglichkeit der Fortführung jener Kontrollen. Dieser war zuvor eine Autorisierung durch den Rat vorausgegangen.

Als die maximale Dauer der verlängerbaren Grenzkontrollen am 12. November 2017 auslief, entschied die Bundesregierung, jene Kontrollen für sechs weitere Monate beizubehalten, und begründete diesen Schritt durch einen Rückgriff auf Art. 25 des Schengener Grenzkodexes. Jene Verlagerung der Rechtsgrundlage wurde von einer Empfehlung der Kommission inspiriert, nach der „eine neue Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit eine neue Anwendung der Vorschrift (und somit eine neue Berechnung der Dauer der Kontrollen) in Gang“ setzt.<sup>62</sup>

Die kumulative Anwendung von Art. 25 und 29 des Schengener Grenzkodexes erlaubt den Mitgliedstaaten – sofern neue Bedrohungen feststellbar sind –, die zulässige Dauer der Binnengrenzkontrollen zu kombinieren. Dabei muss eine erneute Verlängerung jedoch den Verfahren der jeweiligen Rechtsgrundlage entsprechen. Das bedeutet, dass Binnengrenzkontrollen nach Ablauf des maximal zulässigen Zeitraumes entweder als Folge einer *neuen* Bedrohung im Rahmen von Art. 25 oder auf Grundlage von Art. 29 durchgeführt werden können, was allerdings zunächst einer Empfehlung des Rates bedarf.

Im November 2017 entschied sich die Bundesregierung für erstere Option, indem sie geltend machte, dass die Fortführung jener Grenzkontrollen durch die „Sicherheitslage in Europa“ sowie die andauernde Bedrohung im Zuge der Sekundärmigration, also der irregulären Mobilität von Drittstaatsangehörigen im Schengen-Raum, erforderlich sei.<sup>63</sup> Diese Begründung ist bemerkenswert, da sowohl die „ernsthafte Bedrohung“ durch Sekundärmigration als auch der vage Verweis auf die Sicherheitslage, insbesondere in Verbindung mit

60 Siehe Europäische Kommission: Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 *et seq.* of the Schengen Borders Code, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms\\_notifications\\_-\\_reintroduction\\_of\\_border\\_control\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf) (letzter Zugriff: 22.8.2018).

61 Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), in: Amtsblatt der EU, Nr. L 77 vom 23. März 2016, S. 1 ff.

62 Empfehlung (EU) 2017/1804 der Kommission vom 3. Oktober 2017 zur Durchführung der Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes über die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen im Schengen-Raum, in: Amtsblatt der EU, Nr. L 259 vom 7. Oktober 2017, S. 25 ff., Erwägungsgrund 2.

63 So Europäische Kommission: Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control, ohne Datum.

der Bedrohung durch den transnationalen Terrorismus,<sup>64</sup> auf längere Sicht als Bedrohung angesehen werden können. Diesem Umstand kann durch eine zeitlich begrenzte Fortführung der Grenzkontrollen kaum hinreichend begegnet werden.

Entsprechend setzt sich die Bundesrepublik Deutschland auf Unionsebene dafür ein, die Dauer erlaubter Grenzkontrollen in Art. 25 des Schengener Grenzkodexes zu verlängern. In einem geleakten Non-Paper bringt sie den Wunsch zum Ausdruck, den Unionsrechtsrahmen dahingehend anzupassen, den Mitgliedstaaten einen Zeitraum zur Durchführung von Binnengrenzkontrollen von bis zu vier Jahren zuzugestehen.<sup>65</sup> Die Kommission hat diese Initiative aufgegriffen und befürwortet ihrerseits im „Vorschlag für eine Verordnung [...] in Bezug auf die Vorschriften über die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen“ eine Verlängerung, jedoch inklusive der Zeiträume in Art. 29, auf maximal drei Jahre.<sup>66</sup>

Diese Entwicklungen deuten darauf hin, dass die Bundesrepublik Deutschland – ähnlich wie die anderen betroffenen Mitgliedstaaten – derzeit keine Vorkehrungen treffen wird, die Kontrollen zu beenden. Der Innenminister bestätigt dies, wenn er argumentiert, dass Grenzkontrollen „so lange ausgeführt werden [müssen], solange die EU es nicht schafft, die Außengrenzen wirksam zu schützen.“ Obwohl der Verweis auf Mängel an den Außengrenzen des Schengen-Raumes im Widerspruch zur formalen Begründung der Bundesrepublik Deutschland steht und dahingehend irreführend ist, wird doch deutlich, dass die temporäre Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen auf permanenten – oder zumindest als solche „wahrgenommenen“<sup>67</sup> – Bedrohungen fußt.

In der Konsequenz haben die Bundesrepublik Deutschland und einige andere Schengen-Staaten ihre Grenzkontrollen jüngst für weitere sechs Monate bis November 2018 verlängert. Erstaunlicherweise sahen sich die betroffenen Staaten jedoch nicht dazu angehalten, *neue* Gefahren anzuführen, wie zuvor von der Kommission gefordert.<sup>68</sup> Dimitris Avramopoulos, der Kommissar für Migration, Inneres und Bürgerschaft, scheint ein solches Vorgehen gutzuheißen, zumal die deutschen Behörden ihre Kontrollen griechischer Flüge an Flughäfen zurückgefahren haben.<sup>69</sup>

Vor diesem Hintergrund wurde die Akzeptanz der Kommission gegenüber der Fortführung einzelner Binnengrenzkontrollen Gegenstand harscher Kritik vonseiten des Europäischen Parlaments. Sie bliebe gegenüber mitgliedstaatlichen Maßnahmen untätig,

64 Siehe Sergio Carrera/Marco Stefan/Ngo Chun Luk/Lina Vosyliūtė: The Future of the Schengen Area: Latest Developments and Challenges in the Schengen Governance Framework since 2016, in: Europäisches Parlament (Hrsg.): Studie für den Ausschuss Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Brüssel 2016, S. 13.

65 Siehe Non-paper from Austria, Denmark, France, Germany and Norway. Proposal for a targeted amendment to Article 25 of the Schengen Borders Code concerning the re-establishment of internal border controls, 5.9.2017, abrufbar unter: [https://www.altinget.dk/misc/170905%20Modification%20du%20code%20Schengen%20\(fiche%20FR-DE-AT-DK-NO\)%20\(1\)%20\(2\).pdf](https://www.altinget.dk/misc/170905%20Modification%20du%20code%20Schengen%20(fiche%20FR-DE-AT-DK-NO)%20(1)%20(2).pdf) (letzter Zugriff: 31.5.2018).

66 Europäische Kommission: 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.

67 Europäisches Parlament: Bericht über den Jahresbericht über das Funktionieren des Schengen-Raums, 3.5.2018, (2017/2256(INI)), S. 8.

68 Empfehlung (EU) 2017/1804, Erwägungsgrund 2.

69 Siehe Europäische Kommission: Remarks by Commissioner Avramopoulos following his meeting with the Federal Minister of the Interior, Building and Community Horst Seehofer, 19.4.2018, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/avramopoulos/announcements/remarks-commissioner-avramopoulos-following-his-meeting-federal-minister-interior-building-and\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/avramopoulos/announcements/remarks-commissioner-avramopoulos-following-his-meeting-federal-minister-interior-building-and_en) (letzter Zugriff: 31.5.2018).

die weder verhältnismäßig noch in ihrer Dauer gerechtfertigt und somit „unrechtmäßig“ seien.<sup>70</sup> Zugleich wird moniert, dass die Wiedereinführungen von Grenzkontrollen ohne hinreichende Begründung oder Information über deren zu erwartende Ergebnisse vonstattengegangen seien.<sup>71</sup> Aus der Sicht des Europäischen Parlaments verletzen die Mitgliedstaaten somit die Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes. Die Ahndung dieser Verstöße solle daher auch das Vertragsverletzungsverfahren einschließen.

### *Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung im Schengener Grenzregime*

Die Anpassungen des Rechtsrahmens des Schengener Grenzkodexes und die Reaktionen der Institutionen der Europäischen Union auf die weitreichende und dauerhafte Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen im Zuge der sogenannten Flüchtlingskrise sind somit durch eine zunehmende Einhegung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume gekennzeichnet. Dieses Ergebnis wird durch die vorgenommene Präzisierung sowie die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle der Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes untermauert. Im Kontrast zu früheren Phasen der Evolution des Schengener Besitzstands macht dieser nunmehr klare Vorgaben zu Dauer und Verfahren der Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen, die durch die Rechtsprechung des EuGH überprüfbar sind.

Zugleich lässt der Rechtsrahmen des Binnengrenzregimes nach der sogenannten Flüchtlingskrise Schlussfolgerungen über die Dauer, Intensität und Form zukünftiger mitgliedstaatlicher Maßnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung zu. Diese werfen ein Schlaglicht auf diejenigen Gestaltungsspielräume, die der Schengener Grenzkodex sowie dessen Auslegung durch den EuGH den Mitgliedstaaten weiterhin offenhält und die den Schengen-Raum zukünftig prägen werden.

Dies betrifft zunächst die maximale Dauer zulässiger Binnengrenzkontrollen. Durch die Einführung von Art. 29 des Schengener Grenzkodexes, der eine weitere Rechtsgrundlage zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen eröffnet, ist zum einen der Zeitraum zulässiger Kontrollen effektiv verlängert worden. Zum anderen ermöglicht auch die von der Kommission vorgeschlagene Akkumulation zulässiger Zeiträume im Rahmen des Schengener Grenzkodexes eine weitere Verlängerung jener Kontrollen.<sup>72</sup> Insbesondere mit Blick auf diejenigen Gründe, die Mitgliedstaaten zur Wiedereinführung von Kontrollen bemüht haben, ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass auch auf längere Sicht eine Bedrohungskulisse für die innere Sicherheit und öffentliche Ordnung feststellbar sein wird. In diesem Fall könnte die Zurückhaltung der Kommission gegenüber den Binnengrenzkontrollen tatsächlich – wie das Europäische Parlament befürchtet – zur Fortführung dieser „anregen“.<sup>73</sup> Die Bundesrepublik Deutschland würde mit Verweis auf ihre „nationale Souveränität“ die Möglichkeit von Art. 25 des Schengener Grenzkodexes nutzen, um Binnengrenzkontrollen fortdauernd aufrechtzuerhalten. An dieser Ausgangslage rüttelt auch der durchaus pragmatische Vorschlag der Europäischen Kommission nicht, den Grenzko-

70 Europäisches Parlament: Jahresbericht Schengen, 2018, S. 7.

71 Siehe Ebenda.

72 Empfehlung (EU) 2017/1804, Erwägungsgrund 2.

73 Europäisches Parlament: Jahresbericht Schengen, 2018, S. 8.

dex zugunsten einer „kontrollierten Flexibilität“ zu novellieren<sup>74</sup> und Binnengrenzkontrollen bis zu maximal drei Jahren aufrechtzuerhalten, was mit einer Pflicht zur ausführlichen Risikobewertung einherginge.<sup>75</sup>

Des Weiteren bedingen mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume, die der Wahrung der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung dienen, eine Verminderung der Intensität von Binnengrenzkontrollen zugunsten intensivierter alternativer Maßnahmen, insbesondere polizeilicher Kontrollen im Grenzraum. Die Proportionalitätserwägungen, die zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen nach Art. 25 des Schengener Grenzkodexes angestellt werden müssen,<sup>76</sup> dienen den Mitgliedstaaten als Anlass, den Umfang der Grenzkontrollen einzuschränken.<sup>77</sup> Da ihnen jedoch ein Gestaltungsspielraum zur Durchführung von Kontrollen innerhalb ihres Hoheitsgebiets eingeräumt ist, haben die Mitgliedstaaten als Folge des Urteils in der Rechtssache *Adil* die Möglichkeit, Polizeikontrollen im Grenzraum zur Bekämpfung der Einreise von Personen ohne Aufenthaltstitel zu intensivieren.<sup>78</sup> Da der Schengener Grenzkodex in der Auslegung des EuGH in Art. 23 lediglich Indizien festlegt, die gegen eine „gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen“ sprechen, kann vermutet werden, dass solche Kontrollen nicht zwingend „auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden“ müssen. Vielmehr ist denkbar, dass die Erfüllung anderer Indizien eine intensiviertere Polizeipräsenz im Grenzraum wettmacht und somit mit dem Schengener Grenzkodex vereinbar wäre.

Diese Verlagerung der Kontrollen von der Grenze in den Grenzraum wird drittens durch die Möglichkeit flankiert, „moderne Technologien [zu] nutzen, um Fahrzeuge und Verkehrsströme zu überwachen.“<sup>79</sup> Somit kann die Prognose gewagt werden, dass die Form konventioneller Binnengrenzkontrollen als Mittel zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung durch innovativere und zugleich subtilere Überwachungsmechanismen ersetzt wird. Zumindest im Licht der Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes ist eine solche Fortentwicklung der Sicherheitsinfrastruktur zu begrüßen, da sie ein milderes Mittel zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung darstellt und entsprechend konventionellen Grenzkontrollen vorzuziehen ist.

## Die neue Realität der Grenzkontrollen im Schengen-Raum

Diese Entwicklungen deuten darauf hin, dass die Gestaltungsspielräume, die der Schengener Grenzkodex den Mitgliedstaaten einräumt, die Realität der Grenzkontrollen im Schengen-Raum in deren Dauer, Intensität und Form beeinflusst. Neben der Ausweitung zulässiger, akkumulativer Zeiträume jener Kontrollen an den Grenzen untermauert die Intensivierung der Polizeipräsenz im Grenzraum, die durch die Wortwahl des Schengener Grenzkodexes sowie deren Auslegung durch den EuGH als zulässig angesehen werden kann, dieses Ergebnis. Prognostisch ist zudem anzunehmen, dass automatisierte Überwa-

74 Europäische Kommission: Vorschlag für eine Verordnung, 2017, S. 8.

75 Siehe Pierre Berthelet: La modification en cours du „Code frontières Schengen“, la libre circulation comme exception?, in: Réseau Universitaire Européen. Droit de l'espace de liberté, sécurité & justice, 19. Januar 2018.

76 Verordnung (EU) 2016/399.

77 Exemplarisch etwa die Bundesrepublik Deutschland, die nunmehr lediglich Kontrollen an der Grenze zu Österreich durchführt (Stand: August 2018).

78 Zu dieser Praxis, siehe auch Empfehlung (EU) 2017/820.

79 Ebenda.

chungstechnologien an Grenzübergängen die Durchführung konventioneller Grenzkontrollen zum Teil ersetzen werden.

Wenngleich demnach die Bedeutung von Binnengrenzkontrollen zur Wahrung der inneren Sicherheit und öffentlichen Ordnung abnehmen mag, ist aus rechtlicher Warte dennoch zu betonen, dass die Mitgliedstaaten nicht von der Möglichkeit abgeschnitten worden sind, Grenzkontrollen zur Wahrung der inneren Sicherheit oder öffentlichen Ordnung wieder einzuführen. Dies ergibt sich aus der Zuständigkeitsaufteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten, die im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts insbesondere durch Art. 72 AEUV gewährleistet wird. Demnach bleibt die mitgliedstaatliche Kompetenz zum Schutz der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung durch die sekundärrechtlichen Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes unberührt. In diesem Sinne ist es zutreffend, wenn die Bundesregierung feststellt, die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen sei „in nationaler Souveränität“ erfolgt.

Dennoch unterliegen die Mitgliedstaaten den verfahrensrechtlichen und materiellen Bestimmungen des Schengener Grenzkodexes sowie der Rechtsprechung des EuGH, die durch die Erhaltung von Gestaltungsspielräumen diese mitgliedstaatliche Zuständigkeit achten. Ein Rückgriff auf die „nationale Souveränität“ entbindet die Bundesrepublik Deutschland daher in keinem Fall von den Verpflichtungen, die ihr durch den Schengener Grenzkodex auferlegt wurden. Die Fortführung von Binnengrenzkontrollen, möglicherweise auch über den Zeitraum bis November 2018 hinaus, muss sich somit zwingend an diesen unionsrechtlichen Bestimmungen messen lassen.