

Abschlussklausur Europarecht: Gute Nachbarschaft in Pandemiezeiten?

Von Prof. Dr. **Jürgen Kühling**, LL.M. (Brüssel), Wiss. Hilfskraft Dr. **Martin Weiß**, Regensburg*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 an der Universität Regensburg als Abschlussklausur in der Fortgeschrittenenübung Europarecht geschrieben. Sie behandelt eine Beschränkung der Grundfreiheiten durch pandemiebedingte Grenzkontrollen. Die Klausur weist einen für eine dreistündige Klausur durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Sie wurde von 241 Studierenden bearbeitet. Der Notendurchschnitt betrug 6,35 Punkte bei einer Misserfolgsquote von 28,2 %.

Sachverhalt

Anfang 2020 kommt es durch die weltweite rapide Ausbreitung des neuartigen Virus SARS-CoV-2 zu einer Pandemie. Im Sommer 2021 verbreitet sich auch in der gesamten Europäischen Union zunehmend eine noch ansteckendere Mutation, die Epsilon-Variante genannt wird. Das durch Tröpfchen und Aerosole übertragene Virus löst die Erkrankung COVID-19 aus, die oft zu schweren Verläufen bis zum Tod führt. Nachdem sich das Virus auch in Deutschland und noch stärker in einzelnen Nachbarländern wie Österreich rasant ausbreitet, beschließt die deutsche Politik eine einschneidende Maßnahme und die Wiedereinführung von Grenzkontrollen zu den betroffenen Staaten für eine Dauer von vier Wochen, um den grenzüberschreitenden Verkehr einzuschränken. Ziel der Maßnahme ist es, die Verbreitung der Virusvariante zu verlangsamen und so eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden. Die Grenzkontrollen werden durch die Bundespolizei durchgeführt. Demnach ist es nur noch aus „triftigen Gründen“ gestattet, die Grenze zu überqueren. Der grenzüberschreitende Warenverkehr ist dabei explizit als eine der Ausnahmen anerkannt und stellt einen „triftigen Grund“ dar. Personen ohne triftigen Grund können die Grenzen nicht mehr passieren. Dies gilt ebenfalls für Personen, die coronatypische Krankheitssymptome zeigen.

Infolge der vorübergehenden Grenzkontrollen kommt es an den relevanten deutschen Außengrenzen zu langen Wartezeiten und Staus. Obwohl er unter die Ausnahmebedingungen fällt, leidet auch der österreichische Warenverkehr unter den langen Schlangen sowie den Wartezeiten am Grenzübergang. Die Maßnahme wird deshalb von Wirtschaftsverbänden scharf kritisiert. Die an den Grenzübergängen entstandene Situation sei eine Zumutung und führe zu großen wirtschaftlichen Einbußen.

Die deutsche Bundesinnenministerin, die die Maßnahme im Verordnungswege veranlasst hat, reagiert entnervt auf die zunehmende Kritik. Die Grenzübergangsbeschränkung sei notwendig, um die Ausbreitung der Virusvariante zu stoppen und auch verhältnismäßig, da die Maßnahme im Vergleich zu einer Totsperrung wesentlich milder sei. Ferner ermögliche das

Unionsrecht in Fällen, in denen die innere Sicherheit und Ordnung ernsthaft bedroht seien, eine zeitlich begrenzte Wiedereinführung von Grenzkontrollen und das kurzzeitige Aussetzen des grenzenlosen Binnenmarkts. In Anbetracht der drohenden Überlastung der medizinischen Einrichtungen gebe es keine andere Möglichkeit. Auch würden die Grenzkontrollen einen wichtigen Schritt in dem breiten Maßnahmenbündel gegen das Coronavirus und seine Mutante darstellen, das gerade durch die Kumulation verschiedener Einzelmaßnahmen am wirksamsten sei.

Die österreichische Exportwirtschaft sieht die deutschen Maßnahmen an der Grenze dagegen äußerst kritisch. Ihr Geschäft hängt stark von der Abnahme von Waren nach Deutschland ab, weshalb ihr Umsatz durch die neuen Maßnahmen stark rückläufig sei. Der freie Fluss von Waren sei durch die Wartezeiten nicht mehr gewährleistet. Trotz der Ausnahmeregelung entfalte sich durch den starken Rückstau an den Grenzstationen de facto auch für ihre Branche eine Zugangsbeschränkung.

Ferner beschwerten sich viele Österreicher:innen, die nahe der deutsch-österreichischen Grenze wohnen, dass sie Freund:innen und Familie in Deutschland nicht mehr privat besuchen könnten.

All diese Beschwerden erreichen auch die österreichische Bundesregierung, die von der Rechtswidrigkeit der deutschen Maßnahme überzeugt ist. Diese widerspreche dem europäischen Gedanken völlig. Die großen Errungenschaften der EU seien doch schließlich immer der freie Binnenhandel und die Freizügigkeit gewesen. Man könne ja verstehen, dass Maßnahmen gegen das Virus ergriffen werden müssten, dennoch sei die getroffene Maßnahme die falsche Vorgehensweise. Schließlich könnten auch innerhalb Deutschlands das Virus und seine Varianten von einer Region zur anderen weitergetragen werden. Innerhalb Deutschlands gebe es schließlich auch keine Bestrebungen, die einzelnen Bundesländer voneinander abzuschotten. Ferner seien die Dauer und die Durchführung der Grenzkontrollen übertrieben. Zuletzt müssten sich die Österreicher:innen von dieser Maßnahme unter Generalverdacht gestellt und diskriminiert fühlen.

Daher wendet sich Österreich an die Europäische Kommission und bittet sie um eine Stellungnahme. Nachdem sich aber die Kommission – beansprucht durch die Ausnahme-situation der Coronapandemie – über drei Monate nicht auf eine gemeinsame Linie und Äußerung einigen konnte, will Österreich nicht weiter abwarten und erhebt schließlich vor dem EuGH Klage gegen Deutschland.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage Österreichs.

Unterstellen Sie, dass kein Sekundärrecht einschlägig ist. Vorschriften der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh) sind nicht zu prüfen. Andere Beeinträchtigungen des Binnenmarktes als die angesprochenen sind nicht vorgetragen und auch nicht anzunehmen.

* Prof. Dr. **Jürgen Kühling**, LL.M., ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg. Dr. **Martin Weiß** ist Wiss. Hilfskraft und war Doktorand ebendort. Die Verf. danken Herrn Dr. **Stefan Drechsler** für seine umfangreichen Hinweise und seine wertvolle Unterstützung.

Lösungsvorschlag

Das Vertragsverletzungsverfahren Österreichs gem. Art. 259 AEUV hat Aussicht auf Erfolg, wenn es zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zu prüfen ist, ob die Klage Österreichs zulässig ist.¹

*Hinweis*²: In der Klausur finden sich kaum größere Abgrenzungsprobleme. Folglich ist darauf zu achten, dass die Bearbeitung generell präzise erfolgt, also Definitionen bekannt sind und ordentlich subsumiert wird. Auf eine stringente Argumentation ist daher besonderer Wert zu legen.

Hinweis: Österreich klagt laut Sachverhalt direkt gegen Deutschland. Daher kommt als einzige mögliche Klageart ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 259 AEUV in Betracht. Österreich wendet sich nicht gegen die Kommission, so dass eine Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) und eine Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV) ausscheiden. Auch ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV ist hier, mangels Vorlage eines nationalen Gerichts, nicht zu prüfen. Knappe (!) Ausführungen zur statthafter Verfahrenart sind bei der Korrektur positiv zu würdigen.

I. Zuständigkeit

Gem. Art. 259 AEUV ist für Klagen im Vertragsverletzungsverfahren, die von einem Mitgliedstaat ausgehen, der „Gerichtshof der Europäischen Union“ i.S.v. Art. 19 EUV zuständig. Art. 256 AEUV, der die Zuständigkeit des EuG in Abgrenzung zum EuGH regelt, weist dem EuG keine Zuständigkeit im Vertragsverletzungsverfahren zu, so dass der angerufene EuGH hier im Umkehrschluss zu Art. 256 AEUV zuständig ist.

II. Beteiligtenfähigkeit

Österreich und Deutschland müssten beteiligtenfähig sein. Gem. Art. 259 Abs. 1 AEUV kann jeder Mitgliedstaat den EuGH anrufen. Als solcher ist Österreich demnach aktiv beteiligtenfähig. Passiv beteiligtenfähig ist gem. Art. 259 Abs. 1 AEUV jeder andere Mitgliedstaat, somit auch Deutschland.

III. Klagegegenstand

Nach Art. 259 Abs. 1 AEUV liegt ein tauglicher Klagegegenstand in einem Verstoß des beklagten Mitgliedstaats gegen die Verpflichtungen aus den Verträgen, also insbesondere auch gegen Primärrecht.

Bei der Wiedereinführung von Grenzkontrollen und den damit verbundenen Beschränkungen des Grenzüberschreitens stehen die Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV, die Unionsbürgerfreizügigkeit aus Art. 21 AEUV und das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV in Rede. Diese beruhen auf einer Verordnung der deutschen Bundesinnenministerin und der konkreten Durchführung der Grenzkontrollen durch die Bundespolizei. Dies stellt als Handeln der bundesstaatlichen Exekutive eine der Bundesrepublik Deutschland zurechenbare (mögliche) Vertragsverletzung dar. Ein tauglicher Klagegegenstand ist mithin gegeben.

Hinweis: Andere Beeinträchtigungen des Binnenmarktes (etwa der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Dienstleistungsfreiheit) sind laut Bearbeitungsvermerk als nicht vorgetragen anzusehen und somit nach dem sog. normativen Beibringungsgrundsatz³ vom EuGH in der Begründetheit auch nicht zu prüfen. Gehen Bearbeiter:innen hierauf im Gutachten in der gebotenen Kürze ein, sollte dies bei der Korrektur honoriert werden.

Wichtig und besonders positiv zu bewerten ist dabei, wenn die Bearbeiter:innen entweder bereits an dieser Stelle, spätestens aber bei der Prüfung der Beschränkung der Grundfreiheit bzw. der allgemeinen Rechte aus Art. 18 und 21 AEUV zwischen der Ordnungsbestimmung selbst und ihren faktischen Wirkungen aufgrund der Durchführung differenzieren. Außerdem ist positiv zu bewerten, wenn die Bearbeiter:innen wenigstens in Kürze die Zurechenbarkeit der (möglichen) Vertragsverletzung zum Mitgliedstaat begründen.

IV. Klagebefugnis

Österreich müsste, um klagebefugt zu sein, der Auffassung sein, dass eine Vertragsverletzung vorliegt, Art. 259 Abs. 1 AEUV. Dabei ist als Maßstab eine Überzeugung von der Vertragsverletzung anzulegen. Ein „Für-möglich-halten“ der Verletzung ist nicht ausreichend. Österreich ist laut Sachverhalt von der Verletzung der Verträge überzeugt und daher klagebefugt.

V. Vorverfahren (= Zwingende Prozessvoraussetzung)

Auch bei Vertragsverletzungsverfahren durch Mitgliedstaaten ist laut Art. 259 Abs. 2 AEUV ein Vorverfahren einzuhalten. Danach muss zuerst die Kommission mit der Sache befasst werden. Zwar hat Österreich die Kommission um Stellungnahme gebeten, diese hat sich aber drei Monate lang nicht dazu geäußert. Für genau diesen Fall gestattet Art. 259 Abs. 4 AEUV dem Mitgliedstaat die direkte Klageerhebung. Somit hat Österreich die Voraussetzungen für das Vorverfahren eingehalten und kann Klage erheben.

Hinweis: Dieser Punkt stellt das einzige kleinere Problem der Zulässigkeit dar. Es sollte aber mit der Lektüre und

¹ Hier gibt es unterschiedliche Aufbauvarianten und Bezeichnungen für die einzelnen Prüfungspunkte. Die Lösung nimmt auf den Aufbau *Schroeders* Bezug, vgl. *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 9 Rn. 18 ff.

² Nachfolgend finden sich aus didaktischen Gründen in eingerückter Form Korrekturhinweise, um den Leser:innen des Beitrags die Korrektor:innen-Perspektive aufzuzeigen.

³ *Drechsler*, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, 2019, S. 104 f.

Anwendung der fraglichen Norm keine größeren Probleme bereiten.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Bei der Klage eines Mitgliedstaats, der zum Kreis der „Herren der Verträge“ gehört, und wegen des Charakters des Vertragsverletzungsverfahrens als objektives Beanstandungsverfahren wird das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin vermutet. Der mögliche Verstoß ist zum Zeitpunkt der Klageerhebung nach Abschluss des Vorverfahrens noch nicht beseitigt. Eine Beseitigung könnte ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis ausschließen. Folglich ist das Rechtsschutzbedürfnis hier gegeben.

VII. Form

Die Klageschrift müsste den förmlichen Anforderungen gem. Art. 21 EuGH-Satzung i.V.m. Art. 120 Verfo EuGH entsprechen, die z.B. die Nennung des Streitgegenstandes und eine kurze Darstellung der Klagegründe erfordern.

VIII. Zwischenergebnis

Sofern die Form eingehalten wird, ist das Vertragsverletzungsverfahren Österreichs zulässig.

Hinweis: Die Zulässigkeit enthält keine wesentlichen Probleme. Lediglich im Vorverfahren ist ein kleinerer Problembereich angelegt. Eine knappe, aber präzise Behandlung der Zulässigkeit und anschließend breitere Behandlung der Begründetheit sollten honoriert werden.

B. Begründetheit

Das Vertragsverletzungsverfahren ist begründet, sofern ein im Rahmen des Klagegegenstands benannter Verstoß gegen Unionsrecht festgestellt wird.

Hinweis: Der EuGH prüft regelmäßig nur, was ihm vorgelegt wird (sog. normativer Beibringungsgrundsatz). Vorliegend beruft sich Österreich auf eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV, des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 Abs. 1 AEUV und des Allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 18 Abs. 1 AEUV.

Weitere Grundfreiheiten wurden durch den Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen. Sollten dennoch Ausführungen etwa zur Arbeitnehmerfreizügigkeit oder anderen Grundfreiheiten erfolgen, ist dies nicht positiv zu bewerten.

I. Verletzung der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. AEUV durch die Rückstaus an den Grenzen

Ein solcher Verstoß könnte in der Verletzung der Warenverkehrsfreiheit zu sehen sein, indem deren Anwendungsbereich in nicht zu rechtfertigender Weise beschränkt wird.

1. Anwendungsbereich

Zunächst müsste der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet sein.

Hinweis: Im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens findet eine abstrakte Betrachtung des Sachverhalts statt. Das kann mit einer abstrakten Normenkontrolle im nationalen Recht verglichen werden. Demzufolge ist nicht auf den persönlichen Anwendungsbereich einzugehen. Wird dennoch auf diesen eingegangen, ist dies nicht negativ zu bewerten. Allerdings sollte erkannt werden, dass bei der Warenverkehrsfreiheit (ebenso wie bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit) die persönliche Berechtigung des Wirtschaftsteilnehmers keine Rolle spielt, sondern diese Freiheiten allein im Hinblick auf das jeweilige Schutzgut (z.B. „Ware“) formuliert sind.⁴

a) Keine sekundärrechtliche Regelung

Sekundärrechtliche Vorschriften sind nicht einschlägig.

b) „Ware“

Als Ware sind körperliche Gegenstände, die einen Handelswert haben und im Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden können, anzusehen.⁵ Daneben muss es sich um eine Unionsware i.S.v. Art. 28 Abs. 2 AEUV handeln.⁶ Bei den österreichischen Waren, die nach Deutschland transportiert werden, handelt es sich um solche Unionswaren, folglich um Waren im Sinne der Warenverkehrsfreiheit.

Möglicherweise ist jedoch die Auslieferung der Ware als Dienstleistung zu qualifizieren, so dass nicht die Warenverkehrsfreiheit, sondern vielmehr die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) einschlägig wäre. Demzufolge sind die beiden Grundfreiheiten hier voneinander abzugrenzen. Dabei ist zu fragen, ob die Ware ihrer selbst willen eingeführt wird oder nur eine Hilfsfunktion für einen anderen Vorgang – hier eben einer Dienstleistung in Form einer Lieferung – hat. Die Lieferung erfolgt aber im Regelfall durch das Unternehmen selbst, das die Ware auch verkauft. Ein externer Lieferant ist also nicht zwischen Verkäufer und Käufer zwischengeschaltet. Dann stellt aber die Lieferung nur eine Hilfsfunktion dar, um die Ware zum Kunden zu befördern. Somit steht die Ware im Vordergrund und die Warenverkehrsfreiheit ist einschlägig.⁷

c) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Erforderlich ist zudem, dass der zu beurteilende Sachverhalt, hier also die Einführung und Durchführung der Grenzkontrollen durch die beklagte Bundesrepublik Deutschland, einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist.

Rein innerstaatliche Sachverhalte liegen mangels Relevanz für den Binnenmarkt, dessen Verwirklichung die Grundfreiheiten dienlich sein sollen (vgl. Art. 26 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV), außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten. Vielmehr ist es erforderlich, dass Waren von einem

⁴ Siehe nur *Cremer*, Jura 2015, 39 (43 f.); *Schroeder* (Fn. 1), § 14 Rn. 16.

⁵ Vgl. *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, § 15 Rn. 729.

⁶ *Schroeder* (Fn. 1), § 14 Rn. 60.

⁷ EuGH, Urt. v. 26.5.2005 – C-20/03, ECLI:EU:C:2005:307, Rn. 35 (Burmanjer); *Hobe* (Fn. 5), § 18 Rn. 882.

Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat verbracht werden. Grenzkontrollen betreffen generell einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Ein solcher zeigt sich deutlich für österreichische Unternehmen, die ihre Waren nach Deutschland exportieren möchte. Situationen, in denen ein Grenzübertritt der Waren stattfindet, sind also anzunehmen. Mithin ist der grenzüberschreitende Bezug gegeben.

Hinweis: Eine Abgrenzung zu weiteren Grundfreiheiten ist vorliegend nicht erforderlich, weil dies eher fern liegt. Auch kann die Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit kürzer erfolgen.

d) Keine Bereichsausnahme

Bereichsausnahmen können zwar durchaus eine Rolle spielen, etwa im landwirtschaftlichen Bereich oder bei Waffen, Munition und Kriegsmaterial⁸. Bei der hier vorzunehmenden abstrakten Betrachtung stellen jedoch solche Warenkategorien den Regelfall dar, bei denen Bereichsausnahmen keine Rolle spielen.

Damit ist festzuhalten, dass der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet ist.

Hinweis: Hier ist kein Problem angelegt. Die Bearbeitenden dürfen diesen Punkt kurz halten.

2. Beschränkung

Weiter ist zu klären, ob der Anwendungsbereich der Grundfreiheit auch beschränkt wurde. Dies ist dann der Fall, wenn ein durch die Grundfreiheit verpflichteter Adressat handelt und die Handlung eine von der Grundfreiheit erfasste Maßnahme darstellt.

a) Adressaten

Die Grundfreiheiten verpflichten vorrangig die Mitgliedstaaten, die für die Handlungen aller Staatsorgane und deren Untergliederungen verantwortlich sind.⁹ Vorliegend handelt es sich um die Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch die Bundespolizei, die die Bundesinnenministerin im Verordnungswege veranlasst hat. Während die Bindung Privater und der Organe der EU selbst an die Grundfreiheiten umstritten ist,¹⁰ ist Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union unbestritten auch Adressat der Grundfreiheit.

b) Erfasste Maßnahme

Weiterhin ist zu prüfen, ob die deutschen Maßnahmen vom Verbot der Warenverkehrsfreiheit erfasste Maßnahmen darstellen, es sich also nach Art. 34, 35 AEUV um mengenmäßige Ein-/Ausfuhrbeschränkungen handelt oder Maßnahmen gleicher Wirkung anzunehmen sind. Dabei sind die Verord-

nung der Bundesinnenministerin als zu Grunde liegender Rechtsakt und die konkrete Art und Weise der Durchführung durch die Bundespolizei getrennt zu würdigen.

aa) Mengenmäßige Ein-/Ausfuhrbeschränkung

Als mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen sind alle staatlichen Maßnahmen anzusehen, die die Ein-, Aus- oder Durchfuhr von Waren ganz oder teilweise untersagen.¹¹ Die Wiedereinführung von Grenzkontrollen knüpft jedoch nicht direkt an die Einfuhr von Waren an. Ganz im Gegenteil, der Warenverkehr kann weiterhin die Grenze passieren. Auch mit der Durchführung der Grenzkontrollen ist keine mengenmäßige Beschränkung des Warenverkehrs verbunden; vielmehr wird dadurch die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren lediglich verzögert, aber keineswegs kontingentiert. Eine solche mengenmäßige Beschränkung liegt also nicht vor.

bb) Maßnahme gleicher Wirkung

(1) Dassonville-Formel

Möglicherweise stellt aber die Wiedereinführung von Grenzkontrollen eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.v. Art. 34, 35 AEUV dar. Darunter ist jede Handelsregelung eines Mitgliedstaats zu verstehen, die dazu geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern („Dassonville“).¹² Es handelt sich folglich um ein umfassendes Beschränkungsverbot.

(a) Die Anordnung der Grenzkontrollen selbst beschränkt den Warenverkehr jedoch in keiner Weise. In der Verordnung der Bundesinnenministerin ist der Warenverkehr explizit vom Grenzregime ausgeschlossen. Von der Rechtsgrundlage der Kontrollen selbst geht somit keine beschränkende Wirkung im Sinne der Dassonville-Formel aus.

(b) Allerdings führt die konkrete Durchführung der Grenzkontrollen zu langen Staus an den bundesdeutschen Grenzen und zu langen Wartezeiten für Warenlieferungen. Zwar kann der Warenverkehr weiterhin die Grenze passieren, dennoch entfalten die Grenzkontrollen jedenfalls mittelbar und auch tatsächlich negative Auswirkungen auch auf diesen, indem der Warenverkehr verzögert wird und z.B. verderbliche Waren an Wert verlieren oder sogar nicht mehr verkauft werden. Daher ist insgesamt festzuhalten, dass ein Hemmnis für den innergemeinschaftlichen Handel durch die konkrete Durchführung der Grenzkontrollen vorliegt.

Hinweis: Aufgrund der Weite des durch die Dassonville-Formel geformten Beschränkungsbegriffs ist nur mit sehr guten Argumenten eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch die Durchführung der Grenzkontrollen abzulehnen. Jedenfalls muss dann im Hilfsgutachten auf die weiteren Prüfungspunkte eingegangen werden (vgl. Bearbeitungsvermerk). Entscheidend ist an dieser Stelle die

⁸ Vgl. Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV.

⁹ Fastenrath/Groh, Europarecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 146.

¹⁰ Im Überblick Cremer, Jura 2015, 39 (41 ff.); Hobe (Fn. 5), § 15 Rn. 753; für eine Ausweitung Ludwigs/Weidemann, Jura 2014, 152 (161); a.A. Schmahl/Jung, NVwZ 2013, 607 (610); Schweitzer, EuZW 2012, 765 (767 f.).

¹¹ EuGH, Urt. v. 12.7.1973 – C-2/73, ECLI:EU:C:1973:89, Rn. 7 (Geddo); EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 120 (Deutsche Pkw-Maut).

¹² EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (Dassonville).

Differenzierung zwischen der Anordnung und der Durchführung der Grenzkontrollen.

(2) *Keck-Ausnahmen?*

Hinweis: Wird nachfolgend die Keck-Ausnahme in Form des sog. Drei-Stufen-Tests¹³ geprüft, ist dies als gleichwertiger Prüfungsansatz zu werten. Dieser würde wie folgt geprüft werden:

1. Keine offene/verdeckte Diskriminierung (= Diskriminierungsverbot)
2. Kein Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung)
3. Kein sonstiges Marktzugangshindernis (Marktzugangsschranke)

Entscheidend sind auch hier die Prüfung einer (mittelbaren) Diskriminierung und das Kriterium des Marktzugangs und eine ansonsten stringente Argumentation mit den im Sachverhalt angelegten Argumenten. Letztlich zeigt sich, dass, eingekleidet in einen anderen Aufbau, in der Sache die nachfolgenden Prüfungspunkte zu erörtern sind. Zulässig ist es auch, wenn Bearbeiter:innen zunächst die dogmatischen Defizite der Keck-Formel aufzeigen und sich auf Grundlage dieses Befunds erst dem Drei-Stufen-Test zuwenden.

Da der Beschränkungsbegriff durch die Dassonville-Rechtsprechung vom EuGH sehr weit ausgelegt wird, bedarf er der Eingrenzung. Dies versucht die Rechtsprechung des EuGH über die Keck-Formel zu leisten.¹⁴ Danach können produktbezogene Bestimmungen stets eine Beeinträchtigung des innerunionalen Warenhandels sein, nicht aber bloße Verkaufsmodalitäten. Ein Produktbezug ist insbesondere bei Regelungen zu Waren anzunehmen, die deren Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht oder Zusammensetzung ausgestalten.¹⁵ Voraussetzung dafür, dass die Differenzierung der Keck-Formel überhaupt zur Anwendung gelangt, ist aber, dass die Beschränkung nicht diskriminierend wirkt, die Maßnahme also auf alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer Anwendung findet (keine unmittelbare Diskriminierung) und sich für diese rechtlich wie tatsächlich die gleichen Auswirkungen ergeben (keine mittelbare Diskriminierung).¹⁶

(a) *Keine unmittelbare Diskriminierung*

Grundsätzlich knüpfen die Grenzkontrollen nicht unmittelbar an die Herkunft der Waren an, da z.B. auch Reimporte in-

ländischer Waren betroffen sein könnten. Eine unmittelbare Diskriminierung kommt daher nicht in Betracht.

Hinweis: A.A. vertretbar, da bei dem Grenzübertritt als Anknüpfungspunkt unmittelbare Diskriminierung zumindest nicht völlig auszuschließen ist.

(b) *Mittelbare Diskriminierung*

Zu prüfen ist dann, ob sich für die deutschen und die EU-ausländischen Wirtschaftsteilnehmer:innen rechtlich und tatsächlich unterschiedliche Auswirkungen zeigen.¹⁷

Es entfalten sich die Auswirkungen der Grenzkontrollen zulasten des Warenverkehrs und treffen typischerweise im EU-Ausland tätige Unternehmen, da nur diese die deutsche Grenze passieren müssen. Gemeinhin entfallen also nur auf ausländische Waren die negativen Folgen der Grenzkontrollen, da Reimporte deutscher Waren nach Deutschland typischerweise seltener sind als der Transport EU-ausländischer Waren nach Deutschland hinein. Dass diese Reimporte nicht ausgeschlossen sind, ändert nach dem weiten Diskriminierungskonzept des EuGH, der bei mittelbaren Diskriminierungen eine generalisierende, vergrößernde Betrachtung anstellt, nichts am Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung. Folglich liegt eine mittelbare Diskriminierung vor. Daher kommt eine Einschränkung der Dassonville-Formel nach der Keck-Rechtsprechung nicht in Betracht.

Hinweis: Die Differenzierung zwischen Grenzkontrollen und deren faktischen Auswirkungen ist besonders zu honorieren. A.A. zum Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung mit guter Begründung vertretbar. Dann ist aber entweder nach den Grundgedanken der Keck-Formel oder nach der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests ein Marktzugangshindernis zu bejahen. Eine Erschwernis für den Zugang zum deutschen Markt ist nämlich durch die Wartezeiten etc. gegeben. Stellen die Bearbeiter:innen erst auf das Marktzugangshindernis ab, erscheint eine a.A. dann aber kaum mehr vertretbar.

(3) *Zwischenergebnis*

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass in der konkreten Durchführung der Grenzkontrollen eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34, 35 AEUV, mithin eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit vorliegt.

Hinweis: Während die Prüfung des Anwendungsbereichs keine Probleme aufwirft, handelt es sich bei der präzisen und strukturierten Herausarbeitung des Beschränkungscharakters der Grenzkontrollmaßnahmen um einen Schwerpunkt der Klausur, was bei der Korrektur entsprechend zu berücksichtigen ist.

¹³ Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 33 f. (Kommission/Italien); EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776, Rn. 19 ff. (Doc Morris II); ausführlich *Hobe* (Fn. 5), § 15 Rn. 743 ff.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (Keck und Mithouard).

¹⁵ *Schroeder* (Fn. 1), § 14 Rn. 77.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16 (Keck und Mithouard).

¹⁷ *Leible/Streinze*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 73. Lfg., Stand: Mai 2021, AEUV Art. 34 Rn. 76.

3. Rechtfertigung der Beschränkung

Fraglich ist, ob diese Beschränkung gerechtfertigt ist. Diese Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich auf einen Rechtfertigungsgrund stützen kann, einem legitimen Ziel dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.

a) Rechtfertigungsgrund

aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 36 AEUV

Als geschriebene Rechtfertigungsgründe kommen nur die in Art. 36 S. 1 AEUV formulierten Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art in Betracht. Außerdem sind die geschriebenen Rechtfertigungsgründe als Ausnahmen zum Grundsatz der Freiheit des Warenverkehrs eng auszulegen. Hinsichtlich des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes wird den Mitgliedstaaten ein Einschätzungsspielraum zugebilligt.¹⁸ Große Bedeutung innerhalb des Art. 36 AEUV nimmt der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen ein.¹⁹

Möglicherweise ist dieser auch als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen.

Die Coronapandemie breitet sich rasant in Europa aus. Die gesundheitlichen Folgen bei einer Ansteckung können für Betroffene gravierend sein. Eine Überlastung des Gesundheitssystems durch erhebliche Zunahme der Personen, die einer stationären Krankenhausbehandlung oder sogar intensivmedizinischer Behandlung bedürfen, ist zu befürchten. Die nun noch ansteckendere Epsilon-Variante droht das Pandemiegeschehen weiter zu verstärken. Demnach liegt der Rechtfertigungsgrund des Gesundheitsschutzes vor.

bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen kämen ferner auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Rechtsprechung in Betracht. Allerdings sind weitere darüberhinausgehende ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne der Cassis-Formel nicht ersichtlich.

Hinweis: Aufgrund der Einschlägigkeit der geschriebenen Rechtfertigungsgründe müssen an dieser Stelle nicht zwingend Ausführungen zu den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen folgen.

cc) Unionsgrundrechte

Hinweis: Nach Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen. Erfolgen dennoch Ausführungen hierzu, ist dies nicht positiv zu werten.

b) Legitimes Ziel

Ferner müsste ein legitimes Ziel verfolgt werden. Hierbei kann auf die Erwägungen im Rahmen der Prüfung des Rechtfertigungsgrundes verwiesen werden. Das legitime Ziel ist der Schutz der Gesundheit und des Lebens der Bevölkerung.

Hinweis: Variationen im legitimen Ziel um die Thematik des Gesundheitsschutzes sind auch zu akzeptieren, z.B. der Schutz des Gesundheitssystems vor Überlastung o.ä. Wenn das legitime Ziel mit der Prüfung der Rechtfertigungsgründe verbunden wird, ist dies ebenso als zutreffend zu bewerten.

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Schließlich müsste die Maßnahme auch verhältnismäßig sein, also zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinn) sein.

Hinweis: Es ist es auch zulässig, die Verhältnismäßigkeit vierstufig zu prüfen (also das legitime Ziel innerhalb der Verhältnismäßigkeit zu verorten und dann mit Geeignetheit, Erforderlichkeit sowie Angemessenheit fortzufahren).

aa) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste zur Erreichung des Ziels geeignet sein, dieses also in kohärenter und systematischer Weise zumindest irgendwie fördern. Durch die Grenzschließungen wird der grenzüberschreitende Austausch auf das notwendige Minimum beschränkt. Dies soll die rasante Ausbreitung des Coronavirus und seiner Mutation stoppen. Eine vierwöchige Drosselung des grenzüberschreitenden Verkehrs, der die länderübergreifende Ansteckung bekämpft, ist diesem Ziel förderlich. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die konkrete Durchführung der Grenzkontrollen die bestmögliche oder zweckmäßigste Option unter verschiedenen Organisationsmodellen gewesen wäre.

bb) Erforderlichkeit

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Maßnahme erforderlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn kein milderes Mittel verfügbar ist, das für die Zielerreichung mindestens ebenso geeignet ist. Als milderes Mittel könnte eine zeitlich kürzere Dauer der Kontrollen in Betracht kommen. Allerdings sind diese nicht gleich effektiv zur Erreichung des Ziels. Folglich ist die gewählte Maßnahme auch erforderlich.

Hinweis: A.A. mit sehr guten Argumenten vertretbar.

cc) Angemessenheit

Darüber hinaus ist die Angemessenheit der Maßnahme fraglich.

Einerseits ist die Freiheit des Binnenmarktes von großer unionaler Bedeutung und eine entscheidende Errungenschaft der europäischen Integration. Ferner entfalten die Grenzkontrollen durch die langen Rückstaus sehr wohl negative Auswirkungen auf den Warenverkehr. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich das Virus auch intranational ausbreiten kann und bereits ausbreitet und innerhalb Deutschlands auch keine Grenzkontrollen eingeführt werden. Das Coronavirus kennt zudem keine Landesgrenzen, was zulasten der Effektivität der Maßnahme geht. Angesichts der gesamteuropäisch hohen Ansteckungszahlen wirft dies die Frage auf, ob eine nationale Abgrenzung wirklich effektiv ist.

¹⁸ Schroeder (Fn. 1), § 14 Rn. 81.

¹⁹ Schroeder (Fn. 1), § 14 Rn. 84.

Andererseits wurde durch die Ausnahmeregelungen, die u.a. für den Warenverkehr vorgesehen sind, ein totaler „Lock-down“ im Sinne einer Grenzschießung vermieden. Auch, dass die Maßnahme auf vier Wochen befristet ist, kann für die Angemessenheit angeführt werden. Zudem wird mit den Grenzkontrollen der Schutz überragend wichtiger Güter (Leben, Gesundheit) verfolgt. Auch ist es nach dem Unionsrecht selbst zulässig, in gewissen Ausnahmefällen Grenzkontrollen durchzuführen. Die Garantie des freien Binnenmarktes erfolgt also nicht absolut, sondern ist in Ausnahmefällen beschränkbar und ist demnach relativ.

Zudem ist dem Argument der fehlenden *intranationalen* Grenzkontrollen entgegenzuhalten, dass, nur weil diese Maßnahme nicht ergriffen wurde, daraus nicht folgen kann, dass eine solche Maßnahme *international* nicht ergriffen werden kann. Ferner sind die Grenzkontrollen nur eine von vielen Maßnahmen gegen das Virus, die einzeln keine hundertprozentige Wirksamkeit besitzen, sondern gerade erst durch ihre Kombination und Bündelung effektiv werden. Die Grenzkontrollen könnten somit ein entscheidendes Detail in dem Gesamtkonzept gegen die Coronaausbreitung sein. Angesichts der überragenden Bedeutung der zu schützenden Güter und der zeitlichen Befristung ist daher von der Angemessenheit der Maßnahme auszugehen.

Zu beachten ist ferner, dass die Verzögerungen des Warenverkehrs durch die konkrete Art und Weise der Durchführung der Grenzkontrollen unbeabsichtigte Nebenfolgen des Verwaltungsvollzugs sind und der Warenverkehr durch sie auch nicht vollständig zum Erliegen kommt. Vielmehr handelt es sich bei den Verzögerungen per se um nur sehr wenig eingriffsintensive Auswirkungen auf den Warenverkehr.

Hinweis: Weitere Argumente sind möglich. Eine stringente und überzeugende Argumentation ist besonders positiv zu bewerten. A.A. ebenso vertretbar.

d) Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten

Hinweis: Ausführungen zu den Grundrechten sind durch den Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen. Erfolgen dennoch Ausführungen hierzu, bringt das keine Zusatzpunkte.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis liegt somit in der konkreten Durchführung der Grenzkontrollen eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, die allerdings gerechtfertigt ist. Die Warenverkehrsfreiheit ist somit nicht verletzt.

Hinweis: A.A. ebenso vertretbar.

II. Verletzung der Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV durch Verbot privater Grenzübertritte

Auch eine Verletzung der Freizügigkeit aus Art. 21 Abs. 1 AEUV kommt in Betracht. Zwar ist diese grundsätzlich nur subsidiär zu prüfen, sofern keine spezielle Ausprägung des

Freizügigkeitsrechts betroffen ist.²⁰ Aber obwohl hier bereits die Warenverkehrsfreiheit geprüft wurde, muss dennoch auch auf die allgemeine Freizügigkeit eingegangen werden. Denn durch die touristischen bzw. privaten Grenzübertritte wie etwa zum Besuchen von Freunden und Bekannten, die durch die Grenzkontrollen verhindert werden, liegen auch andere Lebenssachverhalte vor, in denen keine speziellere Ausformung des Freizügigkeitsrechts einschlägig ist.

Hinweis: Die Behauptung eines generellen Vorrangs der Grundfreiheiten vor den Art. 21 und 18 AEUV ist unzutreffend. Der Vorrang gilt nur in Bezug auf einen identischen Lebenssachverhalt. Hier aber stehen neben der Warenbeförderung auch der Grenzübertritt zu privaten Treffen in Rede.

1. Anwendungsbereich

Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV eröffnet ist. Dabei sind nur Konstellationen erfasst, bei denen es um die Ausübung der Freizügigkeit von Unionsbürger:innen geht.

a) Geschützter Bereich

Dieser ist nur eröffnet, wenn sich die fragliche Maßnahme auf die Wahrnehmung der Freizügigkeit auswirken kann. Als geschützte Verhaltensweisen sind die Bewegung und der Aufenthalt in einem Mitgliedstaat anzusehen.²¹ Hierzu zählt auch der Aufenthalt in einem Mitgliedstaat zum Zwecke privater Treffen. Ein Grenzübertritt ist nur noch aus triftigen Gründen möglich. Die Grenzkontrollen wirken sich folglich auf die Freizügigkeit aus.

b) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Durch die Anordnung der Grenzkontrollen und des damit verbundenen Verbotes privater Grenzübertritte ist das Überqueren der Grenze zwischen Deutschland und Österreich nicht mehr möglich. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor.

c) Keine speziellere primärrechtliche Regelung

Wie bereits einleitend zu Art. 21 AEUV angesprochen, sind Fälle denkbar, in denen keine spezielle Ausprägung der Freizügigkeit in Gestalt der Grundfreiheiten einschlägig ist. Dies sind solche Tätigkeiten ohne wirtschaftlichen Aufenthaltswert. So liegt es namentlich in Fällen, in denen die bundesdeutsche Grenze überschritten werden soll, um einen privaten Besuch zu absolvieren.

d) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich ist folglich eröffnet.

²⁰ Schroeder (Fn. 1), § 13 Rn. 7; Magiera, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 21 Rn. 7.

²¹ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 21 Rn. 4.

Hinweis: Wird auf den persönlichen Anwendungsbereich eingegangen, ist dies nicht negativ zu bewerten.

2. Beschränkung

Zudem müsste der Anwendungsbereich beschränkt worden sein.

a) Adressaten

Deutschland ist als Mitgliedstaat Adressat des Freizügigkeitsrechts (siehe oben).

b) Erfasste Maßnahme

Art. 21 Abs. 1 AEUV verbietet einerseits direkte Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts, indem eine Ungleichbehandlung aufgrund der Ausübung des Freizügigkeitsrechts erfolgt. Hier wird aber die Ausübung des Freizügigkeitsrechts generell beschränkt, ohne dass eine gleichheitsrechtlich relevante Auswirkung des Verbots privater Grenzübertritte erkennbar wäre.

Erfasste Maßnahmen sind aber auch solche nationalen Regelungen, die von der Wahrnehmung der unionsbürgerlichen Freizügigkeit abhalten können. Dabei ist eine mittelbare (indirekte) Beeinträchtigung bereits dann anzunehmen, wenn persönliche Kosten die Wahrnehmung der Freizügigkeit unwahrscheinlicher machen, weil der Grenzübertritt erschwert oder unattraktiv gemacht wird.²² Es handelt sich also um ein umfassendes Beschränkungsverbot. Nachdem bereits die Anordnung der Grenzkontrollen einen Grenzübertritt nur noch aus triftigen Gründen zulässt, liegt bereits hierin eine mittelbare (indirekte) Beschränkung des Freizügigkeitsrechts. Dies gilt dann erst recht für die konkrete Art und Weise der Durchführung.

Hinweis: Bei Art. 21 Abs. 1 AEUV ist also bereits auf die Anordnung der Grenzkontrollen und nicht auf deren faktische Auswirkungen abzustellen. Dies soll insbesondere von besseren Bearbeitungen herausgearbeitet werden, was bei der Korrektur positiv zu bewerten ist.

3. Rechtfertigung der Beschränkung

Auch i.R.d. Art. 21 Abs. 1 AEUV kommt eine Rechtfertigung von Beschränkungen in Betracht, sofern sie sich durch objektive Erwägungen des Allgemeininteresses begründen lassen²³ und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, namentlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entsprechen.²⁴

Hinweis: Im Rahmen der Rechtfertigung kann wiederum nach oben verwiesen werden. Auch hier ist das Schutzgut derart gewichtig, dass eine Rechtfertigung möglich ist, a.A. ebenso vertretbar. Verweisen Bearbeiter:innen nicht

schlicht nach oben, sondern entwickeln hier zusätzlich eine eigenständige Argumentation, die über die Ausführungen zur Warenverkehrsfreiheit hinausgeht und eventuelle Besonderheiten des Freizügigkeitsrechts berücksichtigt, ist das (angesichts des Zeitmanagements in der Klausursituation) besonders zu honorieren.

Der EuGH hat ferner eine von der Grundfreiheitenprüfung abweichende Terminologie bei Art. 21 Abs. 1 AEUV etabliert (z.B. „objektive Erwägungen des Allgemeininteresses“ als Bezeichnung für die hier stets ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe). Wird diese hier zur Anwendung gebracht, ist dies bei der Korrektur ebenfalls zu honorieren.

Bei den mit dem Verbot des privaten Grenzüberganges verfolgten gesundheitspolitischen Gründen handelt es sich um objektive Erwägungen des Allgemeininteresses (siehe oben). Die damit verbundene Beschränkung ist angesichts der überragenden Bedeutung des Schutzes des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung auch verhältnismäßig (siehe oben).

Die Beschränkung ist daher gerechtfertigt und Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht verletzt.

III. Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsgebots aus Art. 18 AEUV durch das Verbot privater Grenzübertritte

Schließlich ist auch noch eine mögliche Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Art. 18 Abs. 1 AEUV zu überprüfen.

1. Anwendungsbereich

Insoweit müsste der Anwendungsbereich eröffnet sein.

a) Geschützter Bereich

Hierfür ist gem. Art. 18 Abs. 1 AEUV erforderlich, dass der Anwendungsbereich der Verträge eröffnet ist. Dafür ist ausreichend, dass ein punktueller Zusammenhang des Sachverhalts mit einer in den Verträgen geregelten Materie besteht. Wie bereits oben gezeigt (dazu B. II.), betreffen die deutschen Maßnahmen die Grundfreiheiten, aber auch etwa das Freizügigkeitsrecht. Folglich ist der Anwendungsbereich der Verträge eröffnet.

b) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor (siehe oben B. II. 1. b).

c) Keine speziellere primärrechtliche Regelung

Das allgemeine Diskriminierungsverbot findet dann Anwendung, wenn es nicht um wirtschaftliche Rechte geht, die Grundfreiheiten also nicht einschlägig sind.²⁵ Wie bei der Freizügigkeit anhand der Beispiele Besuche von Freunden und Bekannten gezeigt, existieren auch Fälle, in denen eine Diskriminierung ohne wirtschaftlichen Bezug denkbar ist.

²² *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 16 Rn. 22.

²³ EuGH, Urt. v. 26. 10. 2006 – C-192/05, ECLI:EU:C:2006:676, Rn. 33 (Tas-Hagen und Tas).

²⁴ EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002 – C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493, Rn. 91 (Baumbast).

²⁵ *Schroeder* (Fn. 1), § 12 Rn. 7; EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 41 (Deutsche Pkw-Maut).

Macht ein:e Unionsbürger:in von ihrem/seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch, besteht auch ein umfassender Anspruch auf Gleichbehandlung.²⁶ Art. 18 AEUV kommt also neben Art. 21 AEUV zur Anwendung.

Der Anwendungsbereich ist folglich eröffnet.

Hinweis: A.A. ist gut vertretbar, die hier allein auf Art. 21 Abs. 1 AEUV abstellt, da allein der Freizügigkeitsaspekt betroffen und keine weitergehende Diskriminierung ersichtlich ist. Entscheidend ist dann allein, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV nicht schlicht ignoriert, sondern angeprüft und begründet verneint wird. Das Fehlen der folgenden Ausführungen ist dann keinesfalls negativ zu werten.

2. Diskriminierung i.S.d. Art. 18 Abs. 1 AEUV

a) Adressaten

Wie in den oben genannten Fällen gelten i.R.d. Art. 18 AEUV die Mitgliedstaaten als Adressaten, folglich auch Deutschland.

b) Erfasste Maßnahme

Es ist zu prüfen, ob eine Diskriminierung vorliegt. Eine unmittelbare Diskriminierung ist vorliegend nicht einschlägig (dazu B. I. 2. b) bb) (2) (a). Das allgemeine Diskriminierungsverbot schützt aber auch vor mittelbaren (versteckten) Diskriminierungen, die etwa dann anzunehmen sind, wenn eine Maßnahme typischerweise oder überwiegend Ausländer benachteiligt.²⁷ Dies ist vorliegend der Fall (siehe oben B. I. 2. b) bb) (2) (b).

3. Rechtfertigung der Beschränkung

Fraglich ist, ob eine Diskriminierung überhaupt gerechtfertigt werden kann.²⁸ Dagegen spricht der Wortlaut des Art. 18 AEUV, der „jede Diskriminierung“ unterbinden will, sowie das Fehlen von ausdrücklichen Rechtfertigungsgründen wie bei den Grundfreiheiten. Zumindest bei mittelbaren Diskriminierungen lässt der EuGH eine Rechtfertigung zu, sofern die Maßnahme auf sachlichen Erwägungen beruht und verhältnismäßig ist. Der Vergleich mit den Grundfreiheiten erfordert aber auch beim allgemeinen Diskriminierungsverbot die Möglichkeit der Rechtfertigung auch unmittelbarer Diskriminierungen. Denn dort ist dies aufgrund zwingender Gemeinwohlgründe möglich. Dies kann aber vorliegend dahinstehen. Es handelt sich um eine mittelbare Diskriminierung.

a) Legitimes Ziel

Fraglich ist, ob ein legitimes Ziel vorliegt. Entscheidend ist nun, ob Gründe des Allgemeinwohls vorliegen, die die Diskriminierung selbst rechtfertigen könnten.²⁹ Auch hier stellt der Schutz des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung ein legitimes Ziel dar.

²⁶ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 22), § 16 Rn. 25.

²⁷ *Schroeder* (Fn. 1), § 12 Rn. 12.

²⁸ Dazu übersichtlich *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 20), AEUV Art. 18 Rn. 58 ff.

²⁹ *Boehme-Neßler*, NVwZ 2014, 97 (99).

b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die Beschränkung müsste auch verhältnismäßig sein. Angesichts der überragenden Bedeutung des Schutzes des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung ist die vorliegende Beschränkung auch verhältnismäßig (siehe oben).

Hinweis: Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit kann wiederum weitgehend nach oben (ausführlich dazu B. I. 3.) verwiesen werden. Auch hier ist aber das Schutzgut derart gewichtig, dass eine Rechtfertigung vorzugswürdig erscheint. A.A. (gut) vertretbar.

C. Gesamtergebnis

Das Vertragsverletzungsverfahren ist zulässig, aber unbegründet, da die Warenverkehrsfreiheit, die Freizügigkeit und das allgemeine Diskriminierungsverbot durch eine vorübergehende, also zeitlich befristete Grenzkontrolle nicht verletzt sind. Es hat daher keine Aussicht auf Erfolg.