Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

14 2020

Seite 1–10
39. Jahrgang
15. Juli 2020

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Klaus*

Geschlossene Gesellschaften: Einreisebeschränkungen und andere ausländerrechtliche Maßnahmen infolge der COVID-19-Pandemie

Mitte Juni – zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts – steht unsere Gesellschaft wie auch andere inmitten einer Pandemie. Die Erkrankung COVID-19 und das sie auslösende Virus SARS-CoV-2 bestimmen unser soziales Handeln, unsere politische Agenda, die Rechtspolitik und das Verwaltungshandeln in Form von infektionsschutzrechtlicher Gefahrenabwehr. Doch gerade in Hinblick auf die getroffenen und teils immer noch geltenden Einreisebeschränkungen hat die COVID-19-Pandemie eine weitere und zwar ausländerrechtliche Dimension.

I. Einleitung

Gerade mit den Einreisebeschränkungen reichen Maßnahmen weit über solche aufgrund des Infektionsschutzrechts[1] hinaus, so etwa in das Ausländerrecht hinein. Gemeint ist dasjenige Sonderrecht, welches an die Staatsangehörigkeit als persönliches Merkmal anknüpft und davon ausgehend beispielsweise Regelungen zur Einreise, zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit trifft.

Auch das europäische Freizügigkeitsrecht, welches im nationalen Recht im FreizügG/EU[2] geregelt ist, stellt somit einen Ausschnitt aus dem Aufenthaltsrecht dar. Für Ausländer mit Staatsangehörigkeit eines Drittstaates ist das AufenthG[3] der wesentliche Regelungsrahmen. Dass die Bundesrepublik Deutschland die Einreisen sowohl über ihre Außen- als auch Binnengrenzen sehr weitgehend beschränkt hat und zum aktuellen Zeitpunkt immer noch beschränkt, ist allgemein bekannt. Bisher wenig hinterfragt worden ist, auf welcher Grundlage und mit welcher Reichweite derartige Einreisebeschränkungen ausländerrechtlich zulässig sind. Das soll hiermit geschehen.

II. Eine Bestandsaufnahme am 16.6.2020: Einreisebeschränkungen an Außen- und Binnengrenzen

Für Einreisen über die Außengrenzen stellt sich die Situation vergleichsweise klar dar. Die Bundesregierung hat sich dazu entschieden, in vollem Umfang den Empfehlungen der EU-Kommission zu folgen. Seit dem 17.3.2020 gilt eine Anordnung des Bundesinnenministers[4] *Horst Seehofer*, dass Drittstaatsangehörigen grundsätzlich nur noch mit einem „dringenden Einreisegrund" die Einreise zu ermöglichen sei.

Eine Ausnahme gilt für sie, wenn sie bereits über ein längerfristiges Aufenthaltsrecht[5] oder zumindest ein nationales Visum[6] verfügen und bereits ihren gewöhnlichen Aufenthalt vor dem Auslandsaufenthalt in Deutschland hatten.[7] Weitere

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei der *KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH* in Frankfurt a. M. und betreut dort federführend aufenthaltsrechtliche Fragen im Kontext internationaler Mitarbeitermobilität. Sach- und Rechtsstand ist derjenige vom 16.6.2020; auch die genannten Links auf Webseiten wurden zuletzt an diesem Tag aufgerufen.

1 Zuvörderst ist das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20.7.2000 (BGBl. I 2000, 1045), zuletzt geändert durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020 (BGBl. I 2020, 1018) zu nennen.

2 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU) v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, 1950 u. 1986), zuletzt geändert durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7.2017 (BGBl. I 2017, 2780). Derzeit ist eine größere Novellierung des FreizügG/EU geplant durch das Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht, welches am 22.5.2020 seitens der Bundesregierung dem Bundesrat zugeleitet worden ist (vgl. BR-Drs. 263/20).

3 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) idF der Bekanntmachung v. 25.2.2008 (BGBl. I 2008, 162), zuletzt geändert durch Art. 16 Covid-19-G zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung v. 20.5.2020 (BGBl. I 2020, 1044).

4 Siehe dazu die Pressemitteilung des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) v. 17.3.2020, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/corona-reisebeschraenkungen.html.

5 Vgl. dazu die Kategorien von längerfristigen Aufenthaltstiteln in § 4 I 2 Nr. 2–4 AufenthG.

6 § 6 III AufenthG.

7 Letzteres wird erst in den detaillierten FAQ näher erläutert unter „Welche Einreisebeschränkungen gelten im Rahmen der Binnenkontrollen für Ausländer?", aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/bevoelkerungsschutz/coronavirus/coronavirus-faqs.html#doc13738352bodyText3.

Ausnahmen gelten für Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten, EWR-Staaten, der Schweiz und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland sowie ihren Familienangehörigen unabhängig von der eigenen Staatsangehörigkeit, jedoch nur zur Durchreise in den „Heimatstaat". Zuletzt hat das BMI diese Anordnungen bis zum 15.6.2020 verlängert.[8]

Gedankliche Grundlage der Anordnung sind die Mitteilungen der EU-Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat vom 16.3.2020[9] sowie vom 8.5.2020[10] und ihre detaillierten Hinweise vom 30.3. 2020.[11]

Am 11.6.2020 war es wiederum die EU-Kommission, die neue Empfehlungen veröffentlichte und zur Fortführung der Einreisebeschränkungen an den Außengrenzen bis zum 30.6. 2020 einschließlich riet.[12] Ab diesem Zeitpunkt sollen die Mitgliedstaaten Reisen aus Westbalkan-Staaten[13] nicht weiterhin unterbinden und darüber hinaus für Reisen aus anderen Staaten nach bestimmten Kriterien entscheiden, ob Einreisen erfolgen können. Hierzu will die EU-Kommission mit den Mitgliedstaaten eine gemeinsame Liste bis zum 30.6. 2020 erarbeiten.[14]

Einreisebeschränkungen an den Binnengrenzen hatte der Bundesinnenminister bereits am 16.3.2020 an den Landgrenzen zu Österreich, der Schweiz, Frankreich, Luxemburg und Dänemark verfügt.[15] Mit Wirkung zum 18.3.2020 sind diese auf Flugverbindungen aus Italien, Spanien, Österreich, Frankreich, Luxemburg, Dänemark und der Schweiz ausgeweitet worden wie zugleich auf den Seeverkehr aus Dänemark.[16] Grundsätzliche Ausnahmen davon sollten für den grenzüberschreitenden Warenverkehr sowie den grenzüberschreitenden Verkehr von Berufspendlern gelten, ansonsten müsste ein „triftiger Reisegrund" nachgewiesen werden.

Am 15.5.2020 ist eine gemeinsame Absichtserklärung mit Österreich und der Schweiz erfolgt, wonach etwa Besuche zwischen Lebenspartnern, Verwandten und anlässlich wichtiger Familienanlässe wieder möglich sein sollten.[17] Mit Ablauf des gleichen Tages sind zumindest die Grenzkontrollen an der Grenze zu Luxemburg beendet worden, an dem Vorliegen eines triftigen Einreisegrundes sei jedoch festzuhalten.[18]

Als zunächst letzten Punkt in der Kette der Ereignisse hat *Horst Seehofer* am 10.6.2020 mitgeteilt, dass die Grenzkontrollen an Landgrenzen nicht über den 15.6.2020 hinaus fortgeführt werden; die luftseitigen Grenzkontrollen für Einreisende aus Spanien würden erst mit Ablauf des 21.6.2020 enden.[19]

Auch diese nationalen Entwicklungen sind im Lichte der Kommunikation der EU-Kommission zu sehen, zuletzt mit den Hinweisen vom 13.5.2020.[20] Ferner zu nennen sind ihre Leitlinien vom 30.3.2020 zur Ausübung der Freizügigkeit der Arbeitskräfte während des COVID-19-Ausbruchs[21] sowie die Leitlinien bei der Einführung von Grenzkontrollen an Binnengrenzen vom 16.3.2020.[22]

III. Erste rechtliche Einordnung: Grenzkontrollen vs. Einreisebeschränkungen

Wertet man einmal die ersten Pressemitteilungen aus, so wird die Einführung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen auf Art. 28 SGK[23] gestützt. Die Binnengrenzen der Mitgliedstaaten sind nach Art. 2 Nr. 1 SGK die

- gemeinsamen Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen,
- Flughäfen der Mitgliedstaaten für Binnenflüge,
- die See-, Flussschifffahrts- und Binnenseehäfen der Mitgliedstaaten für regelmäßige interne Fährverbindungen.

An den Binnengrenzen sollen grundsätzlich keine Grenzkontrollen stattfinden, ein Überschreiten der Grenze ist zudem an jeder Stelle möglich.[24] Seitens des BMI ist Art. 28 SGK angeführt worden, welcher bei einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat sofortiges Handeln erforderlich macht, so dass dieser in Ausnahmefällen für einen begrenzten Zeitraum von höchstens zehn Tagen sofort wieder Kontrollen an den Binnengrenzen einführen darf.[25] Der Begriff des Ausnahmefalls in Art. 28 I SGK ist vor allem in Abgrenzung zum Verfahren nach Art. 25–27 SGK zu verstehen, welches grundsätzlich bei Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen eine Mitteilung an die EU-Kommission mit einem darauffolgenden Konsultationsverfahren vorsieht.[26]

Art. 28 I SGK beschränkt nicht zuletzt wegen des Verzichts auf das Konsultationsverfahren die Dauer der Maßnahmen auf 10 Tage, mit Verlängerungsmöglichkeiten um jeweils 20 Tage bei Fortdauer der ernsthaften Bedrohung[27] bis zu einer zeitlichen Höchstdauer von kumulativ zwei Monaten.[28] Diese Höchstdauer ist mittlerweile überschritten, so

8 Siehe dazu die Pressemitteilung des BMI v. 13.5.2020, aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2020/05/pk-grenzkontrollen.html.
9 COM(2020) 115 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/DE/COM-2020-115-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF.
10 COM(2020) 220 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/assessment-application-temporary-restriction-travel_en.pdf.
11 COM(2020) 2050 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200330_c-2020-2050-report_en.pdf.
12 COM(2020) 399 final, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-assessment-temporary-restriction-non-essential-travel_en.pdf, dort insbes. S. 8.
13 Albanien, Bosnien-Herzegowina, Kosovo, Montenegro, Nordmazedonien und Serbien.
14 Zu den Details (COM[2020] 399 final, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-assessment-temporary-restriction-non-essential-travel_en.pdf), S. 4 f. und hier unter IV.
15 Siehe dazu die Pressemitteilung des BMI v. 16.3.2020, aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/grenzschliessung-corona.html.
16 Siehe dazu die Pressemitteilung des BMI v. 18.3.2020, aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/corona-grenzkontrollen-see-luft.html.
17 Siehe dazu die Pressemitteilung des BMI v. 15.5.2020, aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/05/absichtserklaerung-lockerungen-grenzueberschreitender-verkehr.html.
18 Siehe dazu die Pressemitteilung des BMI v. 13.5.2020, aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/05/aenderungen-im-grenzregime.html.
19 Siehe dazu die Pressemitteilung des BMI v. 13.5.2020, aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/06/ende-binnengrenzkontrollen.html; die luftseitigen Grenzkontrollen für Einreisende aus Italien sollen ebenfalls mit Ablauf des 15.6.2020 enden.
20 COM(2020) 3250 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication_freemovement_de.pdf.
21 COM(2020) 2051 final, aufrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0330(03)&from=EN.
22 COM(2020) 1753 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200316_covid-19-guidelines-for-border-management.pdf.
23 VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3. 2016 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; im Weiteren: SGK [ABlEG L 77, 1, ber. 2018 L 272, 69], zuletzt geändert durch ÄndVO [EU] 2019/817 v. 20.5.2019 [ABlEG L 135, 27]).
24 Art. 22 SGK.
25 Art. 28 I SGK.
26 Siehe dazu insbesondere Art. 27 IV SGK.
27 Art. 28 III SGK.
28 Art. 28 IV SGK.

dass ab dem 16.5.2020 bis zu dem 15.6.2020 die noch bestehenden Grenzkontrollen mit dem Regelverfahren nach Art. 25 SGK verbunden worden sind.[29] Mehrere Aspekte sind dabei interessant:

Zunächst einmal erlaubt Art. 28 I SGK nur Grenzkontrollen, aber keine Einreisebeschränkungen. Dies macht bereits der Vergleich mit Art. 14 I iVm Art. 6 I SGK deutlich, welcher im Übrigen nur die inhaltlichen Voraussetzungen für eine Einreiseverweigerung gegenüber drittstaatsangehörigen Ausländern im Fall der Einreise über Außengrenzen festlegt.[30] Einreisebeschränkungen bei Einreisen über Binnengrenzen können sich jedoch dadurch ergeben, dass bei Art. 19, 20 und 21 SDÜ[31] für verschiedene Konstellationen bei Drittstaatsangehörigen auf Einreisevoraussetzungen des Art. 6 I SGK Bezug genommen wird. Sind Grenzkontrollen an Binnengrenzen eingeführt, so sind Art. 14 I und Art. 6 I SGK über Art. 32 SGK anwendbar.[32]

Die von Art. 19–21 SDÜ erfassten Konstellationen sind Folgende:

(1) Ein drittstaatsangehöriger Ausländer ist im Besitz eines gültigen einheitlichen Schengen-Visums; mit diesem kann er sich im Umfang der zeitlichen Gültigkeit in allen Schengen-Staaten aufhalten (Art. 19 I SDÜ).

(2) In der zeitlichen Höchstgrenze des visumsfreien Aufenthalts von bis zu 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen können sich drittstaatsangehörige Ausländer in allen Schengen-Staaten aufhalten (Art. 20 I SDÜ).

(3) Der drittstaatsangehörige Ausländer besitzt einen Aufenthaltstitel[33] oder ein nationales Visum eines Schengen-Staates, womit er sich in gleichem Umfang wie bei Visumfreiheit in anderen Schengen-Staaten für kurzfristige Aufenthalte aufhalten darf (Art. 21 I und IIa SDÜ).

Für Personen, deren Rechtsstellung europarechtlich in den Anwendungsbereich der Freizügigkeits-RL[34] fällt, kann der SGK für Einreiseverweigerungen nicht den materiell-rechtlichen Rahmen bieten.

Dies folgt bereits aus Art. 3 Buchst. a SGK. Die Freizügigkeits-RL lässt mit Art. 27 I 1 Beschränkungen der Freizügigkeit eines Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen[35] nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu. Im Vergleich zu Art. 28 I SGK fällt auf, dass die öffentliche Gesundheit als Schutzgut von materiell-rechtlichen Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte genannt ist, nicht aber für die Einführung von Grenzkontrollen.

Bisher ist seitens der Bundesregierung nicht im Detail begründet worden, weshalb aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit die Wiedereinführung von Grenzkontrollen notwendig war. Dass eine solche Begründung notwendig ist, zeigt Nr. 18 der Leitlinien der EU-Kommission vom 16.3.2020.[36] Werden die Maßnahmen für die Einreise von drittstaatsangehörigen Ausländern über Außengrenzen mit dem notwendigen Schutz der öffentlichen Gesundheit begründet,[37] fehlt es an einer solchen detaillierten Begründung für Grenzkontrollen.

Beide Rechtsbegriffe („öffentliche Ordnung", „innere Sicherheit") finden sich bereits in Art. 72 AEUV, dh dem allgemeinen *ordre-public*-Vorbehalt für europarechtliche Regelungen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Während mit öffentlicher Ordnung die nationale Rechtsordnung gemeint ist, zielt der Begriff der inneren Sicherheit auf den Schutz des Bestands des Staates, seiner Einrichtungen und wichtiger Dienste ab.[38] Auch wenn man den Mitgliedstaaten einen weiten Einschätzungsspielraum zuerkennt, führt die Begrifflichkeit der „ernsthaften Bedrohung" vor Augen, dass die Annahme einer Bedrohungslage auf entsprechend gesicherten Fakten beruhen muss.[39]

Für das Regelverfahren nach Art. 25 wird der Maßstab für die Darlegung und Begründung einer Bedrohungslage nicht modifiziert. Nach Art. 27 I 2 Buchst. a SGK muss der handelnde Mitgliedstaat sachdienliche Daten zu den Ereignissen, die eine ernsthafte Bedrohung seiner öffentlichen Ordnung oder seiner inneren Sicherheit darstellen, der EU-Kommission übermitteln.

Argumentativ hören ließe sich, dass entweder durch Einreisende aus anderen Mitgliedstaaten verbunden mit einem hohen Grad der Durchseuchung dort eine Überlastung des Gesundheitssystems in der Bundesrepublik Deutschland drohen würde oder etwa Engpässe in der Versorgung mit Lebensmitteln (Stichwort: „Hamsterkäufe"). Bei einem Blick über den ausländerrechtlichen Tellerrand hinaus wird schnell klar, dass eine solche Situation nicht besteht.

So hat das BMI mit der Pressemitteilung vom 13.5.2020 die seinerseits erfolgte Empfehlung an die einzelnen Bundesländer mitgeteilt, dass die 14-tägige Einreisequarantäne grundsätzlich nur noch bei Einreise aus Drittstaaten angeordnet werden soll.[40] Die einzelnen Bundesländer wie beispielsweise Hessen waren dem gefolgt. Mit der Elften Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 18.5.2020[41] wurde § 1 I der Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 13.3.2020[42] dahingehend geändert, dass nur noch Personen

- die aus einem Staat außerhalb der Bundesrepublik Deutschland, der nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Schengen-assoziierter Staat ist (Drittstaat), in Hessen einreisen oder
- aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Schengen-assoziierten Staat in Hessen einreisen und dieser Staat nach den

29 Vgl. dazu die Beschreibung „foreseeable events", worauf Art. 27 I SGK insbesondere abstellt, bei der Zusammenfassung der Grenzkontrollen an Binnengrenzen auf der Webseite der EU-Kommission unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en.

30 So lautet der amtliche Titel des entsprechenden Kapitels II im Titel II des SGK „Grenzkontrollen an den Außengrenzen und Einreiseverweigerung".

31 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (ABl. 2000 L 239, 19), zuletzt geändert durch ÄndVO (EU) 2018/1861 v. 28.11.2018 (ABlEG L 312, 14).

32 Dazu auch *EuGH*, NVwZ 2019, 947 (949 f.).

33 Siehe dazu Art. 2 Nr. 16 SGK.

34 RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABlEG L 158, 77, gesamte Vorschrift ber. ABlEG Nr.229, 35).

35 Ungeachtet der Staatsangehörigkeit.

36 COM(2020) 1753 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200316_covid-19-guidelines-for-border-management.pdf, S. 4.

37 Vgl. dazu etwa die Ausführungen der EU-Kommission (COM[2020] 2050 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200330_c-2020-2050-report_en.pdf), S. 2.

38 So die prägnante Zusammenfassung bei *Calliess/Ruffert/Rossi*, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 72 Rn. 7.

39 *Streinz/Weiß*, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 72 Rn. 6.

40 Vgl. dazu die Pressemitteilung von 13.5.2020 (aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/05/aenderungen-im-grenzregime.html).

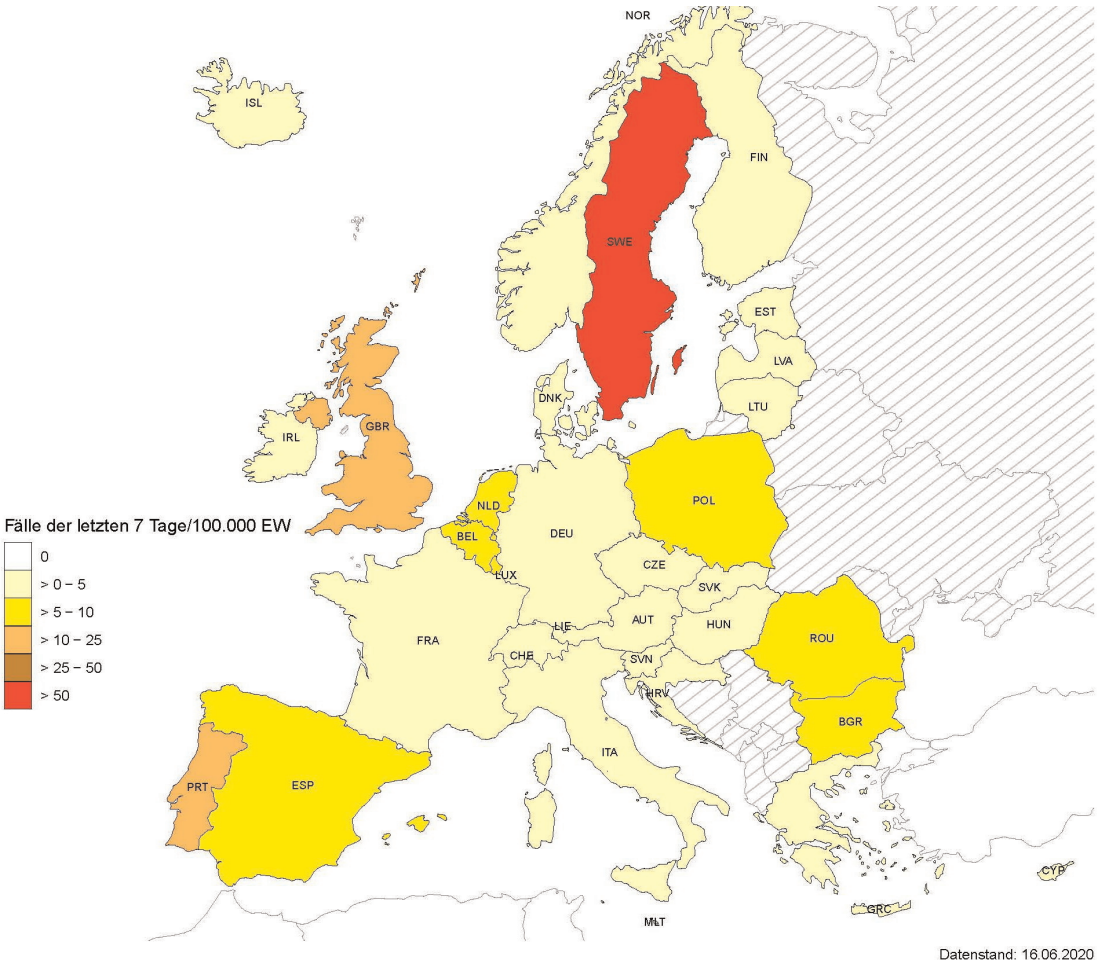
41 GVBl. 2020, 334.

42 GVBl. 2020, 150, nunmehr zuletzt geändert durch die Dreizehnte Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus (GVBl. 2020, 380). Diese letztmalige Änderung betraf das Außerkrafttreten der Verordnung (vgl. Art. 1); aktuell ist eine Geltung der Verordnung bis zum 5.7.2020 (einschließlich) vorgesehen.

statistischen Auswertungen und Veröffentlichungen des European Center for Disease Prevention and Control eine Neuinfiziertenzahl im Verhältnis zur Bevölkerung von mehr als 50 Fällen pro 100.000 Einwohner kumulativ in den letzten sieben Tagen aufweist, sowie eine entsprechende Ausweisung im Lagebericht der Bundesregierung und eine Veröffentlichung durch das Robert Koch-Institut erfolgt ist,

sich nach Einreise für einen Zeitraum von 14 Tagen in ihrer eigenen Häuslichkeit oder anderweitig geeigneten Unterkunft grundsätzlich absondern müssen („Quarantäne").[43]

Werden Einreisende über Binnengrenzen nachgehend von einer Quarantäneverpflichtung unter diesen Voraussetzungen befreit, wie lässt sich dann pauschal die Einführung einer solchen Einreisebeschränkung an Binnengrenzen begründen? Zum 16.6.2020 traf die angesprochene Zahl der Neuinfektionen in Bezug auf die Einwohnerzahl nur auf einen der EU-Mitgliedstaaten, Schengen-assoziierten Staaten und des Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland zu und zwar auf Schweden:[44]



Corona-Neuinfektionen in Bezug auf die Einwohnerzahl in Europa

Andere Bundesländer, wie etwa Baden-Württemberg, haben bereits eine Differenzierung nach Herkunftsstaat der Einreisenden bzw. Rückreisenden aufgehoben. Nach § 1 I der dortigen Verordnung des Sozialministeriums zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Eindämmung des Virus SARS-CoV-2[45] ist auch für andere Staaten außer EU-Mitgliedstaaten, den Schengen-assoziierten Staaten und dem Vereinigten Königreich maßgeblich, ob die Zahl der Neuinfektionen der letzten sieben Tage 50 Fälle pro 100.000 Einwohner kumulativ überschreitet und das ECDC entsprechende Feststellungen getroffen hat.[46]

IV. Einreisebeschränkungen

Die Ausführungen werfen damit bereits ein Licht auf den folgenden Themenkreis: die Einreisebeschränkungen. Dabei ist in dreierlei Hinsicht zu differenzieren und dies nach der Einreise von freizügigkeitsberechtigten Ausländern (unter 1.), drittstaatsangehörigen Ausländern für kurzfristige Aufenthalte (dazu unter 2.) und solchen, die einen längerfristigen Aufenthalt in Deutschland anstreben sowie dafür eventuell bereits über einen ausreichenden Aufenthaltstitel verfügen (dazu unter 3.).

Auf eine Darstellung der Besonderheiten nach dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der EG (nunmehr: EU) und der Schweiz[47] wird aus Gründen der Schwerpunktsetzung und

43 Gestützt sind die Verordnungen auf § 32 S. 1 IfSG.

44 Datenstand datiert auf den 16.6.2020; grafische Darstellung entnommen am 17.6.2020: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Quarantaene_Einreisen_Deutschland.html.

45 Corona-Verordnung Einreise-Quarantäne – CoronaVO EQ, abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/aktuelle-infos-zu-corona/verordnung-fuer-ein-und-rueckreisende/. Die CoronaVO EQ soll nochmals dahingehend geändert werden, dass anstelle des angesprochenen Quorums auf eine entsprechende Risikoausweisung des jeweiligen Staates, aus dem die Einreise erfolgt, seitens des RKI abgestellt wird.

46 Die entsprechenden Daten lassen sich über das zentrale Dashboard des ECDC ermitteln, welches unter folgendem Link erreichbar ist: https://qap.ecdc.europa.eu/public/extensions/COVID-19/COVID-19.html.

47 Vgl. dazu Gesetz zu dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 2.9. 2001 (BGBl. II 2001, 810).

des Umfangs verzichtet. Gleiches gilt für die Situation von britischen Staatsangehörigen und ihren Familienangehörigen nach Art. 9 ff. des Austrittsabkommens.[48]

1. Einreisebeschränkungen im Kontext des Freizügigkeitsrechts

Die Einreise von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen[49] unbeschadet deren eigener Staatsangehörigkeit darf nur unter den Voraussetzungen des § 6 I 2 FreizügG/EU versagt werden. Auf Staatsangehörige von EWR-Staaten und deren Familienangehörigen findet die Norm über § 12 FreizügG/EU ebenfalls Anwendung. Ob die Einreisen über Binnen- oder Außengrenzen erfolgen, ist für die Anwendung des Maßstabs von § 6 I 2 FreizügG/EU unerheblich. Daher ist vorab nur die Effektuierung dieser Rahmenbedingungen möglich, wenn die EU-Kommission am 11.6.2020 empfohlen hat, dass grundsätzlich auch über Außengrenzen nicht nur Rückreisen von freizügigkeitsberechtigten Ausländern in deren Herkunftsstaat bzw. Aufenthaltsstaat zu ermöglichen sind, sondern ihnen davon unabhängig die Einreise zu ermöglichen ist.[50]

Erforderlich ist danach, dass mit der Einreise der betreffenden Personen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit besteht. Auf Rechtsfolgenseite besteht bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ein Ermessen.[51] Ergänzend ist § 6 I 3 FreizügG/EU in den Blick zu nehmen, wonach die Einreiseverweigerung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nur erfolgen kann, wenn

- es sich um Krankheiten mit epidemischem Potenzial im Sinne der einschlägigen Rechtsinstrumente der Weltgesundheitsorganisation und sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten handelt, sofern gegen diese Krankheiten Maßnahmen im Bundesgebiet getroffen werden, und
- die Krankheit innerhalb der ersten drei Monate nach Einreise auftritt.

Mit dem kurz angesprochenen Gesetzentwurf ua zur Änderung des FreizügG/EU[52] soll eben jener § 6 I 3 FreizügG/EU angepasst werden und zwar dahingehend, dass zukünftig Krankheiten, die nach Ablauf einer Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreise auftreten, keinen Grund für eine nachgelagerte Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts nach § 6 I 1 FreizügG/EU darstellen.[53]

Hintergrund der geplanten Gesetzesänderung ist, dass die Bundesregierung im Einklang mit Art. 29 II Freizügigkeits-RL nur aufenthaltsbeendende Maßnahmen[54] innerhalb der ersten drei Monate eines Inlandsaufenthalts zulassen möchte.[55] Was dann folgt, hat vom Aussagegehalt her eine gewaltige, dogmatische Sprengkraft, die sich bereits im Kontext der Einführung der Grenzkontrollen angedeutet hat:

„Die Klarstellung erfolgt, damit entsprechend dem Beschluss der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union die Einreise von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen aufgrund einer Pandemie versagt werden kann, selbst wenn ein Krankheitserreger im konkreten Einzelfall bei der einreisenden Person nicht nachgewiesen wurde.“[56]

Doch der Reihe nach: Für den Begriff der öffentlichen Gesundheit iSd § 6 I 2 FreizügG/EU kann auf die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 21 SGK zurückgegriffen werden. Die Definition dort erfolgt insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 6 I Buchst. e SGK, wonach eine Einreisevoraussetzung für Drittstaatsangehörige über die Außengrenzen ua das Nichtbestehen einer Gefahr für die öffentliche Gesundheit ist.

Nach Art. 2 Nr. 21 SGK liegt eine solche Gefahr etwa bei einer Krankheit mit epidemischem Potenzial im Sinne der Internationalen Gesundheitsvorschriften der Internationalen Gesundheitsorganisation (WHO) vor. Auf das COVID-19 auslösende Virus SARS-CoV-2 trifft Selbiges seit dem 30.1. 2020 bereits zu.[57]

Hinsichtlich § 6 I FreizügG/EU ist zumindest für Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit klar, dass eine individuelle Gefahrensituation durch den Ausländer aufgrund seines Handelns oder für die genannten Schutzgüter bestehen muss.[58] Fallgestaltungen, in denen der Schutz der öffentlichen Gesundheit im Fokus stand, existierten praktisch bisher nicht.[59]

Für den Schutz der öffentlichen Gesundheit kann aber insoweit nichts anderes gelten, als dass an einer Gefahrensituation in Folge der Einreise der betreffenden Person festzuhalten ist. Gefahren für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit werden regelmäßig durch ein Handeln des Ausländers bewirkt, worauf Art. 27 II Freizügigkeits-RL Bezug nimmt. Indes kann sich auch ein Ausländer, der seinerseits durch das *Social Distancing* nur eine Gefahr für sich zu minimieren vermag, durch die Unachtsamkeit anderer mit SARS-CoV-2 infizieren.

Diese Überlegungen finden sich in der AVV zum FreizügG/EU[60] wieder:

„Erfasst sind Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige, Ausscheider (§ 2 IfSG) sowie sonstige Personen, die Krankheitserreger so in oder an sich tragen, dass im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht. Eine ordnungsgemäße Heilbehandlung einschließlich der Befolgung der erforderlichen Präventionsmaßnahmen schließt die Gefahr einer Weiterverbreitung der Krankheit weitgehend aus (Nr. 6.1.1.3.3).

Der neue Satz 3 setzt Art. 29 II der Freizügigkeitsrichtlinie um. Hiernach kann die Verlustfeststellung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nur erfolgen, wenn die Krankheit innerhalb der ersten drei Monate nach Einreise auftritt. Die Ausländerbehörde trägt die Beweis-

48 Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 24.1.2020 (ABl. 2020 L 29, 7), genehmigt durch Beschluss des Rates v. 30.1.2020 (ABl. 2020 L 29, 1).
49 Siehe dazu § 3 II FreizügG/EU.
50 Siehe dazu COM(2020) 399 final, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-assessment-temporary-restriction-non-essential-travel_en.pdf, S. 2 f. und 8.
51 Für sich sprechend die Ausführungen des BMI in seinen FAQ (aufrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/bevoelkerungsschutz/coronavirus/coronavirus-faqs.html#doc13738352bodyText3) unter „Was bedeutet die Einführung von vorübergehenden Grenzkontrollen an den deutschen Landgrenzen?“: „Die Entscheidung über die Einreiseerlaubnis erfolgt im pflichtgemäßen Ermessen der Beamtinnen und Beamten vor Ort.“.
52 Siehe dazu in Fn. 2.
53 Art. 1 Nr. 8 des Gesetzentwurfs, BR-Drs. 263/20.
54 Zum Eintritt der Ausreisepflicht, s. § 7 I 1 FreizügG/EU.
55 BR-Drs. 263/20, 45. Art. 29 II Freizügigkeits-RL lautet: „Krankheiten, die nach Ablauf einer Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreise auftreten, stellen keinen Ausweisungsgrund dar“.
56 BR-Drs. 263/20, 45.
57 Siehe dazu die chronologischen Darstellungen auf der Webseite der WHO unter: https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline-covid-19.
58 Dies folgt bereits ausdrücklich aus Art. 27 II Freizügigkeits-RL; näher dazu auch Bergmann/Dienelt/*Dienelt*, FreizügG/EU § 6 Rn. 80; NK-AuslR/*Cziersky-Reis*, Freizügigkeitsgesetz/EU § 6 Rn. 15; BeckOK MigR/*Gerstner-Heck*, FreizügG/EU § 6 Rn. 6.
59 Vgl. dazu etwa die Kommentierung bei BeckOK AuslR/*Kurzidem*, 25. Ed., Stand: 1.3.2020, FreizügG/EU § 6 Rn. 15: „Offenkundig kommt der Verlustfeststellung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit daher in der Praxis (bislang) keine Bedeutung zu“.
60 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU (AVV zum FreizügG/EU) v. 3.2.2016 (GMBl. 2016, 86).

last dafür, dass eine Gesundheitsgefährdung iSd § 6 I vorliegt und dass der Unionsbürger sich noch nicht länger als drei Monate seit Einreise im Bundesgebiet aufhält".

So überrascht es, wenn die FAQ des BMI ausführen, dass Einreisende über eine „Einreiseerlaubnis" verfügen müssten, über die Grenzbehörden im pflichtgemäßen Ermessen entscheiden würden.[61] Die Leitlinien der EU-Kommission vom 16.3.2020 betonen ebenso, dass die Einführung von Grenzkontrollen keine Aufhebung der Gewährleistungen der Freizügigkeits-RL bedeuten darf:

„A Member State must not deny entry to EU citizens or third-country nationals residing on its territory and must facilitate transit of other EU citizens and residents that are returning home. Member States can, however, take appropriate measures such as requiring persons entering their territory to undergo self-isolation or similar measures upon return from an area affected by Covid-19 provided they impose the same requirements on their own nationals."[62]

Gerade die Anknüpfung an die besonderen Gefährder-Typen des Infektionsschutzrechtes erlaubt eine Übertragung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im einstweiligen Rechtsschutz zu Fällen der Quarantäne-Pflichten für Einreisen aus dem Ausland, welche noch vor den differenzierenden Regelungen zum Herkunftsstaat erfolgten.[63] Zu nennen sind vor allem der Beschluss des *OVG Lüneburg* vom 11.5.2020[64] sowie der Beschluss des *VG Hamburg* vom 13.5.2020.[65] Zuletzt hat sich das *OVG Münster* dieser Rechtsauffassung angeschlossen und mit Beschluss vom 5.6.2020 die entsprechende Regelung in Nordrhein-Westfalen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes außer Vollzug gesetzt.[66]

Das *OVG Lüneburg* hat mit Recht darauf hingewiesen, dass Rechtsverordnungen mit entsprechenden Quarantäne-Pflichten nur auf § 30 I 2 IfSG als Verordnungsermächtigung zurückgeführt werden könnten mit der Konsequenz, dass die betroffenen Personen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider sein müssen.

Wie bei den Quarantäne-Pflichten steht die Personengruppe der Krankenverdächtigten im Fokus der hier diskutierten Fallgestaltung. Dass einem nachweislich an COVID-19 erkrankten Ausländer als Kranker iSd § 2 Nr. 4 IfSG die Einreise verweigert werden könnte, ist unbestritten.

Krankheitsverdächtigter iSd § 2 Nr. 5 IfSG ist derjenige, bei dem Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen. Mit Blick auf § 6 I 2 FreizügG/EU tragen dafür die Grenzbehörden die Beweislast. Gleiches gilt in Bezug auf Ansteckungsverdächtigte iSv § 2 Nr. 7 IfSG.

Die Beweislast wird dabei auch von den Eigenheiten der jeweiligen Krankheit und der verfügbaren epidemiologischen Erkenntnisse und Wertungen beeinflusst, jedoch nicht in einer Weise, dass auf Erkenntnisse über Zeitpunkt, Art und Umfang der möglichen Exposition der betreffenden Person und über deren Empfänglichkeit für die Krankheit zu verzichten ist.[67] Bei Entscheidungen über die Einreiseverweigerung ist in Rechnung zu stellen, dass den zuständigen Behörden in Deutschland praktisch Ermittlungen zu infektionsrelevanten Kontakten des Betroffenen (Ermittlung von Infektionsketten) unmöglich sind.

Allerdings hat das *OVG Lüneburg* zu Recht in Hinblick auf die bei § 30 I 2 IfSG aus der Natur der Sache heraus bedingte abstrakt-generelle Gefahrenbewertung im Vorfeld des Erlasses einer Rechtsverordnung dahingehend sich geäußert, dass zwar Risikogebiete definiert und Einreisen daraus beschränkt werden dürften. Diese Überlegungen sind in Hinblick auf die fehlenden Ermittlungsmöglichkeiten von Infektionsketten im Ausland zu übertragen.

Zulässig sei dies nur, wenn tatsächlich von der einzelnen Person zunächst eine losgelöste Gefahrenbewertung getroffen würde, die Person wiederum nach bestimmten Kriterien (insbesondere dem früheren Aufenthalt dort) mit hoher Wahrscheinlichkeit mit SARS-CoV-2 infiziert sein könnte:

„So gibt es durchaus Länder, in denen die Infektionsrate und/oder auch Sterberate derzeit deutlich unter der im Bundesgebiet liegt. (…) Einzelne Länder oder Regionen, in denen tatsächlich ein deutlich erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht, werden in § 5 der Verordnung bewusst nicht genannt. Aber auch die Gesamtzahl der weltweit ermittelten Infizierten stützt die pauschale Einordnung der aus dem Ausland Einreisenden als Ansteckungs- oder Krankheitsverdächtige nicht. Setzt man die Zahl der derzeit weltweit bestätigten Infektionsfälle von mehr als 4 Mio. in Relation zur derzeitigen Zahl der Weltbevölkerung von fast 7,8 Mrd. Menschen, so reicht die Zahl der Infizierten selbst bei Berücksichtigung einer hohen Dunkelziffer aufgrund der teilweise symptomlos erfolgenden Erkrankung zur unterschiedslosen Kategorisierung aller nach Deutschland Einreisenden als Ansteckungs- oder Krankheitsverdächtige nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise aus. (…) Wollte man angesichts dieses in der vom Antragsgegner gewählten Pauschalität geringen Infektionsrisikos bei aus dem Ausland Einreisenden dennoch die Voraussetzungen eines Ansteckungs- oder Krankheitsverdachts bejahen, könnten mit gleicher Begründung auch alle in Deutschland lebenden Personen im Hinblick auf die hiesigen Infektions- und Sterberaten einer Quarantäne unterworfen werden. Dass der Verordnungsgeber selbst die tatsächliche Gefährdung durch aus dem Ausland Einreisende nicht hoch einschätzt, wird aus den zahlreichen und weitreichenden Ausnahmeregelungen (…) deutlich, die jede für sich gut begründbar sein mögen, insgesamt aber die Quarantänepflicht und auch deren Bedeutung für die Pandemiebekämpfung weitgehend außer Kraft setzen."[68]

Dem ist nur wenig hinzufügen. Eine Behandlung aller Einreisenden als Gefährder (bzw. infektionsschutzrechtlich als Krankheitsverdächtige oderAnsteckungsverdächtige) ist weder infektionsschutzrechtlich noch aufenthaltsrechtlich zulässig.

In der Tat führt diese Praxis, die unabhängig von Grenzkontrollen Einreisen von freizügigkeitsberechtigten Personen von dem Vorliegen eines triftigen Grundes abhängig macht, dazu, dass jeder Einreisende über Binnengrenzen nach Deutschland als potenziell gefährlich erachtet wurde.

Denn der triftige Grund ist nichts anderes als ein Schlagwort, mit dem die berechtigten Interessen des Einreisenden im Rahmen der Ermessensausübung bei § 6 I 2 FreizügG/EU berücksichtigt werden könnten. Einer Ermessensausübung kann es aber nur dann überhaupt bedürfen, wenn tatbestandlich eine Gefahr der öffentlichen Gesundheit seitens der Grenzbehörde beweisbar ist.[69] So wie damit auch eine

61 Siehe dazu (Fn. 7) unter „Was bedeutet die Einführung von vorübergehenden Grenzkontrollen an den deutschen Landgrenzen?".

62 Siehe dort Nr. 21 (COM[2020] 1753 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200316_covid-19-guidelines-for-border-management.pdf.), S. 4 f.

63 Zu diesen oben unter A.

64 13 MN 143/20, BeckRS 2020, 8099.

65 15 E 1967/20, BeckRS 2020, 8685.

66 13 B 776/20.NE; der Beschluss ist abrufbar unter: https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2020/13_B_776_20_NE_Beschluss_20200605.html.

67 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 11.5.2020 – 13 MN 143/20, BeckRS 2020, 8099 Rn. 23.

68 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 11.5.2020 – 13 MN 143/20, BeckRS 2020, 8099 Rn. 28.

69 Allgemein dazu BeckOK AuslR/*Kurzidem*, FreizügG/EU § 6 Rn. 33.

Quarantäne-Pflicht für Nichtstörer ausscheidet,[70] scheidet eine Einreiseverweigerung gegen ausländerrechtliche Nichtstörer über § 6 I 2 FreizügG/EU aus.

Ebenso wenig hat die Systemrelevanz von Funktionen, die freizügigkeitsberechtigte Arbeitnehmer insbesondere als Grenzgänger ausüben, für sich genommen eine Bedeutung bei Einreisebeschränkungen. Es gilt, dass die Freizügigkeit dieser Personen nur beschränkt werden kann aus Gründen etwa der öffentlichen Gesundheit und nicht umgekehrt in einer Pandemielage erst die Systemrelevanz ihrer Tätigkeit die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wieder ermöglicht.[71]

2. Einreisebeschränkungen auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Buchst. e SGK

Reisen drittstaatsangehörige Ausländer ohne derivative Rechtspositionen nach dem EU-Freizügigkeitsrecht über Außengrenzen[72] ein, so müssen sie bei Einreise die materiellrechtlichen Einreisevoraussetzungen nach Art. 6 I SGK erfüllen. Dazu zählt nach Art. 14 I SGK auch, dass sie keine Gefahr für die öffentliche Gesundheit darstellen.

Ob sie eine solche Gefahr darstellen, ist nach den gleichen Kriterien und Anforderungen an die Beweislast wie bei § 6 I 2 FreizügG/EU zu beurteilen. Nur bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Gesundheit darf eine Einreiseverweigerung auf der Grundlage von Art. 14 I SGK erfolgen.[73]

In ihrer Kommunikation an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat vom 16.3.2020 verweist die EU-Kommission darauf, dass die „Coronavirus-Krise" sich als Pandemie auf der ganzen Welt ausgebreitet habe und der internationale Personenverkehr Bedingungen schaffe, die der Ausbreitung des Virus über die Grenzen hinweg förderlich sei; eine Krise im Bereich der öffentlichen Gesundheit habe dazu geführt, dass Reisende zahlreiche Infektionsfälle in mehrere Länder einschleppten, die wiederum durch allmähliche aber weitreichende Übertragung in ihrem jeweiligen Umfeld lokale Ausbruchherde ausgelöst hätten.[74]

Diese Argumentation klingt bekannt, denn sie ist die gleiche, welche das *OVG Lüneburg* für Quarantäne-Pflichten als unzulässige Pauschalisierung erachtet hat. Die von der EU-Kommission gebildeten Kategorien von Personen, denen überhaupt nur die Einreise erlaubt werden könnte, lösen sich vollständig von der Bewertung der Wahrscheinlichkeit einer Infektion mit SARS-CoV-2 ab, wenn nur folgenden Personen die Einreise überhaupt ermöglicht werden sollte:[75]

- Gesundheitspersonal, Gesundheitsforscher und Altenpflegepersonal; Grenzgänger sowie Personal im Gütertransport sowie sonstiges Transportpersonal, soweit dies erforderlich ist;
- Diplomaten, Personal internationaler Organisationen, militärisches Personal und humanitäre Helfer in Ausübung ihrer Tätigkeit;
- Passagiere im Transitverkehr sowie Personen, die aus zwingenden familiären Gründen einreisen oder internationalen Schutz bzw. Schutz aus anderen humanitären Gründen benötigen.

Gerade die Personen (Gesundheits- und Altenpflegepersonal), welche im Herkunftsland die höchste Wahrscheinlichkeit einer SARS-CoV-2-Exposition haben, sollen zu denjenigen zählen, deren Angehörige nur bei einer nachgewiesenen Infektion die Einreise verweigert werden dürfte?[76]

Insoweit erscheint es floskelhaft, wenn die weiteren Leitlinien der EU-Kommission vom 30.3.2020 auf Folgendes verweisen:

„Any decision on refusal of entry needs to be proportionate, non-discriminatory and implemented in a way that ensures full respect of the human dignity of the persons concerned. A measure is considered proportionate on condition that it has been taken following consultation of the health authorities and that it has been considered by them as suitable and necessary to attain the public health objective. (…) If third-country nationals traveling with a valid Schengen visa (Article 6 of the Schengen Borders Code) are refused entry on grounds motivated only by the travel restrictions based on threat to public health reasons (national measures recognising a situation of public health emergency) the following steps should be taken (…)."[77]

Insbesondere der Verweis auf die Situation von Ausländern, die bereits im Besitz eines gültigen Schengen-Visums sind, macht deutlich: Auch wenn das Schengen-Visum kein Recht auf Einreise gewährleistet,[78] so ist ein ausreichender Aufenthaltszweck vorgetragen und belegt worden.[79] Bei Einreise wird dem Reisenden somit Art. 6 I Buchst. e SGK entgegengehalten und dies ohne individuelle Gefahrenbewertung. Für Ausländer, die für kurzfristige Aufenthalte visumsfrei einreisen dürfen, gilt dies ebenso.

Reisen sie aus anderen Schengen-Staaten[80] nach Deutschland ein, so müssen sie dafür die Voraussetzungen des Art. 19 I, Art. 20 I oder 21 I bzw. II a SDÜ wahren, welche allesamt auf Art. 6 I Buchst. e SGK als Voraussetzung für die Ausübung der Binnenmobilität innerhalb der Schengen-Staaten verweisen. Auch wenn nicht an den Binnengrenzen zu allen Schengen-Staaten Grenzkontrollen stattfinden und deshalb Einreiseverweigerungen in Ansehung von Art. 32 SGK iVm Art. 14 I sowie Art. 6 I Buchst. e SGK möglich sind, ist das Nichtvorliegen einer Gefahr für die öffentliche Gesundheit eine materiell-rechtliche Voraussetzung der Binnenmobilität. Aber auch dafür trägt nicht der drittstaatsangehörige Ausländer die Beweislast, sondern diejenige Behörde, die aufenthaltsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen wegen illegaler Einreise ergreifen will.[81]

Der Weg, den die EU-Kommission am 11.6.2020 vorschlug, geht in die richtige Richtung. Nach deren Empfehlung sollen

70 Dazu *VG Hamburg*, Beschl. v. 13.5.2020 – 15 E 1967/20, BeckRS 2020, 8685 Rn. 33; gegen dieses und das *OVG Lüneburg*OVG *Schleswig* indes (Beschl. v. 7.4.2020 – 3 MB 13/20, BeckRS 2020, 5835 Rn. 9 ff.), welches über § 28 I 1 IfSG und entsprechende Allgemeinverfügungen auch Maßnahmen gegen infektionsschutzrechtliche Nichtstörer als zulässig erachtet.

71 Dazu enthalten die Leitlinien der EU-Kommission (Fn. 21), S. 2, eine wenig gelungene Formulierung: „Die Wahrung der Freizügigkeit aller mit systemrelevanten Funktionen betrauten Arbeitskräfte, einschließlich der Grenzgänger und der entsandten Arbeitnehmer, ist von wesentlicher Bedeutung. Die Mitgliedstaaten sollten Arbeitskräften die Einreise in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats und den ungehinderten Zugang zu ihrem Arbeitsplatz gestatten, wenn sie insbesondere einen der folgenden Berufe ausüben.".

72 Zu diesem Begriff, s. Art. 2 Nr. 2 SGK.

73 Dazu, ob Art. 14 I SGK eine Befugnisnorm darstellt, aufgrund des Gesamtkontextes näher unter 3.

74 Vgl. COM(2020) 115 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/DE/COM-2020-115-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF, S. 1.

75 Vgl. COM(2020) 115 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/DE/COM-2020-115-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF, S. 2 f.

76 Dazu ebenfalls mit sehr kritischen Ausführungen das *OVG Lüneburg* (13 MN 143/20, BeckRS 2020, 8099) Rn. 28, für diese Personengruppen bestanden ebenfalls sehr weitgehende Ausnahmen von der Quarantäne-Pflicht nach Einreise.

77 Vgl. COM(2020) 2050 final, aufrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200330_c-2020-2050-report_en.pdf, S. 3.

78 Siehe dazu Art. 30 der VO (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex; im Weiteren: *VK*) (ABlEG L 243, 1, ber. ABl. 2013 L 154, 10 und ABl. 2018 L 284, 38), zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/1155 v. 20.6.2019 (ABlEG L 188, 25, ber. ABl. 2020 L 20, 25).

79 Vgl. Art. 14 I VK.

80 § 2 V AufenthG.

81 Für den Fall, dass die erforderliche Lebensunterhaltssicherung nicht gegeben ist (Art. 6 I Buchst. c SGK), *OVG Hamburg*, Beschl. v. 1.6. 2018 – 1 Bs 126/17, BeckRS 2018, 13375 Rn. 22 ff.

die einzelnen Mitgliedstaaten mit ihr gemeinsam bis zum 30.6.2020 eine Art Whitelist von Staaten erarbeiten, in denen die pandemische Situation moderat ist und eine geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass Reisende aus diesen Ländern[82] mit SARS-CoV-2 infiziert sind. Maßgebliche Kriterien sollen dabei Folgende sein:[83]

- Zahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner und der Trend bei den Neuinfektionen;
- Gesamtschau von Maßnahmen, die der Staat gegen COVID-19-Erkrankungen unternimmt wie der Umfang von Tests, generelle Überwachungsmaßnahmen und solche der Kontaktverfolgung, Absonderungsmaßnahmen, Behandlungskapazitäten und Nachverfolgung.

Für die bereits erwähnten Westbalkan-Staaten geht die EU-Kommission davon aus, dass die pandemische Situation moderat sei und Einreisen von dort aus ab dem 1.7.2020 ermöglicht werden könnten.

Weiterhin soll auch eine Rolle spielen, wie die Hygiene- und Gesundheitskonzepte gerade an ausländischen Flughäfen ausgestaltet sind, von denen die Einreisen erfolgen würden.[84]

3. Einreisebeschränkungen für drittstaatsangehörige Ausländer mit der Absicht eines längerfristigen Aufenthaltstitels

Drittstaatsangehörige Ausländer, die für Deutschland bereits über ein nationales Visum verfügen oder gar über einen längerfristigen Aufenthaltstitel, sollen dann nach Deutschland wieder einreisen dürfen, wenn sie dort bereits ihren gewöhnlichen Aufenthalt[85] haben – und dies unabhängig davon, ob sie zumindest im Verdacht einer Infektion mit SARS-CoV-2 stehen, wozu es in den Leitlinien der EU-Kommission vom 30.3.2020 heißt:

„Member States must always admit their own citizens and EU citizens or third country nationals legally residing on their territory. Member States can, however, take appropriate measures such as requiring non-nationals entering their territory to undergo self-isolation or similar measures upon return from an area affected by COVID-19, provided they impose the same requirements on their own nationals.“[86]

Eine Einreiseverweigerung für drittstaatsangehörige Ausländer, die einen längerfristigen Aufenthalt in Deutschland anstreben, kann nicht auf der Grundlage von Art. 14 I iVm Art. 6 I Buchst. e SGK erfolgen, sondern nur nach § 15 II Nr. 1 AufenthG.

Auf entsprechende Anfrage hat das Bundespolizeipräsidium am 9.6.2020 dem Verfasser mitgeteilt,[87] dass aus Sicht der Bundespolizei das Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *ANAFE*[88] eine Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des SGK auch bei intendierten längerfristigen Aufenthalten erlaube.

Um das Urteil etwas in die Kategorien des deutschen Aufenthaltsrechts einordnen zu können: Dieses betraf die Frage, ob ein drittstaatsangehöriger Ausländer mit einer vorübergehenden Aufenthaltslegalisierung in Frankreich nach entsprechender Antragstellung ausreisen und dann ohne nationales Visum, nationalen Aufenthaltstitel iSd Art. 2 Nr. 16 SGK oder einem speziellem Rückreisevisum wieder nach Frankreich einreisen könnte. Im deutschen Aufenthaltsrecht können solche Fälle von § 81 III 1 AufenthG erfasst sein. Nach Ansicht des Gerichts war die Wiedereinreise nach Frankreich – und dies auf direktem Weg – an den Vorgängerregelungen zu Art. 14 I und Art. 6 I SGK zu messen.[89]

Warum sollte aber die Einreise mit einem gültigen nationalen Visum, welches nach Regelungen des deutschen AufenthG erteilt wurde, unter die (zusätzlichen) europarechtlichen Voraussetzungen des Art. 6 I SGK gestellt werden können und damit eine direkte Einreise nach Deutschland verweigert werden aus Gründen, die schon nicht der Visumserteilung entgegenstehen können? Diese Frage lässt sich gut dadurch beantworten, wenn man sich vor Augen führt, dass die Konstellation in dem Urteil des *EuGH* mit der Situation bei § 81 III 1 AufenthG vergleichbar ist, wenn etwa ein Drittstaatsangehöriger nach Deutschland bzw. in den Schengen-Raum visumsfrei einreist und dann einen ersten Antrag auf einen Aufenthaltstitel stellt.

Bestehen keine nationalen Sonderregelungen wie § 39 S. 1, 41 I oder II AufenthV, dann lässt sich die Argumentation des *EuGH* hören, wonach aufgrund des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen sichergestellt sein muss, dass grundsätzlich ein längerfristiger Aufenthaltstitel oder ein nationales Visum vorliegt, wenn eine Einreise gerade in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt (s. Art. 6 IV SGK). In der Rs. ging es dem *EuGH* aber im Wesentlichen darum, dass bei der Rückreise ersichtlich ein längerfristiger Aufenthalt in Frankreich angestrebt wurde und dafür kein Aufenthaltstitel iSd Art. 2 Nr. 16 SGK vorlag:

„Nach alledem kann ein Drittstaatsangehöriger, der ein Aufenthaltsdokument besitzt, das ihn berechtigt, sich vorübergehend bis zur Entscheidung über seinen Aufenthalts- oder Asylantrag im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten, und der das Hoheitsgebiet des Staates, in dem er einen Aufenthalts- oder Asylantrag gestellt hat, verlässt, nicht unter Hinweis allein auf seine vorläufige Aufenthaltserlaubnis dorthin zurückkehren. Demzufolge müssen die für die Grenzkontrolle zuständigen Behörden, wenn ein Drittstaatsangehöriger an den Außengrenzen des Schengenraums erscheint, ihm (…) die Einreise in diesen Raum verweigern, sofern er nicht unter eine der Ausnahmen nach Art. 5 IV dieser Verordnung fällt.“

Die Anwendung von Art. 14 I und Art. 6 I Buchst. e SGK auf Fälle eines angestrebten längerfristigen Aufenthalts in Deutschland bei Besitz eines gültigen nationalen Visums ist daher sehr kritisch zu sehen.

Denn konsequent zu Ende gedacht, hätte die Bundespolizei dann auch Rückreisenden mit einem nationalen Visum oder einem Aufenthaltstitel, die bereits ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland begründet hatten, die Rückreise verweigern müssen. Gerade rückkehrende Drittstaatsangehörige mit einem gewöhnlichen Aufenthalt in

82 Nicht die Staatsangehörigkeit des Reisenden, sondern der aktuelle Aufenthaltsstaat ist entscheidend.
83 Siehe dazu COM(2020) 399 final, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-assessment-temporary-restriction-non-essential-travel_en.pdf, S. 5.
84 Siehe dazu COM(2020) 399 final, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-assessment-temporary-restriction-non-essential-travel_en.pdf, S. 7 f.
85 Dazu näher *Klaus/Mävers/Offer*, Fachkräfteeinwanderungsrecht, Rn. 145 f.
86 Siehe dazu (Fn. 11), S. 5.
87 Per E-Mail, versehen mit der Vorgangsnummer 18 04 02 – 0003/0014-1005-0066.
88 Urt. v. 14.6.2012 – C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348 = NVwZ-RR 2012, 736 – abgedruckt in NVwZ-RR 2012, 736; dieses ist noch bei Geltung der früheren VO (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (ABl. 2006 L 105, 1) erfolgt, welche mit Wirkung zum Ablauf des 11.4.2016 aufgehoben worden ist. Inhaltlich sind die Regelungen aber weitestgehend miteinander vergleichbar.
89 Siehe dort insbesondere Rn. 38: „Auch die Aufenthaltsdauer hat keinen Einfluss (…). (…) Inhaber eines Aufenthaltstitels oder Rückreisevisums, die für eine Dauer von mehr als drei Monaten in einen Mitgliedstaat wieder einreisen wollen, fallen also in den Anwendungsbereich von Art. 13 der Verordnung.“.

Deutschland sollten aber von den Einreisebeschränkungen ausgenommen sein.[90]

Der Verweis in § 15 II Nr. 3 AufenthG ist so zu verstehen, dass darin die Befugnisnorm gesehen wird, die in Art. 14 I SGK selbst noch nicht enthalten sein soll.[91] In den Fällen des Art. 14 I in Verbindung mit 6 I Buchst. e SGK reduziert sich die Rechtsfolge, dh das Ermessen, bei § 15 II Nr. 3 AufenthG auf „Null".

Von einer unerlaubten Einreise und damit der Anwendbarkeit des § 15 I iVm § 14 I Nr. 2 AufenthG ist nicht auszugehen, wenn der Ausländer für den angestrebten längerfristigen Aufenthalt über ein nationales Visum verfügt, welches die Funktion als aufenthaltsrechtlicher Türöffner hat.[92] Allerdings droht ein Widerruf, der für das nationale Visum auf Ersuchen der Auslandsvertretung nach § 71 III Nr. 3 Buchst. b iVm § 52 I 1 Nr. 3 AufenthG etwa aufgrund von tatsächlichen Änderungen, die einer Erteilung des Visums nunmehr entgegenstünden, erfolgen kann.[93] Bis dahin läge aber der erforderliche Aufenthaltstitel vor.[94]

Entsprechendes muss gelten, wenn der Ausländer auch für einen langfristigen Aufenthalt auf der Grundlage von § 39 S. 1 oder § 41 I bzw. 2 AufenthV ohne nationales Visum nach Deutschland einreisen darf.[95] Auch dann wäre die Einreise – ohne nationales Visum – erlaubt, weil es dessen Einholung vorab nicht bedürfte.

§ 15 II Nr. 1 AufenthG erlaubt – auch bei Besitz eines gültigen nationalen Visums oder einer anwendbaren Ausnahme nach § 39 S. 1 oder § 41 I bzw. 2 AufenthV – die Zurückweisung an der Grenze, wenn ein Ausweisungsinteresse vorliegt. Ausweisungsinteressen sind in § 53 I iVm § 54 AufenthG geregelt, mithin handelt es sich bei diesen um Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland. § 54 AufenthG enthält Konkretisierungen davon.

Bis zur Novellierung des Ausweisungsrechts mit Wirkung zum 1.1.2016[96] normierte § 55 II Nr. 5 AufenthG aF einen Ausweisungsgrund (als Synonym des aktuellen Ausweisungsinteresses), wenn der Ausländer durch sein Verhalten die öffentliche Gesundheit gefährdet. Deshalb erscheint fraglich, ob eine Gefahr der öffentlichen Gesundheit überhaupt der Generalklausel des § 53 I AufenthG unter dem Gesichtspunkt der „sonstigen erheblichen Interessen" der Bundesrepublik Deutschland unterfallen könnte.[97]

Auch wenn man dies zuließe, würde ein eklatanter Wertungswiderspruch zur früheren Rechtslage auftreten, die die Ausweisung des Ausländers nur zuließ, wenn er durch sein Verhalten die öffentliche Gesundheit gefährdete, nicht aber schon deshalb, weil er womöglich mit einem Virus infiziert wäre. Hinzu kommt, dass auch § 53 I AufenthG – nicht anders als bei § 15 II Nr. 1 AufenthG – eine individuelle Gefahrenprognose fordert.[98]

Die Rechtsprechung hat sich damit noch nicht im Detail beschäftigt, das *OVG Berlin-Brandenburg* deutete in einem anderen Kontext doch relativ klar an, dass die Hürde der „sonstigen erheblichen Interessen" zu hoch wäre, um sie mit einer potenziellen Möglichkeit der Infektion mit SARS-CoV-2 überspringen zu können.[99] Gegenstand des Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz war bei Vorwegnahme der Hauptsache eine Verpflichtung der zuständigen Auslandsvertretung zur Erteilung eines nationalen Visums nach § 6 III 2 in Verbindung mit § 16 a I AufenthG. In erster Instanz hatte das *VG Berlin* diesem Anliegen entsprochen, das *OVG Berlin-Brandenburg* änderte dessen Beschluss mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung und lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab.

Hierbei rekurrierte das Gericht auf § 5 I Nr. 3 AufenthG, also eine weitere Regelerteilungsvoraussetzung, die für nationale Visa beachtlich ist.[100] Über § 5 I Nr. 2 AufenthG wird eine Ablehnung aufgrund des Vorliegens eines Ausweisungsinteresses möglich; allerdings hielt das *OVG Berlin-Brandenburg* diesen Versagungsgrund gerade nicht für anwendbar:

„§ 5 I Nr. 3 AufenthG setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel voraus, dass, soweit – wie hier nach § 16 a AufenthG – kein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung des Aufenthaltstitels besteht, der Aufenthalt des Ausländers nicht aus einem sonstigen Grund Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet. Diese Regelung bringt für die von ihr erfassten Fälle, in denen die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Ermessen erfolgt, den – ohnehin im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigenden – Grundsatz zum Ausdruck, dass die Erteilung eines Aufenthaltstitels versagt werden kann, wenn ihr Interessen der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen (vgl. BeckOK AuslR/*Maor*, 24. Ed., Stand: 1.8.2019, § 5 Rn. 13). Der Begriff der Interessen der Bundesrepublik Deutschland ist weit zu verstehen. Er umfasst sämtliche öffentliche Interessen und fordert im Gegensatz zu § 53 I AufenthG für das Ausweisungsermessen nicht die Beeinträchtigung oder Gefährdung eines erheblichen öffentlichen Interesses (…). Eine Beeinträchtigung oder Gefährdung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland kann ua in Betracht kommen, wenn die öffentliche Gesundheit berührt ist (vgl. *Samel* in Bergmann/Dienelt, AufenthR, 13. Aufl. 2020, § 5 AufenthG Rn. 81)."

Dass der Schutz der öffentlichen Gesundheit ein öffentliches Interesse ist, ist zutreffend. Allerdings gilt auch für die Voraussetzungen des § 5 I Nr. 2 und 3 AufenthG, dass der Ausländer Gefährder sein muss. Liest man die Kommentierung von *Samel*[101] einmal weiter, so wird dort ausdrücklich von ihm auf die besonderen Gefährder-Typen nach dem IfSG, mithin sogar ausdrücklich auf § 2 Nr. 7 IfSG verwiesen.

Damit bricht die Argumentation des *OVG Berlin-Brandenburg* auch an anderer Stelle in sich zusammen, wenn es die „angestrebten weitgehenden Beschränkungen von Einreisen aus Drittstaaten" oder eine 14-tägige Quarantäne zum Ausschluss eines Infektionsrisikos als denkbare, aber nicht durchgreifende Erwägungen im Rahmen der Gefahrenprognose erachtete.[102]

Ein anderes Problem bleibt freilich noch: Fast überwiegend haben die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik

90 Siehe dazu unter 1.
91 Bergmann/Dienelt/*Winkelmann/Kolber*, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 15 Rn. 29; iE auch *Huber*, AufenthG/*Westphal*, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 15 Rn. 8 f.
92 Bergmann/Dienelt/*Winkelmann/Kolber*, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 6 Rn. 55.
93 Bergmann/Dienelt/*Dollinger*, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 52 Rn. 9.
94 Rechtsbehelfe in einer Anfechtungssituation hätten auch aufschiebende Wirkung, da Einschränkungen nur in den Fällen des § 52 I 1 Nr. 4 AufenthG über § 84 I 1 Nr. 4 AufenthG getroffen werden.
95 Es handelt sich jeweils um fakultative Ausnahmen, von denen der Ausländer Gebrauch machen kann, nicht aber muss; zu diesen ausführlich *Klaus/Mävers/Offer*, FachkräfteeinwanderungsR Rn. 467 ff.
96 Durch das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27.7.2015 (BGBl. I 2015, 1386).
97 Bergmann/Dienelt/*Bauer*, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 53 Rn. 31.
98 Dazu ausführlich NK-AuslR/*Cziersky-Reis*, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 53 Rn. 22 ff.
99 So im Beschl. v. 31.3.2020 – OVG 2 S 18/20, BeckRS 2020, 6211 Rn. 5.
100 Ausnahmen gelten nur für Schengen-Visa, vgl. dazu *Klaus/Mävers/Offer*, FachkräfteeinwanderungsR Rn. 426.
101 Wie an der zitierten Stelle.
102 Siehe dazu *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 31.3.2020 – OVG 2 S 18/20, BeckRS 2020, 6211 Rn. 8.

Deutschland, die nach § 71 II AufenthG für die Erteilung von nationalen Visa zuständig sind, ihre Visastellen geschlossen unter Verweis auf die bis zum 15.6.2020 mindestens geltenden Einreisebeschränkungen und teils regionale Maßnahmen des Infektionsschutzes nach anderen Rechtsordnungen, denen auch sie im Ausland unterliegen.

Nur denjenigen Personen, die in die ausgenommenen Personengruppen fallen, soll etwa eine Vorsprache und damit eine persönliche Visumsbeantragung ermöglicht werden.[103] Dabei wird es sprichwörtlich nicht zum Schwur kommen können, ob § 5 I Nr. 3 AufenthG anwendbar ist oder nicht. Denn den wenigsten Antragstellern ist bekannt, dass lediglich für die Erfassung der biometrischen Daten nach § 49 V Nr. 5 iVm Abs. 6 a AufenthG zwingend eine persönliche Vorsprache notwendig ist, nicht jedoch für die Antragstellung als solche.

Auch wenn man § 5 I Nr. 3 AufenthG für anwendbar hielte, würde man gleichermaßen berücksichtigen müssen, dass dieser Versagungsgrund nicht bei Visa Anwendung finden darf, auf deren Erteilung ein Rechtsanspruch besteht. Rechtsansprüche im AufenthG sind zwar selten, bestehen aber, so etwa bei einem Visum als Blaue Karte EU (§ 18 b II AufenthG) oder ICT-Karte (§ 19 II und III AufenthG).[104]

Es existieren sogar Weisungen des Auswärtigen Amts an die einzelnen Visastellen, mit denen eine einheitliche Handhabung sichergestellt werden soll und Visumsanträge von Drittstaatsangehörigen, die nicht unter die von den Einreisebeschränkungen ausgenommenen Personengruppen fallen, nicht bearbeitet werden sollen.[105]

Die Empfehlungen der EU-Kommission vom 11.6.2020 mildern praktisch insbesondere in diesen Fällen Härten ab, aber nur partiell und dies vor allem im Interesse der Arbeitgeber bzw. aufnehmenden Niederlassungen bei Entsendungen. Denn die EU-Kommission schlägt vor, dass die Gruppe von Personen mit den so genannten *essential functions (or needs)* um folgende Szenarien erweitert werden soll:[106]

- Drittstaatsangehörige, die in einem Mitgliedstaat studieren wollen;
- Drittstaatsangehörige, die hochqualifiziert sind[107] und deren Beschäftigung aus wirtschaftlicher Perspektive des Mitgliedstaats notwendig sowie unaufschiebbar ist und nicht etwa aus dem Home Office im Ausland erbracht werden kann.

Gerade bei den Fällen der hochqualifizierten drittstaatsangehörigen Ausländer zeigt sich, dass mit der Unaufschiebbarkeit der Beschäftigung und dem Verweis auf die Möglichkeit der Tätigkeit im Home Office nach wie vor eine detaillierte und individuelle Gefahrenbewertung nicht erfolgt. Allerdings ist es – auch insoweit unter Rückgriff auf die Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte – vertretbar, von einer länderbezogenen Gefahrenprognose auszugehen. Denn für die Einreisenden aus Ländern der Whitelist gelten diese Restriktionen nicht.

V. Fazit

Was bleibt sind daher eine Menge Fragen in Hinblick auf die Reiseeinschränkungen, deren vollständige retrospektive Beantwortung durch die deutsche Rechtsprechung womöglich nicht erfolgen wird. Denn dafür wäre es erforderlich, dass Ausländer inmitten einer Pandemie das Risiko einer Reise nach Deutschland mit der Möglichkeit der Einreiseverweigerung bzw. Zurückweisung in Kauf nehmen. Zu groß erscheint bei Einreisen über die Außengrenzen die Gefahr, dass diese Personen in Transitbereichen stranden und über Tage und Wochen dort verbleiben müssen, weil Reisemöglichkeiten mit dem Flugzeug erheblich eingeschränkt sind.

Darüber, dass Ausländer für sich ähnlich wie im Fall der Quarantäne-Pflichten bei Einreise und dies sogar im einstweiligen Rechtsschutz[108] eine Einreisemöglichkeit für sich klären lassen können, ist kurz nachzudenken. In der Regel wird dies aber an der Subsidiarität der Feststellungsklage gem. § 43 II VwGO scheitern, da sowohl die Einreiseweigerung nach § 6 I 2 FreizügG/EU[109] als auch die Zurückweisung nach § 15 II Nr. 1 bzw. 3 AufenthG[110] VA-Qualität haben. Gegen die Einreiseverweigerung nach § 6 I 2 FreizügG/EU ist die Anfechtungsklage statthaft, bei Zurückweisungen auf der Grundlage von § 15 II AufenthG hingegen die Verpflichtungsklage, weil mit der Einreise auch ein Verpflichtungsbegehren besteht.[111]

Bei § 6 I 2 FreizügG/EU ist dies schon deshalb mit einstweiligem Rechtsschutz zu verbinden, weil nach § 80 II 1 Nr. 2 VwGO eine Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung hätte. ■

103 Siehe dazu etwa die Hinweise der deutschen Auslandsvertretungen in Indien unter https://india.diplo.de/in-en/service/-/2334702?openAccordionId=item-2 334 706-1-panel oder in China unter https://china.diplo.de/cn-de/service/visa-einreise.

104 Dazu näher mit einer kurzen Übersicht *Klaus/Hammer*, ZAR 2020, 2 (4 f.).

105 So im Sachverhalt in dem Beschluss des *OVG Berlin-Brandenburg* v. 31.3.2020 – OVG 2 S 18/20, BeckRS 2020, 6211, aufgenommen, s. dort Rn. 6. Der *Verf.* hat Mitte Mai gegenüber dem Auswärtigen Amt einen Anspruch nach § 7 I iVm § 1 I IFG geltend gemacht, um dies zu verifizieren. Diesem Anspruch wurde mit Bescheid vom 10.6.2020 seitens des Auswärtigen Amts entsprochen, und die Weisung vom 18.3.2020 sowie die nachfolgenden Weisungen vom 24.3./25.3., 30.4. und 22.5.2020 liegen vor. Dort ist allerdings nur erwähnt, dass die Antragsverfahren ausgesetzt werden sollen, sofern auch keine Einreise möglich ist, und dies auch nicht auf Verweis unter § 5 I Nr. 3 AufenthG.

106 Siehe (Fn. 12), S. 3.

107 Hierfür wäre ein Rückgriff auf Art. 2 Buchst. b der RL 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (ABl. 2009 L 155, 17) möglich. Dem *Verf.* ist eine Weisung des Auswärtigen Amts kurz nach den Empfehlungen der EU-Kommission vom 11.6.2020 bekannt, wonach diese Personengruppe aber anders und weiter verstanden wird, vgl. etwa dazu die Hinweise der Deutschen Botschaft in Tokio unter https://service2.diplo.de/rktermin/extern/choose_category.do?locationCode=toky&realmId=43&categoryId=2262.

108 Zu einer solchen Feststellungsklage die Konstellation in der Entscheidung des *VG Hamburg* (15 E 1967/20, BeckRS 2020, 8685) zur Quarantäne-Pflicht nach Einreise, wobei der betreffende schwedische Staatsangehörige noch am Einreisetag um einstweiligen Rechtsschutz ersuchte. Das Gericht ließ die Feststellungsklage dort deshalb zu, weil das angestrebte Rechtsschutzziel die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Quarantäneregelungen als solche war und nicht eine individuelle Befreiung von der Quarantäneverpflichtung, vgl. aaO Rn. 20.

109 *Sennekamp/Pietzsch* in *Kluth/Hund/Maaßen*, Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 9 Rn. 124.

110 Bergmann/Dienelt/*Winkelmann/Kolber*, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 15 Rn. 66.

111 NK-AuslR/*Fränkel*, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 15 Rn. 29; Bergmann/Dienelt/*Winkelmann/Kolber*, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 15 Rn. 69.